



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO**

**VITOR MORENO SOLIANO PEREIRA**

**INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA  
CONSTITUCIONAL**

Salvador  
2014

**VITOR MORENO SOLIANO PEREIRA**

**INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA  
CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público.

Linha de pesquisa: 1.2 Teoria do Processo e Tutela dos Direitos.

Orientador: Prof. Doutor Wilson Alves de Souza.

Salvador  
2014

---

P436 Pereira, Vitor Moreno Soliano.

Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional  
[manuscrito] / Vitor Moreno Soliano Pereira. – 2014.  
224 f.

Orientação: Prof. Dr. Wilson Alves de Sousa.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

1. Constitucionalismo. 2. Interação judicial. 3. Jurisdição  
constitucional. I. Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-  
Graduação em Direito. II. Sousa, Wilson Alves de.

CDD 342.023

**VITOR MORENO SOLIANO PEREIRA**

**INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA  
CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

---

Wilson Alves de Souza (Orientador).

Doutor, Universidad del Museo Social Argentino

---

Dirley da Cunha Junior.

Doutor, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

---

Vallisney de Souza Oliveira.

Doutor, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Salvador, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

À Luiza.

## AGRADECIMENTOS

Toda investigação científica só é possível graças às pessoas que dão suporte ao pesquisador. A presente dissertação não foge a esta regra. Por este motivo, presto, aqui, os meus agradecimentos.

Em primeiro lugar, agradeço profundamente a meus pais. A meu pai, meu farol intelectual, e à minha mãe, minha bússola moral. Sem eles nenhuma conquista seria possível. Serei eternamente grato aos esforços que desprenderam e às condições que construíram para minha formação.

Em segundo lugar, agradeço à Ana Flávia Seixá. Sem seu amor, companheirismo e (muita!) paciência esta pesquisa não seria possível.

Agradeço também ao Professor Wilson Alves de Souza pela carinhosa disponibilidade em aceitar minha orientação no meio do trajeto, e à Professora Marília Muricy pelo período que me orientou.

Aos professores Rodolfo Pamplona, Nelson Cerqueira, Saulo Casali, Paulo Pimenta e Manoel Jorge e Silva Neto o meu muito obrigado por suas sábias palavras e discussões fundamentais para o andamento desta investigação.

Ao Professor Wálber Araujo Carneiro o meu reiterado agradecimento por tudo que me ensinou, e continua ensinando, desde o primeiro ano de graduação.

Também agradeço aos funcionários do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito pela disponibilidade e presteza, especialmente à Luiza e Jovino.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) o meu agradecimento pelo financiamento da pesquisa desde o seu início.

Ainda, devo agradecer a todos os colegas que compartilharam comigo os anos de mestrado. As conversas e discussões dentro e fora da sala de aula foram indispensáveis para a conclusão desta investigação.

Por fim, agradeço a todos os amigos que facilitaram o desenvolvimento da pesquisa através do companheirismo, atenção e conversa (principalmente as não jurídicas).

A todos o meu mais profundo agradecimento.

*A ordem criada por um processo deliberadamente controlado pode ser muito mais fácil de conceber ou entender, em comparação à ordem que emerge de um conjunto incontrolável de inumeráveis interações. Mas isso não significa que a primeira seja, necessariamente, mais comum, mais significativa ou mais desejável em suas consequências.*

Thomas Sowell.

## RESUMO

A presente pesquisa se insere na ampla discussão sobre as consequências jurídicas do processo de transnacionalização. Como primeiro corte metodológico, limita-se aos efeitos que este fenômeno possui para o constitucionalismo. Como segundo corte metodológico, debruça-se sobre as características, fundamentos, funções, formas de operação e limites das consultas e referências, realizadas por juízes e tribunais vinculados a uma determinada ordem jurídica, a decisões sobre matéria constitucional, tomadas por juízes e tribunais de outras ordens jurídicas, fenômeno que se dá o nome, aqui, de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Através de amplo estudo bibliográfico, define, em primeiro lugar, o pano de fundo que possibilita o surgimento do referido fenômeno. Em um segundo momento, constata que as diversas descrições e prescrições teóricas já existentes sobre o tema apontam como positiva e benéfica a abertura da ordem jurídica ao material decisório produzido em outras ordens para fins de aprimoramento das decisões tomadas em âmbito interno. Assumindo as interações como mecanismos reflexivos e interpretativos, estabelece, em terceiro lugar, o modelo mais adequado a ser seguido e as exigências que este faz ao sistema judiciário que se abre. Aponta, ao fim, o marco teórico-filosófico mais adequado para dar racionalidade ao fenômeno, os mecanismos sistêmicos aptos a promover a articulação mais adequada entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica consultada, bem como os limites e critérios que devem balizar os julgadores na busca por material transnacional. Conclui pela defesa das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional como mecanismo adequado para inserir a jurisdição constitucional no processo de transnacionalização, sem adotar um isolacionismo provinciano subcomplexo para lidar com os problemas da atualidade, nem recair em um cosmopolitismo ingênuo ou em um universalismo autoritário capaz de destruir identidades normativas e culturais.

**Palavras chave:** Constitucionalismo. Interações judiciais. Jurisdição constitucional.

## ABSTRACT

This research falls within the broad discussion about the legal consequences of the transnationalization process. As a first methodological approach, is limited to the effects that this phenomenon has to constitutionalism. As a second methodological approach, focuses on the characteristics, foundations, functions, operating methods, and limits of consultations and referrals, made by judges and courts tied to a particular law courts, to the decisions on constitutional matters, taken by judges and courts of other jurisdictions, phenomenon which gives the name, here, of transnational judicial interactions in constitutional matters. Through extensive bibliographical study, define, first, the background that enables the emergence of this phenomenon. In a second step, notes that the various descriptions and existing theoretical prescriptions on the subject point out as positive and beneficial the opening of the legal decision to material produced in other orders for the purpose of improvement of decisions taken at national level. Assuming the interactions as reflective and interpretive mechanism, establishes, thirdly, the most appropriate model to be followed and the demands that this makes the judicial system that opens itself. Points, at the end, to the theoretical-philosophical framework more appropriate to give rationality to the phenomenon, to the systemic mechanisms able to promote the most appropriate articulation between national law and the consulted legal system, as well as the limits and criteria that should guide the judges on the search for transnational material. Concludes defending transnational judicial interactions in constitutional matters as a appropriate mechanism to insert the judicial review in the transnationalization process, without adopting a provincial isolation, undercomplex to deal with the problems of the present, nor fall into a naive cosmopolitanism or authoritarian universalism able to destroy normative and cultural identities.

**Keywords:** Constitutionalismo. Judicial interactions. Judicial review.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E SUA PROGRESSIVA TRANSNACIONALIZAÇÃO (OU, O CENÁRIO QUE APONTA PARA A PERGUNTA)</b>	<b>14</b>
2.1 INTRODUÇÃO	14
2.2 CONSTITUCIONALISMO MODERNO	15
<b>2.2.1 O jusnaturalismo racional: bases para o constitucionalismo moderno</b>	<b>15</b>
<b>2.2.2 O constitucionalismo moderno e a supremacia da constituição</b>	<b>16</b>
<b>2.2.3 Onde ficou a justiça? Positivismo jurídico</b>	<b>23</b>
2.3 O(S) PROCESSO(S) DE TRANSNACIONALIZAÇÃO	28
<b>2.3.1 As faces da transnacionalização</b>	<b>28</b>
<b>2.3.2 Estado e Direito no cenário transnacional: necessidade de revisitação conceitual</b>	<b>35</b>
<b>2.3.3 Multiculturalismo, pluralismo moral e possibilidades de interação</b>	<b>41</b>
2.4 UM NOVO CONSTITUCIONALISMO? O CAMINHO TORTUOSO DE UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL	46
<b>2.4.1 Rematerialização e expansão global do constitucionalismo moderno</b>	<b>46</b>
<b>2.4.2 As faces do constitucionalismo transnacional: uma ideia em gestação</b>	<b>58</b>
<b>3 AS INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL: PROPOSTAS, DEFESAS E CRÍTICAS</b>	<b>69</b>
3.1 INTRODUÇÃO	69
3.2 IDENTIFICAÇÃO DO(S) PROBLEMA(S) (OU DE COMO AS INTERAÇÕES JÁ SÃO UMA REALIDADE)	71
3.3 FERTILIZAÇÃO CRUZADA, MIGRAÇÕES DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS, ÔNUS ARGUMENTATIVO E OUTRAS TESES	79
3.4 A CONSTITUIÇÃO DE MUITAS MENTES ( <i>A MANY MINDS CONSTITUTION</i> ) DE CASS SUNSTEIN	91
3.5 OS MODELOS DE INTERAÇÃO DE ANDRÉ RAMOS TAVARES	97

3.6 O ENGAJAMENTO CONSTITUCIONAL EM UMA ERA TRANSNACIONAL DE VICKI JACKSON	105
<b>3.6.1 Introdução</b>	<b>105</b>
<b>3.6.2 A postura de resistência (<i>resisting the transnational</i>)</b>	<b>109</b>
<b>3.6.3 A postura de convergência (<i>convergence with the transnational</i>)</b>	<b>112</b>
<b>3.6.4 A postura de engajamento (<i>engagement with the transnational</i>)</b>	<b>117</b>
3.7 O TRANSCONSTITUCIONALISMO DE MARCELO NEVES	122
<b>3.7.1 Introdução</b>	<b>122</b>
<b>3.7.2 O transconstitucionalismo e suas diversas manifestações</b>	<b>124</b>
<b>3.7.3 A pluridimensionalidade do transconstitucionalismo e os direitos humanos</b>	<b>130</b>
<b>3.7.4 Limitações e possibilidades do transconstitucionalismo</b>	<b>132</b>
<b>4 CONDIÇÕES, POSSIBILIDADES E LIMITES DAS INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL</b>	<b>135</b>
4.1 FUNDAMENTO, DELIMITAÇÕES E EXIGÊNCIAS: O QUE SÃO E DO QUE PRECISAM AS INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS	135
4.2 A PERGUNTA POR RACIONALIDADE E CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL	145
<b>4.2.1 O (amplo) espaço deixado pelo positivismo jurídico contemporâneo</b>	<b>146</b>
<b>4.2.2 A racionalidade da decisão judicial: questões e modelos correntes</b>	<b>152</b>
4.3 RACIONALIDADE TRANSVERSAL: WOLFGANG WELSH E MARCELO NEVES	159
4.4 A RACIONALIDADE DAS INTERAÇÕES JUDICIAIS A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: COMPREENSÃO, ALTERIDADE E REFLEXIVIDADE	163
<b>4.4.1 A tradição hermenêutica: breve síntese</b>	<b>163</b>
<b>4.4.2 Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer: os teoremas fundamentais da hermenêutica contemporânea</b>	<b>167</b>
<b>4.4.3 Dupla estrutura da linguagem, tensão verdade/não verdade e as possibilidades heterorreflexivas na hermenêutica filosófica</b>	<b>174</b>
<i>4.4.3.1 Dupla estrutura da linguagem e tensão verdade/não verdade</i>	<i>174</i>

<i>4.4.3.2 Alteridade reflexiva: as possibilidades dialógicas na hermenêutica filosófica</i>	179
<b>4.4.4 Conclusão: as interações judiciais transnacionais e a alteridade reflexiva</b>	<b>182</b>
4.5 A DOCTRINA, A JURISPRUDÊNCIA E A ARTICULAÇÃO ADEQUADA COM A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL	186
<b>4.5.1 A importância da identidade</b>	<b>186</b>
<b>4.5.2 O papel da doutrina na construção e preservação da identidade</b>	<b>189</b>
<b>4.5.3 O papel da jurisprudência na construção e preservação da identidade</b>	<b>195</b>
4.6 AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E OS LIMITES POSSÍVEIS E NECESSÁRIOS (OU, COM QUEM INTERAGIR?)	201
<b>5 CONCLUSÕES</b>	<b>207</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>212</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É indubitável que a sociedade mundial contemporânea é marcada pela transnacionalização de uma série de esferas sociais. Deve-se estar atento, contudo, para o fato de que as relações entre culturas diferentes, sejam elas realizadas diretamente pelos indivíduos sejam elas realizadas pelos Estados, não é um fenômeno tão recente. Em verdade, este tipo de interação já era perceptível nos grandes movimentos expansionistas, como o Império Romano, e na intenção e ação de grandes conquistadores como Alexandre Magno e Genghis Khan. Da mesma forma, a Era das Navegações e descobrimentos tem um papel fundamental.

O século XX, entretanto, é responsável pela substantiva ampliação deste processo. Movida inicialmente por questões econômicas, a progressiva transnacionalização foi altamente acelerada e acarreta consequências em diversas esferas como, por exemplo: a política, a cultural, a bélica e, o que é mais importante para os fins desta investigação, a jurídica. Nesta última esfera, merece especial destaque o desenvolvimento e expansão do constitucionalismo moderno.

A partir da segunda metade do século XX o constitucionalismo moderno se aprimorou e se expandiu. O aprimoramento se deve à generalização da tomada de consciência da necessidade de normatividade constitucional e de um sistema judicial apto a proteger o núcleo normativo inviolável que a constituição representa, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. A expansão é perceptível desde o momento em que se observa a constitucionalização de diversos sistemas jurídicos pelo mundo ocidental, todos eles altamente preocupados com a proteção de direitos humanos fundamentais e o controle do arbítrio estatal.

Estes dois fenômenos colocam uma nova questão à transnacionalização, até então enfocada pelas ciências sociais apenas pela via econômica: a transnacionalidade do direito (constitucional). Observa-se tal fenômeno não apenas com a proliferação de tratados internacionais e de constituições com normas textualmente semelhantes, mas, principalmente, porque problemas essencialmente constitucionais e suas respectivas resoluções judiciais são similares em diversas ordens jurídicas. O compartilhamento de uma mesma tradição (a do constitucionalismo moderno) e a existência de instrumentos normativos similares leva, inevitavelmente, ao surgimento de problemas jurídico-constitucionais análogos.

A partir deste cenário, um fenômeno passa a ser realidade: a consulta e referência, por juízes e tribunais responsáveis por zelar por uma constituição, a precedentes e

jurisprudência produzidas por juízes e tribunais pertencentes a outras ordens jurídicas e responsáveis por zelar por outras constituições ou instrumentos normativos internacionais. Tais precedentes e jurisprudência são utilizadas na fundamentação das decisões. Na presente investigação, dá-se a este recurso o nome de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Este fenômeno exige que uma série de questões seja enfrentada.

Em primeiro lugar, é preciso identificar o pano de fundo que possibilita o surgimento deste tipo de atuação. Ou seja, a partir de que momento e por qual motivo juízes e tribunais vinculados a uma ordem jurídico-constitucional passaram a entender como legítimo recorrer a decisões tomadas em outras ordens para tomar suas próprias decisões. Esta pergunta só pode ser respondida através da compreensão do desenvolvimento do constitucionalismo moderno e sua vertente contemporânea.

Além disso, é indispensável averiguar quais os fundamentos que legitimam as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Ou seja, por que os juízes e tribunais estariam autorizados a se valer deste expediente? O que permite que julgadores de uma determinada ordem jurídica se valham de decisões tomadas em outras ordens para fundamentar suas decisões?

Em terceiro lugar, faz-se necessário desvendar a função e a forma de operacionalização que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional assumem. Como ficará claro ao longo do trabalho, é possível que os julgadores que se abrem para consulta e referência de material decisório transnacional assumam diferentes posturas frente ao mesmo. Assim, é forçoso estabelecer quais tipos de posturas e modelos devem ser evitados pelos juízes e tribunais e qual deles é o mais adequado. Esta determinação terá uma direta relação com a tensão que se estabelece entre a identidade da ordem jurídica que se abre e a alteridade da ordem jurídica que se consulta. É a partir dela que se definirão as exigências que devem ser feitas ao sistema judiciário interessado em estabelecer interações com outras ordens.

Determinada a função e forma de operação das referidas interações, é preciso investigar e estabelecer um marco teórico-filosófico apto a fundamentá-las e dar-lhes racionalidade. Este marco deve ser buscado em concepções e paradigmas voltados, precipuamente, para a atuação judicial e compreensão/interpretação/aplicação do direito. Além disso, precisa dar conta das exigências de funcionamento adequado das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

Por fim, é fundamental que se encontre mecanismos sistêmicos aptos a aprimorar a articulação da ordem jurídica que se abre com a ordem jurídica consultada através de decisões

judiciais, bem como se determine os limites e critérios que devem balizar o julgador no momento de buscar contribuições no cenário transnacional. Ou seja, quais os referenciais sistêmicos capazes de promover uma melhor articulação entre identidade e alteridade? E, além disso, a partir de quais critérios os juízes e tribunais devem se guiar quando se abrem ao material decisório transnacional? Ambas as questões devem estar intimamente conectadas com os fundamentos das interações, sua função e forma de operação e o marco teórico-filosófico definido para dar-lhes racionalidade.

Fica claro, portanto, que a presente investigação circula em torno de questões envolvendo a teoria do direito, a teoria da constituição, o controle de constitucionalidade e a teoria da decisão judicial. Desta forma, apenas periféricamente é uma pesquisa voltada ao estudo dos direitos fundamentais e sua proteção. Ainda, apesar de se voltar para o cenário transnacional, não pretende contribuir para o desenvolvimento do direito internacional público, mas para o constitucionalismo transnacional.

Ao se inserir na discussão sobre a transnacionalização do direito, de forma geral, e do direito constitucional, de forma específica, a pesquisa se justifica pela sua atualidade. É crescente o interesse de constitucionalistas (nacionais e estrangeiros) pelas consequências, positivas e negativas, que a transnacionalização traz para o fenômeno jurídico. Tendo em vista a posição que o Brasil vem assumindo no cenário internacional e o fato de que a Constituição Federal de 1988 é, claramente, um instrumento normativo que liga o nacional ao transnacional (vide art. 4º), é de fundamental importância contribuir para o desenvolvimento dos estudos acerca da progressiva transnacionalização e expansão do direito constitucional.

Em tempos de interdependência entre sistemas políticos, econômicos e jurídicos ao redor do mundo, não fazer avançar as discussões teóricas responsáveis por balizar a atuação prática, ou mesmo ignorá-las, tem consequências incertas e, possivelmente, danosas.

## **2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E SUA PROGRESSIVA TRANSNACIONALIZAÇÃO (OU, O CENÁRIO QUE APONTA PARA A PERGUNTA)**

### **2.1 INTRODUÇÃO**

O presente capítulo tem por objetivo traçar um panorama que apontará para a necessidade da pergunta que move esta investigação, qual seja: quais as condições e possibilidades das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional?

Para tanto, serão investigadas, em um primeiro momento, as bases do constitucionalismo moderno, sua relação com o jusnaturalismo e com o direito natural, seu núcleo essencial, sua relação com o Estado nacional e com uma constituição estatal e onde ficou a pergunta pela justiça no seu contexto de surgimento (tópico 2.1). Na sequência, será analisado o progressivo processo de transnacionalização da sociedade contemporânea. Deixa-se de utilizar o termo “globalização” por causa de sua alta carga ideológica, como se verá adiante. Neste tópico (2.2) serão investigadas, ainda que brevemente, as diversas formas através das quais este fenômeno se apresenta (econômica, política, bélica, educacional, comunicativa) e como ele é visto por alguns dos principais pensadores contemporâneos. Ainda, serão analisadas as relações entre direito e Estado no contexto da transnacionalização bem como a problemática do multiculturalismo e do pluralismo.

Por fim, no tópico final (2.3) será traçado cenário especificamente jurídico-constitucional que faz surgir a pergunta motora do presente estudo. Como se verá, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo moderno se expandiu por diversos Estados no mundo ao mesmo tempo em que o processo de transnacionalização se acelerou, passou a exigir uma nova cara, apta a lidar com problemas que transcendem o Estado nacional e não mais se ligam diretamente a uma Constituição estatal. Não obstante, conforme será defendido, este “novo constitucionalismo” não pode pretender sobrepor o constitucionalismo moderno no seu sentido clássico, mas com ele interagir.

## 2.2 CONSTITUCIONALISMO MODERNO

### 2.2.1 Jusnaturalismo e direito natural: bases de impulsão para o constitucionalismo moderno

O direito moderno não surge imediatamente como direito positivo. As primeiras reflexões sobre o fenômeno jurídico na modernidade se dão a partir de preocupações voltadas aos limites de sentido para o direito positivo e apontam para um direito “além do texto”. Estas reflexões, embora desenvolvidas a partir de uma pluralidade de concepções, princípios e pontos de partida, possuem em comum a convicção de que existe, para além do direito deliberadamente construído, um direito dado, *natural*, que deve ser descoberto para, justamente, limitar e possibilitar o direito desenvolvido legislativamente.

As construções de autores como Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, John Locke, Jean-Jaques Rousseau e Immanuel Kant podem ser vistas, ainda que com variações no conteúdo, como “teorias morais” que congregam pontos em comum. Todos eles desenvolveram alguma espécie de teoria moral que, por sua vez, se ligava com a teoria política e com o fenômeno jurídico, legitimando-os e limitando-os. Todos eles partilharam da pretensão de validade universal de seus achados, bem como a estrita racionalidade da busca por este direito natural. Não partiram, portanto, da revelação divina<sup>1</sup>.

O jusnaturalismo moderno, embalado pela racionalidade e necessidade de sistematização do conhecimento, típicos da ciência moderna, dá ao direito uma dignidade metodológica especial. A utilização da lógica para a formulação de preposições e construção de sistematicidade são pressupostos inescapáveis da formulação de “leis naturais”, universalmente válidas. Agregado a isto está o postulado antropológico necessário que vê o homem como um ser natural, elemento de um mundo apreensível segundo leis naturais<sup>2</sup>. Esta premissa antropológica serve de constatação de que a pergunta pelo direito moderno era uma pergunta pelo ser humano e não uma pergunta pelo texto<sup>3</sup>.

Desta forma, o jusnaturalismo elabora uma série de dicotomias entre direito natural e direito positivo. O primeiro seria universal, enquanto o segundo particular e localizado. Ou seja, o direito positivo deve reverência ao direito natural. Além disso, o direito natural seria imutável, ao tempo em que o direito positivo seria alterável ao longo do tempo. Como

---

<sup>1</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 134.

<sup>2</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

<sup>3</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 153.

terceira distinção, o direito natural e o direito positivo possuiriam fontes distintas: o primeiro proviria da natureza e o segundo da vontade política. Atrelada a esta, o direito natural se distinguiria do positivo pela forma através da qual são conhecidos: pela razão e pela constatação de uma vontade política. Por fim, direito natural e direito positivo se diferenciariam pelos seus objetos, ou seja, os comportamentos regulados por cada um deles. Neste sentido, “os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem certa qualificação apenas porque (e depois que) forem disciplinados”, de certo modo, pelo direito positivo<sup>4</sup>.

No bojo das formulações jusnaturalistas, o ser humano recebe especial atenção. É a partir destas que se constrói a necessidade de limitação do arbítrio estatal e da proteção dos indivíduos a partir de direitos universais. Vida, liberdade, propriedade, igualdade etc., são direitos que, necessariamente, pertencem a todos os homens e exigem, principalmente do Estado, respeito incondicional. Este substrato teórico será o responsável pela construção do que veio a se chamar de constitucionalismo moderno<sup>5</sup>.

## 2.2.2 O constitucionalismo moderno e a supremacia da constituição

O Estado moderno surge como Estado absolutista e, por isso, não é um Estado constitucional. Ao mesmo tempo em que o intervalo entre os séculos XVI e XVIII foi marcado pela consolidação e desenvolvimento do Estado absolutista – além de ser perceptível a ascensão da burguesia como classe social –, ele também foi responsável pelo surgimento e amadurecimento das primeiras manifestações teóricas sérias sobre o direito (moderno).

Como visto, tais reflexões, embora não possuam unidade firme, foram, justamente por procurarem um direito (natural) já dado esperando revelação, reunidas sob o signo do *jusnaturalismo* ou *jusracionalismo*<sup>6</sup>. Consoante ensinamento de Norberto Bobbio, a concepção de direito como direito positivado/legislado e a sua preocupação teórica como tal é relativamente recente<sup>7</sup>. Assim, até o advento das revoluções liberais do século XVIII, havia

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 37-40.

<sup>6</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133.

<sup>7</sup> BOBBIO, op. cit., p. 26: “o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o

outro tipo de preocupação e construção que pretendia determinar a forma de aplicação do direito muito mais próxima das indagações sobre justiça e ética. A pergunta pelo homem e pela justiça e, por via de consequência, dos limites do direito deliberado eram a marca desse movimento que tem uma forte proximidade com uma racionalidade moral-prática<sup>8</sup>.

Ora, a pergunta pelo homem e por um direito anterior à construção estatal deste – o que lhe imporia limites – tem um grande potencial reformador e emancipatório. Conforme ensinamento de Paulo Bonavides, “o direito natural atuou sempre como poderosa energia revolucionária e máquina de transformações sociais”, e que, graças “à força messiânica de seus princípios, tem ele invariavelmente ocupado a consciência do Homem em todas as épocas de crise, para condenar ou sancionar a queda dos valores e a substituição dos próprios fundamentos da Sociedade”<sup>9</sup>. Por este motivo, Norberto Bobbio é levado a dizer que as revoluções que funcionaram como contraponto ao Estado absolutista, e que pretendiam a sua derrubada, foram conduzidas pela doutrina jusnaturalista<sup>10</sup>.

As revoluções liberais tinham a explícita intenção de romper com a ordem então vigente, fosse ela o *ancien regime* ou o império inglês. Tratava-se de um movimento pela repactuação da sociedade legitimada através de uma carta política, a constituição<sup>11</sup>, motivo pelo qual o movimento revolucionário pode ser entendido como movimento constitucionalista.

J. J. Gomes Canotilho indica como núcleo do constitucionalismo *moderno* o fato de ser uma teoria que “ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”<sup>12</sup>. O autor português destaca a característica moderna deste conceito em contraposição a um *constitucionalismo antigo*<sup>13</sup>. Essa referência se deve ao fato de se indicar, como primeiras experiências constitucionais, algumas construções pré-

---

direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito”.

<sup>8</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 134.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9.ed. São Paulo: Mandamentos, 2010, p. 29-30.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 42. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 28-30.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 51, destaque do original.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 52.

modernas. Nesse sentido, costuma-se apontar como origens remotas do constitucionalismo os tirocínios políticos do mundo da Antiguidade Clássica, principalmente os gregos e romanos.

Parte-se da ideia de que em “qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade”, o que leva ao entendimento de que sempre há “uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre governantes e governados”<sup>14</sup>. Sem dúvida não há como negar a importância das bases teóricas e vivências práticas do mundo antigo para a construção do ocidente. Contudo, para os objetivos perseguidos neste trabalho, o constitucionalismo antigo<sup>15</sup> assume importância diminuta, vez que a sua interrogação principal tangencia mais claramente a problemática em torno do constitucionalismo moderno.

A grande marca do constitucionalismo moderno é identificada nas experiências revolucionárias da segunda metade do século XVIII. Nesses movimentos há um nítido caráter disciplinador das relações entre governantes e governados, ao mesmo tempo em que refunda a ordem jurídica, abarcando todos os âmbitos do Estado<sup>16</sup>. Ou seja, pode-se dizer que “as Constituições, em sentido moderno, são ‘constituintes’ de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a estrutura normativa, positivada juridicamente”<sup>17</sup>. Referidos movimentos ocorreram, cronologicamente, primeiro, nos Estados Unidos da América e, em seguida, na França.

A revolução americana pretendeu conceder aos seus nacionais os direitos da tradição britânica das cartas de liberdade. Contudo, não se pretendia copiar o modelo inglês, pois esse trazia, em seu gérmen, um ditador diferente, o Parlamento, que durante o período colonial havia explorado os revolucionários com seu poder soberano<sup>18</sup>.

Além disso, o espírito constitucional estadunidense pretendia romper com um passado, fundando uma nova sociedade regida por regras e valores criados pelos próprios “ex-colonos”, através de um poder constituinte originário. Este poder, segundo Daniel Sarmiento, é

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 161.

<sup>15</sup> Embora não faça parte das preocupações imediatas, relevante trazer a crítica de Marcelo Neves no sentido de que no “constitucionalismo antigo” ainda não era possível falar em inclusão, marca distintiva do constitucionalismo moderno, pois ainda se tinha em mente a continuidade de uma sociedade estamental. Assim, o autor não reconhece o caráter constitucional das reflexões e vivências pré-modernas. Arremata afirmando que “em todos os tipos de formação social hierárquica pré-moderna, em cujo cume se encontram entrelaçadas a estrutura de dominação fundada na distinção ‘poder superior/poder inferior’ e a semântica moral religiosa baseada na diferença ‘bem/mal’, não pode estar presente uma Constituição no sentido moderno”. (NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16-17).

<sup>16</sup> MIRANDA, op. cit., p. 164.

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo, op. cit. p. 21.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 58.

elevado, naquele país, a níveis quase místicos, tamanha a “valorização da sabedoria e do espírito público dos constituintes”<sup>19</sup>.

Assim, a constituição estadunidense a ser criada deveria proteger os seus “súditos”, inclusive dos governantes eventuais, através de uma lei maior que os berrassem quando necessário fosse. A grande contribuição do movimento constitucionalista estadunidense será, nas palavras de Mônia Clarissa Henning Leal, “a de plasmar em uma Constituição escrita [um] parâmetro normativo superior que decide a validade das leis do Parlamento”<sup>20</sup>. Justamente por estas características não deve surpreender o fato de ter sido neste país o local de surgimento do controle de constitucionalidade das leis.

A Revolução Francesa, na qual se inseriu o movimento constitucionalista francês, pretendia romper com a estrutura social (estamental) que vigorava naquele país, indo além da Revolução Americana, na qual se proporcionou apenas uma ruptura política. Como afirma J. J. Gomes Canotilho: “A expressão póstuma – *ancien regime* – mostra claramente isto: a ‘ruptura’ com o ‘antigo regime’ e a criação de um ‘novo regime’ significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento prudencial da história”<sup>21</sup>.

Assim, diferentemente do movimento inglês, mas próximo do movimento americano, a Revolução Francesa *constitui* uma nova sociedade. Neste cenário, contudo, a constituição não significou um marco regulatório legitimador da atuação do legislativo. Antes, e por sofrer forte influência do *contratualismo*<sup>22</sup> e da teoria da separação de poderes de Montesquieu, além de pretender irromper com um sistema monárquico absolutista, a ruptura francesa concede ao legislador uma importância mais elevada, tornando-se uma sociedade legicêntrica<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 99.

<sup>20</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.20. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 60: “A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais”.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 57.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 57-58.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 57. Defendendo o caráter complementar entre o constitucionalismo estadunidense e francês para forjar a atual acepção de constitucionalismo, cf. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Do estado legislativo ao Estado constitucional: o apogeu do estado de direito. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Se é possível afirmar que o movimento constitucionalista legitimou a criação da constituição moderna<sup>24</sup>, é possível dizer, com Jorge Miranda, que, além de refundar o ordenamento estatal, sistematizar as normas do poder e da comunidade na forma de lei, o constitucionalismo caracteriza-se, em maior ou menor medida, instantaneamente ou ao longo do tempo, pela supremacia da constituição<sup>25</sup>. Isso quer dizer que a constituição, além de fundar um novo sistema, vai *fundamentá-lo*<sup>26</sup>. Ora, se a constituição passa a ser o referencial para a legitimidade do restante do sistema, a discussão em torno da sua garantia e proteção se torna tema principal. Dito de outro modo, da rigidez e da supremacia da constituição aparece o problema do controle de constitucionalidade<sup>27</sup>.

A supremacia da constituição pode ser entendida tanto de um ponto de vista material quanto de um ponto de vista formal. A supremacia material diz respeito à importância das normas albergadas no seu texto. A “ideia é a de que existem direitos e princípios tão essenciais que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles são ‘entrancheirados’ pela constituição, que os protege do legislador democraticamente eleito”<sup>28</sup>.

Sob um ponto de vista formal pode-se dizer que a constituição possui supremacia, pois é dela que deriva o fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico. Além disso, é possível dizer que as constituições têm e devem ter supremacia frente ao restante do ordenamento, justamente pelo que elas representam e representaram no desenvolvimento histórico dos Estados. As constituições costumam ser a marca jurídica de uma importante modificação ocorrida no interior do Estado e da sociedade. É a partir delas que um novo Estado surge juridicamente e, mais contemporaneamente, é nelas que se encontram os compromissos que este mesmo Estado e a respectiva sociedade traçaram pra si<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 52.

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 165.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 165. Evidentemente, essa noção não se aplica ao modelo constitucional inglês que nunca teve uma constituição forte, rígida, capaz de exigir a conformidade das leis. Talvez por isso Marcelo Neves atribua ao constitucionalismo inglês a característica de “atípico” (cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XX).

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 298-299. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1004.

<sup>28</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 21-22. Indo além, Dirley da Cunha Júnior afirma que “em coerência com o conceito moderno de Constituição, como um sistema jurídico aberto de normas fundamentais (princípios e regras), na medida em que se manifesta em interação com a realidade social, conformando-a e sendo por ela conformada, e se a Constituição, em razão disso, também é depositária dos reclamos da sociedade e emissora de valores eleitos por essa mesma sociedade, a supremacia da Constituição apresenta-se, com efeito, não só como uma exigência

Como referido, a supremacia da constituição (e aqui não importa se formal ou material) se impõe juridicamente através de dois institutos: a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade. Os dois institutos se complementam e só fazem sentido reciprocamente. Ou seja, não se pode falar em controle de constitucionalidade se não se tem uma constituição rígida (como no caso do constitucionalismo inglês) e uma constituição não pode ser verdadeiramente rígida se não se tem um controle de constitucionalidade das leis<sup>30</sup>. A Constituição brasileira de 1988 adotou os dois institutos.

Deve-se ressaltar, contudo, e mais uma vez com Jorge Miranda, que a ideia de constituição como fundamento de validade e fonte originária do ordenamento estatal, assim como “repositório de normas diretamente invocáveis pelo cidadão”, não surgiu ao mesmo tempo ou da mesma forma “em ambas as margens do Atlântico”<sup>31</sup>. Ou seja, América e Europa não experimentam a supremacia constitucional e a necessidade de um controle de constitucionalidade ao mesmo tempo. Devido ao que foi dito linhas atrás sobre o papel que a constituição devia exercer nos Estados Unidos, não deve ser surpresa o fato de este país ter sido o primeiro a construir um modelo de controle de constitucionalidade. A França revolucionária e, por via de consequência, o restante da Europa<sup>32</sup>, não viria a experimentar tão cedo o *valor da constituição*<sup>33</sup> e sua necessária proteção, o que só veio ocorrer, de fato, com o modelo austríaco do século XX.

Compreender a supremacia constitucional é imprescindível para as análises realizadas neste estudo. É apenas no contexto da existência de sistemas que adotam a supremacia constitucional que fará sentido falar em interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Ora, a premissa basilar para se discutir as relações reflexivas entre tribunais ao redor do mundo com o intuito de resolver questões constitucionais é que esses tribunais tenham a função e a competência de zelar pela preservação da constituição. Se não há controle jurisdicional, ainda que reduzido, da constitucionalidade dos atos estatais, não há sentido em falar em interações judiciais.

---

do discurso científico, mas também como uma necessidade democrática” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. Teoria e prática. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 36).

<sup>30</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59-63.

<sup>31</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 166.

<sup>32</sup> Jorge Miranda aponta quatro motivos para a inexistência de proteção constitucional no constitucionalismo europeu pós-revolucionário: otimismo na harmonia política; crença na lei como expressão de racionalidade; rígida separação de poderes; e o fato de não se considerar, rigorosamente, a constituição como critério de validade das leis (ibid., p. 496).

<sup>33</sup> Para uma ampla e minuciosa análise sobre o surgimento da percepção do valor da constituição e do controle de constitucionalidade nos EUA e na França, cf. VALDÉS, Roberto Luis Blanco. *O valor da constituição: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal*. Traduzido por Margarita María Furlong. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Embora não se adote a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, esta matriz teórica traz uma contribuição relevante para estas questões. Segundo Luhmann, a constituição moderna passa a desempenhar o papel de fundamentação do direito positivo que antes cabia ao direito natural. Com ela, o sistema jurídico passa a prescindir de referenciais suprapositivos para se legitimar. As exigências feitas pelo jusnaturalismo racional passam a ser desempenhadas pela constituição estatal. Como se verá adiante, este fato, apesar de atribuir ao direito um caráter autônomo, reduz o papel da racionalidade moral-prática e, por conseguinte, a pergunta pela justiça no direito. Este tema será retomado mais a frente<sup>34</sup>.

Três conclusões devem ser extraídas do quanto dito até aqui. A primeira é no sentido de indicar um núcleo do constitucionalismo moderno. Este núcleo é formado, por um lado, pela proteção e garantia de direitos fundamentais e, por outro, pela limitação do poder estatal, tradicionalmente relacionada com a separação de poderes. O núcleo do constitucionalismo, em verdade, já podia ser encontrado no artigo 16 da Declaração Universal do Homem e do Cidadão, dispositivo que afirma não possuírem constituição as sociedades que não assegurem os direitos fundamentais e em que não esteja estabelecida a separação de poderes.

A segunda conclusão, é que, na sua formatação original, o constitucionalismo está diretamente relacionado com o Estado nacional, na medida em que pretende refundá-lo, legitimá-lo a partir do direito. Ou seja, graças ao constitucionalismo, supera-se o Estado absolutista e o Estado moderno adquire uma nova face. Ao mesmo tempo, o constitucionalismo moderno, nesta acepção original, tem uma relação imediata com uma constituição estatal. Enfim, na aurora do novo formato de Estado de direito há uma relação necessária no trinômio Constitucionalismo-Constituição-Estado Nacional.

Por fim, o constitucionalismo moderno exige a supremacia constitucional. Sem esta noção não é possível falar em preservação da constituição, seus princípios e valores. Todas essas conclusões serão indispensáveis para a compreensão e desenvolvimento da presente investigação.

---

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidade Iberoamericana/Herder, 2005. No mesmo sentido, mas sem recorrer à teoria dos sistemas, cf. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. A passagem do estado social ao estado constitucional no contexto da globalização. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50: “A função que tradicionalmente vinha desempenhado o velho jusnaturalismo racional é, agora, distribuída à Constituição”.

### 2.2.3 Onde ficou a justiça? Positivismo jurídico

Conforme visto acima, o jusnaturalismo serviu de base para a construção do constitucionalismo moderno e de seu núcleo essencial: limitação e controle do poder estatal e defesa e garantia de direitos humanos fundamentais. A passagem do direito natural para a constituição como fundamento da ordem positiva, contudo, trouxe consigo uma nova teoria do direito: o positivismo jurídico. O período de surgimento das constituições modernas e da vitória do constitucionalismo sobre o arbítrio foi também o período de solidificação e mesmo supremacia de uma teoria do direito voltada para o texto e para o sistema – fechado - que se desvincula, principalmente nas versões mais contemporâneas, de uma preocupação com a justiça, a moral e as relações destas com o direito.

O positivismo jurídico nasce como decorrência de uma necessidade presente e prática: a segurança. Antes do movimento constitucionalista liberal, o sistema jurídico pecava por sua insegurança e pelo arbítrio. Como dito, o Estado moderno surge como Estado Absolutista. Neste, o detentor do poder estatal não estava limitado pelo direito positivo, o que abria as portas para o arbítrio e para a insegurança, principalmente, se se tiver em mente que os juízes eram apontados pelo monarca. No novo formato de Estado – liberal - a principal função do direito é limitar o poder expansivo e arbitrário do ente estatal<sup>35</sup>.

Esta exigência – fática - de segurança faz surgir uma teoria do direito muito mais preocupada com a sistematização da experiência jurídica do que com a pergunta pela justiça do sistema. É neste cenário que surgem a escola de exegese, na França, e o pandectismo, na Alemanha. A ciência do direito se autolimita ao estudo da lei positiva e estabelece a tese da estatalidade do direito, ou seja, o direito é o direito produzido pelo Estado<sup>36</sup>. A ideia de sistema se torna o norte da ciência e daí derivam duas características marcantes: a concepção de sistema como “sistema fechado”, para a qual o sistema é uma unidade e as lacunas são sempre aparentes, e a ideia de sistema como método, como instrumento metódico, a qual se liga o dogma da subsunção<sup>37</sup>.

A partir desse momento, a teoria do direito predominante vai eliminar o dualismo direito positivo *versus* direito natural. Segundo Norberto Bobbio, devido ao positivismo

<sup>35</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32. No mesmo sentido: BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15: “No Estado Liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado Absolutista. Neste último, o Estado fornece segurança contra a ação dos outros indivíduos. No Estado Liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado”.

<sup>36</sup> FERRAZ JR., op. cit., p. 32.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

jurídico todo o direito é reduzido ao direito positivo, sendo que o direito natural é excluído da categoria de direito. Ou seja, o direito positivo é direito e o direito natural não é mais direito<sup>38</sup>.

A progressiva expurgação dos questionamentos jusnaturalistas vai culminar na ausência de necessidade de um fundamento valorativo para que o direito seja considerado como tal. Obviamente, a preocupação e a própria crença em um direito natural não se deu imediatamente, mas o positivismo jurídico primitivo que surge naquele momento histórico foi o passo inicial. Progressivamente, os problemas envolvendo o pluralismo moral e sua decorrente incerteza sobre concepções de justiça são afastados do âmbito da ciência jurídica. O direito se torna autofundado. Assim, torna-se possível falar em uma ciência realmente autônoma, uma ciência que não precisa de fundamento externo para se legitimar<sup>39</sup>.

Para o positivismo jurídico, a segurança almejada fica comprometida se se admite o ingresso de valores e fatos na compreensão do direito. O subjetivismo moral e as incertezas do poder fático corrompem o princípio mais caro daquele momento histórico. Objetividade e previsibilidade só podem ser alcançadas com a autonomia do direito em relação à moral (valores) e em relação à política (poder). Tem-se um conceito autônomo de direito<sup>40</sup>. O critério distintivo do jurídico é a sua validade, ou seja, a adequação de uma norma ao procedimento definido, normativamente, para a sua produção<sup>41</sup>.

Parece bastante evidente que acontece aqui uma diminuição substancial no papel da ciência do direito e, por consequência, na forma de aplicação judicial deste. O positivismo jurídico, possibilitado pela vitória das revoluções liberais, desvirtua o projeto que o possibilitou. Em lugar da preocupação com um *ethos* e sua relação com o direito a ser conhecido e aplicado, o positivismo jurídico investe na técnica e no caráter instrumental da lei. As perguntas sobre moral e justiça não precisam mais ser feitas por aquele que pretende conhecer o fenômeno jurídico, pois a revolução já “positivou” as indagações éticas. O caráter moral-prático do jusnaturalismo é usurpado<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26. Conclui o autor: “A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonismo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*” (destaque do original).

<sup>39</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 18-19: “O positivismo não adota como critério identificador do jurídico ‘aquilo que é justo’, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça”.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução à teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 99-105.

<sup>42</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 157: “Neste momento, passamos a falar em codificações e em sistemas abstratos que se constroem em torno do *texto* e não em torno do *homem*. O direito deixa de ser antropologia

Norberto Bobbio afirma que a forma avaliativa de encarar o fenômeno jurídico é uma das características essenciais do positivismo jurídico. Aquele que se propõe a estudar o direito não deve fazer sobre ele qualquer juízo de valor. Trata-se de um fenômeno que prescinde do fato de ser bom ou mau, justo ou injusto, de ser um valor ou um desvalor. Esta característica está diretamente relacionada com a perspectiva formalista que o positivismo assume sobre o direito. Validade e valor são conceitos desvinculados para esta corrente do pensamento jurídico<sup>43</sup>.

Esta posição está diretamente relacionada com a proposta científica que o positivismo jurídico encarna. Assume uma postura “moderna” de ciência, o positivismo parte do pressuposto de que o papel do cientista é fazer sobre a realidade *juízos de fato* e não tomar posição sobre esta realidade, ou seja, fazer *juízos de valor* sobre ela. A primeira postura é considerada objetiva e, a segunda, subjetiva, incontrolável até. O papel da ciência do direito é, portanto, compreender e descrever o fenômeno, não julgá-lo. Percebe-se a ampla diferença que existe entre esta perspectiva e o jusnaturalismo. Este afirma, de forma geral, que o direito positivo possui limitações extrapositivas. O direito, para ser válido, precisa ser justo. Valor e validade estão unidos. No positivismo jurídico este critério de justiça é abandonado, assim como se desvincula valor e validade<sup>44</sup>.

Fugiria aos limites deste estudo avaliar a posição dos diversos autores ligados ao positivismo jurídico sobre a temática em questão. Desta forma, este estudo limitar-se-á a examinar o entendimento do autor mais representativo do positivismo jurídico contemporâneo: Hans Kelsen.

Como se sabe, a Teoria Pura do Direito (TPD) de Hans Kelsen tem como princípio metodológico fundamental a exclusão, no estudo do fenômeno jurídico, de todo conhecimento que não se possa chamar de direito. Ou seja, a TPD “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”<sup>45</sup>. Este recorte metodológico exigido por Kelsen inclui a rígida separação pelo estudo do direito do estudo da moral e da justiça. Assim, a ciência do direito, para ser pura, precisa estar tão separada da Ética quanto das ciências naturais<sup>46</sup>.

---

para ser uma tecnologia, e o jursercionalismo – [...] – é deixado de lado sob o argumento de que a aplicação do direito agora prescinde do ‘pensar’, bastando, tão somente, a comparação silogística entre o *fato* e a *norma*” (destaques do original).

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 135-137.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 69.

Kelsen parte do pressuposto de que se trata de constatação evidente o fato do relativismo moral. Ou seja, não se discute o fato de não se poder falar de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular. Desta forma, entende-se que o que é bom e justo é variável no tempo e no espaço, mudando, tanto em razão da sociedade que se analisa, quanto dentro de uma mesma sociedade ao longo do tempo. Sendo assim, a afirmação de que normas sociais só podem ser consideradas jurídicas se apresentarem um conteúdo moral só pode significar incidir sobre as normas que são partilhadas por todos os sistemas morais. Contudo, diante da diversidade constatada, não se pode determinar qualquer conjunto de elementos comuns nos diferentes sistemas morais<sup>47</sup>. A única coisa que liga direito e moral é a sua *forma normativa*: ambas prescrevem condutas humanas sendo que o primeiro possui um aparato institucionalizado de coação e a segunda não<sup>48</sup>.

O autor assevera que a adoção de uma perspectiva relativista dos valores não implica dizer que não existam valores ou que não haja qualquer justiça. Significa apenas que não há valores e justiça absoluta, mas apenas valores e justiça relativos. Daí se deduziria que um sistema de valor não pode ter a pretensão de excluir outro sistema de valor. Desta forma, Kelsen afirma que não é possível que uma moral ou um sistema de valor seja a medida de validade de um determinado sistema jurídico. E encerra: “[d]evemos ter presente [...] quando apreciamos ‘moralmente’ uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo”, ou seja, “não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral”<sup>49</sup>. Portanto, considerar uma ordem jurídica injusta a partir de um determinado sistema moral não pode excluir o fato de que outro sistema moral pode considerá-la justa.

Esta forma de encarar o papel da ciência do direito e de limitar a zona de atuação do jurista dedicado ao seu desenvolvimento é, de um lado, seca e altamente redutora de possibilidades e, de outro, problemática, na medida em que o autor não nega a existência da interferência de juízos morais na prática do aplicador do direito. Com efeito, na medida em que Kelsen entende que a decisão judicial é produzida por um ato de vontade discricionário incontrolável metodologicamente<sup>50</sup>, ele está dizendo que juízos morais diversos e também incontroláveis podem ser responsáveis por complementar, ainda que não de forma expressa, o amplo espaço deixado pela moldura normativa.

---

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 72-73.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 71 e 74.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 387-397.

É possível dizer, portanto, que a ausência de uma preocupação com uma teoria da decisão judicial na obra kelseniana se apresenta também como uma resistência a incorporar uma teoria da justiça. Desta forma, os grandes desafios concretos enfrentados pelos juristas, ou seja, os problemas de alta complexidade (moral) ficam sem resposta. Na medida em que desconfia das possibilidades reais de controle da razão prática Kelsen não aponta qualquer caminho viável para tratar as questões decisórias de maneira racional ao mesmo tempo em que afasta a racionalidade de questões envolvendo justiça<sup>51</sup>.

Para encerrar este tópico, é preciso deixar claro alguns pontos. O direito moderno surge e é teorizado principalmente a partir de um movimento amplo e que reúne diversas perspectivas: o jusnaturalismo. Apesar das diferenças internas, é seguro dizer que este movimento teórico afirma existir um direito anterior e para além do positivo. Este direito natural/racional preocupa-se com as limitações estatais e com o ser humano e seu desenvolvimento. Baseia-se em uma razão prática e aponta para a necessidade de se questionar sobre a justiça. Este movimento é responsável por guiar teórica e ideologicamente as revoluções constitucionalistas liberais do século XVIII. Tais movimentos foram responsáveis pela deposição do Estado Absolutista e pela refundação da sociedade (França) e pela construção de um Estado no qual os direitos individuais dos cidadãos fossem garantidos por uma Constituição (EUA).

Não obstante, principalmente na Europa continental, o constitucionalismo moderno não constituiu a preocupação central da teoria do direito. Esta estava voltada especialmente para o direito privado e via o direito constitucional como um direito político e a constituição como uma carta política sem normatividade. Por este motivo, o controle de constitucionalidade só aparecerá na Europa mais de um século mais tarde.

O positivismo jurídico afastou das preocupações da ciência do direito a questão do valor, da moral e da justiça. O papel do jurista devia se circunscrever à sistematização e explicação do ordenamento. Além disso, deixou de oferecer uma teoria da decisão judicial que conferisse racionalidade e controle à atuação judicante concreta, ao mesmo tempo em que deixa de oferecer mecanismos de ligação entre uma tal teoria e uma teoria da justiça. A razão prática é afastada do direito.

As preocupações da teoria do direito com a racionalidade da decisão e com as relações entre direito e moral e direito e justiça só serão retomadas com força na segunda

---

<sup>51</sup> PINTO, Marília Muricy Machado. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 117-118.

metade do século XX ao mesmo tempo em que o constitucionalismo é ressignificado e a constituição passa a ser vista como norma jurídica vinculante e sindicável judicialmente. Entretanto, uma nova temática já passava a fazer parte das preocupações dos cientistas sociais em geral e dos cientistas do direito em especial: a “globalização”. É imperioso, portanto, analisar esses dois fenômenos para que se possa situar o tema da presente investigação de forma ótima. Nos tópicos seguintes serão investigados os processos de transnacionalização e suas consequências para o direito, especialmente para o direito constitucional.

### 2.3 O(S) PROCESSO(S) DE TRANSNACIONALIZAÇÃO

Este tópico dedica-se a tratar como o cenário que ensejou o surgimento do constitucionalismo moderno (soberania nacional e direito voltado para um Estado territorialmente delimitado) vai sendo modificado ao longo do século XX, mormente sua segunda metade, tendo em mente, sempre, as perguntas que guiam este estudo. Estas mudanças são ensejadas, principalmente, por um processo que se costuma chamar de globalização. Por ser um fenômeno complexo e multifacetado, parece proveitoso, em um primeiro momento, traçar uma noção geral do conceito de globalização e identificar suas características e consequências mais imediatas, afinal “[p]elo fato de se apresentar como um fenômeno capaz de produzir uma aproximação intercultural nunca antes vista no curso da evolução humana, a globalização é hoje um dos conceitos mais problemáticos no universo acadêmico”<sup>52</sup>. Entretanto, como já referido anteriormente, este estudo deixará de se valer desta expressão para descrever o fenômeno pelos motivos que serão esclarecidos adiante.

#### 2.3.1 As faces da transnacionalização

Manoel Jorge e Silva Neto dá notícia de que a globalização não é um fenômeno recente. O movimento de expansão de uma determinada cultura para fora de suas limitações territoriais ou o contato entre povos diferentes pelos mais variados motivos já existe desde a Antiguidade Clássica. Segundo o autor, a primeira onda globalizadora pode ser encontrada na experiência da ampliação do Império Romano. Uma segunda onda globalizadora pode ser identificada no período das grandes navegações no qual os países europeus, mormente Espanha e Portugal, descobrem o “novo mundo” americano. A terceira onda ocorre quando da

---

<sup>52</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 4.

emergência da Revolução Industrial. Por fim, a quarta onda globalizadora, na qual se vive hoje, tem seu início com a queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria<sup>53</sup>.

Compartilhando este entendimento, Anderson Vichinkeski Teixeira afirma que o término da Guerra Fria é fator determinante para que se tornasse possível falar em sociedade global. O fim da polarização do globo terrestre e sua divisão em zonas de influência abriram, segundo o autor, os caminhos e as fronteiras para que se desenvolvesse a ideia de sociedade global<sup>54</sup>. Pode-se dizer, portanto, que este processo será marcadamente influenciado pelo sistema capitalista, pelo liberalismo político e pelo conceito de democracia constitucional.

Parece seguro dizer que o que se observa hoje é a expansão e aceleração de um movimento que já faz parte da sociedade desde sua mais remota história. A facilidade das comunicações à longa distância, o aprimoramento do comércio internacional, as consequências locais imediatas de fatos ocorridos em zonas territoriais distantes, são todos fenômenos que se ampliaram em demasia no último século. Como se verá adiante, a marca indelével desta nova fase da globalização consiste no fato de que a própria sociedade se entende como sociedade mundial. Este raciocínio será desenvolvido mais a frente com esteio em Niklas Luhmann.

A faceta econômica é, sem dúvida, a mais destacada e importante do processo de globalização<sup>55</sup>. Muitos, inclusive, afirmam que globalização é sinônimo de expansão do capitalismo. Esta expansão foi marcada, em um primeiro momento, pelo que ficou conhecido como Consenso de Washington, que defendia uma série de propostas orientadas à privatização, à desregulação, ao livre comércio, à minimização da carga tributária etc. Estes processos acabam deixando a economia estatal mais sujeita aos humores do mercado internacional. Por isso, um significativo movimento antiglobalização se desenvolveu, principalmente nos países não desenvolvidos, incapazes de se adequar à essas exigências. Este

---

<sup>53</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Globalização e direito econômico*. [s.l.:s.n.,s.d.], p. 3-4

<sup>54</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 10-11.

<sup>55</sup> Zygmunt Bauman, em tom crítico, afirma que esta face da globalização é a marca da “desordem mundial”. Entende o autor que a globalização econômica carece de controle estatal o que antes da segunda metade do século XX era possível e desejável mesmo para as economias de mercado (cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 63-77). Em contraponto a esta afirmação, SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. Trad.: Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 86-87: “A ordem criada por um processo deliberadamente controlado pode ser muito mais fácil de conceber ou entender, em comparação à ordem que emerge de um conjunto incontrolável de inumeráveis interações. Mas isso não significa que a primeira seja, necessariamente, mais comum, mais significativa ou mais desejável em suas consequências”.

movimento, principalmente na América Latina, desembocou na subida ao poder de governos populistas que acreditavam na possibilidade de o Estado ser o principal agente econômico<sup>56</sup>.

Esta dicotomia, entretanto, tende à ideologização e à perda de foco. Desta forma, concorda-se com Anderson Vichinkeski Teixeira, quando afirma que a globalização econômica tem um significado estritamente formal: “trata-se de um *processo* histórico voltado para a criação de condições práticas que permitam a qualquer agente, seja uma multinacional ou um simples indivíduo, investir e interagir na busca da melhor alternativa para a efetivação do seu negócio pretendido”<sup>57</sup>. Os mecanismos para isto já estão disponíveis, mormente com o desenvolvimento da economia. O que é relevante para ser discutido é como os *agentes* deste processo se comportam. A globalização econômica não é um mal em si. Não é um processo despersonalizado e que se move autonomamente.

A preocupação com a globalização econômica, sua suposta relação de necessidade com o “projeto neoliberal” de desmantelamento do Estado Social, o suposto risco que esta oferece aos direitos humanos, às identidades nacionais e aos países em desenvolvimento foi, a princípio, a principal postura dos cientistas sociais em geral e dos juristas em especial<sup>58</sup>. Esta não é a perspectiva deste trabalho. Não se busca aqui examinar a transnacionalização apenas sob o aspecto econômico ou mesmo o que apenas este aspecto do fenômeno acarreta para o direito. O que se pretende é analisar como o amplo processo que é a transnacionalização afeta o direito – constitucional *-independente da economia*. Como destacado no tópico 2.4, a expansão do constitucionalismo moderno e o surgimento das interações judiciais transnacionais não possui relação com a faceta econômica da transnacionalização.

Justamente para evitar esta tendência à ideologização e à caracterização da globalização como globalização econômica é que este estudo deixa de usar esta expressão. Como ficará claro, o processo que se vive hoje tem outras faces e acarreta consequências que não tem relação imediata, ou mesmo nenhuma, com a economia global, ainda que esta seja a mais visível. Desta forma, se recorrerá à ideia de transnacionalidade e transnacionalização. Ambas derivam da palavra “transnacional”. Todas as expressões são entendidas, aqui, em sentido amplo, ou seja, referem-se a processos que ocorrem para além do Estado nacional, mas também com e nele. No caso do direito, por exemplo, “problemas jurídicos

<sup>56</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 11-24.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 24-25 (destaque acrescido).

<sup>58</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Estudos avançados*. v.11, n.30, 1997, p. 43-53; MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos humanos, Estado e globalização. In: RUBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2.ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010, p. 125-149.

transnacionais” são aqueles que surgem a partir de relações entre ordens jurídicas estatais, internacionais, suprarregionais etc.<sup>59</sup>. Portanto, quando se fala em processo de transnacionalização quer-se referir a qualquer tipo de processo que acarrete problemas que transcendem as limitações territoriais do Estado nacional.

Ao lado da globalização econômica, merece especial destaque a globalização da política. Esta faceta ainda é muito incerta e tem se desenvolvido mais no âmbito teórico. A progressiva internacionalização de uma série de questões faz surgir propostas de supranacionalização da política e da governança. Tenta-se pensar o cenário internacional de forma equivalente ao Estado nacional. Propõe-se a construção de um governo global para que as relações deixem de ser marcadas pela horizontalidade e anarquia para ser pautada pela verticalidade e pela ordem. Evidentemente, as propostas não deixam de sugerir instrumentos democratizantes. As controvérsias sobre o papel da Organização das Nações Unidas, seu surgimento, sua força política, sua função etc., são discussões que se relacionam diretamente com a transnacionalização da política. Contudo, a efetivação prática de tais propostas foge à realidade. A sociedade mundial é marcada, ao nível de Estados, por uma fortíssima assimetria. Ou seja, diferentes Estados têm forças diferentes. Isto faz com que a construção de um governo global acabe por legitimar o uso da força por esses Estados<sup>60</sup>. A política, entendida como mecanismo de produção de decisões vinculantes, mesmo em tempos de globalização, ainda é marcadamente estatal<sup>61</sup>.

Parece relevante, ainda, falar da globalização como um processo cultural e educativo. A interação entre culturas é, sem dúvida, o aspecto mais antigo do processo de formação de uma sociedade mundial. Desde a antiguidade, povos e culturas diferentes se relacionam reciprocamente pelos mais diversos motivos: políticos, econômicos, bélicos etc. O grande diferencial observado no século XX, especialmente na sua segunda metade, é a facilitação da comunicação entre pessoas ao redor do mundo e do acesso à informação. Contatos e compartilhamento de dados/notícias que antes não seriam possíveis ou extremamente difíceis ou atrasados são viabilizados através da imprensa e da internet. Este processo é totalmente desvinculado do Estado<sup>62</sup>, considera irrelevantes as fronteiras e rompe com distâncias. Atrelado a isto, a interação cultural é facilitada pelo aumento de investimento em intercâmbios educacionais. Assim, estudantes de diversos países e de culturas distintas

<sup>59</sup> NEVES, Marcelo. Introdução. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 10.

<sup>60</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 26-39.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 30-31.

<sup>62</sup> Em regra, sabe-se que há Estados nacionais que promovem um duro controle dos meios de comunicação.

“migram” para outros para aprimorar seus conhecimentos e, em consequência, promovem intercâmbio cultural com o país que os recebem<sup>63</sup>.

É possível argumentar que esta faceta da globalização possuiria um reverso: a homogeneização cultural. Os contatos culturais promovidos pela ampliação dos meios de comunicação e pela facilitação da locomoção, poderia ser dito, não promovem mais pluralidade e diversidade, mas homogeneidade e perda de identidade. Contudo, é possível dizer que, embora este risco seja real, é perceptível que todo movimento de homogeneização estimula, de forma orgânica e espontânea, um movimento de reafirmação da identidade e, com isso, da heterogeneidade. A ampliação das possibilidades ressignifica a identidade. Como afirma Bernardo Gonçalves Fernandes, “a globalização se refere, antes de tudo, a uma complexa rede de modificações na relação tempo-espaço, através da intensificação das relações sociais em escala mundial”, mas não só isso, “pois a mesma está irremediavelmente ligada à ‘vida local’”. Portanto, “a globalização é transnacionalização, e ao mesmo tempo, nova localização. A globalização não só puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando sempre novas pressões por autonomia local”<sup>64</sup>.

Identidade e localidade podem, e aqui devem, ser entendidas de forma ampla. Não se trata apenas de questões culturais não institucionais. A “face formal” dos Estados, suas instituições e seu direito também possuem identidades diretamente relacionadas com sua localidade, e isto é algo que não deve ser demolido ou desconstruído. Desta forma, o aconselhável aparenta ser que se estimule, mesmo no contexto da transnacionalização, a luta por identidade e localidade. Estes temas serão mais bem explorados na sequência.

Para encerrar este item, cabe dizer que é possível conceber o processo de transnacionalização como uma intensificação da sociedade mundial<sup>65</sup>. Niklas Luhmann analisa a questão a partir do seu conceito de sociedade como comunicação. A comunicação é a operação que marca e distingue a sociedade dos sistemas sociais. Tudo o que é sociedade é comunicação. Fora da sociedade não há comunicação. Se não há comunicação não há sociedade.

Desta forma, as sociedades antigas não eram sociedades mundiais, pois a comunicação era restrita a um determinado espaço e a uma determinada noção de mundo. Contudo, a partir de um processo que se inicia no século XVI, o mundo passa a ser totalmente

---

<sup>63</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 57-68.

<sup>64</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Direito constitucional & democracia: entre a globalização e o risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 51.

<sup>65</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2006, p. 108 e ss.

“descoberto”. As possibilidades comunicativas expandem-se cada vez mais, e esta sociedade mundial consolida-se no século XIX com a instituição de um único tempo mundial. Isto quer dizer: “en cualquier lugar del globo terráqueo – independientemente de la hora local del lugar – puede establecerse simultaneidad con todos los otros lugares y comunicarse en todo el mundo sin pérdida del tiempo”<sup>66</sup>. Este fenômeno altera o próprio conceito de mundo<sup>67</sup>.

O grau de desenvolvimento atual é tão marcante que a própria sociedade se enxerga como sociedade mundial. Ou seja, como afirma Marcelo Neves, a sociedade contemporânea identifica-se a si mesma como sociedade mundial, ela se auto-observa e autodescreve como global/mundial<sup>68</sup>.

Isso não significa, contudo, que esta concepção de transnacionalização impossibilite percepções e culturas locais, ou mesmo, deslegitime a política e o direito desenvolvidos dentro de espaços estatais-territoriais. Como afirma Luhmann, “la expresión sociedad del mundo debe indicar que cada sociedad [...] construye un mundo”<sup>69</sup>. Além disso, não cabe falar (ainda?) em política global, pois os mecanismos de legitimação democrática de decisões vinculantes ainda são prioritariamente estatais<sup>70</sup>.

Luhmann, entretanto, ainda afirma que o sistema jurídico só é compreendido a partir de delimitações territoriais-estatais<sup>71</sup>. Sistemas sociais como a economia, a técnica, a ciência, o amor, a educação e os meios de comunicação, para o autor, não respeitam estas delimitações territoriais. Esta não é a perspectiva adotada por este estudo.

Como se verá adiante, é perceptível e evidente que normas jurídicas produzidas fora dos procedimentos democráticos realizados no interior do Estado nacional vem servindo de base para decisões judiciais. Uma “ordem jurídica internacional” vem se desenvolvendo por vezes sem o Estado e por vezes contra ele. Mais importante para os fins deste estudo, contudo, é perceber que juízes e tribunais de diferentes instâncias e competências ao redor do globo vêm se comunicando uns com os outros para resolver questões constitucionais similares<sup>72</sup>, postura esta defendida e estimulada por uma série de juristas.

---

<sup>66</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2006, p. 111.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>68</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 27.

<sup>69</sup> LUHMANN, op. cit., p. 117.

<sup>70</sup> NEVES, op. cit., p. 31.

<sup>71</sup> LUHMANN, op. cit., p. 125.

<sup>72</sup> Marcelo Neves chama este fenômeno de entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais e locais a partir do que ele chama de transconstitucionalismo (cf. NEVES, op. cit., p. 34). Voltar-se-á a este tema mais a frente.

A título de conclusão, cabe dizer que este fenômeno multifacetado que se chama, aqui, de transnacionalização é, além de irreversível, inevitável, irremediável e afeta a todos<sup>73</sup>. E, como tudo que é inevitável e irreversível, a transnacionalização gera angústia, pois, em boa medida, está longe do controle individual. Entretanto, disso não se deve concluir que controle algum é possível e que só consequências danosas ocorrerão.

A pergunta correta não é como sair do processo de transnacionalização. Isso parece impossível e irreal. A pergunta certa é como entrar corretamente no mesmo. Ou melhor: como jogar o seu jogo da melhor forma possível. Levar a globalização a sério<sup>74</sup> é não ignorá-la e tirar dela o maior proveito possível. Para o direito, isso irá requerer um esforço teórico grande, tanto para a teoria do direito, quanto para a teoria da constituição, campos de estudo a que esta pesquisa se direciona. Como afirma Alfonso de Julios-Campuzano, as “alterações que a globalização está introduzindo no ordenamento geopolítico não podem escapar a uma análise jusfilosófica”. Dentre outros motivos “porque sua influência alcança de cheio o mundo jurídico e se projeta em formas específicas de juridicidade que estão redefinindo as questões mais exigíveis de justiça, dos direitos humanos e da democracia”<sup>75</sup>.

Conforme referido, este estudo não pretende realizar um aprofundamento em todos os meandros que a transnacionalização acarreta para o direito. O recorte metodológico focará, de forma geral, na progressiva expansão e transterritorialização do constitucionalismo moderno no contexto de formação de uma sociedade mundial e, de forma específica, em uma das marcas deste fenômeno: as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Ora, se uma das manifestações claras da transnacionalização é a expansão e facilitação da comunicação ao redor do mundo, parece bastante evidente que o contato dialógico entre julgadores ao tratar de temáticas similares e “essencialmente” constitucionais é uma expressão deste fenômeno. Não obstante o foco deste estudo, parece proveitoso examinar as dificuldades que as percepções modernas sobre o Estado e sobre o direito vem sendo problematizadas no contexto da transnacionalização. É o que se faz no item seguinte.

---

<sup>73</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 7.

<sup>74</sup> Expressão de: GIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Trad.: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 125-163.

<sup>75</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Traduzido por Clovis Gorczeski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 39.

### 2.3.2 Estado e direito no cenário transnacional: necessidade de revisitação conceitual

Como referido acima, o Estado Moderno não surge como Estado Constitucional de Direito. A passagem da Idade Média para a Idade Moderna (fim do feudalismo) não instituiu, de logo, um Estado regido, limitado e legitimado pelo direito. Ao invés disso, a primeira forma estatal que surge como uma ruptura com o modelo anterior instaurou o que vieram a ser chamadas de *monarquias absolutistas*. Da descentralização observada no sistema feudal – no qual cada senhor era proprietário de tudo o que estava nas terras (inclusive das pessoas) – as monarquias absolutistas concentram os poderes nas mãos dos reis. A intenção de criar uma unidade autônoma e soberana, constituída de um território e um povo, provocou a personificação do Estado no próprio monarca. Fundamentando seu direito em uma concessão divina, os reis puderam reunir os poderes antes difusamente espalhados pelos senhores feudais e fazer surgir a primeira forma de Estado<sup>76</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari afirma que são as deficiências do feudalismo e da sociedade política medieval que determinam a necessidade de criação do que veio a ser chamado de Estado Moderno. A principal “crítica” que a antiga forma de sociedade sofria era a falta de unidade, o que causava instabilidades econômicas, tributárias e mantinha um estado de guerra constante. Dessa forma, era necessária a criação de uma entidade suprema, reconhecida como a mais alta de todas no interior do território, enfim, uma estrutura soberana de poder<sup>77</sup>. Tal estrutura, como dito, foi forjada a partir da ideia de Estado Absolutista. Este se consolidou através dos quatro principais elementos do Estado Moderno: soberania, povo, território e finalidade. A primeira é, sem dúvida, a mais relevante para os fins deste estudo. Dela se retira a ideia de que o Estado não se subordina a nenhuma força externa a ele. Toda a regulação jurídica é definida no seu interior, seja qual for o tipo de Estado que se adote (liberal, social, autoritário, totalitário etc.)<sup>78</sup>.

A identificação absoluta entre Estado e monarca faz com que a primeira forma do Estado Moderno deixe de ser patrimonial. Ou seja, o senhor feudal não é mais dono de tudo o que se encontra em seu território. O que há é uma estrutural estamental. Da mesma forma, as relações de poder são alteradas: da esfera privada (senhores feudais) para a esfera pública

<sup>76</sup>STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

<sup>77</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

<sup>78</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 79-80.

(Estado centralizador). Ou seja, autoridade, administração da justiça, exército, cobrança de tributos etc. deixam de ser um problema privado para ser um problema público<sup>79</sup>.

As revoluções liberais do século XVIII são responsáveis por causar uma nova transformação na concepção de Estado. Como visto, o movimento constitucionalista, movido pelos ideais jusnaturalistas, repactua a sociedade e advoga a instituição de uma constituição estatal. Esta constituição é a responsável por definir os contornos políticos do Estado bem como servir de norte e meio de fundamentação última de todo o direito produzido ainda que só venha a ser encarada realmente como documento normativo muito tempo depois.

A teoria do direito e, conseqüentemente, a percepção que se tem sobre o fenômeno jurídico, está ligada a uma determinada forma de Estado e afirma que há uma relação de necessidade entre ambos<sup>80</sup>. Da mesma forma que se disse que na modernidade constitucional o trinômio Constitucionalismo-Constituição-Estado nacional era necessário, a própria concepção de direito nesta fase da história está associada à ideia de Estado nação. Por isso se disse acima que uma das marcas do positivismo jurídico é a defesa da tese da estatalidade do direito. Ou seja, é – ou era - legítimo defender outro binômio necessário: direito-Estado nacional. Tal percepção atravessa a história e, de certa forma, alcança os dias atuais.

É nesse contexto e com essas premissas que se dá o surgimento do direito internacional público clássico. Com efeito, há certo consenso no sentido de indicar a consolidação da ideia de soberania, direito propriamente estatal e a manifestação dos primeiros passos do direito internacional público como o concebemos hoje. Trata-se da assinatura dos tratados da Paz de Westphalia. Ao mesmo tempo em que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos, esses documentos impulsionaram a construção do direito internacional público enquanto ramo autônomo.

Valério Mazzuoli aduz que para boa parte dos autores não se podia falar em direito internacional antes da Paz de Westphalia. Não havia, efetivamente, uma sociedade internacional apta a sujeitar os Estados ao cumprimento de determinadas regras pactuadas entre eles. Assim, o autor afirma que os referidos tratados constituem verdadeiro divisor de águas na história do direito internacional público. Ao mesmo tempo, o autor assevera que é neste momento que se consolida a noção de Estado Moderno detentor de soberania, tornando-se este o mais importante sujeito de direito internacional. Além disso, é com a Paz de Westfália

---

<sup>79</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42-43.

<sup>80</sup> ROCHA, Leonel. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 42-43.

que se reconhece, pela primeira vez no plano internacional, a igualdade formal entre os Estados, criando o princípio de uma sociedade internacional pluralizada<sup>81</sup>.

A Paz de Westphalia, portanto, tem uma dupla função, diretamente relacionadas com o caráter dúplice da soberania estatal. De um lado, fortalece-se a soberania interna do Estado como única autoridade política de um determinado território o que promove a possibilidade de efetivar uma subordinação hierárquica e política sobre os indivíduos. De outro, passa a ser possível pautar as relações internacionais através de uma disciplina eminentemente jurídica, tendo como princípio básico a igualdade - também jurídica - entre os Estados. Não há que se falar, portanto, em subordinação de um Estado a outro<sup>82</sup>. Soberania territorial, não intervenção em assuntos de foro interno de outros Estados, igualdade entre Estados e autodeterminação seriam, segundo Anderson Vichinkeski Teixeira, os princípios westphalianos<sup>83</sup>.

É a partir desses princípios que será construído o direito internacional público<sup>84</sup>. Este ramo do direito servirá para regular as relações entre esses Estados que se consideram mutuamente independentes e soberanos entre si. O papel do direito internacional público é regular as relações na sociedade mundial, mormente entre os Estados. Em sua conformação original, portanto, não estava preocupado com obrigações a serem cumpridas por cada Estado nacional no seu interior. Como afirma Hans Kelsen, de acordo com a habitual determinação de seu conceito, “Direito internacional é um complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados – que são os sujeitos específicos do Direito internacional”<sup>85</sup>.

O direito internacional público clássico, assim, não se prestava a influenciar diretamente o direito interno nem cobrar do Estado soberano alguma medida a ser tomada dentro do seu território. Nesta fase, portanto, é possível dizer que existiam dois sistemas independentes entre si. As influências do sistema internacional no interior do sistema estatal serão incorporadas ao longo do tempo, tendo como objetivo fundamental a proteção do ser humano<sup>86</sup>. Voltar-se-á a este tema mais a frente.

---

<sup>81</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

<sup>82</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85-87.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

<sup>84</sup> BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 355.

<sup>86</sup> BORGES, op. cit., p. 12.

Interessante destacar, com Norberto Bobbio, como fica bastante evidente a autossuficiência estatal do direito ao se examinar a forma como o Poder Judiciário passa a atuar. Segundo o autor italiano, antes da formação do Estado moderno o julgador encontrava-se relativamente livre no momento de decidir no que diz respeito à origem da norma a aplicar. O juiz não se encontrava vinculado às normas elaboradas pelo Poder Legislativo estatal, podendo se valer de regras de costume, normas produzidas por juristas ou, “ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural”<sup>87</sup>. Todas estas fontes encontravam-se no mesmo patamar de validade. Entretanto, com o estabelecimento do Estado moderno, o juiz passa a ser um funcionário do Estado e fica subordinado ao Poder Legislativo. Com isso, o único material normativo que está autorizado a se valer para decidir as controvérsias a ele apresentadas é o produzido legislativamente. O único direito válido é o direito expressamente posto pelo Estado<sup>88</sup>.

Atrelado ao que se disse no início do capítulo sobre o direito natural, o jusnaturalismo e a defesa de um direito para além do direito positivo, esta constatação de Bobbio deve apontar para o fato de que não existe uma relação ontológico-essencialista ou transcendental necessária entre direito e Estado. É fato que esta relação foi a marca do direito moderno, surgido após as revoluções liberais e dos processos de codificação. Foi, e ainda é, benéfica no sentido de que garante aos cidadãos uma dose elevada de segurança sobre a quais normas eles estão sujeitos. Contudo, deve ficar claro que para se compreender o fenômeno jurídico não é *necessário* atrelá-lo ao Estado nacional.

Esta conclusão fica especialmente evidente quando se leva em conta a sociedade contemporânea, fortemente marcada pelos processos de transnacionalização, como se viu acima. O século XX foi palco de diversas forças corrosivas da ideia de soberania e ampla capacidade regulatória pelo Estado: o pluralismo jurídico interno e externo, a formação de centros de poder alternativos e construídos fora do Estado atuando nos campos políticos, econômicos, religiosos etc., o surgimento de instituições supranacionais e a possibilidade dos indivíduos de recorrerem a tribunais internacionais para terem seus direitos protegidos<sup>89</sup>. Todos esses desenvolvimentos assinalam para a ocorrência do fenômeno jurídico para além do Estado nacional.

---

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

<sup>89</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. 10.ed. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011, p. 11-12.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes apontam na mesma direção, ao dizerem que se observa hoje uma força centrífuga no que diz respeito aos locais de atuação política, seja no âmbito interno, seja, principalmente, no âmbito externo ao Estado. Esta força centrífuga é constatada de diversas maneiras: progressiva e galopante interdependência entre Estados; surgimento de ordens jurídicas supranacionais e comunitárias; fortalecimento de empresas transnacionais e suas respectivas e amplas zonas de regulação jurídica autônoma; bem como grupos e órgãos de atuação extraestatal, as ONGs<sup>90</sup>. Estes fatores colocam limites à atuação soberana do Estado e, ao mesmo tempo, apontam para questões no âmbito do sistema jurídico que devem ser enfrentadas.

Desta forma, passa a ser possível, e mesmo necessário, avançar no debate sobre a forma adequada de se compreender o fenômeno jurídico. Como afirma Leonel Severo Rocha, a “transnacionalização é a união de dois polos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal”, sendo este paradoxo “constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, *é um convite a reinventar, uma vez mais, o político e o Direito*”<sup>91</sup>.

A teoria do direito, portanto, precisa construir uma nova forma de encarar o fenômeno jurídico tendo em mente as complexidades que a transnacionalização apresenta. Hoje, o Estado nacional não é, nem de longe, o único ator apto a produzir normas com teor vinculante. A complexidade e diversidade das condutas intersubjetivas, pretensões e expectativas na atualidade vão muito além das capacidades regulatórias do Estado nacional. Aquilo que faz emergir o sentido jurídico ou a necessidade de regulação não está preso aos limites territoriais do Estado nacional. Da mesma forma, a teoria do direito deve perceber que um mesmo tipo de problema que surge pode interessar a mais de uma ordem jurídico-positiva e a resolução de tal problema pode ser útil ou mesmo necessária para resolução de problemas de outras ordens jurídico-positivas.

Celso Fernandes Campilongo se vale de uma repetida imagem para tentar demonstrar o novo quadro que a teoria do direito deve confrontar. Segundo o autor, “vê-se a crescente substituição da ‘pirâmide’ normativa kelseniana por séries normativas dispostas na forma de ‘teias de aranha’ emaranhadas, descentralizadas e, em larga medida, surgidas apenas para

---

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 139-141.

<sup>91</sup> ROCHA, Leonel. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 42 (destaques acrescidos).

estabelecer premissas de decisões flexíveis”<sup>92</sup>. Este cenário decorreria, ainda segundo o autor, do fato de que, como visto, a capacidade regulatória do Estado se vê diminuída ao mesmo tempo em que os modos de produção do direito a nível mundial são difusos, policêntricos e autorregulativos. Isso não significa, contudo, que o sentido mais originário do direito seja, hoje, outro. Significa apenas que a crescente complexidade da sociedade decorrente da transnacionalização inviabiliza uma relação de necessidade entre direito e Estado.

Não obstante, este estudo não pretende defender que não deve haver qualquer relação entre direito e Estado ou mesmo que este último é indesejável e supérfluo. Da mesma forma, não se entende adequado falar de um direito extrapositivo nos moldes de um jusnaturalismo universalista atemporal. Fugiria aos limites e objetivos deste trabalho oferecer uma nova teoria do direito plenamente adaptada ao cenário transnacional, e que desse conta das complexidades que esta nova realidade traz para o fenômeno jurídico. Contudo, parece relevante tomar uma posição que possibilite a continuidade do estudo, ao menos no que diz respeito ao conceito de direito e sua relação com o Estado nacional.

Qual a resposta mais originária possível para o problema do direito? Qual seu sentido mais íntimo? Pelo que se viu até o momento parece ser possível dizer que o texto normativo não é a resposta. Há algo anterior à produção estatal do ordenamento jurídico: “a *unicidade pluralmente participada do mundo* e a necessária *intersubjetividade* faz da *coexistência* a condição ontológica para o direito”<sup>93</sup>. Quer isto dizer que a convivência partilhada do mundo por diversos seres humanos é a condição mais essencial do direito. Ou seja, assim como a moral, o direito surge do *ethos* construído através da convivência humana. Eles - direito e moral - vão se diferenciar artificialmente através da construção de um sistema jurídico determinado - no âmbito da legislação - e através de um esforço reflexivo condicionado por uma situação concreta (no caso da decisão judicial)<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

<sup>93</sup> NEVES, Antonio Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: \_\_\_\_\_. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 842.

<sup>94</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*. uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 178-181. Aduz o autor: “Construímos através da eticidade um padrão normativo que não equivale, necessariamente, ao direito. Desse modo, a dimensão hermenêutica da linguagem que se antecipa e que permite compreendermos o mundo a nossa volta não constitui um “como” jurídico autônomo. Antecipa-se um sentido *moral-prático* que nos permite valorar a conduta e considerá-la reprovável ou não; justa ou injusta; adequada ou inadequada e assim por diante. Não é possível cindir *direito* e *moral* no momento da compreensão, na medida em que ambos são “filhos” do *ethos*, são expressões de uma racionalidade *moral-prática* que acontece fenomenologicamente, sem que haja tempo para atitudes reflexivas capazes de efetuar essa distinção. A *co-originalidade* entre *direito* e *moral* se deve, portanto, a esse modo de sermos no mundo: compreensão. Se quisermos, portanto, pensar na ciência do direito (autônomo) viável nas condições paradigmáticas expostas, temos de levar em conta as condições de possibilidade para a *autonomia* entre esses dois modelos regulatórios e, ao mesmo tempo, utilizar o potencial emancipatório da *co-*

Como se disse diversas vezes ao longo deste estudo, é crescente no mundo atual transnacionalizado o aumento de interações intersubjetivas. As relações e os problemas que fazem emergir sentidos éticos não são condicionados pelas limitações territoriais do Estado nacional. Da mesma forma, regulamentações com carga normativa são construídas para além e às vezes contra o Estado. Por tudo isso, faz cada vez menos sentido confundir direito com o Estado nacional ou reduzi-lo à sua manifestação estatal. O sentido mais originário do fenômeno jurídico é universal, mesmo que condicionado historicamente.

Neste contexto, é possível dizer que a clássica discussão entre monismo e dualismo é subcomplexa para lidar com o novo fenômeno. O que está em questão não é mais saber se ordem internacional e ordem estatal perfazem uma única ordem ou se são duas ordens distintas. A questão correta é examinar como se dá a progressiva e inevitável interdependência entre a ordem estatal e as ordens *transnacionais*. O objetivo da presente pesquisa não é se debruçar sobre todas as particularidades que este fenômeno possui, mas apenas à sua vertente judiciária e constitucional.

Assim, duas indagações se fazem necessárias. A primeira se relaciona com a existência ou não, no mundo transnacionalizado contemporâneo, de um *ethos* comum. É possível falar, hoje, de sentidos morais-práticos partilhados a nível mundial? A segunda se relaciona com a existência ou não de padrões sistêmicos regulatórios compartilhados ao redor do mundo que serviriam ao esforço reflexivo supracitado. O item seguinte (2.3.3) tenta responder a primeira pergunta. O tópico posterior (2.4) tenta responder à segunda.

### **2.3.3 Multiculturalismo, pluralismo moral e as possibilidades de interação**

Ao lado dos problemas de soberania e relação de necessidade entre direito e Estado, os processos de transnacionalização colocam uma questão altamente relevante para os objetivos do presente estudo: as diferenças culturais entre os diversos povos ao redor do mundo e o significado, para o direito, de tais diferenças. Como referido, os processos de transnacionalização intensificam os contatos entre diferentes culturas e, por consequência, ampliam as possibilidades de conflitos entre elas. Este fato, evidentemente, faz surgir indagações sobre as possibilidades de uma teoria ética universal. Não obstante, parece seguro dizer que, ao mesmo tempo, referidos contatos são capazes de demonstrar zonas de afinidade,

---

*originalidade* hermenêutica [...]. Qualquer distinção, entretanto, só será alcançada em um plano reflexivo, onde se abre espaço para a busca explícita de uma compreensão *jurídica*”.

de consenso, sobre determinadas temáticas, o que pode representar um fundamento de interações no âmbito do sistema jurídico.

Uma pergunta que pode servir de ponto de partida para a análise dessas questões é a seguinte: “Como é possível, ao mesmo tempo, exigir que seja reconhecida a diferença, tal como ela se constituiu através da história, e exigir que os ‘outros’ nos olhem como iguais e nos reconheçam os mesmos direitos de que são titulares?”<sup>95</sup>. É nesse contexto que os conceitos de multiculturalismo, relativismo cultural/valorativo e pluralismo moral surgem. Fugiria aos limites deste trabalho realizar um exame profundo de tais temáticas. Assim, será apenas apontado como essas problemáticas se relacionam com o recorte proposto.

Atualmente, a expressão multiculturalismo é usada de forma descritiva para enunciar pelo menos três fatos: a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; a coexistência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado nação; a existência de culturas que se influenciam tanto dentro como para além do Estado nação<sup>96</sup>. Todos os três passam, em síntese, um mesmo sentido, qual seja, o fato do compartilhamento do mesmo mundo por diversas expressões culturais. No cenário transnacional, o fenômeno passou a ser encarado com uma proposta contra-hegemônica, ou seja, a defesa das particularidades culturais frente a uma suposta homogeneidade ocidental<sup>97</sup>.

A grande relevância desta discussão, para os fins do presente trabalho, perpassa pela inexorável consequência da constatação da pluralidade de culturas: o pluralismo valorativo/moral. Ora, se dentro do mesmo indivíduo é possível haver conflitos entre valores diferentes, é evidente que entre culturas, afastadas territorialmente ou não, estes conflitos ocorrerão. O choque de valores representa essência deles mesmos e do ser humano. O ideal do todo perfeito, do paraíso moral, onde todos os valores convivem harmoniosamente, não só parece impossível, mas, talvez, indesejável e perigoso, pois significaria a total supressão das individualidades pessoais e coletivas<sup>98</sup>.

Da constatação e da necessidade de manter o pluralismo não se deve descambar, contudo, para o relativismo total. Afinal

---

<sup>95</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. *Para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. [s.d.]. p. 1. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>96</sup> Ibid., p. 3.

<sup>97</sup> Ibid., p. 5.

<sup>98</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 149-151.

Assim como os tiranos têm tentado justificar grandes crimes recorrendo à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quando está a seu serviço, também outros crimes morais têm sido justificados pela atração pela ideia oposta, a de que os valores políticos importantes entram necessariamente em conflito, que não se pode defender nenhuma escolha entre eles como a única escola correta e que os sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis<sup>99</sup>.

Ou seja, reconhecer que posições valorativas não podem ser impostas e entendidas como transcendentemente válidas para todos em todo lugar, não deve significar que as diversas manifestações morais são todas igualmente válidas e dignas do mesmo respeito. É o que adverte Agnes Heller, ao afirmar que a adoção do relativismo total implicaria, ao fim, a renúncia a qualquer discussão sobre justiça e moral. Sempre que um conflito surgisse poder-se-ia apenas alegar que “nossas normas são diferentes das suas”. Não se pode admitir, portanto, que certas regras e normas são exatamente tão boas quanto outras<sup>100</sup>.

A autora faz uma dura crítica à falta de coerência do relativismo cultural total. Para ela, afirmar que toda cultura é única e não pode ser comparada ou graduada e que, por consequência, culturas diferentes não podem ser graduadas e comparadas entre si, já constitui uma comparação e gradação. As culturas que afirmam o que foi dito já se entendem como superiores às que não enunciam tal asserção: “elas contêm uma sentença mais verdadeira e uma injunção mais certa do que qualquer outra cultura”. Este paradoxo só poderia ser resolvido se todas as culturas aceitassem como correto que as gradações e comparações são inaceitáveis<sup>101</sup>. Este cenário, entretanto, levaria ao problema do “qualquer coisa é aceitável”.

Uma teoria ética destinada a enfrentar os problemas morais em um cenário transnacionalizado, portanto, não deve partir de um relativismo cultural total. Ao mesmo tempo, contudo, não pode ignorar ou deixar de incorporar o fato de que as diversas culturas ao redor do mundo desenvolvem suas próprias perspectivas valorativas. Ou seja, ela não pode pretender moldar um modo de vida ideal, mas sim possibilitar “a existência simultânea de modos de vida ligando uns a outros por laços de reciprocidade simétrica”, ao mesmo tempo em que aceita o fato de todos os seres humanos pertencerem a uma determinada tradição histórico-cultural<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 150-151.

<sup>100</sup> HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Trad.: Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 311.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>102</sup> HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Trad.: Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 301. Afirma a autora: “estamos conscientes de que o que é melhor para ‘nós’ pode não ser o melhor para

Existe uma tendência em depositar as esperanças de tal teoria ética universal em possibilidades procedimentais que transcenderiam uma determinada cultura. Como afirma Adela Cortina, uma ética universalista deve descobrir um princípio ético que não expresse as instituições de uma cultura determinada, mas que tenha validade universal<sup>103</sup>. Para a autora, assim, o ponto de partida não pode ser um fato sociologicamente determinado, mas um fato transcultural, “seja o fato da ação comunicativa, o fato da argumentação ou a discussão sobre normas morais”. Ou seja, deve-se partir de um fato intersubjetivo por excelência. Desta forma, saltar-se-ia do “eu penso” transcendental kantiano para o “nós argumentamos”<sup>104</sup>. Dito de outra maneira, e trazendo a discussão para os limites desta investigação, o realmente relevante para pensar os contatos plurais em um cenário transnacionalizado é a constatação do compartilhamento intersubjetivo e concomitante do mundo.

Agnes Heller se aproxima desta defesa ao afirmar que o conceito de reciprocidade simétrica deve balizar uma teoria ética universal. Esta seria a universalização da “regra de ouro” da justiça. Esta ideia - “pré-condição da atualização universal da regra de ouro da justiça” - não admite relações de dominação, hierarquia e subordinação ao mesmo tempo em que pressupõe intercurso social, comunicação, entendimento mútuo e cooperação. Embora se foque na construção de procedimentos, não se nega a necessidade de elaboração de regras e normas comuns<sup>105</sup> ou mesmo de valores substantivos compartilhados<sup>106</sup>.

Boaventura de Sousa Santos, tratando especificamente dos direitos humanos e sua não universalidade, atento aos problemas envolvendo o multiculturalismo e o pluralismo moral, oferece uma possibilidade de interação e convivência. O autor parte de cinco premissas que devem conduzir o entendimento acerca de uma versão multicultural não hegemônica dos direitos humanos. São elas: superação da dicotomia universalismo-relativismo<sup>107</sup>; pluralidade de concepções acerca da dignidade humana entre culturas diferentes; incompletude de todas as culturas; pluralidade de concepções acerca da dignidade humana dentro de cada cultura

---

todo mundo, aquela utopia particular pode ser a melhor para um grupo específico de pessoas, ainda que não seja a melhor para nós”.

<sup>103</sup> CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 185.

<sup>104</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 363. A autora fala em liberdade e vida.

<sup>107</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. [s.d.]. p. 21. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. Acesso em: 22 set. 2011: “Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política”.

particular; e distribuição, em cada cultura, de pessoas ou grupos sociais em dois princípios competitivos: igualdade e diferença<sup>108</sup>.

O diálogo intercultural ocorreria, para o autor, através do que ele chama de hermenêutica diatópica. Parte-se da convicção de que, por mais forte que seja a cultura da qual se fala, ela é incompleta. A interação com uma cultura diferente não visa à completude, mas sim “ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra”. Esta troca não ocorre apenas entre saberes, mas também entre universos de sentido<sup>109</sup>.

Mas como todas essas questões e propostas se relacionam com as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional? Em primeiro lugar é importante deixar claro em que nível esta investigação se encontra. Não se procura, aqui, formular uma teoria ética universal para justificar ou fundamentar, por exemplo, os direitos humanos. Da mesma forma, o recorte temático envolve a atuação dos tribunais constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Ou seja, não se trata de uma investigação voltada à teoria do direito internacional público ou, muito menos, à política internacional. Transcende aos limites do estudo apontar como devem se comportar os atores políticos dos Estados e das organizações transnacionais. Assim, parece ficar bastante evidente que não se perquire (ou se faz a defesa!) sobre movimentos imperialistas ou intervencionistas. Assume-se que as “nações plurais de nosso tempo têm de encontrar os próprios e variados caminhos para a ordem, justiça e liberdade”<sup>110</sup>. Como ficará claro no capítulo seguinte, o fenômeno que se estuda aqui só faz sentido se tiver como premissa a sua não imposição. As interações têm de ser espontâneas e buscar o aprendizado, não a força.

Em segundo lugar, as interações que são analisadas no presente estudo têm por objeto matéria constitucional. Este fato reduz, ao menos em parte, a complexidade da situação, tendo em vista que Estados e culturas que não adotam o modelo de democracia constitucional não serão, em princípio, alvo das interações judiciais. Já se parte do pressuposto de que há um compartilhamento valorativo e moral entre esses Estados e culturas,

---

<sup>108</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. [s.d.]. p. 21-22. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. Acesso em: 22 set. 2011. Conclui o autor: “Estas são as premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e se constitui em redes de referências normativas capacitantes”.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>110</sup> KIRK, Russel. *A política da prudência*. Trad.: Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 284.

ainda que apenas no plano abstrato. Desta forma, questões que envolvem interações entre culturas que não dividem os princípios institucionais básicos não serão trabalhadas<sup>111</sup>.

Disto não se deve concluir, contudo, que se entende não haver diferenças culturais entre Estados que adotam o modelo de democracia constitucional. Evidentemente que elas existem. As diferenças culturais presentes entre esses Estados reverberam no plano valorativo e, por consequência, na leitura que se faz sobre matéria constitucional. É por isso que se compreende como positiva a advertência e proposta feita por Boaventura de Sousa Santos. As diferentes culturas podem interagir e apreender uma à outra. Da mesma forma, os pontos de partida valorativo/moral podem ser aprimorados e reciclados com essas interações.

Como ficará claro no terceiro capítulo, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional tem uma função eminentemente *reflexiva, dialógica*, para o direito constitucional interno, e não definitiva ou impositiva. O mesmo deve ser entendido acerca dos contatos interculturais que tais interações acabam por promover: não se trata de uma imposição substancial de uma visão de mundo, mas da percepção de seu compartilhamento e diversidade.

## 2.4 UM NOVO CONSTITUCIONALISMO? O CAMINHO TORTUOSO DE UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

### 2.4.1 Rematerialização e expansão global do constitucionalismo moderno

O período que antecedeu a Segunda Grande Guerra bem como o seu desenvolvimento foi marcado pela existência de regimes totalitários na Itália e na Alemanha. Os horrores do fascismo italiano e, principalmente, do nazismo alemão, revelaram uma forma sombria e altamente preocupante de um direito feito “às secas”, cuja teoria do direito – positivista - de então foi incapaz de dirigir críticas contundentes (como já firmado no capítulo anterior). Ou seja, um direito que podia, de um lado, ser determinado sem um referencial moral (ainda que não se esteja a defender uma moral universalista) e, de outro, ser operacionalizado (principalmente no âmbito decisório, mas também no âmbito científico) sem uma atenção a uma racionalidade moral-prática.

Findo o conflito, as constituições daqueles dois países<sup>112</sup> iniciaram um movimento de reconstitucionalização do direito europeu. O pós-guerra marca uma forte aproximação entre

---

<sup>111</sup> Trata-se, portanto, de proposta menos ambiciosa e abrangente à feita por Marcelo Neves. Sua tese será esmiuçada no capítulo seguinte.

democracia e constitucionalismo, redefinindo o lugar e o papel da constituição e a influência do direito constitucional no ordenamento. Esse fenômeno instaurou o que veio a se denominar de Estado Democrático de Direito<sup>113</sup>.

Deve-se dizer, com J. J. Gomes Canotilho, que o Estado, em sua forma moderna, só se concebe como Estado Constitucional. Contudo, a valorização dessa expressão – Estado Constitucional – só mereceu destaque em tempos recentes (leia-se pós-Segunda Guerra). Para que essa forma de Estado se realize plenamente é preciso que direito e democracia estejam conjugados. Ao longo da história ocidental esses dois elementos, por vezes, foram tidos isoladamente. Entretanto o Estado Constitucional Democrático de Direito “procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”<sup>114</sup>. Ou seja, a forma estatal advinda do novo constitucionalismo pretende equalizar governo democrático com garantias fundamentais.

Luigi Ferrajoli consegue, em poucas linhas, demonstrar a profundidade que esse novo constitucionalismo trouxe. Segundo ele, se é verdade que o Estado legislativo (fruto, principalmente, do constitucionalismo liberal) representou uma alteração substancial no Estado absolutista, não é menos verdade que o constitucionalismo pós-guerra teve o mesmo efeito. Para o autor italiano, a principal alteração ocorreu em relação à legalidade que passou, ela mesma, a ser subordinada às constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis, devendo atribuir-lhes validade<sup>115</sup>.

Desse fenômeno, quatro consequências imediatas podem ser percebidas em relação ao Estado. Em primeiro lugar, há uma alteração nas condições de validade das leis. Estas, que antes recebiam sua validade do procedimento adotado para sua elaboração, passam a exigir uma coerência com o conteúdo dos princípios constitucionais, tornado possível falar em leis vigentes (produzidas em conformidade com o procedimento legislativo adequado), mas inválidas (em desconformidade com a constituição).

Em segundo lugar, a ciência jurídica deixa de exercer apenas um papel explicativo para se posicionar criticamente em relação à produção legislativa. Ora, se é possível se falar em leis que são vigentes, mas inválidas, pois em desconformidade com a constituição; é papel da ciência jurídica apontar essas irregularidades.

---

<sup>112</sup> Deve-se fazer referência também às constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), ambas fruto de uma redemocratização dos países após períodos ditatoriais.

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

<sup>114</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 92-93.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 18.

Ainda em decorrência dessa nova concepção de constitucionalismo, ocorre uma virada na concepção da atuação jurisdicional. Nas palavras do autor, o papel da jurisdição é “aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad”, quando não for possível interpretá-la em sentido constitucional<sup>116</sup>.

Por fim, o renomado jurista identifica como quarta transformação decorrente do novo constitucionalismo a alteração na concepção de democracia. Os princípios constitucionais passam a ser entendidos como limite e complemento da democracia. Limite, porque os direitos constitucionais impõem proibições e obrigações aos poderes das maiorias; complemento, porque essas mesmas proibições e obrigações configuram garantias de todos na salvaguarda da própria democracia<sup>117</sup>.

Nesse contexto passa a ser possível se falar em uma força normativa da constituição. Não obstante o constitucionalismo ter na constituição, em maior ou menor medida, um marco fundamental e, como se aduziu acima, ser uma constituição forte um dos pressupostos para o surgimento do controle de constitucionalidade, até o século XX esse texto não era entendido como possuidor de sentido normativo, pelo menos fora dos Estados Unidos. O texto constitucional delimitava os contornos políticos do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos, mas era entendida essencialmente como uma carta política<sup>118</sup>, dependente da atuação do Poder Legislativo para sua concretização. O papel do Poder Judiciário na sua defesa consistia na retirada da ordem jurídica de leis ou atos normativos logicamente incompatíveis com a constituição e não a partir do “reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições”<sup>119</sup>.

A partir do marco representado pelo pós-Segunda Guerra, as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, característica atribuída a todas as normas jurídicas e cujo descumprimento possibilita a deflagração de mecanismos próprios para garantir a sua observância<sup>120</sup>. Konrad Hesse, em obra fundamental sobre o tema, ensina que a constituição e

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 18.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>118</sup> “[A]s normas constitucionais eram menos jurídicas do que exortações políticas ou cartas de intenção. Embora se reconheça que as constituições não poderiam ser contrariadas pelas leis, essa concepção era derivada do caráter fundamental proveniente da fundamentação filosófica da constituição, ainda influenciada pelas teorias contratualistas e pelo pensamento kantiano” (In: DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258).

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 262.

sua pretensão de eficácia procuram “imprimir ordem e conformação à realidade social”<sup>121</sup>. Ou seja, a constituição não pode ser entendida como uma carta de recomendações. Seus preceitos exigem cumprimento, mesmo quando da ausência de regra (produzida pelo legislador infraconstitucional) regulamentadora.

Nesse espeque, podemos dizer que a “Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial”. Por se tratar de critério fundamental da compreensão da ordem jurídica estatal, ela não pode ser ignorada pelos intérpretes e aplicadores, mormente aqueles incumbidos de protegê-la e concretizá-la com força normativa: juízes e tribunais. Nesse sentido “*ela constitui um ‘nível inviolável’ da ordem jurídica do Estado constitucional*”<sup>122</sup>.

A normatividade da constituição, mormente a dos princípios constitucionais – agora entendidos em seu sentido deontológico e não apenas diretivo/indicativo – confere-lhe uma característica expansiva e invasiva em todo o ordenamento jurídico. A própria compreensão do direito passa a ser condicionada à sua conformidade constitucional em nível muito superior ao que se observou na jurisdição constitucional até a primeira metade do século XX.

Este movimento de rematerialização da constituição e fortalecimento do constitucionalismo é perceptível em diversos países no mundo. Além de ter em comum um novo valor dado à constituição, os diversos países que se inserem no constitucionalismo contemporâneo são marcados por algum passado autoritário. Assim, e iniciando este movimento, as constituições da Alemanha (1949) e da Itália (1947) tinham acabado de sair dos regimes nazista e fascista. As constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) marcaram o fim do período autoritário de Salazar e Franco. A Constituição da África do Sul (1996/97) é o termo do regime de *apartheid*. Na América Latina, diversas constituições foram criadas ou substancialmente alteradas após o fim dos regimes ditatoriais militares, dentre estas a brasileira (1988) e a argentina (reforma de 1994).

Todos estes Estados têm observado, com maior ou menor intensidade, uma total reformulação do seu direito constitucional. Tanto em nível doutrinário quanto em nível jurisprudencial, estes países têm dado uma nova significação à constituição, seu papel na configuração do Estado e o seu sentido para o ordenamento jurídico como todo. Da mesma forma, a importância das cortes constitucionais destes países tem crescido de maneira significativa.

---

<sup>121</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 1991, p. 15.

<sup>122</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 295 (destaques acrescentados).

Em suma, “o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário”, possibilitando a invalidação de leis e atos normativos. Em regra, estas novas constituições e seu constitucionalismo de suporte já “contemplam a jurisdição constitucional [...] inspiradas pelo ideário do Estado Social. São constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais”<sup>123</sup>. A soma do caráter normativo do texto constitucional, e sua respectiva sindicabilidade judicial, com o constitucionalismo social altera a posição da constituição dentro do sistema jurídico e fortalece o Poder Judiciário, principalmente as cortes supremas e constitucionais, em detrimento dos poderes majoritários representativos<sup>124</sup>.

Assim, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo é ressignificado na segunda metade do século XX, ele se expande pela maior parte do mundo<sup>125</sup>. Mark Tushnet identifica um paradigma constitucional pós-guerra que inclui: insistência na importância de um tribunal responsável pelo controle de constitucionalidade, centralização do poder, comprometimento com a defesa de direitos fundamentais e adoção de princípios do Estado de Direito (*rule of law*). A expansão global deste paradigma relaciona-se com o direito constitucional estatal. Entende, ainda, que é inevitável que os Estados passem a substituir o autoritarismo por regimes constitucionais. Para o autor, é possível falar de uma crescente tendência à convergência dos Estados constitucionais no que diz respeito à estrutura e à proteção dos direitos fundamentais. Esta convergência, contudo, não significa uniformidade, e o autor não alega que não haverá processos de resistência a este fenômeno<sup>126</sup>. A “inevitável globalização do direito constitucional” pode ser observada a partir de movimentos “de-cima-para-baixo” (conferências internacionais de juízes, atuação de ONGs, pactuação de tratados e convenções)

<sup>123</sup> SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 112.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 112-113.

<sup>125</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Occasional Papers*, 1996, p. 1. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=yalsop\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=yalsop_papers)>. Acesso em: 03 jan. 2013. O autor destaca que, na primeira metade do século XX, as perspectivas para o constitucionalismo não eram as melhores. As experiências alemãs e austríacas não resistiram. A Inglaterra e a França nunca tiveram muita fé no *judicial review*. A experiência latinoamericana não gerava muito entusiasmo. Os ingleses nunca acreditaram no ideal iluminista de uma constituição escrita. Contudo, a segunda metade do século XX, principalmente a partir das décadas de 80 e 90, foi marcada por uma mudança radical neste cenário. O ideal iluminista se espalhou pelo mundo. Cortes constitucionais são fortes na Alemanha, na Espanha, na Itália, em Israel, Canadá, África do Sul e outras tantos Estados.

<sup>126</sup> TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Harvard Public Law Working Paper*, n.09-06, 2008, p. 1-4. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317766](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

e “de-baixo-para-cima” (relacionada com a globalização econômica e a movimentação de pessoas pelo mundo)<sup>127</sup>.

Com este movimento, outro ramo do direito público também passa por um processo de ressignificação: o direito internacional público. Como afirma Nico Krisch, o constitucionalismo emergiu na década de 90 (pós-Guerra Fria) sem rival e se tornou o modelo político fundamental não apenas da Europa central e oriental, mas para maior parte do mundo. Ao mesmo tempo, o direito internacional público se transformou em um farol de esperança capaz de cumprir com a promessa de um mundo melhor e mais justo. A arena internacional pareceu se mover da anarquia para a ordem, com novas instituições e cortes estruturando o novo cenário e valores comuns provendo uma moldura principiológica para ele. A disseminação da democracia constitucional no nível doméstico parece ser reforçada por uma crescente ordem internacional robusta e justa<sup>128</sup>.

Nos mais de 20 anos seguintes houve uma relação de trocas e pressões permanentes entre estes dois ramos do direito público. O constitucionalismo estatal é questionado pela progressiva internacionalização ao mesmo tempo em que com ela aprende. Ao mesmo tempo, o direito internacional público é pressionado pelo ideário constitucional a se modificar e, como isso, cria uma nova vertente: o direito internacional dos direitos humanos. Esta constante relação dialética faz com que as duas esferas se aproximem cada vez mais, tornando obscura uma linha que separava com nitidez o âmbito estatal e o internacional e modelando interações formais e informais entre ambos. Neste contexto, é plausível dizer que o direito vem se tornando pós-nacional<sup>129</sup>.

Os eventos da Segunda Grande Guerra deixaram uma significativa cicatriz na face da sociedade internacional. Como referido, o amplo e irrestrito ataque aos mais basilares direitos do ser humano durante os regimes totalitários nazi-facistas faz surgir uma consciência na sociedade internacional de que a proteção do ser humano deve ser, também, objeto das regulações internacionais em forma de tratados e convenções. É no contexto da construção da Organização das Nações Unidas (ONU) que este ideal é realmente iniciado.

De fato, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia da ONU é o marco inicial desta nova etapa do direito internacional público. O direito internacional dos direitos humanos já é, para alguns, um ramo autônomo do direito.

<sup>127</sup> TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Harvard Public Law Working Paper*, n.09-06, 2008, p. 7-11. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317766](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766)>. Acesso em: 17 abr. 2013.

<sup>128</sup> KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

Sua característica essencial é a vinculação dos Estados a obrigações frente a todos os indivíduos que nele se encontrem. São tipos curiosos de tratados e convenções internacionais, pois não concedem aos signatários nenhum tipo de privilégio ou bônus (ao menos não diretamente). Ao contrário, os Estados ingressam neste sistema por vontade própria apenas para criarem novos ônus para si mesmos<sup>130</sup>.

No decorrer da segunda metade do século XX, uma série de tratados e convenções sobre direitos humanos são assinados por diversos Estados nacionais. Estes tratados assumem diversas dimensões: internacional, regional, supranacional etc. Dentre os principais documentos merecem destaque, além da Declaração Universal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. No âmbito regional americano, cabe referência à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; à Convenção Americana de Direitos Humanos; e à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura<sup>131</sup>. Vale destacar que diversos destes tratados e convenções preveem mecanismos de controle, fiscalização e aparato jurisdicional, alguns deles com atuação independente dos Estados signatários<sup>132</sup>.

Esta ampliação da preocupação com os direitos humanos fundamentais no cenário internacional acarreta consequências para a própria estruturação constitucional dos Estados nacionais. As constituições surgidas no referido período histórico passam ao que se convencionou chamar de “cláusulas de abertura” para os tratados e convenções sobre direitos humanos fundamentais, colocando-os em patamar constitucional ou supralegal (às vezes até mesmo supraconstitucional). Este fenômeno é observável em constituições americanas (Chile, Peru, Guatemala, Nicarágua, Colômbia, Paraguai, Honduras, El Salvador, Argentina, Venezuela, México e Brasil), europeias (França, Alemanha e Grécia) e africanas (Angola e África do Sul)<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 78-152. O autor faz um estudo dogmático abrangente sobre todos estes tratados.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 120-134; 156-161. Cf. MAZZUOLI, Valério. *Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos*. uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>133</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. *Direito culturais*, Santo Ângelo, v.6, n. 11, jul./dez. 2011, p. 121-122.

A título de exemplo, pode-se falar das constituições brasileira, argentina e sul-africana. A Constituição Federal de 1988 possui dois dispositivos de destaque sobre o tema em questão: os §§ 2º e 3º do art. 5º. O primeiro dispositivo afirma que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. O segundo estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por procedimento de emenda constitucional passam a deter hierarquia constitucional.

O art. 5º, §2º seria, para uma parte da doutrina, o dispositivo da redação original da Constituição de 1988 que positivaria a cláusula de abertura. Através dele, estaria estatuído o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, ou seja, a ideia de que existem direitos que, “por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo” positivado. Em outras palavras, afirma-se que “na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido”<sup>134</sup>.

Este conceito material de constituição e de direitos fundamentais faz surgir outro, qual seja, o de bloco de constitucionalidade<sup>135</sup>. Tal como o primeiro, este conceito passa a ideia de que o texto constitucional positivo não é o todo do direito constitucional estatal. Para alguns, esta possibilidade conferiria aos tratados e convenções sobre direitos humanos hierarquia constitucional, pois é cediço que estes documentos tratam de matéria “essencialmente” constitucional<sup>136</sup>.

Como diz Manoel Jorge e Silva Neto, este não foi o entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos da ADI 1.480/DF, da Carta Rogatória nº 8.279 e no RE 80.004/SE, o STF decidiu que os tratados e convenções internacionais, mesmo tratando de direitos humanos, estariam hierarquicamente abaixo da Constituição, no mesmo nível das leis ordinárias<sup>137</sup>. Para superar esta situação, a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o §3º ao art. 5º da Constituição. Doravante, todo tratado ou convenção aprovado pelo procedimento de Emenda Constitucional estaria, explicitamente, incluído no bloco de constitucionalidade<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78-79.

<sup>135</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44: “Entende-se por bloco de constitucionalidade o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade”.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 45. Os autores ainda citam Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade.

<sup>137</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 666-667.

<sup>138</sup> SOUZA NETO & SARMENTO, op. cit., p. 46.

Após a promulgação da referida EC, o STF reviu sua jurisprudência e no julgamento do RE 466.343 definiu que os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento de lei ordinária deveriam possuir hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Cabe dizer que o debate no referido julgamento se deu entre a corrente vencedora e a corrente que advogava pela hierarquia constitucional.

A Constituição argentina (pós-reforma de 1994), de forma similar à brasileira, adota uma cláusula de abertura a um conceito material de normas constitucionais no seu artigo 33<sup>139</sup>. Além disso, elenca uma série de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, como possuindo hierarquia constitucional<sup>140</sup>. Os direitos e garantias que estes instrumentos internacionais positivam devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias estabelecidos na própria constituição argentina. O texto constitucional ainda aduz que a denúncia dos referidos acordos só pode ocorrer após aprovação de um terço de cada Câmara do Congresso. Por fim, afirma que os futuros tratados e convenções passaram a possuir hierarquia constitucional se aprovados também por um terço dos membros de cada Câmara do Congresso.

Já a Constituição da África do Sul possui determinações que são especialmente relevantes para a presente investigação. Segundo o texto constitucional sulafricano, todos os órgãos do Poder Judiciário devem, ao interpretar os direitos e garantias fundamentais, considerar o direito internacional, no qual se inclui os tratados e convenções sobre direitos humanos. Afirma ainda que os órgãos judicantes podem considerar o direito estrangeiro, ou seja, tudo aquilo que é produzido fora do estado sulafricano<sup>141</sup>. Alguns afirmam que este dispositivo consiste em uma abertura expressa às interações judiciais transnacionais em

<sup>139</sup> Art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>140</sup> Reza o texto da constituição (art. 75 (22)): “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

<sup>141</sup> Art. 39. Interpretation of Bill of Rights. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum - [...]. (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.

matéria constitucional<sup>142</sup>. Por fim, a constituição ainda afirma que, quando da interpretação da legislação ordinária, deve-se preferir um sentido mais consistente com o direito internacional<sup>143</sup>.

Independente da forma com que as constituições interagem com os tratados e convenções sobre direitos humanos e apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta interação o importante, aqui, é destacar a relevância que esta temática vem apresentando para o direito constitucional e como estes dois ramos do direito vem se entrelaçando nos últimos anos. A importância que os direitos humanos fundamentais vem tomando nos últimos anos no cenário internacional é tamanha que alguns autores chegam a afirmar que eles são os responsáveis por “eticizar” a transnacionalização<sup>144</sup>.

Evidentemente a proteção efetiva e universal destes direitos ainda se apresenta como um horizonte. Sabe-se que em todo o mundo, mesmo nos Estados que adotam o modelo de democracia constitucional, as violações aos direitos humanos estão presentes. Apesar dos diversos aparatos legais internacionais e dos esforços na construção de sistemas judiciais de proteção, o desrespeito ainda é constante. Por este motivo, Costas Douzinas afirma que os direitos humanos só têm paradoxos a oferecer<sup>145</sup>.

Não obstante, parece seguro dizer que há um progresso a ser considerado, ao menos em nível institucional explícito interno de cada Estado. Não é constatável, atualmente, violações generalizadas e determinadas diretamente pelos Estados ou seus representantes aos seus cidadãos como se observou na Alemanha nazista, na Itália fascista, na URSS e na China comunistas e nas ditaduras portuguesa, espanhola e militares na América Latina. Todos esses

---

<sup>142</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144; JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, 2007, p. 173.

<sup>143</sup> Art. 233. “Application of international law. When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law”.

<sup>144</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. *Direito culturais*, Santo Ângelo, v.6, n. 11, jul./dez. 2011, p. 113-117. Cf. PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.3, n.2, jul.-dez. 2011, p. 207-212; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. La ética global de los derechos humanos: una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.3, n.2, jul.-dez. 2011, p. 126-139.

<sup>145</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Traduzido por Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 16. NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005, p. 22-25 fala do caráter eminentemente simbólico que os direitos humanos assumem na esfera internacional.

países já apresentam um progresso considerável quando comparados com seu passado relativamente recente, ainda que em graus distintos.

A sensação de falta de efetividade é aumentada quando se tem em mente que os direitos, como conquistas construídas, estão em constante alargamento. Talvez seja possível traçar um paralelo entre a ideia de justiça dinâmica, apresentada por Agnes Heller<sup>146</sup>, e a efetivação dos direitos humanos. Nunca se viverá em um mundo onde os direitos humanos são plenamente respeitados e aplicados por Estados, indivíduos e organizações. Os direitos humanos são como camaleões ao contrário: sempre que o ambiente assume sua cor eles mesmos mudam de cor. A cada passo que se dá em direção à efetivação dos direitos humanos novas questões surgem e passam a exigir um novo esforço de salvaguarda. Embora se saiba que se caminha para frente, ainda que retrocessos ocorram, nunca se alcança o destino final. A isso se soma o problema das intervenções internacionais com base nos direitos humanos.

A imposição unilateral e heterônoma dos direitos humanos, através de intervenções programadas, aos membros de culturas e Estados, que não os adotam expressamente, pode ter efeitos destrutivos e gerar tantos danos quanto os já presentes. Este fato, inclusive, pode ser entendido como contrário aos direitos humanos<sup>147</sup>. Da mesma forma, os direitos humanos não podem se transformar unicamente em mecanismo retórico das nações política e militarmente fortes<sup>148</sup>.

Ainda assim, é possível afirmar que, embalados pela convicção da validade universal dos direitos humanos, Estados, indivíduos e organizações devem servir de apoio àqueles que são perseguidos ou ampla e diretamente prejudicados pelos Estados e culturas que não adotam os direitos humanos. Apesar de o ideal ser que cada Estado incorpore autonomamente os valores passados por esta gama de direitos o apoio aos cidadãos enquanto isto não ocorre deve ser uma postura a ser incentivada.

Por fim, uma questão interessante gira em torno do real responsável pela criação do direito internacional dos direitos humanos e do conseqüente entrelaçamento dele com o

---

<sup>146</sup> HELLER, HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Trad.: Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 304: “A justiça de ontem é a injustiça de hoje; a justiça de hoje é a injustiça de amanhã. Justiça torna-se um camaleão ao inverso: ela sempre toma cores *outras* que aquelas de seu ambiente. No momento em que o ambiente assimila sua cor, a própria justiça muda de cor. Perseguiamos a justiça sem abraçá-la. Corrigimos injustiças em particular, alcançamos justiça em particular, mas nunca conseguimos uma justiça total” (destaque do original).

<sup>147</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 130. No mesmo sentido: KIRK, Russel. *A política da prudência*. Trad.: Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014. Em sentido contrário: RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 105-106 e p. 123, nota 6.

<sup>148</sup> DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Traduzido por Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 16. NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005, p. 22-25.

direito constitucional. Internacionalizou-se o direito constitucional ou constitucionalizou-se o direito internacional? O direito internacional modificou e expandiu o direito constitucional ou o direito constitucional aprimorou o direito internacional?

Cabe aqui uma tomada de posição. Poderia parecer legítimo dizer que esta expansão para além do Estado das preocupações com direitos humanos fundamentais é uma conquista do direito internacional público. Contudo, não se ratifica esta afirmação.

Ora, para dizer que a expansão da proteção do indivíduo é mérito do direito internacional público seria necessário ou que esta preocupação já fizesse parte, ainda que de forma tímida, da concepção inicial deste ramo do direito público, ou que ela fosse uma inovação original dele. Nem uma coisa nem a outra são observáveis. O conteúdo original do direito internacional público está preocupado apenas com as relações entre Estados soberanos, com o intuito de estabilizar as relações entre eles. O indivíduo e seus direitos humanos fundamentais não eram preocupação imediata deste ramo do direito. Portanto, a primeira alternativa está excluída.

Da mesma forma, a proteção do indivíduo e seus direitos humanos fundamentais não é uma invenção original do direito internacional público. Em verdade, como já afirmado e repetido, a proteção e garantia de direitos fundamentais faz parte do ideário constitucionalista moderno desde a sua origem. Sempre foi um dos pilares do constitucionalismo moderno a salvaguarda do indivíduo e seu núcleo de direitos. O que mudou foram os direitos deste núcleo (primeira, segunda, terceira dimensões), a intensidade e os mecanismos aptos a protegê-los.

Pode-se concluir, portanto, que a substancial alteração do direito internacional público ocorre pela progressiva incorporação do ideário constitucionalista a este ramo do direito. Em verdade, a expansão da proteção e garantia de direitos humanos fundamentais nada mais é do que a expansão do constitucionalismo moderno para as diversas esferas do globo, ainda que através de tratados e convenções internacionais firmadas entre Estados e fiscalizados por órgãos internacionais, regionais ou supranacionais. O direito constitucional modifica o direito internacional, e não o contrário.

O raciocínio aqui parece bastante evidente. Como se viu no primeiro tópico deste capítulo, o jusnaturalismo racional foi responsável por pensar os direitos do homem que antecederiam o próprio Estado e limitaria o direito positivo. Este movimento possuía uma estreita e íntima preocupação com valores e com os limites morais do direito e trazia no seu discurso uma pretensão universalista. O constitucionalismo moderno sedimenta estes objetivos na constituição moderna estatal e, principalmente na experiência americana,

transforma este documento em mecanismo de controle do direito legislado. O processo de transnacionalização impulsiona este ideário constitucionalista para diversos Estados do globo e, mais recentemente, para a arena internacional como um todo, fazendo surgir o direito internacional dos direitos humanos, novamente como um teor universalista. Há, portanto, um fio condutor que liga o jusnaturalismo racional aos direitos humanos contemporâneos: o constitucionalismo moderno<sup>149</sup>.

Disse-se no fim do tópico 2.3.2 que uma investigação sobre os referenciais sistêmicos compartilhados ao redor do mundo seria necessária. Acredita-se que este item satisfizesse esta averiguação e possibilitou o desvelamento destes referenciais: o constitucionalismo moderno e a defesa de direitos humanos fundamentais. Como ficou bastante evidente ao longo das últimas linhas, o constitucionalismo, seus significados e suas estruturas regulatório-normativas são encontrados ao redor do globo, inclusive na arena internacional (direito internacional dos direitos humanos). Fica, portanto, ainda mais evidente que direito e Estado não mantêm uma relação de necessidade ontológica. Ao mesmo tempo, esta constatação impulsiona a possibilidade das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

Para encerrar este capítulo, é preciso dar um passo além e examinar um fenômeno que ainda se encontra em vias de gestação, mas que, entende-se, é uma consequência de todo o fenômeno descrito acima: o constitucionalismo transnacional.

#### **2.4.2 As faces do constitucionalismo transnacional: uma ideia em gestação**

Como ficou claro no item anterior, entende-se que a expansão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos fundamentais já é uma manifestação da expansão do constitucionalismo moderno para o cenário global. Entretanto, a discussão sobre um constitucionalismo transnacional vai muito além disso, ainda que não se possa falar em consensos sobre esta temática ou sobre marcos bem delimitados para o seu surgimento<sup>150</sup>. O

---

<sup>149</sup> Marcelo Neves, partindo da teoria dos sistemas autopoieticos, mas se valendo da linguagem kelseniana, afirma que, no âmbito da dinâmica jurídica, a constituição moderna substitui valores extrajurídicos como fundamento último do sistema jurídico e que, no âmbito da estática jurídica, os princípios constitucionais desempenham este papel (NEVES, Marcelo. *Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 117-118).

<sup>150</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.9, 2012, p. 17: “O constitucionalismo transnacional não nasce como uma ruptura com as demais fases do constitucionalismo ocidental, mas como o novo estágio de um processo evolutivo”.

presente item tem por objetivo traçar um panorama geral sobre este debate e, principalmente, situar nele o fenômeno que move esta investigação: as interações judiciais transnacionais.

Em primeiro lugar, cabe aqui destacar a advertência de Anderson Vichinkeski Teixeira. Para o autor, falar em constitucionalismo transnacional poderia ser visto como um oxímoro. Isto porque a expressão tenta unir duas ideias que são historicamente desvinculadas e até mesmo excludentes. Nas suas origens, o constitucionalismo, conforme visto acima, possui uma relação imediata e necessária com o Estado nacional. O movimento constitucionalista e a promulgação de uma constituição visavam à refundação e fundamentação de um Estado nacional territorialmente delimitado. Por outro lado, as relações transnacionais, também conforme visto acima, se desenvolvem apesar e além do Estado nacional, por vezes contra as suas pretensões normativas. Assim, falar em constitucionalismo transnacional seria uma contradição de termos<sup>151</sup>. Desta forma, deve-se analisar como esta questão vem sendo colocada atualmente, ou seja, identificar como o debate da teoria constitucional vem sanando esta controvérsia para que, no final, ainda que de forma provisória e superficial, seja possível a tomada de uma posição.

Jiunn-Rong Yeh e Wen-Chen Chang asseveram que a era do constitucionalismo transnacional chegou. Para eles, o entendimento tradicional do constitucionalismo é limitado uma vez que está voltado para a regulação do poder e do direito a nível estatal. Já seria perceptível que arranjos transnacionais são capazes de exercer funções constitucionais ou *quase constitucionais*<sup>152</sup>.

Os autores aduzem que o constitucionalismo passou a se desenvolver para além do Estado nacional por três motivos. O primeiro é o progressivo aumento de “constituições transnacionais” e estruturas *quase constitucionais*. Seriam exemplos a tentativa de formulação de uma constituição europeia, as regulações da OMC, a Carta da ONU e os diversos tratados sobre direitos humanos. O segundo motivo é o aparecimento de diálogos judiciais transnacionais. O terceiro é o triunfo do constitucionalismo democrático ao redor do mundo, fato observável a partir da constatação da convergência de conteúdo de diversas constituições promulgadas nos últimos anos<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.9, 2012, p. 28.

<sup>152</sup> YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n. 1, 2008, p. 124. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##)>.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 91-98.

Este novo constitucionalismo teria três funções principais: a regulação do mercado global, principalmente através do que os autores chamam de estruturas *quase constitucionais*; a relativização da soberania estatal e constitucional; e a ampliação de diálogos múltiplos, ou seja, a ampliação do espaço político para que grupos antes relegados exerçam seu direito de fala e influência<sup>154</sup>.

O constitucionalismo transnacional, ainda segundo os autores, teria três desafios principais: de responsabilidade (*accountability*), já que as decisões tendem a ser despersonalizadas; de democracia, porque a participação democrática é mais reduzida em âmbitos não estatais; e da própria noção de Estado de Direito (*Rule of Law*), uma vez que seu conteúdo mais basilar (poder exercido legitimamente e controlado judicialmente, clareza e certeza das leis) fica obscurecido pela “distância” que separa a tomada de decisões e os destinatários destas<sup>155</sup>.

Por fim, os autores sugerem como resolver esses desafios, partindo do pressuposto de que a própria concepção sobre seus objetos deve ser modificada para se adequar a um cenário de constitucionalismo transnacional. As sugestões envolvem um aprimoramento do controle de poder (*check and balances*) em âmbito doméstico e em âmbito internacional. No âmbito doméstico, este aprimoramento ocorreria por um procedimento mais aberto e democrático da incorporação no Estado nacional de resoluções tomadas em âmbito externo, pela garantia de que as estruturas transnacionais deixassem espaço de autonomia para decisões especificamente estatais e, principalmente, um uso moderado e consciente dos diálogos judiciais transnacionais. Arelada a esta última sugestão está a importância dos acadêmicos e da ciência do direito em criticar a atuação dos juízes e tribunais estatais.

Anne Peters afirma que o constitucionalismo global é uma *agenda* acadêmica que identifica e defende a utilização de princípios ínsitos ao constitucionalismo na esfera internacional. A autora assevera que o constitucionalismo global tem o potencial de compensar os déficits constitucionais que a globalização tende a provocar na esfera estatal, que uma leitura constitucional da ordem internacional pode servir como importante mecanismo hermenêutico e que o vocabulário constitucionalista desvela a pouca legitimidade da ordem internacional ao mesmo tempo em que aponta soluções. Enfim, para a autora o

---

<sup>154</sup> YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n. 1, 2008, p. 98-104. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163###)>.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 112-114.

constitucionalismo global tem um alto potencial de crítica, crítica esta que é, segundo ela, necessária<sup>156</sup>.

Segundo a autora, na era da globalização, uma reconstrução constitucionalista é uma desejável reação à visível desconstitucionalização em nível doméstico. O aumento da interdependência transnacional decorrente dos processos de globalização estaria, segundo ela, deformando o Estado e as constituições estatais. Antes, funções como garantia da segurança, da liberdade e da igualdade eram tipicamente estatais. Agora, seria possível observar uma transferência dessas funções para “níveis superiores”. Outrossim, atores não estatais estariam assumindo funções também tradicionalmente estatais, inclusive militares. O resultado deste cenário é que a governança é afastada dos limites impostos pelo constitucionalismo estatal e sua constituição, impedindo que ela regule a totalidade da atividade governamental. Este esvaziamento da constituição estatal prejudicaria a própria democracia e o Estado de Direito. Por tudo isso, a autora defende a necessidade de criação de uma “compensação constitucional no plano internacional”<sup>157</sup>.

Para a autora, portanto, a globalização tem a tendência de prejudicar o constitucionalismo interno na medida em que o governo e as decisões vinculantes tendem a ser altamente influenciadas por pressões não estatais. Assim, a adoção de um constitucionalismo global contribuiria para compensar o “enfraquecimento da constitucionalidade” estatal. Dito de outra forma: constitucionalizar a ordem internacional funciona como um “constitucionalismo compensatório”, apto a salvaguardar os princípios mais basilares do constitucionalismo em tempos de globalização.

Em nível de contribuição hermenêutica, Anne Peters afirma que enxergar a ordem internacional e suas regulações, mormente quando o assunto é direitos humanos, a partir de uma ótica constitucional, pode contribuir para sua efetivação. Entender as provisões da esfera internacional como pertencentes ao ideário constitucional e não apenas como direito internacional público clássico encerra a antiga dúvida sobre a juridicidade de tais provisões. Além disso, a propensão de enxergar a ordem internacional com olhos constitucionalistas contribui para a interpretação e argumentação jurídicas na medida em que deixa de lado

---

<sup>156</sup> PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, 2009, p. 397-411. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141)>. Acesso em: 03 ago. 2013, p. 397. Cf. PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, n. 19, 2006, p. 579-610.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 580.

aspectos formais sobre as fontes das normas que servem de base para o pedido e facilita a interação entre direito constitucional e direito internacional<sup>158</sup>.

Por fim, a autora aponta que um constitucionalismo global tem um grande potencial crítico da esfera internacional. O constitucionalismo global não deve ser usado para conceder falsa legitimidade no direito internacional, nem deve a crítica de que o direito internacional carece de legitimidade minar a sua autoridade. Pelo contrário, a leitura constitucionalista deve esclarecer que a legitimidade de normas e de dominação política não depende das estruturas de governo ou governança de tipo estatal. Constitucionalismo global deveria e poderia ajudar, em vez de dificultar, a revelação de legítimas deficiências no corpo destas regulações<sup>159</sup>.

Atrelado a isto, pode-se constatar que o discurso e a semântica constitucionalista implicam um aumento de responsabilidade no agir jurídico-político. Inserir estes elementos na discussão internacional é indício de que valores importantes estão sendo debatidos. A invocação do ideário constitucionalista não cerceia o debate. Ao contrário, a partir da sua defesa é que as grandes discussões jurídico-políticas tomam lugar e contribuem não para obstruir, mas para construir.

Alfonso de Julios-Campuzano destaca que o pluralismo normativo não é um problema restrito aos limites territoriais do direito estatal. Percebe-se uma crescente proliferação de centros normativos e atores jurídicos (supranacionais, transnacionais etc.) no contexto da transnacionalização. Não se pode mais falar em monismo ou do Estado como único responsável pela construção de uma ordem jurídica, mormente se se procura uma ordem jurídica fechada, autônoma e independente. Vive-se no tempo da interdependência, da interlegalidade e da criação de redes de legalidade paralelas ou sobrepostas, complementárias ou antagonistas<sup>160</sup>. Ao mesmo tempo, a crescente transnacionalização da economia acarreta uma crescente incapacidade regulatória do Estado. Com isso, a participação dos indivíduos no âmbito estatal fica reduzida. Ainda, percebe-se um retrocesso no conteúdo da cidadania e uma ameaça à preservação do sistema de liberdades da sociedade aberta e pluralista<sup>161</sup>. Além disso,

<sup>158</sup> PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, 2009, p. 397-411. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141)>. Acesso em: 03 ago. 2013, p. 405-406.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 410.

<sup>160</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. A passagem do estado social ao estado constitucional no contexto da globalização. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52-53.

<sup>161</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Globalização e constitucionalismo cosmopolita. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83-85.

percebe-se uma perda progressiva da força normativa da constituição, já que o Estado perde sua capacidade regulatória<sup>162</sup>.

Para o autor, este cenário exige uma nova perspectiva acerca do constitucionalismo e sua relação com as instituições políticas e com a democracia. É preciso, em primeiro lugar, apostar na constituição como um mecanismo de articulação da identidade cultural de um povo, mas, ao mesmo tempo, possibilitador da interação entre povos distintos e a construção de uma identidade plural, reflexiva e cosmopolita. Ao mesmo tempo, é preciso pensar num constitucionalismo que transcenda a relação com o Estado nacional. Por fim, um constitucionalismo além do Estado só faz sentido se se puder falar de uma democracia para além do Estado e em instituições políticas supranacionais. Sem isso o constitucionalismo restaria vazio de conteúdo e perderia sua relação de necessidade com a legitimidade democrática<sup>163-164</sup>.

Para Gunther Teubner, a discussão sobre o suposto enfraquecimento do constitucionalismo decorrente da transnacionalização coloca, de um lado, os defensores de uma renacionalização e de uma repolitização do próprio Estado nacional e, de outro, os defensores de uma constitucionalização da própria sociedade mundial. A democratização da esfera internacional serviria para compensar os efeitos da transnacionalização e da privatização. Este processo envolve, não necessariamente de forma cumulativa, uma constituição internacional, uma esfera pública deliberativa, políticas regulatórias formuladas em escala global etc.<sup>165</sup> Os defensores de uma constituição para toda a comunidade internacional não apostam na construção de um Estado global. Contudo, eles entendem que a “comunidade internacional” é o substrato desta constituição; não uma comunidade internacional formada por Estados soberanos, mas por atores sociais e comunidades de

---

<sup>162</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Globalização e constitucionalismo cosmopolita. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92-98.

<sup>163</sup> Ibid., p. 106-109.

<sup>164</sup> Ibid., p. 109: “A sobrevivência do constitucionalismo, enquanto compromisso axiológico substantivo das investidas do capitalismo global, reclama empenhos supranacionais. A via do cosmopolitismo constitucional não pode manifestar-se apenas na redução da pluralidade em uma homogeneidade artificial e forçada. Não se trata, portanto, de suprimir os complexos ordenamentos jurídicos estatais, mas sim de articular mecanismos válidos de interpenetração e interdependência”; e mais a frente: “A resposta à crise da Constituição como norma suprema dos ordenamentos democráticos não pode ser outra que não o fortalecimento dos mecanismos democráticos e dos conteúdos substantivos da própria Constituição a partir de sua extensão até marcos jurídicos supranacionais”.

<sup>165</sup> TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Trad.: Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 2-3. Falando especificamente do caso europeu: HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma Constituição? In: \_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3.ed. Trad.: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007, p. 183-190. Em uma perspectiva mais ampla: BARRETO, Vicente de Paulo. Globalização e metaconstitucionalismo. In: \_\_\_\_\_. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-234.

indivíduos. Esta estrutura é pensada da mesma forma que o direito constitucional estatal: de forma hierárquica<sup>166</sup>.

Tratando das especificidades jurídico-constitucionais da União Europeia, J. J. Gomes Canotilho afirma que a construção da comunidade europeia pode e deve ser entendida a partir de uma teoria da interconstitucionalidade. A teoria da interconstitucionalidade “estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”<sup>167</sup>. A marca de uma teoria da interconstitucionalidade é que ela enxerga as constituições não mais em perspectiva hierárquica, mas a partir de uma rede de constituições. Isso, contudo, não significa que as diversas constituições em rede devam perder sua identidade, mas sim relativizar princípios estruturantes da estabilidade (soberania interna e externa, independência, hierarquia de normas, competência das competências)<sup>168</sup>.

O autor afirma que uma teoria da interconstitucionalidade precisa ir além de uma mera teoria da organização, pois, desta forma, estaria suprimindo o papel integrador dos textos constitucionais. Desta forma, ela precisa de uma teoria da interculturalidade. Interculturalidade significa simplesmente a partilha de cultura. A interculturalidade constitucional exige a partilha “do conjunto de atitudes, ideias, experiências, padrões de valores, de expectativas de ações e comportamentos objetivos dos cidadãos e dos grupos plurais”, além de incluir o comportamento dos órgãos estatais<sup>169</sup>.

Esta breve exposição de propostas teóricas para pensar o constitucionalismo para além do Estado revela uma diversidade de variáveis a serem encaradas e uma série de problemas que delas emergem. Pode-se perceber enfoques tanto descritivos quanto prescritivos. Os enfoques prescritivos do constitucionalismo transnacional apontam para a necessidade de construção de estruturas, mecanismos e instituições que o constitucionalismo nacional/estatal possui ou requer: comissões, órgãos de deliberação e votação, condições para participação democrática, constituições (regionais, supranacionais, global) etc. Esta perspectiva defende a necessidade de constitucionalizar a ordem internacional para limitar e regular a atuação dos entes privados (mormente o mercado) e dos entes públicos estatais. Não obstante a relevância dessas contribuições e o valioso planejamento de futuro que

<sup>166</sup> TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Trad.: Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 13.

<sup>167</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Interconstitucionalidade e interculturalidade. In: \_\_\_\_\_. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 265-266.

<sup>168</sup> Ibid., p. 269.

<sup>169</sup> Ibid., p. 271-274.

representam, parece que ainda são somente isto: um projeto. Apontar para a criação de estruturas *constitutional like* soa inviável na atualidade. As exigências que tal empreendimento requer são muito grandes e praticamente inalcançáveis no momento. O grande problema é querer-se analisar e projetar prescrições para o transnacional a partir do que é possível em um cenário nacional (J. J. Gomes Canotilho chama isso de “mimetismo estatista”)<sup>170</sup>. Isto se torna especialmente relevante quando se trata de um Estado mundial, de uma democracia global e de uma constituição global. Todas as três estruturas/instituições ainda não são projetáveis no cenário transnacional. Na verdade, talvez seja seguro dizer que elas sequer são queridas. Um Estado mundial deteria poderes demais e acabaria criando justamente o problema que pretende resolver: limitação de poder. Uma democracia global acabaria por favorecer os Estados mais populosos ou requereria tantas estruturas de compensação que até mesmo o projeto parece inviável. Uma constituição global teria que ser tão genérica e ampla que perderia seu sentido concreto<sup>171</sup>. Este estudo se afasta de propostas deste nível.

Um dos enfoques descritivos do constitucionalismo transnacional tende a enxergar as estruturas internacionais já existentes a partir da ótica constitucionalista. Apesar de ser mais realista do que o enfoque prescritivo, diversas das estruturas e instituições que se constroem no cenário transnacional não podem, ainda, ser vistas como constitucionais. É verdade que a União Europeia possui instituições que podem ser lidas a partir da ótica constitucional, mas é uma exceção. Pensando de forma mais ampliada, percebe-se que os tipos de instituições encontradas no contexto europeu são altamente escassos. E mesmo na Europa é possível encontrar dificuldades.

Desta forma, talvez seja mais adequado enxergar o constitucionalismo transnacional, no momento, a partir do comportamento que as instituições adotam. Ou seja, o constitucionalismo transnacional deve ser percebido (logo, adota-se uma postura descritiva) na forma de atuar de certas instituições e a partir dos princípios que regem estas atuações.

---

<sup>170</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado. In \_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 291.

<sup>171</sup> SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 123: “É problemático cogitar da Constituição abstraindo do seu fundamento na soberania popular, e esta não se manifesta na seara supranacional, pois, apesar do paulatino desenvolvimento de uma opinião pública internacional, ainda não existe nada que se possa comparar a um verdadeiro ‘povo’ mundial. Ademais, a tentativa de transplantar a ideia de Constituição para o âmbito supra-estatal implicaria, no atual estágio, em atentado à democracia, uma vez que ainda não há, fora do Estado, qualquer possibilidade de instituição de mecanismos de governança baseados no autogoverno popular, como a eleição dos dirigentes políticos por sufrágio universal”.

Assim, este trabalho adota a perspectiva de que o constitucionalismo transnacional se desenvolve de forma fluída, orgânica, descentralizada e informal a partir de uma rede criada pelas instituições que atuam no intuito de preservar determinados princípios. Dentro desta rede poder-se-ia perceber, ao menos no que importa para os limites deste estudo, os diversos textos constitucionais estatais, os tratados e convenções materialmente constitucionais e os diversos tribunais e cortes ao redor do mundo encarregados de resolver casos constitucionais. Talvez seja mais prudente enxergar o constitucionalismo transnacional a partir das inúmeras interações possíveis entre os fragmentos constitucionais espalhados pelo globo.

Linhas atrás se afirmou que o constitucionalismo moderno possui um núcleo: garantia e proteção de direitos humanos fundamentais e limitação do poder estatal. Este projeto, na sua aurora, estabelecia uma relação necessária com um Estado nacional soberano e uma constituição estatal. Pelas diversas razões atreladas à transnacionalização referidas ao longo deste estudo, parece seguro dizer que este trinômio (constitucionalismo-Estado nacional-constituição estatal) não é mais necessário ou, no mínimo, deve ser revisitado, ainda que não se adote um modelo rígido de constitucionalismo transnacional.

Em primeiro lugar, é importante dizer que pensar e construir um constitucionalismo para além do Estado não significa renegar o constitucionalismo estatal. Este continuará sendo fundamental para a identidade do sistema jurídico e mesmo para se resolver problemas jurídico-constitucionais. Nem toda questão constitucional será, necessariamente, um problema de constitucionalismo transnacional – embora se defenda que nenhuma questão *deva* ser somente estatal, pois há sempre a possibilidade de aprendizado. Sempre poderá haver particularidades do sistema jurídico-constitucional estatal que não encontram paralelo em outros sistemas ou que divergem substancialmente dos sistemas que se interage. A construção de um constitucionalismo para além do Estado não pretende, assim, a destruição da dogmática e das instituições do constitucionalismo estatal. Afinal, como afirma Marcelo Neves, “essa ainda constitui uma dimensão importante do sistema jurídico da sociedade mundial e há problemas constitucionais intraestatais de suma importância”. Não obstante, a abertura do direito constitucional “para além do Estado, tendo em vista a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes, torna necessário o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional”<sup>172</sup>.

Defende-se que um constitucionalismo transnacional tem o potencial de incrementar e complementar o constitucionalismo estatal. Pensar para além dos limites construídos pela

---

<sup>172</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 131.

dogmática e pelas instituições do constitucionalismo estatal contribui para a própria renovação deste. O constitucionalismo transnacional, assim, retroalimenta o constitucionalismo estatal com novas possibilidades e horizontes compreensivos. Em relação ao constitucionalismo estatal o lugar do constitucionalismo transnacional é ao seu lado. Este não substitui aquele<sup>173</sup>. Da mesma forma, não há uma relação hierárquica entre os constitucionalismos. O que ocorre é que o núcleo deste projeto se dirige para fora do Estado. E este é o segundo ponto relevante.

Pensar o constitucionalismo para além do Estado não significa, também, a morte do Estado nacional. Não é possível, mesmo em um mundo transnacionalizado, pensar na extinção do Estado nação. Este ainda é o modelo estrutural capaz de “direcionar a redução dos déficits de um projeto inacabado”<sup>174-175</sup> (o projeto de modernidade). Contudo, “não há nenhuma razão *a priori*, tampouco existencial, para que o direito [constitucional] se torne sinônimo de Estado nacional”<sup>176</sup>. Como se disse, há uma relação entre constitucionalismo moderno e Estado nacional na aurora deste movimento. Esta relação, contudo, foi contingente e historicamente delimitada. A evolução da sociedade no tempo torna possível, e mesmo necessário, falar em uma desvinculação destes dois conceitos modernos. Como se viu acima, o fenômeno jurídico (constitucional) não surge apenas por causa do Estado. Assume-se, portanto, a possibilidade de se pensar um constitucionalismo sem um Estado nacional<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 123-124: “O constitucionalismo estatal ainda é absolutamente central, o que não exclui a necessidade de que ele dialogue com outras esferas normativas, sobretudo quando exista entre elas uma ampla convergência de objetivos. [...] o constitucionalismo estatal não pode ser autista. Não pode se fechar às influências externas e ao diálogo com outras fontes e instâncias transnacionais. Não se trata de subserviência ou de renúncia à soberania, mas de abertura para a possibilidade de aprendizado mútuo”.

<sup>174</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. O Direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146.

<sup>175</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, 2012, p. 29: “O Estado nacional é uma forma de organização política que ainda não conhece um concorrente em condições de substituí-lo nos diversos setores em que está presente. É o Estado quem se encontra mais próximo do cidadão e da grande parte dos problemas sociais que ocorrem no interior de seu território”.

<sup>176</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva. uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146.

<sup>177</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. A passagem do estado social ao estado constitucional no contexto da globalização. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 55: “O novo constitucionalismo precisa submeter à revisão este vínculo estatal que começa a falhar. Não se trata de negar o espaço da ordem constitucional dentro do âmbito estatal, mas de sustentar a necessidade de desenvolver-se um constitucionalismo pós-nacional que deve estar aberto a um discurso constitucional pleno e a processos, também, novos à margem das próprias instâncias estatais”.

Por fim, cabe falar da relação entre constitucionalismo e constituição. Parece inviável, mesmo em um contexto de constitucionalismo transnacional, falar em uma constituição global ou transnacional. A complexidade e contingência da sociedade internacional ainda não permitem se falar em um texto unificador, vinculante e aplicável imediatamente por juízes e tribunais ou mesmo por um tribunal global<sup>178</sup>. Mesmo que se projete o pensamento para o futuro, parece, inclusive, prejudicial falar em constituição global. Ao contrário, entende-se que a melhor forma de o constitucionalismo transnacional realizar sua função de reflexão, diálogo, aprendizado, enfim, retroalimentação com o constitucionalismo estatal é garantindo a presença apenas de constituições estatais aptas a dar identidade e conformidade ao ordenamento estatal. Desta forma, não haverá uma imposição direta sobre o constitucionalismo estatal de uma ordem internacional, mas reconstrução da identidade através das inúmeras interações possíveis.

Esta, portanto, é a cara de um constitucionalismo transnacional: desvinculado tanto do Estado nacional ou mundial quanto de uma constituição global, tendo por função estar ao lado do constitucionalismo estatal para com este interagir de forma produtiva e reconstrutora sem sobre ele se impor. Enfim, um constitucionalismo reflexivo. Parece possível afirmar que o oximoro identificado no início deste item pode ser sanado, ainda que, para tanto, seja necessário repensar alguns pontos de partida.

Por evidente, e por fugir dos objetivos e limites desta investigação, a posição que se assume aqui não é definitiva. Traçar este cenário, contudo, é fundamental para melhor compreender uma das mais fortes manifestações desta expansão do constitucionalismo moderno: as interações judiciais transnacionais. Um dos fenômenos de que os teóricos se valem para apontar a existência de um constitucionalismo para além do Estado são as interações que tribunais ao redor do mundo estabelecem entre si para resolver as questões que lhes são postas. Buscar as condições e possibilidades de realização deste fenômeno é o objetivo deste trabalho. A identificação de tais condições e possibilidades não encerrará a discussão sobre o constitucionalismo transnacional, mas pode apresentar perspectivas altamente positivas para tanto.

---

<sup>178</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, 2012, p. 27: “Se no âmbito regional pode ser relevante a existência de uma constituição escrita, entendemos que isso não ocorre em nível global/supranacional. A existência de documentos jurídicos historicamente garantidos e legitimados pelos atores da ordem internacional permite falar da existência, no que concerne à forma, de uma *constituição histórica*, ao passo que, no que toca ao conteúdo, de uma *constituição material*”

### **3 AS INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL: PROPOSTAS, DEFESAS E CRÍTICAS**

#### **3.1 INTRODUÇÃO**

O capítulo anterior tentou estabelecer um cenário geral que aponta para a indagação que move a presente pesquisa. Ficou claro que o jusnaturalismo racional serviu de base teórica para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Ao mesmo tempo, identificou-se que o ideário constitucionalista possui um núcleo (limitação do poder e proteção de direitos fundamentais) e que a supremacia constitucional é indispensável para que este núcleo seja preservado. Outrossim, pôde-se estabelecer uma relação (naquele momento) de necessidade entre o constitucionalismo moderno, a constituição estatal e o Estado nacional. Ainda, foi esclarecido como a pergunta pela justiça foi deturpada pelas correntes positivistas (primitiva e contemporânea).

Além disso, viu-se que hoje é seguro chamar a sociedade de sociedade mundial. Vive-se em uma época de progressiva (e irreversível?) transnacionalização de diversas esferas sociais. Vista a princípio sob a ótica econômica (globalização econômica), a “mundialização” da sociedade acarreta consequências para uma infinidade de áreas humanas, e o direito, evidentemente, não parece ser uma exceção.

Pelos limites do trabalho, focou-se apenas nas consequências da transnacionalização do direito público, mormente o direito internacional e, principalmente, o direito constitucional. Percebe-se que a aceleração da sociedade mundial trouxe duas consequências para estes “ramos” do direito. Em primeiro lugar, o constitucionalismo moderno (rematerializado) se expandiu para diversas partes do mundo. O pós-Segunda Guerra Mundial marca o início deste fenômeno que se desenvolve ao longo do século XX. Fim de regimes autoritários (Portugal e Espanha), descolonização (Índia), reconstrução social (África do Sul) e término de ditaduras militares (América Latina) são os eventos que impulsionam a incorporação do ideário constitucional em diversos Estados pelo mundo.

Ao mesmo tempo, o movimento constitucionalista passou a ser incorporado e servir de base de orientação para questões não diretamente estatais ou relacionadas com uma constituição estatal. É nesse contexto que se pode falar em um constitucionalismo transnacional. Conforme apontado, este estudo defende que, embora ainda não haja delimitações precisas sobre este fenômeno, o “novo constitucionalismo” não pode implicar nem a morte do constitucionalismo estatal, nem a morte do Estado nacional, nem, muito

menos, o desfazimento da constituição estatal, suas peculiaridades e sua dogmática. O constitucionalismo transnacional deve servir de base de atuação dos Estados na arena internacional, mas não deve demolir o constitucionalismo estatal, devendo manter com ele uma relação de retroalimentação de questões, princípios e valores.

É este o cenário que aponta para a pergunta que move a presente pesquisa. Uma das claras manifestações do surgimento de um constitucionalismo transnacional, desvinculado do Estado nacional e de uma constituição estatal (ainda que sem ignorá-los ou defender sua extinção), são as interações judiciais entre juízes e tribunais encarregados de zelar pela constituição ou por direitos de cunho materialmente constitucionais ao redor do globo. A percepção de que temas essencialmente constitucionais são decididos por diversos tribunais das mais variadas instâncias e abrangências ao redor do mundo estimula o contato direto entre eles a partir do conhecimento e análise de suas respectivas decisões. São interações, portanto, levadas a cabo a partir de decisões que resolvem questões de cunho eminentemente constitucional. O que move a presente pesquisa é, justamente, indagar sobre as condições e possibilidades deste tipo de interação.

O presente capítulo busca averiguar como este fenômeno vem se dando ao redor do mundo e como ele é encarado por teóricos do direito constitucional. No primeiro tópico (3.2) será demonstrado que esse tipo de contato judicial já é uma realidade ao redor do mundo. Tribunais de diversos países, possuidores de diferentes tipos de competência, vêm se comunicando uns com os outros através de suas decisões para melhor resolver os problemas que lhe são apresentados.

Nos tópicos seguintes, será feita uma análise abrangente de diversas propostas teóricas a respeito do tema. O objetivo é mapear e analisar as diversas propostas teóricas em torno das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Conforme ficará claro, este fenômeno já vem sendo trabalhado por uma diversidade de autores e a partir de uma diversidade de orientações teóricas e epistemológicas. Para que o mapeamento e análise sejam o mais amplo e honesto possível, os tópicos contarão apenas com algumas críticas pontuais e de alta relevância para os objetivos desta pesquisa<sup>179</sup>.

O primeiro tópico (3.3) enfrenta uma série de perspectivas teóricas desenvolvidas, tanto por autores estrangeiros, como por autores brasileiros, que, apesar das suas relevantes contribuições, ainda não apresentam um estudo definitivo sobre o tema. Os tópicos seguintes

---

<sup>179</sup> Esta parte da pesquisa corresponde àquilo que Umberto Eco chama de tese de compilação. ECO, Umberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13.ed. Trad.: Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Barcarena: Presença, 2007, p. 24.

(3.4 a 3.7) analisam propostas que já apresentam maior verticalidade sobre a temática em questão. Neles serão analisadas as contribuições de Cass Sunstein, Vicki Jackson, André Ramos Tavares e Marcelo Neves.

Este mapeamento possibilitará a determinação daquilo que é compartilhado pelas diversas propostas e apontará os caminhos deixados em aberto, para aquilo que ainda precisa ser enfrentado e quais os problemas que ainda precisam ser resolvidos. Uma síntese crítica abrirá o capítulo seguinte, permitindo o enfrentamento direto com a pergunta que move este estudo.

### 3.2 IDENTIFICAÇÃO DO(S) PROBLEMA(S) (OU DE COMO AS INTERAÇÕES JÁ SÃO UMA REALIDADE)

Como destacado, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional já são uma realidade no mundo, inclusive no Brasil. Este tópico tem como objetivo apresentar exemplos desta realidade.

A Corte Constitucional da África do Sul é um dos principais exemplos internacionais de tribunais que se valem das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional para interpretar sua constituição. Um dos principais precedentes que comprovam este fato é *State vs Makwanyane and Another*. A lide girou em torno da constitucionalidade da pena de morte<sup>180</sup>. A Corte fez referência a precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Soering v United Kingdom; Handyside v United Kingdom; Dudgeon v United Kingdom*; e outros), da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Furman v. Georgia; Gregg v. Georgia; Callins v Collins*; e outros), da Suprema Corte do Canadá (*Kindler v Canada*; e *R v Oakes*), do Tribunal Constitucional da Alemanha (45 *BVerfGE* 187; 2 *BVerfGE* 266; 6 *BVerfGE* 32; 7 *BVerfGE* 377; e outros), da Suprema Corte indiana, do Tribunal Constitucional húngaro e do Tribunal de Apelação da Tanzânia. Todos estes precedentes são referidos na fundamentação da decisão e a influenciaram decisivamente. Ao fim, a Corte considerou inconstitucional a pena de morte.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América já foi palco de diversos casos de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. O caso *Atkins v Virginia* é um

---

<sup>180</sup>*S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>.

exemplo<sup>181</sup>. Neste precedente, discutia-se a constitucionalidade da aplicação da pena de morte a indivíduo portador de deficiência mental. Decidiu-se pela inconstitucionalidade por ferir a cláusula de proibição de pena cruel e incomum da 8ª Emenda à Constituição dos EUA. O voto majoritário fez referência a julgados não estatais.

*Lawrence v Texas* é um dos casos mais marcantes da jurisprudência da Suprema Corte americana. O tema constitucional central girava em torno da possibilidade ou não de entes da federação criminalizarem a “sodomia” (relações sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo)<sup>182</sup>. Votando pela maioria, o *Justice* Anthony Kennedy fez referência a precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que protegem a liberdade individual de homossexuais de envolver-se em condutas íntimas e consensuais. Este caso foi especialmente importante, pois gerou um debate entre os *Justices* Antonin Scalia e Stephen Breyer sobre a legitimidade de se recorrer a precedentes não estatais para interpretar a Constituição. O primeiro posicionou-se contra e o segundo, a favor.

O caso *Roper vs Simmons* é outro famoso exemplo de decisão da Suprema Corte americana em que há referência a direito não estatal. A lide em questão referia-se à possibilidade ou não da aplicação da pena de morte a indivíduo que, à época do cometimento do crime, era menor de idade (17 anos)<sup>183</sup>. A questão principal girava em torno da interpretação adequada da 8ª Emenda à Constituição americana que proíbe “penas cruéis e incomuns” (*cruel and unusual punishment*). Votando pela maioria, o *Justice* Anthony Kennedy fez menção ao fato de que a grande maioria das nações constitucionais do ocidente já não permite a pena de morte em tempos de paz em nenhuma hipótese. Pela minoria, o *Justice* Antonin Scalia criticou o comportamento da Corte afirmando que ou se devia fazer referência ao direito não estatal em todos os casos ou nunca fazê-lo. Pessoalmente, o julgador acredita que o direito não estatal deve ser totalmente irrelevante para a interpretação da Constituição americana.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro também possui exemplos de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

O julgamento do HC 82.424/RS, o famoso caso Ellwanger, é um dos marcos da disposição do Supremo Tribunal Federal brasileiro para interagir com fontes judiciais transnacionais. Na oportunidade, discutia-se se a edição, publicação e divulgação de livro com

<sup>181</sup> *Atkins vs. Virgia*, 536 U.S 304 (2002). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/536bv.pdf>, p. 304ss>.

<sup>182</sup> *Lawrence vs Texas*, 539 U.S 558 (2003). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/539bv.pdf>, p. 558ss>.

<sup>183</sup> *Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center vs. Simmons*, 534, US.551 (2005). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>, p. 551ss>.

conteúdo antissemita caracterizaria ou não crime de racismo e, com isso, se seriam aplicáveis as cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade previstas no art. 5º, XLII da Constituição. Tratava-se, portanto, de questão ínsita ao constitucionalismo na medida em que estavam em jogo direitos fundamentais que conflitavam no caso concreto (liberdade de pensamento e de expressão e dignidade da pessoa humana). A decisão final do tribunal foi no sentido de limitar a liberdade de expressão ao entender que referido tipo de publicação deve ser considerada racista. No acórdão do julgamento é possível encontrar referência a dezenas de precedentes estrangeiros que contribuem para formar a decisão do tribunal<sup>184</sup>. Na ementa, é possível ler:

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. *Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.*

Ou seja, trata-se de caso claro de interação judicial transnacional. O tribunal se vale de precedentes provenientes de fontes transnacionais para construir a decisão em matéria constitucional.

É possível constatar, ainda que de forma reduzida, interações judiciais transnacionais em matéria constitucional no julgamento da ADI 3.112, que versou sobre a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003). Na ocasião, questionava-se a constitucionalidade formal e material da referida legislação. O tribunal

---

<sup>184</sup> HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004. Decisões citadas: Caso United States versus Lemrick Nelson, Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos, em agosto de 1999; Caso Mandla and another versus Dowell Lee and another, Câmara dos Lords na Inglaterra, em 1983; Caso Shaare Tefila Congregation versus Cobb, US 615, Suprema Corte Americana, 1987; Caso Lüth (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 7, 198. julgado em 15/01/1958); Caso Livro sobre a Guerra (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 90, 1-22. Julgado em 11/01/1994); Caso Soldados assassinos (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 93, 266-312. Julgado em 10/10/1995); Caso do Romance Pornográfico (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 83,130. Julgado em 27 de novembro de 1990); Caso Terminiello versus Chicago (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949). Julgado em 16/5/1949); Caso R.A.V. versus City of St. Paul (Suprema Corte Americana, 505 U.S. 377 (1992). Julgado em 22 de junho de 1992); Caso Texas versus Johnson (Suprema Corte Americana, 491 U.S. 397 (1989). Julgado em 21/6/1989); Caso Publicação cômica contra o povo judeu (Tribunal Constitucional Espanhol, Sentença 176/1995, julgado em 11/12/1995); Caso Schenck versus United States, voto do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr. proferido em 1919 (249 U.S. 47, 52); Caso Virginia versus Black et Al. (Suprema Corte dos Estados Unidos da América); Caso Jersild versus Dinamarca julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos em setembro de 1994. Apelação Criminal nº 6460, 2ª Câmara Criminal do TARGS, em 17/3/1977.

julgou procedente apenas em parte o pedido para declarar inconstitucionais os dispositivos que vedavam a fiança e a liberdade provisória para os crimes previstos no diploma legal<sup>185</sup>.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, fez breve referência à jurisprudência do Tribunal Federal alemão quando tratava do conceito de propriedade<sup>186</sup>. O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, é incisivo e mais analítico ao se valer dos precedentes do mesmo tribunal<sup>187</sup>. O julgador se vale dos precedentes para delimitar conceitos jurídico-constitucionais (dever de proibição, dever de segurança, dever de evitar riscos, proteção deficiente, proibição de excesso etc.) e para demonstrar o papel do Tribunal Constitucional na fiscalização da legislação penal. Dentre os precedentes referidos, nenhum tratava diretamente do armamento civil.

A ADI 3.999/DF tratou da constitucionalidade da resolução 22.610/2007 e suas alterações levadas a cabo pela resolução 22.733/2008, ambas do Tribunal Superior Eleitoral<sup>188</sup>. Referidos atos normativos disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, ou seja, regulamentam a assim chamada fidelidade partidária. O tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido, considerando as resoluções constitucionais<sup>189</sup>.

O Ministro Joaquim Barbosa se valeu brevemente de interação judicial transnacional em matéria constitucional para reforçar o entendimento de autocontenção (*self-restraint*) por parte de qualquer Tribunal Constitucional. Fez referências aos precedentes *Reynold v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964) e *Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assembly of Colorado*, 377 U.S. 713 (1964), ambos da Suprema Corte norteamericana. Ambos os precedentes elevam a importância da representação política e sua íntima relação com os eleitores sem tratar diretamente da fidelidade partidária.

Os RE nº 349703/RS, Relator Ministro Ayres Britto, e RE nº 466343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgados conjuntamente, também constituem um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neles foi discutida a possibilidade de prisão civil do depositário infiel e, conseqüentemente, a hierarquia normativa no sistema jurídico

<sup>185</sup> ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 02/05/2007, DJ 26/10/2007.

<sup>186</sup> Ibid.: “Faço referência, no ponto, à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), para o qual odireito de propriedade corresponde a uma “liberdade cunhada normativamente” (*normgeprägte Freiheit*), possuindo os bens privados uma face jurídico-objetiva, consubstanciada na garantia de sua instituição (*Institutsgarantie*), e uma dimensão jurídico-subjetiva, caracterizada por uma garantia de subsistência da propriedade (*Bestandsgarantie*)”.

<sup>187</sup> Precedentes citados: Caso Soviet Zone: BVerfGE 2, 266 (1953); Caso Abortion I: BVerfGE 88, 203 (1993); Caso Codetermination: BVerfGE 50, 290 (1979); BVerfGE 77, 170 (1987); BVerfGE 39, 210 (1975); Caso Cannabis: BVerfGE 90, 145 (1994); Caso Lüth: BVerfGE 7, 377 (1958).

<sup>188</sup> Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade\\_partidaria/res22610.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf)>.

<sup>189</sup> ADI nº 3.999/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17.04.09.

brasileiro dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não aprovados através do procedimento do art. 5º, §3º da Constituição<sup>190</sup>. O tribunal entendeu, por maioria, pela impossibilidade da referida prisão determinando a infraconstitucionalidade e supralegalidade dos referidos instrumentos internacionais.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes faz referência a diversos precedentes de tribunais estatais e internacionais<sup>191</sup>. Busca nessas decisões razões para aclarar questões como: possibilidade do Tribunal Constitucional apreciar a constitucionalidade de tratados e convenções internacionais - BVerfGE 89, 155 (175) -, definição do conceito de proporcionalidade como parâmetro de constitucionalidade - BVerfGE,39:210(230-1) -, restrição a direitos fundamentais sem reserva legal - BVerfGE 28, 243 (26) -, tensão entre propriedade privada e interesses comunitários - BVerfGE 25, 112 (117) e BVerfGE 37, 132 (140) -, restrição ao direito de propriedade - BVerfGE 52, 1(26) e BVerfGE 71, 230(247) - etc. Muitos dos precedentes, portanto, tocavam no tema central (possibilidade de prisão do depositário infiel) apenas de forma periférica e no tema de fundo (hierarquia dos tratados internacionais) de forma mais imediata.

Em abril de 2009, o STF julgou a ADPF 130. Esta ação tratava da constitucionalidade da chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). O tribunal entendeu, por maioria, que o referido diploma legal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e a proteção explicitamente dada por esta à liberdade de pensamento, informação, expressão e imprensa<sup>192</sup>, julgando, assim, a ação totalmente procedente. Trata-se de uma das decisões que mais faz referência a precedentes estrangeiros (24 no total)<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> RE nº 349703/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 03/12/2008, DJ de 05/06/2009; RE nº 466343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 03/12/2008, DJ de 05/06/2009.

<sup>191</sup> BVerfGE 89, 155 (175), BVerfGE 39:210 (230-1), BVerfGE 28, 243 (26), BVerfGE 25, 112 (117), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (340), BVerfGE 42, 263 (294), BVerfGE 31, 229 (240), BVerfGE 37, 132 (140), BVerfGE 50, 290 (339), BVerfGE 52, 1 (27), BVerfGE 66, 76, BVerfGE 58, 300 (300), BVerfGE 52, 1 (26), BVerfGE 71, 230 (247); Caso Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (N.2) (1991); Caso Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (93 ILR, p. 652), Caso Maastricht na Alemanha e na Espanha; Caso Namíbia: Corte Internacional de Justiça.

<sup>192</sup> ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009.

<sup>193</sup> São eles: Caso Patterson vs. Colorado (1907), Caso Abrams vs. United States (1919), Caso Whitney vs. Califórnia (1927), Caso United States vs. Williams (2008), Caso New York Times vs. Sullivan 376 US 254, (1964); sentenças n. 6/1981, 12/1982, 104/1986, 171/1990 do Tribunal Constitucional da Espanha; Caso Handyside sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 07/12/1976; Caso Schenck v. United States 249 U.S. 47, 52 (1919); Caso Virginia v. Black (2003), Caso Abrams v. United States 250 US 616 (1919), Caso Lüth (BVerfGE 7, 198, 1958), Caso Pierce v. United States (1920), Gitlow v. New York (1925), Rosenblatt v. Baer (1966), Curtis Publishing Co. v. Butts, Associated Press v. Nalker (1967), Rosenbloom v. Metromedia (1971), Caso Spiegel (BVerfGE 20, 62, 1966), Schmid-Spiegel (BVerfGE 12, 113, 1961), Blinkfüer (BVerfGE, 25, 256, 1969), Solidaritätsadresse (BVerfGE 44, 197, 1977), BVerfGE 30, 173; Decisão da Corte Constitucional v. 30, p. 173; Caso Lebach (BVerfGE 35, 202), Caso Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport (93 ILR, p. 652).

O Ministro Menezes Direito fez referência aos precedentes *Patterson vs. Colorado* (1907); *Abrams vs. United States* (1919); *Whitney vs. Califórnia* (1927); e *United States vs. Williams* (2008), todos da Suprema Corte norte-americana, e a decisões do Conselho Constitucional francês para ressaltar a importância da liberdade de imprensa e sua íntima relação com a política democrática, bem como mecanismo possibilitador do exercício de outros direitos. O Ministro Celso de Mello elenca decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - Caso Handyside; sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 07/12/1976 e Caso Lingens (Sentença de 08/07/1986) - para destacar que a liberdade de imprensa é incompatível com a limitação da opinião, ou seja, restringir a liberdade de imprensa à mera divulgação de fatos é incompatível com o propósito da garantia. Além disso, se vale de decisões do Tribunal Constitucional espanhol para enfatizar que a liberdade de manifestação e pensamento inclui o direito à crítica (Sentenças nº 6/1981, nº 12/1982 e 104/1986). Não obstante, o julgador adverte que se trata de direito que pode sofrer restrições tendo em vista outros direitos colidentes (é um direito relativo, pois), como a integridade moral e a intimidade, servindo-se, para tanto, do precedente *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52) da Suprema Corte americana. Ratificando o caráter não absoluto da liberdade de manifestação o Ministro ainda cita o precedente *Virginia v. Black* (2003) também da Suprema Corte americana.

Após fazer referência aos citados precedentes da Suprema Corte americana, o Ministro Gilmar Mendes se vale da jurisprudência do Tribunal Federal alemão na construção do seu voto. Este tribunal construiu o entendimento sobre a liberdade de imprensa e de manifestação a partir de duas dimensões: uma subjetiva (direito subjetivo fundamental) e uma objetiva (garantia institucional). O caso mais emblemático desta construção referido pelo Ministro é o caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 1958). Não obstante, o julgador também faz referência aos casos *Spiegel* (BVerfGE 20, 62, 1966); *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961); *Blinkfüer* (BVerfGE, 25, 256, 1969); e *Solidaritätsadresse* (BVerfGE 44, 197, 1977). Em todos eles há expressa manifestação do tribunal estrangeiro no sentido da relevância institucional e subjetiva que a liberdade de imprensa, de pensamento e de manifestação possuem.

O julgamento da ADPF 153 é mais um importante exemplo de interação judicial transnacional em matéria constitucional realizado pelo STF<sup>194</sup>. A ação visava à declaração de

---

<sup>194</sup> Caso Goiburú e outros, Caso Ximenes Lopes, Caso Baldeón Garcia, Caso Massacre de Pueblo, Caso do Massacre de Mapiripán (Corte IDH); Caso Barrios Altos (2001), Caso Loayza Tamayo (1998), Caso Almonacid Arellano e outros (2006).

não recepção da Lei de Anistia (Lei 6.683/79) pela Constituição Federal de 1988. Por maioria, o tribunal julgou improcedente o pleito entendendo pela recepção da referida lei<sup>195</sup>. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Gilmar Mendes fizeram referências expressas a precedentes transnacionais nos seus votos.

O Ministro Ricardo Lewandowski faz breve referência aos precedentes *Goiburú e outros vs Paraguai*; *Ximenes Lopes vs Brasil*; *Baldeón Garcia vs Peru*; *Masacre de Pueblo Bello vs Peru*; e *Massacre de Mapiripán vs Colômbia*, todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para enfatizar que os Estados parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos têm o dever de investigar e punir graves violações de direitos humanos, bem como para dizer que a falha em fazê-lo constitui violação do documento internacional. A referência é apenas de forma indicativa, sem expor as razões de decidir da Corte nem o caso concreto que estava sob juízo. O Ministro deu provimento parcial à ação dando interpretação conforme a Constituição para que se entendesse que os agentes de Estado não estão automaticamente protegidos pela legislação em análise.

O Ministro Celso de Mello fez referência aos precedentes *Barrios Altos vs Peru*; *Loayza Tamayo vs Peru*; e *Almonacid e outros vs Chile* para reconhecer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera incompatível com os princípios consagrados na Convenção as leis nacionais que promovem a “autoanistia” de agentes do Estado. Segundo o Ministro, a Corte parte do princípio que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera “o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legítimas leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajam, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção” e que “perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviam, os mais ominosos e cruéis delitos”<sup>196</sup>. Não obstante, o Ministro entende que estes precedentes não deveriam ser invocados para a resolução da ADPF 153, pois a Lei de Anistia brasileira é bilateral, ou seja, não se trata de exemplo de “autoanistia”. O Ministro Celso de Mello julgou improcedente a ação.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes faz referência pontual a precedente do Tribunal Federal alemão - BVerfGE, 30:1(24) - no contexto da discussão sobre Emenda Constitucional nº 25/85 e sua intrínseca relação com a Lei de Anistia. A citação é meramente indicativa e justificada pela similaridade da discussão em ambos os casos.

<sup>195</sup> ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010.

<sup>196</sup> Voto do Ministro Celso de Mello. ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010, p. 183-184.

Na importante decisão tomada pelo STF no julgamento conjunto das ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/DF, em maio de 2011, também é possível observar a referência a precedentes transnacionais<sup>197</sup>. As ações pediam, em síntese, a equiparação da união estável entre homem e mulher protegida pela Constituição (art. 226, §3º) aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Por unanimidade, o tribunal julgou procedente a ação dando interpretação conforme a Constituição e ao art. 1.723 do Código Civil para excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família<sup>198</sup>.

O Ministro Marco Aurélio faz referência aos precedentes *Loayza Tamayo vs Peru*; *Cantoral Benavides vs Peru*; e *Gutiérrez Soler vs Colômbia*, todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nestes julgados ficou consignado que o “projeto de vida” dos indivíduos é um direito que deve ser salvaguardado pelo Estado, uma vez que faz parte do conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Destas razões, o Ministro retira que continuar impedindo legalmente que casais do mesmo sexo possam formar uma família viola o direito ao projeto de vida dos indivíduos e, assim, as suas dignidades. Os precedentes citados, portanto, não possuem relação imediata com o caso concreto. Antes, servem de baliza conceitual para a construção da decisão do julgador.

O Ministro Celso de Mello, argumentando pela existência implícita do direito à busca da felicidade no constitucionalismo brasileiro, faz referência aos precedentes *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872); *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884); *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886); *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923); *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925); *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965); *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967); e *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), todos da Suprema Corte americana. Segundo o julgador, nesses julgados a *Supreme Court* se valeu do direito à busca da felicidade como uma das principais razões de decidir para julgar casos envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais. A partir daí, afirma que continuar a inviabilizar a constituição formal de famílias compostas por

<sup>197</sup> Da indexação: *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*, *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos; *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923) *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965) *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

<sup>198</sup> ADPF nº 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011 e ADI nº 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011.

pessoas do mesmo sexo significa violar o direito à busca da felicidade. Tal qual o Ministro Marco Aurélio, os precedentes citados não possuem uma relação imediata com o caso concreto julgado pelo STF. As referências são mais conceituais.

Estes são apenas alguns exemplos do fenômeno que o presente estudo pretende analisar. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, como fica evidente, são uma realidade mundo afora e no Brasil. Marcelo Neves<sup>199</sup> e Vicki Jackson<sup>200</sup> elencam em suas obras dezenas de exemplos deste fenômeno ao redor do mundo. Christine Oliveira Peter da Silva, em profundo estudo documental, elenca mais de uma centena de exemplos do fenômeno somente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>201</sup>. Como referido, os tópicos seguintes visam analisar e mapear as diversas propostas levantadas por constitucionalistas para lidar com esta problemática. Tal itinerário possibilitará, na sequência, a identificação e crítica da postura que o STF vem assumindo, bem como apontará quais as condições, possibilidades e limites para que as interações judiciais referidas ocorram.

### 3.3 FERTILIZAÇÃO CRUZADA, MIGRAÇÕES DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS, ÔNUS ARGUMENTATIVO E OUTRAS TESES

Vlad Perju dá notícia de que o debate teórico sobre as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional é relativamente recente. Até a década de 1990 a literatura sobre o tema era praticamente inexistente e, até o momento, esforços teóricos para a construção de um aparato metodológico são incipientes. Não obstante, já seria possível constatar uma “batalha por metáforas” para explicar o fenômeno. Entre elas estariam “transplante” (*transplant*), “difusão” (*diffusion*), “empréstimo” (*borrowing*), “circulação” (*circulation*), “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*), “migração” (*migration*), “engajamento” (*engagement*), “influência” (*influence*), “transmissão” (*transmission*), “transferência” (*transfer*) e “recepção” (*reception*)<sup>202</sup>.

Ainda há, portanto, muita incerteza e muita construção a ser realizada sobre a matéria. Ao longo deste capítulo, serão examinadas algumas dessas propostas com o intuito de, no seguinte, oferecer uma estruturação e articulação.

<sup>199</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>200</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>201</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília. O estudo abrange um vasto período: da década de 60 do século XX ao ano de 2012.

<sup>202</sup> PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. *Boston College Law School Legal Studies Research Paper*, n.254, 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1982230](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982230), acesso em 11/12/2013, p. 1-6>.

Anne-Marie Slaughter trata desta temática dentro de outra mais abrangente que a autora chama de globalização judicial (*judicial globalization*). A globalização judicial descreve uma realidade confusa de interação entre fronteiras, intercâmbio de ideias e cooperação em casos envolvendo direito internacional e nacional. É um fenômeno perceptível em cinco níveis principais: a relação entre a Corte de Justiça Europeia e as cortes nacionais da Europa; a relação entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e as cortes nacionais; a emergência de comunidades judiciais; os encontros entre juízes e, mais importante para a presente análise, a fertilização cruzada<sup>203</sup>

Os exemplos de juízes *olhando, conversando e agindo* para além das fronteiras nacionais é uma resposta à diversidade das forças envolvendo a globalização. Além disso, todos estão *envolvidos em um profundo senso de participação em um projeto global em julgar*, o que promove uma base para a fundação de uma comunidade global. As decisões do tribunal têm apenas uma *influência persuasiva*. O seu peso decorre do respeito à legitimidade, cuidado e qualidade dos julgadores e é dado por julgadores ao redor do mundo engajados em um projeto global de defesa dos direitos humanos<sup>204</sup>.

A ideia de fertilização cruzada entre cortes e juízes é a forma mais informal de contato judicial transnacional. Embora as decisões de outras cortes nacionais *nunca sejam vinculantes*, as cortes constitucionais de diversos Estados viram-se umas para as outras para *encarar um problema similar a partir de perspectivas diversas*. Este fenômeno aumentou em demasia a partir dos anos 90 do século XX. O surgimento de novas democracias fez com que as respectivas cortes se virassem para decisões proferidas em democracias mais estabelecidas para com elas aprender<sup>205</sup>.

O tipo de interação descrita pela autora americana vem possibilitando a construção do que ela chama de jurisprudência global (*global jurisprudence*). Os constantes contatos entre julgadores através de suas decisões, justificados pela autoridade persuasiva que elas eventualmente possuam, contribui para a consolidação de consensos acerca de determinados temas. Esses consensos, uma vez formados, possuem um peso que faz aumentar ainda mais a necessidade de consulta de decisões tomadas em outras instâncias globais. A incorporação de

---

<sup>203</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 40, 2000. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf>>, p. 1104>.

<sup>204</sup> Ibid., p. 1111-1112.

<sup>205</sup> Ibid., p. 1116-1119.

tal postura aponta para a formação de uma comunidade global de tribunais (*global community of courts*)<sup>206</sup>.

Fica claro na argumentação da autora que ela entende as interações judiciais de forma positiva, como mecanismo de abertura de horizontes compreensivos, de aprendizado, de diálogo. Ainda, percebe que a comunicação judicial entre diferentes instâncias é fruto de uma percepção ampla do direito e, principalmente, no constitucionalismo. Contudo, Anne-Marie Slaughter não se preocupa com as possibilidades danosas de tal diálogo, nem apresenta uma metodologia adequada para este tipo de postura. Ou seja, não investiga o problema da tensão entre identidade e alteridade nem *como* esta tensão pode ser bem resolvida.

Jânia Maria Lopes Saldanha, ao investigar a temática das comunicações judiciais entre diferentes instâncias globais, parte do pressuposto de que elas são um exemplo claro da progressiva “desnacionalização” do direito e sua transnacionalização, conforme defendido acima. A autora distingue dois tipos de comunicações judiciais possíveis: uma, a partir de situações de vinculação entre as instâncias, ao que confere a imagem de um ideal sistêmico; e outra, a partir de situações de não vinculação entre as instâncias nas quais se estabelece uma relação transversal, ao que confere a imagem de um ideal humanista, baseado em uma visão comum do ser humano<sup>207</sup>.

O primeiro tipo de comunicação possível ocorre quando as instâncias em interação possuem algum tipo de relação pré-determinada, seja decorrente de processos internacionais de integração (regional, supranacional, comunitário), seja decorrente de acordos e convenções internacionais acerca de determinadas matérias. Neste tipo de situação, a preocupação principal é qual decisão deve prevalecer, se a local ou a tomada por instâncias não nacionais<sup>208</sup>. Como referido no capítulo anterior, esta pesquisa não pretende analisar este tipo de problema, normalmente vinculado a questões de verticalidade e hierarquia. Não obstante, seus resultados podem contribuir positivamente para a resolução deste tipo de problema.

Os diálogos transversais ocorrem entre sistemas de justiça nacionais e internacionais, entre sistemas internacionais e supranacionais, entre sistemas comunitários e nacionais ou qualquer combinação entre eles. A produção normativa realizada por cada um desses sistemas transcende as suas fronteiras de atuação direta uma vez que, ao fim, os problemas jurídicos

---

<sup>206</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, 2003, p. 199-204.

<sup>207</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, 2012, p. 137, 139 e 158.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 139-151.

resolvidos por eles são problemas comuns. Dessa forma, não cabe falar em situações de verticalidade e hierarquia, mas de cortes transversais entre os diversos sistemas<sup>209</sup>.

As relações transversais dialógicas entre sistemas de justiça, ao mesmo tempo em que são indicativas de uma concepção universalizável de ser humano e de como resolver problemas que os afligem, são também mecanismos de edificação de valores e princípios comuns, mormente quando se está tratando da defesa de direitos humanos. Esse tipo de postura “é fonte importante para a construção de uma teoria desses valores comuns ou, até mesmo mais ousadamente, para a construção de uma teoria dos bens comuns mundiais”. Não são relações baseadas em relativismos tradicionais, mas em esforço de constituição de valores comuns<sup>210</sup>. Para a autora, “os diálogos transversais entre cortes nacionais e não nacionais e vice-versa representam que o olhar recíproco aos *standards* internacionais, praticados pelas jurisdições nacionais e, aos *standards* constitucionais, desenvolvidos pelas jurisdições não nacionais”, denotam uma sedimentação de sentido em favor de uma “base intersubjetiva e intercultural para a conformação de uma comunidade de valores, em que estejam à base os direitos humanos”, e não apenas vínculos normativos<sup>211</sup>.

Ainda segundo Jânia Saldanha, a postura dialógica transversal aponta para uma abertura produtiva sem, contudo, defender uma recepção acrítica do que é decidido em outras instâncias. Para ela, solver esta tensão requer uma tarefa hermenêutica cuidadosa e requer dos intérpretes a consciência de que, ao mesmo tempo em que a constituição estatal deve ser protegida, não se pode simplesmente ignorar “a força da integridade dos interesses da comunidade internacional”. Ou seja, exige-se dos atores jurídicos uma nova racionalidade relacionada ao descobrimento das razões de suas decisões<sup>212</sup>.

As reflexões da autora apresentam três grandes méritos. Em primeiro lugar, a defesa da relação entre valores mundiais comuns e as interações judiciais transnacionais desvela importante caminho a ser investigado e aponta para uma das principais inquietações desta pesquisa<sup>213</sup>. Em segundo lugar, Jânia Saldanha é explícita ao afirmar que uma postura de

---

<sup>209</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, 2012, p. 153.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 159-160.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 157 e 160.

<sup>213</sup> Para aprofundamento vide SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A “justiça” da cosmopolitização e a cosmopolitização da justiça. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coord.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre os novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 77-99. Os autores destacam que os diálogos transjurisdicionais, fundados na concepção de unidade de valor, tem o potencial de superar o

interação exige uma forma específica de racionalidade, além de alertar para o fato de se tratar de uma preocupação hermenêutica. Por fim, indica, ainda que brevemente, que há uma relação de tensão entre identidade e alteridade em toda relação de interação com diferentes instâncias globais. O que ainda precisa ficar mais firmemente esclarecido, e o que move esta investigação, é como estas três constatações se relacionam entre si.

Para Luís Roberto Barroso, a influência do direito de um povo sobre outro não é um fenômeno recente. É possível percebê-lo desde os mais remotos tempos da civilização. Contudo, ao longo do século XX e, principalmente, no século XXI, a “transposição jurídica” – “a importação por um país do direito e das instituições jurídicas desenvolvidas em outro” – se transformou em um relevante meio de desenhos institucionais. A grande novidade é que esta transposição jurídica, hoje, ocorre também a partir da influência da jurisprudência de um Estado sobre outro<sup>214</sup>.

Contemporaneamente, os tribunais constitucionais vêm se engajando em diálogos constitucionais mútuos, através, principalmente, da referência a seus respectivos precedentes e jurisprudência. Para o autor, “[c]ontrovérsias, ideias, argumentos jurídicos, inferências morais e propostas de soluções são similares e recorrentes por todo o mundo, e as visões e percepções dos juízes de um país podem enriquecer o raciocínio dos juízes de outras jurisdições”<sup>215</sup>. Em outras palavras, os diálogos entre tribunais ampliam os horizontes de compreensão dos mesmos. Por evidente, o contato com decisões tomadas em outras instâncias globais só possuem autoridade persuasiva o que, para o autor, afasta qualquer temor provinciano.

Este fenômeno vem crescendo por dois principais motivos. Em primeiro lugar, a segunda metade do século XX viu surgir diversos novos Estados de Direito fundados sob a influência do constitucionalismo moderno. Isto faz com que eles recorram a experiências constitucionais já consolidadas para construir sua própria identidade constitucional. Obviamente, sob esta perspectiva, as interações judiciais têm uma mão única. Contudo, e em segundo lugar, cresceu também a percepção de que as democracias constitucionais maduras dividem problemas constitucionais comuns. Questões envolvendo segurança nacional, liberdade religiosa, conflitos étnicos e raciais e controvérsias sobre direitos sexuais perpassam todo o mundo ocidental constitucionalizado. Por isso, investigar como outras nações vêm

---

dualismo entre universalistas e “soberanistas”. Sobre o conceito de unidade de valor vide DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad.: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>214</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad.: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 33-34.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 35.

decidindo essas questões contribui para a resolução interna em cada Estado<sup>216</sup>. Para Luís Roberto Barroso, adotar esta postura é a mais adequada por ser “mais cosmopolita, progressista e ‘venerável’”<sup>217</sup>.

O constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky também é da posição de que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional devem ser estimuladas. O autor também parte da constatação de que tribunais e juízes ao redor do mundo vêm se comunicando de diversas maneiras, tanto formais quanto informais. Dentre estas maneiras encontra-se a referência a decisões proferidas. Estas referências decorrem da percepção de que os mesmos “tipos” de problemas surgem em diversas partes do mundo<sup>218</sup>. Esta é uma postura valiosa. Afirma o autor:

Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario hacen los chauvinistas de la constitución, de ser los mejores. El presupuesto no es necesariamente el derecho natural ni la ilusión del progreso. Puede ser la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás. Basta reconocer que las normas de la Constitución, por ejemplo, en el tema de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos fundamentales, aspiran la universalidad, y que su interpretación, incluso a primera vista, no es la interpretación de un contrato, de una decisión administrativa, y ni siquiera de una ley, emanada de voluntades políticas contingentes. La interpretación constitucional es un acto de adhesión o de ruptura respecto a tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las que las Constituciones particulares forman parte<sup>219</sup>.

Ou seja, para o autor, recorrer à consulta de precedentes proferidos por outras instâncias globais nada mais é do que um ato de humildade, de prudência. Além disso, o fundamento para tal consulta é encontrado no reconhecimento de que a compreensão de cada constituição é, em verdade, o resultado da compreensão de uma tradição maior na qual cada constituição estatal está inserida.

O autor italiano se vale de duas metáforas esclarecedoras para justificar as interações judiciais transnacionais: a da amizade e a do espelho. Pela primeira, o autor afirma que as interações são muito similares à conversa com um amigo experiente acerca de um problema difícil. Este amigo faz o sujeito pensar melhor, desvela potencialidades latentes, amplia perspectivas e enriquece a argumentação, pondo à luz pontos de vista até então ignorados.

<sup>216</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad.: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 34-35.

<sup>217</sup> Ibid., p. 40.

<sup>218</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. Trad.: Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 91-94.

<sup>219</sup> Ibid., p. 94.

Pela metáfora do espelho, o autor aponta que consultar tribunais não nacionais é como se colocar diante de um espelho. Este é um objeto que promove a reflexão, auxilia o sujeito a se enxergar melhor. Ou seja, através do *outro* (espelho) entende-se melhor a si próprio<sup>220</sup>.

Para Gustavo Zagrebelsky, é bastante evidente que a postura de interação depende, substancialmente, de duas assunções bastante sedimentadas. Uma delas é a de que o ato de interpretação e aplicação da constituição é um ato criativo. Ora, se essa tarefa fosse de mera lógica dedutiva não faria sentido perguntar pelas experiências de outras cortes. A outra é que a constituição está sujeita ao tempo e, por isso, seu significado pode ser alterado no decorrer da história. Esta possibilidade também aponta para a validade das interações judiciais<sup>221</sup>.

O autor finaliza seu raciocínio afirmando que as interações judiciais transnacionais são uma exigência da vocação contemporânea da justiça constitucional e não um modismo, uma invenção de alguns constitucionalistas ou uma mera arbitrariedade dos tribunais responsáveis por solver questões constitucionais. Trata-se de uma das muitas manifestações da universalização do direito<sup>222</sup>.

Para ele, a relevância do direito e das decisões judiciais foi, por muito tempo, um problema prioritariamente estatal e territorialmente delimitado. Hoje, entretanto, afasta-se progressivamente de um cenário de total independência para um cenário de interdependência ou de dependência mútua. Ações e omissões de natureza política, econômica e tecnológica em outras partes do mundo têm efeito imediato em Estados nacionais. Ao mesmo tempo, os princípios constitucionais possuem alcance universal. Contudo, os cidadãos de cada Estado continuam, em primeiro lugar, submetidos à justiça constitucional deste Estado. Há, portanto, uma incongruência. Se não é possível, ou até mesmo desejado, uma integração regional ou suprarregional imediata, é viável falar de uma aproximação comunicacional quando se está diante de problemas similares e se valendo de princípios e valores compartilhados<sup>223</sup>.

Gustavo Zagrebelsky traz valiosa contribuição para os objetivos desta pesquisa, uma vez que tenta fundamentar as interações judiciais transnacionais na própria tradição constitucionalista. Qualquer compreensão está imersa, quer se queira, quer não, em uma determinada tradição. Ter ciência desta tradição é fundamental para que a compreensão se dê da forma mais adequada possível. Ora, para o autor, compreender qualquer constituição é compreender que ela não é desvinculada nem da tradição do Estado em que se insere, nem,

---

<sup>220</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. Trad.: Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 95.

<sup>221</sup> Ibid., p. 95-99.

<sup>222</sup> Ibid., p. 103.

<sup>223</sup> Ibid., p. 103.

principalmente, da tradição constitucional como um todo. Dessa forma, há mesmo uma *razão hermenêutica* para se buscar o que se vem decidindo com base em outros textos constitucionais ao redor do mundo.

Além disso, as metáforas de que se vale o autor são esclarecedoras para a justificação da abertura ao que é produzido em outras instâncias globais. Compreender *com e através* dos outros é uma forma de compreender a si mesmo. O outro ilumina aquilo que, embora possa já fazer parte do *eu*, ainda não foi *desvelado*. Atrelada a esta noção está a lembrança pelo autor de que a interpretação/aplicação do direito é um ato *criativo* e que ocorre no tempo, ambas questões eminentemente hermenêuticas e metodológicas. Não obstante, o autor não avança para oferecer um modelo de racionalidade a ser incorporado para lidar com os diálogos constitucionais.

Virgílio Afonso da Silva analisa a questão das interações judiciais transnacionais a partir da defesa de uma maior integração sulamericana, tendo como influência teórica mais marcante a teoria da argumentação de Robert Alexy<sup>224</sup>. Além disso, o autor se vale da metáfora das migrações para melhor transmitir sua proposta<sup>225</sup>.

Segundo o autor, a pergunta pela integração jurídica de dois Estados costuma se dar de duas formas: ou pergunta-se sobre a hierarquia que os tratados e convenções assinados por estes Estados possui na ordem jurídica interna, ou pergunta-se se o Estado está vinculado ou não às decisões de tribunais internacionais ou suprarregionais. A primeira pergunta é respondida com a constitucionalidade ou infraconstitucionalidade, e a segunda, com a dicotomia vincula/não vincula. Para o autor, essa discussão, embora importante, foca apenas no que chama de integração legal-institucional. Contudo, seria possível falar de uma *integração discursiva* a partir de *diálogos constitucionais transnacionais*. Esse tipo de integração não dependeria da construção de instituições comuns, mas não deixaria de ser uma integração real e efetiva<sup>226</sup>.

O mecanismo mais adequado para essa integração discursiva é o que o autor chama de *migração de ideias constitucionais*. A metáfora da migração seria adequada, pois ela

---

<sup>224</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI (Coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530; SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

<sup>225</sup> Cf. CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1-35.

<sup>226</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI (Coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-518.

transmite a ideia de livre e multilateral circulação de pensamentos, não faz assunções sobre o “doador” e o “receptor” e não determina o conteúdo ou a forma das ideias que transitam entre diversos sistemas. O conceito de migração contribui para que se supere, ou ao menos se vá além da discussão sobre a hierarquia de tratados e convenções ou vinculação ou não das decisões proferidas por outros tribunais. Segundo o autor, o que importa é o livre câmbio de experiências, ideias e teorias. Este livre câmbio “ocorre no nível da *argumentação* e pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional”<sup>227</sup>.

Após realizar uma série de críticas acerca da pouca cultura de integração sulamericana, seja nas faculdades de direito, seja no Supremo Tribunal Federal, o autor afirma que os problemas de interpretação constitucional não são problemas que devam, necessariamente, ser resolvidos com uma autossuficiência dos sistemas nacionais. Os problemas constitucionais são problemas comuns a diversos sistemas jurídicos e são decididos por diversas instâncias no cenário global. Embora a ideia básica do constitucionalismo moderno o atrele ao Estado nacional, como demonstrado no primeiro capítulo, é possível pensar questões constitucionais com olhares que transcendam este espaço. Esta, para o autor, seria uma maneira rica e intensa de promover a integração entre Estados<sup>228</sup>.

Em outro trabalho com temática similar, Virgílio Afonso da Silva vai tratar do problema das colisões entre soluções jurisdicionais distintas para o mesmo problema. Ou seja, a situação em que um tribunal estatal é chamado a resolver uma determinada lide com teor constitucional e decide de maneira X e um tribunal supranacional é provocado a resolver o mesmo problema e decide de maneira Y. A questão é complexa, pois o autor afirma que não há relação hierárquica entre ambos os tribunais, não se podendo defender, assim, a prevalência de um sobre o outro de maneira peremptória<sup>229</sup>.

Recorrendo a exemplos práticos de divergência entre o Tribunal Federal alemão e a Corte Europeia de Direitos Humanos sobre os mesmos casos e suas respectivas soluções, o autor afirma que as decisões tomadas em âmbito supranacional não podem vincular decisões a serem tomadas em âmbito estatal. Contudo, as primeiras criam para as segundas um ônus

---

<sup>227</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI (Coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-520.

<sup>228</sup> Ibid., p. 530.

<sup>229</sup> Ibid. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-106.

argumentativo maior para que se decida de forma diferente<sup>230</sup>. Por esse motivo, a “decisão incorreta não é aquela que se desvia das decisões de tribunais supranacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus/dever argumentativo que sua superação impõe”. A tensão entre ambas as decisões, portanto, faz surgir um novo ônus/dever argumentativo, o que faz aumentar a racionalidade da decisão<sup>231</sup>.

Neste particular, fica evidente a influência da teoria da argumentação de Robert Alexy. Como se sabe, Alexy atribui a racionalidade e a correção de uma decisão judicial ao cumprimento, pelo responsável pela decisão, de regras da argumentação<sup>232</sup>. Dentre as inúmeras regras apresentadas por Alexy, as de saturação dos argumentos dogmáticos e de precedentes parecem ser as principais influências para a construção do raciocínio de Virgílio Afonso da Silva<sup>233</sup>.

O grande mérito do autor é apontar para um mecanismo metodológico claro, no que diz respeito às interações judiciais transnacionais: a partir da teoria da argumentação jurídica, entendida como meio de se balizar e controlar a racionalidade da decisão judicial, deve-se assumir os precedentes de outras instâncias globais como ônus/dever argumentativo que não pode ser ignorado, apesar de poder ser afastado, fundamentadamente. Entretanto, como ficará claro na sequência, esta pesquisa entende que a racionalidade das interações judiciais precisa assumir contornos mais rígidos e apresentar artefatos metodológicos mais firmes<sup>234</sup>.

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto tratam do tema em questão no interior da discussão sobre os princípios de interpretação constitucional. Referem-se a um “princípio do cosmopolitismo”.

Os autores destacam que é possível identificar uma crescente utilização do direito internacional dos direitos humanos, do direito comparado e, principalmente, dos argumentos utilizados por juízes e tribunais ao redor do mundo em decisões judiciais de controle de constitucionalidade. Observa-se, assim, uma integração discursiva. Este seria, segundo os autores, um lado positivo da globalização.

<sup>230</sup> Talvez a expressão mais adequada seja “dever argumentativo” e não “ônus argumentativo”, tendo em vista que “ônus” tem um significado jurídico sedimentado atrelado a uma consequência danosa quando do seu não descargo.

<sup>231</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI (Coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106-111.

<sup>232</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3.ed. Traduzido por Zilda Hutchunson Schil Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 247-271.

<sup>234</sup> Para uma crítica à posição de Virgílio Afonso da Silva vide NEVES, Marcelo. *Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 157-160

O fenômeno é positivo, pois amplia novos argumentos e pontos de vista no debate constitucional; faz com que a perspectiva dos julgadores seja menos provinciana e mais ampla, possibilitando a identificação de inconsistências e fragilidades do plano nacional e contribui para a difusão de consensos sobre direitos humanos e fundamentais. Por tudo isso, essa forma de interação deve ser estimulada na interpretação constitucional.

O princípio, entretanto, não vincula os intérpretes da constituição aos tratados e convenções internacionais nem às decisões tomadas no cenário transnacional. Ao contrário, ele impõe a consideração do peso argumentativo destas normas na atribuição de sentido ao texto constitucional. A superioridade formal da constituição não deveria, para eles, representar um embargo à influência do material transnacional na sua interpretação. Segundo eles, “a interpretação constitucional tem muito a ganhar quando incorpora um olhar cosmopolita, abrindo-se para as influências do Direito Internacional e do Direito Comparado, sobretudo em algumas áreas, como a dos direitos fundamentais”<sup>235</sup>.

Os autores ainda advertem sobre o perigo da incorporação acrítica de modelos e “modismos alienígenas” que, por vezes, são completamente imprestáveis à realidade brasileira. Por este motivo, “o princípio do cosmopolitismo, conquanto extremamente importante, deve ser usado de maneira criteriosa, evitando-se a postura de deslumbramento servil com tudo o que vem de fora”<sup>236</sup>.

O grande problema da abordagem dos autores relaciona-se com a inserção da postura de interação judicial no vasto rol dos “princípios de interpretação constitucional”. Além das problemáticas inerentes à própria noção de princípios específicos de interpretação constitucional e sua “utilização”<sup>237</sup>, a proposta tem outras fragilidades. As - devidas - advertências que os autores fazem a respeito da utilização cuidadosa, não acrítica e não submissa só podem ser realmente resolvidas se as interações judiciais transnacionais possuírem um mecanismo próprio de funcionamento, parâmetros teóricos específicos e artefatos pragmáticos voltados para elas. Assim, é um equívoco inserir tal postura em um rol de princípios que devem ser observados pelo intérprete/aplicador constitucional.

<sup>235</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 454-455.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 454.

<sup>237</sup> Para uma abordagem crítica à hermenêutica constitucional à brasileira e sua má incorporação vide SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-143; CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 189-192; SOLIANO, Vitor. *Ativismo judicial no Brasil: uma definição*. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 8, 2013, p. 590-622; SOLIANO, Vitor. *Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica*. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, 2012, p. 182-221.

Além disso, os autores falam em uma “convergência” da interpretação da Constituição brasileira com o conteúdo de tratados e convenções internacionais, pois, desta forma, estar-se-ia fortalecendo a proteção dos direitos fundamentais<sup>238</sup>. Parece ser um entendimento equivocado, na medida em que acaba por subjugar o sentido que deve ser atribuído à Constituição nacional a instrumentos estrangeiros, ainda que devidamente incorporados ao sistema jurídico brasileiro. Outrossim, parte-se da equivocada premissa de que uma “convergência” com os referidos tratados seria, sempre, mais adequada à proteção dos direitos fundamentais. Ora, isso pode ou não ser verdade.

André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes também apresentam uma valiosa contribuição ao tema em questão. Os autores partem do pressuposto de que diversas ordens jurídicas atuam simultaneamente para resolver problemas comuns, mormente questões envolvendo o núcleo do constitucionalismo moderno. Estas ordens podem ser tanto nacionais como internacionais, regionais ou supranacionais.

Segundo os autores, deixar de considerar o material transnacional ou as consequências que decisões tomadas localmente têm para outros ordenamentos seria uma postura solipsista. Ou seja, uma postura que se nega “a reconhecer existência de uma comunidade jurídica que compartilha convicções sobre aquilo que se espera do Direito”. Para superar esta postura seria necessário incorporar um senso de comunidade, entendido como aquele que toma o Direito como um empreendimento interpretativo<sup>239</sup>.

Assumindo como paradigma de trabalho a hermenêutica filosófica, os autores afirmam que é próprio da compreensão humana seu atrelamento a uma tradição, determinada pelo momento histórico em que se situa. Dito isto, concluem que o jurista brasileiro tem suas pré-compreensões sobre o constitucionalismo construídas a partir do direito constitucional nacional. Entretanto, pré-compreensões podem ser revisadas ao se abrir para possibilidades significativas construídas no cenário transnacional. Esta abertura imprimiria a fusão de horizontes ao intérprete que deixaria de estar limitado às perspectivas nacionais sobre o direito constitucional<sup>240</sup>.

Diferente da maioria dos autores analisados, André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes assumem um paradigma filosófico para lidar com a temática e apontam como este

---

<sup>238</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 452.

<sup>239</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos direitos humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In: COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (Orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público*, Passo Fundo: IMED, v. 3, 2012, p. 89.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 95-96.

poderia contribuir para o aprimoramento das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Entretanto, não demonstram qual a função que a tradição nacional desempenha nestas interações e como ela se articula com o transnacional. Por fim, parecem estar mais focados na abertura ao transnacional e, por isso, não se atentam para os efeitos negativos que este expediente pode trazer para a identidade do sistema jurídico-constitucional estatal.

Como referido na introdução deste capítulo, nos itens seguintes serão investigadas quatro propostas sobre as interações judiciais transnacionais que possuem desenvolvimentos mais precisos e definidos. Como afirmado no início do tópico, as críticas serão pontuais e esparsas, deixando para o tópico seguinte uma análise mais incisiva sobre as diversas contribuições, seus *insights*, suas proximidades e distanciamentos e as questões por elas deixadas em aberto.

### 3.4 A CONSTITUIÇÃO DE MUITAS MENTES (A *CONSTITUTION OF MANY MINDS*) DE CASS SUNSTEIN

A análise de Cass Sunstein sobre as interações judiciais transnacionais se insere em um estudo mais amplo de teoria da interpretação constitucional e de teoria da constituição<sup>241</sup>.

Seu ponto de partida é a pergunta pela rigidez ou não do texto constitucional. Segundo ele, na aurora do constitucionalismo estadunidense houve um debate acirrado entre James Madison e Thomas Jefferson sobre a possibilidade de alteração da constituição. O primeiro defendia uma constituição relativamente fixa, ou seja, com procedimentos dificultosos de alteração. Thomas Jefferson, por outro lado, acreditava que “os mortos não tinham direitos” e, por isso, a constituição deveria ser repensada pelas *muitas mentes* das gerações subseqüentes à sua publicação. Segundo Cass Sunstein, *em tese*, Madison teria ganho este debate já que a Constituição dos EUA é a mais antiga e duradoura do mundo contando com apenas poucas alterações em mais de 200 anos<sup>242</sup>.

Contudo, a permanência e inalterabilidade da constituição é, para o autor, um mito. Em sentidos altamente importantes, o *sentido* do texto constitucional foi alterado diversas vezes ao longo de sua existência. Evidentemente, não através de emendas constitucionais, mas através dos julgamentos e interpretações levadas a cabo pelos órgãos responsáveis. Desta

---

<sup>241</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 1-3.

forma, a constituição seria a criação, ao longo do tempo, de inúmeras *mentes* e não apenas dos *founding fathers*.

Relevante dizer que as alterações de sentido não são levadas a cabo apenas pelo Poder Judiciário, embora esse, com especial destaque para a Suprema Corte, desempenhe papel fundamental. Os poderes representativos também realizam esta mudança de sentido da constituição, às vezes com a autorização da Suprema Corte, às vezes no seu silêncio. Contudo, como o autor deixa claro, nenhuma dessas alterações acontece em um vácuo social. Muitas vezes, se trata da “ratificação” de uma alteração nos julgamentos de valor que vem se sedimentando na sociedade por muito tempo. O importante, segundo o autor, é que o sentido da constituição é construído por *muitas mentes*<sup>243</sup>.

A partir desta constatação o autor faz a pergunta que move seu raciocínio: “If many people have accepted a particular view about some important issue, shouldn’t the Supreme Court, and others thinking about the meaning of the Constitution, *consult that view?*”<sup>244</sup>. A assunção do autor é a de que não é possível ou adequado considerar que a constituição possua um sentido originário que pode ser acessado e que serve para construir conceitos fundamentais em uma sociedade. Por este motivo, tornou-se recorrente a defesa de que as *multidões* (*crowds*) devem ser consultadas<sup>245</sup>. Por quê?

Segundo o autor, há motivos para acreditar que há uma sabedoria no pensamento de multidões e por isso as *muitas mentes* devem ser consultadas. Esta sabedoria seria derivada de alguns motivos: evolutivo – se muitas pessoas aceitam uma prática por muito tempo, esta prática se provou como positiva; de diversidade – as previsões compartilhadas por multidões costumam superar as previsões de indivíduos; republicanos – em um sistema de *checks and balances* qualquer ação só é possível se *muitas mentes* acordarem nesse sentido<sup>246</sup>.

Entretanto, o principal fundamento para a defesa do *argumento das muitas mentes* (*many minds argument*) é, para Cass Sunstein, o Condorcet Jury Theorem (Teorema do Júri de Condorcet). Basicamente, este teorema afirma que diante de uma questão que só possui duas respostas possíveis e apenas uma delas é correta, há uma alta probabilidade de um grande número de pessoas acertar a resposta. Ou seja, quanto mais pessoas forem indagadas, maior a probabilidade de a resposta mais dada ser a correta. Para o autor, mesmo que se

<sup>243</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn’t mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 3-7.

<sup>244</sup> Ibid., p. 7. Em tradução livre: “Se muitas pessoas aceitam uma visão específica sobre determinada questão importante, não deveria a Suprema Corte e outros pensando sobre o significado da Constituição, *consultar esta visão?*” (destaque nosso).

<sup>245</sup> Ibid., p. 7-8.

<sup>246</sup> Ibid., p. 8.

considere que todas ou a maioria das pessoas têm maior possibilidade de estar errada, a “pesquisa” ainda seria útil para lidar com questões constitucionais, porque a média das respostas ainda seria mais confiável do que a resposta individual de alguns poucos juízes<sup>247</sup>.

É preciso, desde logo, demonstrar certa desconfiança para com o fundamento que se vale o autor para justificar as interações judiciais. Questões constitucionais normalmente perpassam por profundas incertezas morais e políticas e, por isso, não podem ser entendidas como objetivas, aptas a se encaixar em uma pesquisa numérica. É certo que talvez o autor não defenda uma real análise numérica das respostas possíveis e utilize o referido teorema apenas como um *insight* ou uma analogia. Contudo, parece que o fundamento de uma abertura dialógica precise ser mais bem elaborado teórica e metodologicamente.

Valendo-se dessas premissas, o autor vai dizer que, dentre outras fontes, o *argumento das muitas mentes* aponta para a consulta de decisões tomadas por Tribunais ao redor do mundo em matéria constitucional. Nas palavras dele: “If most nations, or most relevant nations, reject a certain practice, shouldn’t the United States *pay attention*? Many nations, especially those now establishing constitutional democracy, would do well to consult the practices of other nations”<sup>248</sup>.

Relevante destacar que, desde esses momentos iniciais, o autor já deixa claro que as eventuais interações devem se dar no nível de consulta, de dar atenção e não de se submeter ou concordar com o que vem de fora. Já demonstra, portanto, que a postura das interações não pode ser de submissão, reverência ou subserviência, e sim de aprendizado. Fica claro que a posição hermenêutica do autor é a de que o sentido da constituição é construído no processo de interpretação e que a consulta a *muitas mentes* só tem a contribuir para que este sentido seja o mais adequado.

Cass Sunstein parte da constatação de que tem se tornado rotineiro que cortes constitucionais façam referência a julgados e mesmo ao direito de outras nações na resolução de problemas constitucionais. Assevera que tribunais de países como África do Sul, Irlanda, Israel, Alemanha, Suíça, Austrália, Áustria, Canadá, Itália, França e Inglaterra têm recorrido a interações judiciais para interpretar e construir o sentido de suas próprias constituições e seu direito constitucional (no caso da Inglaterra). Deste cenário, o autor apresenta o conceito de *cosmopolitismo constitucional* (*constitutional cosmopolitanism*). “O mundo jurídico vem, em

<sup>247</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn’t mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 9-10.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 12. Em tradução livre: “Se a maioria dos países, ou a maioria dos países relevantes, rejeitam uma determinada prática, não deveria os Estados Unidos *prestar atenção*? Muitos países, especialmente os que vêm estabelecendo democracias constitucionais, se beneficiariam da consulta das práticas de outros países” (destaque nosso).

certo sentido, se tornando menor e mais transparente e a consulta de julgamentos estrangeiros é, assim, inevitável”.<sup>249</sup>

O *argumento das muitas mentes* fica muito evidente aqui. A ideia central é ampliar as perspectivas a partir da consulta de decisões tomadas em outras instâncias no cenário global. Esta postura é movida pela esperança de que mais informação pode acarretar em decisões melhores, mais corretas. O Teorema do Júri de Condorcet é plenamente aplicável tanto se se está procurando respostas para dados fáticos, quanto respostas para dados morais. Ou seja, é relevante a consulta de *outras mentes* tanto se se procura ampliar o conhecimento fático de alguma matéria (a pena de morte reduz o cometimento de crimes?), quanto se se procura investigar a correção moral de determinadas práticas (é moral proibir relações entre pessoas do mesmo sexo?). A princípio, para o autor, a consulta a outras visões sobre o problema em questão tende a aprimorar a resposta a ser dada<sup>250</sup>.

O autor enfrenta uma série de problemas a respeito das interações. Muitas delas vão além dos objetivos desta pesquisa, pois se referem não apenas a interações judiciais, mas a interações com materiais legislativos e, inclusive, de opinião pública. Desta forma, os comentários que seguem deixam de lado algumas das preocupações do autor.

O primeiro cenário crítico enfrentado pelo autor envolve a própria legitimidade das consultas, quando se pensa a partir de questões como soberania, cidadania e pertencimento político. Ou seja, não seria uma corrupção da soberania nacional e das opções dos cidadãos nacionais (representados pelos poderes constituídos) recorrer a conteúdos decisórios produzidos em outros contextos políticos? A resposta do autor é negativa, justamente pelo fato, já destacado, de as interações não visarem à submissão dos tribunais a uma “autoridade estrangeira” e sim para que se obtenha informações e *insights* relevantes e, talvez, corretos<sup>251</sup>.

Outra preocupação envolve uma questão altamente importante para os fins desta pesquisa: o relativismo moral e o relativismo constitucional. Segundo o autor, quando se está diante de questões com alto cunho moral, o Teorema do Júri de Condorcet só é útil se se nega um relativismo moral alto. Ou seja, se se defende que qualquer questão moral é relativa, e depende dos costumes e culturas locais, é inócuo se valer das interações judiciais. Assim, para se valer das interações, é preciso admitir que há um acordo comum em âmbito moral entre os

---

<sup>249</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 189. Do original: “The legal world is, in a sense, becoming smaller and more transparent, and consultation of foreign judgments is therefore inevitable” (tradução livre).

<sup>250</sup> Ibid., p. 190-191.

<sup>251</sup> Ibid., p. 188 e 190.

participantes do diálogo, principalmente, para o autor, no que toca a universalidade de certos direitos humanos<sup>252</sup>. Esta questão merecerá maiores aprofundamentos adiante.

Entretanto, o relativismo constitucional não é um empecilho para as consultas. É possível que dois países estejam de acordo que determinado princípio deve ser protegido, mas que discordem quanto a sua forma de interpretação ou que a dogmática constitucional de ambos aponte para caminhos diferentes. Este cenário não impede o diálogo. Ao contrário, ele é mais frutífero. A condição é que as práticas interpretativas dos países permitam a consulta<sup>253</sup>.

Segundo o autor, a consulta ao material produzido por outros tribunais em âmbito global é especialmente relevante se se considera que o direito constitucional deve ser “lido moralmente”. Ou seja, se se defende que os julgadores se perguntem, ao interpretar a constituição, o que a moralidade requer, as interações judiciais só têm a contribuir com a produção de uma melhor resposta. Isso é assim, segundo o autor, porque se pode chegar à conclusão de que diversos Estados, apesar de suas diferenças culturais e institucionais, defendem e julgam importantes determinados direitos e princípios. Ora, se Estados com *backgrounds* distintos consideram valiosos os mesmos direitos, há, aí, um indício de certa universalidade e transcendência desses direitos. Esta situação contribui para apontar qual a melhor resposta a ser dada em um caso concreto<sup>254</sup>.

De forma geral é possível defender uma preferência a consultar decisões proferidas por tribunais de Estados democráticos e liberais. Segundo o autor, a própria natureza institucional e cultural desses Estados permite que as ideias e informações circulem com mais facilidade e os valores são debatidos de forma mais aberta. Este cenário acaba sendo refletido nas decisões judiciais. Em regimes autoritários, totalitários ou que se baseiam em ditames religiosos estritos este cenário é quase inexistente e, assim, têm menos a contribuir para o aprimoramento da interpretação constitucional. Pensando a partir do Teorema do Júri de Condorcet, países democráticos têm mais chances de estarem certos quanto à determinada matéria do que países autoritários<sup>255</sup>.

A última preocupação do autor é se perguntar sobre o grau de independência que os diversos tribunais do mundo possuem para construir suas decisões. Esta preocupação, contudo, não passa pelo nível de independência dos julgadores, mas antes pelo nível de

---

<sup>252</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 195-196.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 196-197.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 197-199.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 202-204.

reflexão que foi empregada por eles. Ou seja, as decisões foram tomadas por densa reflexão e confrontação de ideias ou por simples imitação de outros países? Esta pergunta é importante, pois a ausência de verdadeira autonomia na decisão inutiliza o teorema. As respostas só são relevantes se fundadas em informações e reflexões autônomas. Consultar e dialogar com tribunais que não refletiram adequadamente sobre a questão é mais inadequado do que não consultar nenhum. Contudo, o autor afirma que esta preocupação não deve ser levada tão a sério, pois, em regra, cortes constitucionais não produzem decisões irrefletidas<sup>256</sup>.

Cass Sunstein termina suas reflexões questionando a possibilidade, o nível de contribuição e a necessidade real de se realizar interações judiciais. Assevera que as consultas acabam por demandar um trabalho exaustivo para os julgadores e que, por isso, poder-se-ia defender a não adoção total desta prática. Contudo, como se explicaria o fato empírico de que muitos tribunais, ainda assim, continuam se valendo de tal expediente? Desta forma, parece mais adequado apontar para mecanismos que contribuam para uma tarefa menos exaustiva e mais produtiva.

Para o autor, as seguintes diretrizes tornariam o trabalho mais proveitoso: consultar o material de dez ou vinte Estados relevantes; deixar de lado decisões produzidas em Estados autoritários; preferir consultar decisões traduzidas para sua língua nativa; preferir decisões recentes às antigas; atentar para o efeito de imitação (ausência de independência e autonomia). Essas diretrizes indicam razoavelmente quais Estados consultar. O resultado da consulta deve ser considerado útil se: apresentarem uma relativa uniformidade; forem resultado tanto de análises judiciais quanto legislativa; os problemas que ensejam a decisão são relativamente similares; há independência no julgamento<sup>257</sup>.

Apesar de apresentar um procedimento para facilitar as interações judiciais e torná-las mais proveitosas, o autor termina por defender que este tipo de postura seja adotada apenas por Estados com recente e incipiente tradição constitucional. Ou seja, países recém-saídos de regimes autoritários e com pouca cultura constitucional refletida e consolidada. Os Estados que já possuem longa história constitucional não se beneficiariam muito com esta prática. A baixa contribuição das interações não suplanta o alto nível de trabalho exigido. Ou, em outras palavras, os ônus criados, tanto para as partes quanto para os julgadores, não resultam em grandes avanços<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 204-206.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 206-208.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 208-209.

Cass Sunstein, sem dúvida, apresenta um contributo importantíssimo para a temática sob análise. Contudo, como ficará claro nos pontos seguintes e, principalmente, no terceiro capítulo, é preciso dar alguns passos além. O ponto que merece especial crítica e desacordo relaciona-se com a posição do autor quanto a quais Estados devem se valer das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Como se verá, exatamente o contrário do defendido pelo autor deve prevalecer.

### 3.5 OS MODELOS DE INTERAÇÃO DE ANDRÉ RAMOS TAVARES

André Ramos Tavares é outro autor brasileiro que já apresentou reflexões sobre as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional<sup>259</sup>. Segundo o autor, a utilização de precedentes e jurisprudência estrangeira por juízes e tribunais nacionais na construção de suas decisões é um dos grandes focos de atenção e preocupação da teoria constitucional ao redor do mundo<sup>260</sup>. Para ele, esta problemática surge principalmente a partir de decisões tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, mas também indica que já é possível observar julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro que apontam para ela. Como se viu acima, estas interações já são relativamente comuns ao redor do mundo.

De acordo com o autor, este cenário não deve ser visto como surpreendente. A elevação da importância do Poder Judiciário dos Estados constitucionais nas últimas décadas é amplamente conhecida. Este fenômeno acarreta uma alteração do papel desempenhado por cada órgão judicante e faz com que as decisões judiciais não sejam tomadas com base apenas em prescrições legislativas<sup>261</sup>.

Contudo, André Ramos Tavares destaca que esta crescente forma de interação entre juízes e tribunais ao redor do globo vem sendo feita sem que se possua um consistente arcabouço teórico e metodológico para tanto. Ao mesmo tempo, perguntas sobre legitimidade, pertinência da interação e grau de vinculação vêm sendo deixadas de lado. Desta forma, faz-

---

<sup>259</sup> TAVARES, André Ramos. Pelo uso dialógico e restrito de decisões da justiça constitucional estrangeira em decisões da justiça constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivim, 2012, p. 35-52; TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-155.

<sup>260</sup> TAVARES, André Ramos. Pelo uso dialógico e restrito de decisões da justiça constitucional estrangeira em decisões da justiça constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivim, 2012, p. 35.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 36.

se necessário um estudo aprofundado sobre a matéria, tarefa que o autor se propõe a levar adiante, ainda que de forma breve.

O primeiro passo para a construção de um aparato teórico apto a lidar com esse fenômeno é, para o autor, identificar qual tipo de decisão proferida por qual tipo de juiz ou tribunal deve servir de base para as interações. A advertência do autor, neste particular é valiosa. Segundo ele, seria um equívoco tratar da mesma forma, para efeitos de interações transnacionais, decisões proferidas por tribunais estatais/nacionais e decisões proferidas por tribunais internacionais, comunitários ou supranacionais. Segundo o autor, a pretensão “universal presente, em geral, nos argumentos construídos por tribunais internacionais e comunitários, bem como sua perspectiva vocacionada ao outro (ao Estado envolvido e a servir de precedente para outros estados) impede a equiparação para fins de tratamento único”, dentro de uma teoria unificante. Ou seja, as decisões dos tribunais nacionais não se voltam para um “âmbito externo”, nem para realidades distintas e regionalizáveis como ocorre nos tribunais comunitários e internacionais<sup>262</sup>.

Em outro trabalho sobre a mesma temática, o autor dá um passo além na sua crítica, e afirma que identificar decisões de diversas instâncias, em nível global, como igualmente constitucionais seria paradoxal, uma vez que, ao contrário de reforçar o constitucionalismo pela sua ampliação a diversos níveis em âmbito transnacional, esgarçaria seu conceito e seu sentido útil; “uma suposta evolução, em realidade, que se converte em (ou é subrepticamente concebida como) verdadeira eliminação. Quando tudo é constitucional, nada é constitucional”<sup>263</sup>.

Ou seja, para o autor as decisões de tribunais não estatais, por sua própria “natureza” universalista, não deveriam servir de base para as interações realizadas por tribunais estatais. As decisões de cunho internacional, comunitário ou supranacional difeririam, por princípio, das decisões de cunho nacional/estatal, não sendo adequado que haja interações entre ambas.

---

<sup>262</sup> TAVARES, André Ramos. Pelo uso dialógico e restrito de decisões da justiça constitucional estrangeira em decisões da justiça constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivim, 2012, p. 37-38. E encerra: “Decisões de tribunais nacionais de um Estado não precisam apresentar e não apresentam nenhuma pretensão universal ou extra-nacional no sentido de serem apresentadas em termos que possam ser aproveitadas imediatamente por outros tribunais de outros países em face de sua estrutura interna. Já a perspectiva multi-nacional ‘naturalmente’ decorre de tribunais internacionais e supranacionais e de suas razões de decidir, voltados para alcançar, com força vinculante, diversos países. Essas decisões já receberam uma estrutura que, em certa medida, é propícia para ser lançada com pretensões de repetição em diversos sistemas nacionais ‘distintos’”.

<sup>263</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

Tal interação contribuiria para a diluição da ideia de constitucionalismo e não para o seu fortalecimento, objetivo que, em tese, estimula a defesa deste tipo de contato.

Apesar de a advertência ser altamente relevante - e, até onde se sabe, inédita - parece não ter razão o autor em sua crítica. Mais a frente se analisará esta temática com mais cuidado, mas, de logo, é possível dizer que a limitação é equivocada pelo fato de que decisões tomadas a nível internacional, comunitário ou supranacional vão, em última análise, produzir efeitos em âmbito nacional. Justamente por isso, os tribunais nacionais não podem ignorar o que é decidido por instâncias não nacionais, sob pena de se criar situações de decisões diametralmente opostas regendo um mesmo “tipo” de caso. Não se trata, evidentemente, de defender uma subserviência dos tribunais nacionais, mas o afastamento peremptório das referidas decisões causaria mais problemas do que soluções.

No que diz respeito ao enfraquecimento da ideia de constitucionalismo pela interação com decisões proferidas a nível não estatal, também parece estar equivocada a crítica do autor. Assumindo o risco de uma leitura equivocada, parece que André Ramos Tavares acaba por fazer uma associação necessária entre constitucionalismo e Estado nacional. Ora, como se afirmou no capítulo anterior, esta ligação é legítima, especialmente quando do surgimento do constitucionalismo moderno. Contudo, entende-se, como também já referido, que o atual estágio do ideário constitucional se expandiu para além do Estado nação, e uma das manifestações deste fenômeno são justamente as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional (limitação do poder estatal e proteção dos direitos humanos fundamentais). Desta forma, as interações entre decisões estatais e não estatais devem ser vistas, em primeiro lugar, como uma solidificação do constitucionalismo transnacional e, em segundo lugar, como uma forma (reflexiva) de aprimoramento do constitucionalismo estatal. Como se tentará demonstrar, o que causa o enfraquecimento do constitucionalismo estatal é a maneira como estas interações ocorrem.

Outro alerta inicial feito pelo autor já envolve a sua proposta de análise. Afirma que se debruçará apenas sobre “os elementos estrangeiros (não nacionais do ponto de vista do utente, e nacionais do ponto de vista da fonte emitente), proferidos por Justiça Constitucional única [...] ou de cúpula”<sup>264</sup>. Ou seja, além de afastar as decisões proferidas por órgãos não estatais, a proposta do autor se preocupa apenas com decisões sobre matéria constitucional decididas pelos órgãos de última instância ou de instância única.

---

<sup>264</sup> TAVARES, André Ramos. Pelo uso dialógico e restrito de decisões da justiça constitucional estrangeira em decisões da justiça constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivim, 2012, p. 38.

Após apontar as advertências e delimitações de seu estudo, André Ramos Tavares vai afirmar que a utilização de precedentes e jurisprudência estrangeira por tribunais estatais pode se dar de várias formas. Estas diversas formas são chamadas, pelo autor, de “modelos de incidência da jurisprudência constitucional estrangeira em determina Justiça Constitucional”<sup>265</sup>. Referidos modelos não são necessariamente excludentes. Um mesmo tribunal estatal pode se apresentar como adepto de mais de um modelo. Este cenário, segundo o autor, é fruto de uma falta de clareza metodológica e teórica acerca das interações, mas também pode ser decorrência de “um uso manipulativo consciente, de alguma mudança consciente na história constitucional do país, ou, ainda, de um uso alternado consciente e justificado”. O importante é conhecer “os riscos e as dificuldades, bem como os benefícios e a metodologia, que cada um desses modelos pode proporcionar à Justiça Constitucional no marco do constitucionalismo atual”<sup>266</sup>.

Neste ponto, cabe destacar que o autor aponta para uma preocupação que a presente pesquisa divide: a questão metodológica. Como se deixou claro na introdução, uma das perguntas que move a presente investigação envolve as condições e possibilidades das interações judiciais transnacionais. Ora, é justamente a pergunta pelo *como* as interações ocorrem que apontará os benefícios e prejuízos causados por elas. André Ramos Tavares acerta ao afirmar que a discussão sobre os modelos de incidência insere-se na discussão mais ampla acerca da hermenêutica constitucional. Segundo o autor, a comunicação com jurisprudência estrangeira pode provocar alterações em determinadas teorias hermenêuticas. Parece, contudo, que a preocupação principal deve ser a construção de um aparato teórico-metodológico próprio.

O autor identifica a existência de cinco modelos diferentes de interações judiciais transnacionais: o modelo de submissão, o modelo de repulsa, o uso decorativo, o uso unilateral e o modelo de interlocução. Os quatro primeiros são modelos que devem ser evitados e o último o que pode ser estimulado.

No modelo de submissão há uma deferência para com a jurisprudência constitucional estrangeira. Para André Ramos Tavares, a adoção desse modelo corresponderia a uma forma de neocolonialismo<sup>267</sup>.

O modelo de submissão corresponde a uma adoção irrefletida e imediata de materiais constitucionais produzidos por tribunais de outros Estados. Segundo o autor, a crítica de que

---

<sup>265</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 123-124.

tal modelo jamais seria adotado não procede. Para ele, este acaba sendo, inclusive, defendido por autores quando se referem a Estados constitucionais jovens, sem tradição constitucional sólida ou dogmática constitucional sedimentada. É o que, aparentemente, defende Cass Sunstein, como vimos. Tribunais da Europa Oriental e África, por exemplo, “deveriam” adotar este modelo<sup>268</sup>.

No longo prazo, a adoção continuada do modelo de submissão acarretaria uma incorporação total do material constitucional de outros Estados, inviabilizaria a construção de um constitucionalismo estatal com identidade própria e aumentaria os riscos de contradições internas ao ordenamento, visto que os poderes representativos, a princípio, constroem legislações voltadas para as peculiaridades internas do Estado. Dito de outra forma, adotar um modelo de submissão significa ignorar a *identidade constitucional* de um Estado<sup>269</sup>. Ao invés de funcionar como mecanismo reflexivo de interação o modelo de submissão contribui para a subserviência do constitucionalismo estatal ao constitucionalismo de outro Estado. Por esse motivo, trata-se de um modelo que deve ser evitado.

O modelo de repulsa pode ser entendido como o oposto ao modelo de submissão. Segundo André Ramos Tavares, trata-se de um modelo que “rechaça abertamente a utilização de elementos não nacionais”. Ocorre porque o funcionamento interno do sistema entende a si mesmo como autossuficiente. Para o autor, este modelo acaba conduzindo para uma forma de provincialismo<sup>270</sup>.

Além dessa forma básica, o modelo de repulsa pode ocorrer por dois motivos mais precisos. Em primeiro lugar, pode ser adotado mesmo por sistemas que estão abertos à interação como regra, mas que *rejeitam contato com sistemas de cunho autoritário*<sup>271</sup>. Entende-se por sistema de cunho autoritário, aqui, todos aqueles que rejeitam expressamente as bases do constitucionalismo moderno ou que as adota apenas como fachada. Embora o autor não faça juízo sobre a legitimidade ou não deste tipo de repulsa, parece que ela se justifica. Mais a frente tentar-se-á demonstrar por quê.

Outra forma de ocorrência do modelo de repulsa é a “isolação por isolamento”. O autor a entende como decorrência de uma rejeição anterior. Ou seja, se o tribunal de um Estado constitucional é expresso em negar contato com decisões de outros tribunais de Estados também constitucionais (repulsa) esses últimos podem passar a rejeitar o material dos

---

<sup>268</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124-125.

<sup>269</sup> Ibid., p. 124 e 126.

<sup>270</sup> Ibid., p. 127.

<sup>271</sup> Ibid., loc. cit.

primeiros. A postura provinciana acarreta o isolamento. Como afirma o autor, modelos “parciais de rejeição podem se formar, validamente, como uma reação a sistemas jurídicos que se tornem isolados e, nessa perspectiva, imprestáveis ao diálogo como troca de experiências para o desenvolvimento comum de institutos e conceitos base e conceitos chave do constitucionalismo”<sup>272</sup>.

O modelo decorativo é, em verdade, um modelo de não interação. Ele pode ser observado quando não há, de fato, influência do material externo na formação da decisão por determinado tribunal. O que ocorre é uma simples indicação textual ou retórica (no sentido pejorativo) de decisões tomadas em outras instâncias. Não há, em verdade, diálogo, aprendizado ou intercâmbio. Há, apenas, a utilização de decisões estrangeiras como forma de argumento de autoridade<sup>273</sup>.

O modelo de unilateralismo é a postura simplesmente cega ao material produzido por tribunais não nacionais. Não constitui verdadeira repulsa, pois não há expressa negação de interação. Contudo, também não há interação por falta absoluta de consulta. Ocorre, segundo André Ramos Tavares, principalmente na França devido às peculiaridades da justiça constitucional daquele país<sup>274</sup>.

Por fim, tem-se o modelo de interlocução. Segundo o autor, trata-se de modelo que aponta para “abertura para a compreensão, discussão, reflexão e eventual aproveitamento dessas decisões e de suas razões de decidir, mas considerando a perspectiva, particularidades e nacionalidade (dentro da dogmática vigente) do caso apresentado para julgamento”<sup>275</sup>. Não é, portanto, nem um modelo que ignora ou repele aquilo que é produzido no estrangeiro, nem é um modelo que faz reverência a este material. Por este motivo, o autor afirma se tratar de um modelo *dialógico*.

Um modelo dialógico é aquele em que se preza pela abertura a outras experiências e realidades. Permite a expansão de perspectivas sobre um determinado tipo de caso e qual a melhor resposta constitucional para ele. Permite, ainda, a revisão de posições tomadas anteriormente e o seu aprimoramento. Essa *abertura dialógica* tona viável o enfrentamento e a incorporação ou não das decisões tomadas em outras instâncias na construção da decisão tomada pelo tribunal estatal<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

<sup>273</sup> Ibid., p. 127-128.

<sup>274</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>275</sup> Ibid., p. 129.

<sup>276</sup> Ibid., p. 130-131.

Por não ser um modelo de submissão, a interlocução pode, ao final, apontar para a necessidade de se decidir de forma contrária àquilo que foi decidido por outros tribunais. Particularidades - dogmáticas e culturais - podem exigir um afastamento e a tomada de posição individual. O que este modelo não aceita é a postura provinciana e isolacionista. Nas palavras do autor:

O que proponho, aqui, é a abertura ao aprendizado com os conceitos e as soluções já engendradas *por* e *para* outros ordenamentos jurídicos estatais, procurando identificar experiências estrangeiras vencedoras ou desenvolvidas no sentido da proteção máxima dos direitos humanos fundamentais, ou mesmo casos negativos, que geraram repulsa ou desestímulo, ou que foram abandonados em momento posterior, ou mesmo superados pela legislação do país considerado. Essa busca deve ser orientada a partir do caso-problema surgido na jurisdição constitucional nacional, e pela consideração “adequada” da decisão adotada externamente<sup>277</sup>.

Adotar tal postura significa conhecer não apenas o conteúdo final da decisão. É preciso mapear o caso concreto que gerou a lide, a *ratio decidendi* do caso, o contexto em que a decisão foi tomada, a linha argumentativa e hermenêutica adotada, bem como o modelo de jurisdição constitucional e as peculiaridades constitucionais. Uma vez feito o mapeamento, o tribunal local deverá perquirir sobre a compatibilidade entre os dois sistemas, o valor dos raciocínios engendrados pela outra corte e a possibilidade de repetição daquela mesma solução. Todo este procedimento deve ser explanado nas razões de decidir<sup>278</sup>.

O autor afirma que a grande dificuldade é determinar quais os elementos constitucionais com os quais se deve dialogar. Afirma que exclusões peremptórias devem ser explicadas, e não se deve adotar uma postura de rejeição pelo nível de diferença cultural entre os dois Estados. Assevera que critérios como nível de controvérsia, de novidade e proximidade do texto base são opções viáveis e legítimas desde que devidamente explicadas. Deve ficar claro que a interação não se dá por motivos decorativos, aptos apenas a justificar decisões já tomadas antes da própria interação<sup>279</sup>.

Após apresentar, descrever e criticar os possíveis modelos de interação judicial transnacional, André Ramos Tavares questiona sobre o fundamento para a adoção ou não de tal postura. Segundo ele, é preciso que, em primeiro lugar, cada ordem constitucional se pergunte pela possibilidade ou não da interação tendo como referência a estrutura do seu sistema e sua dogmática. Além disso, afirma que não basta que se demonstre que a prática da

---

<sup>277</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131-132 (destaque do original).

<sup>278</sup> Ibid., p. 132.

<sup>279</sup> Ibid., p. 134.

interlocação (modelo defendido pelo autor) é compatível com o constitucionalismo. É preciso que se demonstre porque deve ser realizada<sup>280</sup>.

A previsão textual da proibição ou determinação das interações judiciais transnacionais é pouco valorizada pelo autor. A proibição poderia acabar sendo inócua e contribuir para a falta de transparência do processo decisório uma vez que os julgadores poderiam, de fato, se valer das interações, deixando apenas de fazer referência expressa a estas na fundamentação de suas decisões. Uma proibição implícita no conceito de soberania parece, para o autor, inadequada. Esse argumento faz sentido se for entendido como proibição ao modelo de submissão. Eventual determinação textual, por outro lado, deve ser interpretada de maneira adequada: não como adoção do modelo de submissão, mas como adoção do modelo de interlocação<sup>281</sup>.

O silêncio constitucional sobre a matéria não aponta para um caminho determinado. Para o autor, constituições elaboradas através de consulta a outras matrizes constitucionais indicam, implicitamente, que a referência dialógica a outros sistemas faz parte da tradição constitucional daquele Estado.

André Ramos Tavares ainda faz referência à possibilidade de se pensar um constitucionalismo comum do ocidente, ainda que de forma precária. Parte da ideia de que os diversos Estados constitucionais ocidentais dividem entre si princípios constitucionais basilares ainda que a interpretação e aplicação desses princípios diverjam pelas mais variadas razões, como se viu no primeiro capítulo. Esses conceitos e questões constitucionais comuns apontariam para uma autorização implícita para as interações judiciais transnacionais<sup>282</sup>.

O autor é mais enfático na possibilidade, e mesmo necessidade, de adoção de uma postura de interação quando se trata de questões envolvendo direitos humanos fundamentais. As diversas nações constitucionais devem praticar a interlocação principalmente quando se está diante de questões envolvendo este rol de direitos visando promover o incremento de seu nível de proteção. Por entender que o constitucionalismo moderno coloca questões similares aos órgãos responsáveis por proteger a constituição, possuindo as controvérsias sobre os direitos humanos fundamentais prevalência nestas situações, o autor afirma poder se falar em um “*direito fundamental implícito* à ampla proteção decorrente da utilização cruzada de

<sup>280</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141-142.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 143-145.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 147: “Esse Direito constitucional comum, pois, acabaria por autorizar a utilização da jurisprudência constitucional estrangeira dos países da ‘comunidade’. Essa utilização constante desses elementos, por seu turno, serviria como retroalimentação desse sistema comum, reforçando ainda mais a existência de um Direito constitucional comum entre esses países e clamando por uma utilização ainda mais intensa e imediata de elementos não nacionais provenientes da jurisprudência constitucional de outros países”.

jurisprudência constitucional não nacional”<sup>283</sup>. Tal “imposição” da utilização de precedentes e jurisprudência não estatal derivaria da ideia de segurança e maximização dos direitos humanos fundamentais, o que ficaria ainda mais evidente quando se tratasse de referenciais mais benéficos à interpretação e aplicação desses direitos<sup>284</sup>.

O simples fato do autor apontar para a necessidade de se perquirir sobre uma fundamentação constitucional para a interação judicial transnacional já é digno de nota. De fato, parece insuficiente apontar apenas os benefícios que uma postura de interlocução pode trazer para o constitucionalismo. A construção de um aparato teórico e metodológico para este fenômeno não pode deixar de encarar esta questão. O autor, embora não deixe expresso, parece apontar para o fato de que o fundamento deve ser buscado na comunhão que os diversos sistemas constitucionais possuem quando se fala das bases do constitucionalismo e, principalmente, da proteção dos direitos humanos fundamentais. Há, portanto, uma *tradição constitucionalista* dividida e protegida por diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo.

## 3.6 O ENGAJAMENTO CONSTITUCIONAL EM UMA ERA TRANSNACIONAL DE VICKI JACKSON

### 3.6.1 Introdução

Vicki Jackson é a autora estrangeira que elabora o estudo mais vertical, sistematizado e profundo a respeito das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Sua tese é construída ao longo do tempo através de algumas publicações distintas. Não obstante o aprimoramento, sua posição central afirma que existem três modelos distintos de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, que podem ser adotados por julgadores: um modelo de resistência (*resistance*), um modelo de convergência (*convergence*) e um modelo de engajamento<sup>285</sup> (*engagement*). Os dois primeiros devem ser evitados e o terceiro deve ser incentivado<sup>286</sup>.

<sup>283</sup> TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151 (destaque nosso).

<sup>284</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>285</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 259. Traduz *engagement model* como “modelo de articulação”.

<sup>286</sup> JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005; JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, p. 161-185, 2007; JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

A autora parte da constatação de que as constituições estatais se encontram hoje em um universo marcado por uma crescente agenda jurídica transnacional, formada por tratados e costumes internacionais, acordos multilaterais e bilaterais e estruturas supranacionais relativas a direito de comércio e direitos humanos. Além disso, este novo universo inclui pressões e influências de empresas transnacionais, grupos e organizações de direitos humanos e movimentos sociais que pretendem reconstruir e utilizar o direito em nível local, regional e global. Este universo inclui, ainda, e mais importante, uma crescente comparação judicial revelada através das referências cruzadas além das fronteiras estatais sobre temas constitucionais, bem como uma convergência transnacional sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação da constituição. A partir disso, pergunta-se:

How these multiple transnational phenomena affect our understanding of the role of constitutions and of courts in deciding constitutional cases? How do constitutions and constitutional courts affect these transnational legal phenomena? Is there an emerging phenomenon of “transnational constitutionalism” and, if so, how should it be conceptualized?<sup>287</sup>

A autora destaca, como demonstrado no primeiro capítulo, que, ao mesmo tempo em que o mundo se torna mais transnacional, os Estados se tornam mais constitucionais. Ou seja, o mesmo lapso temporal que viu a transnacionalização se intensificar, ao ponto de a sociedade mundial se compreender como global, foi também palco de uma maciça expansão do direito constitucional, do constitucionalismo moderno e da necessidade da proteção judicial da constituição ao redor do mundo. Esses fenômenos não são, de forma alguma, contraditórios. Antes, deve-se entender que ter uma constituição protegida por um sistema judicial passou a ser parte do “script da modernidade”<sup>288</sup>.

É fato que pode haver constituições ao redor do mundo que servem apenas como instrumento de governo, para demonstrar “avanço” ou simplesmente para garantir a soberania do país<sup>289</sup>. O estudo realizado por Vicki Jackson, contudo, parte da assunção de que o papel da constituição é limitar o poder governamental e, ao fazê-lo, é protegida judicialmente. Estas constituições são desenhadas para salvaguardar princípios e valores de alta relevância;

---

<sup>287</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1. Em tradução livre: “Como esses múltiplos fenômenos transnacionais afetam nossa compreensão sobre o lugar da constituição e das cortes ao decidirem casos constitucionais? Como as constituições e as cortes constitucionais afetam esses fenômenos? É possível dizer que se está diante de um fenômeno de ‘constitucionalismo transnacional’ e, se sim, como deve ser conceitualizado?”.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

<sup>289</sup> São as constituições semânticas e simbólicas. Vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61-62; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

garantir a existência do controle do arbítrio estatal, promover ordem e estabilidade, ao mesmo tempo em que são flexíveis o suficiente para permitir a governança; disponibilizar um local para as minorias políticas derrotadas; e proteger a capacidade do Estado de se proteger de ameaças externas. Assim, a constituição (e sua interpretação) assume funções tanto internas quanto externas: serve como fundamento legal de todo o sistema jurídico para que este funcione como um sistema nacional frente à comunidade internacional, expressa a identidade nacional e garante que o poder seja exercido na maneira por ela determinada<sup>290</sup>.

Relevante destacar que a relação entre constituições estatais e o cenário internacional não é algo recente. Desde as primeiras constituições modernas, há uma clara intenção de expressar identidade e soberania no próprio texto constitucional. Assim, a expressão “*We the people of the United States*” (Nós, o povo dos Estados Unidos), do prefácio da Constituição americana, não se reporta somente ao público interno, mas principalmente às demais nações do mundo. Da mesma forma, as Constituições da França, da Espanha, da Suíça e da África do Sul trazem em seu texto, de forma expressa, a soberania nacional como um dos princípios basilares de seus Estados. Todas elas, da mesma forma, trazem disposições sobre as relações do Estado com o transnacional<sup>291</sup>. A Constituição brasileira de 1988 elenca a soberania nacional como o primeiro princípio fundamental, já no seu art. 1º. O art. 4º elenca uma série de princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais.

Diante deste cenário, a autora afirma que existem três posturas possíveis a serem adotadas pelas constituições estatais e por seus intérpretes judiciais a respeito do seu relacionamento com o ambiente jurídico transnacional. A primeira é a postura de resistência (*resistance*), indiferença ou diferenciação, comumente associada a algum tipo de nacionalismo. Nela observa-se um alto grau de ceticismo em relação a tudo o que é produzido fora dos limites estatais, e que não segue os procedimentos legislativos estabelecidos constitucionalmente. Qualquer posição externa não deve ser levada em conta na compreensão constitucional<sup>292</sup>.

A segunda postura é a de convergência (*convergence*), associada a uma espécie de universalismo extremado. Esta postura entende a constituição estatal, seu constitucionalismo e sua leitura judicial como *locus* de implementação de valores e princípios universais. Ou, de outra forma, entende o direito constitucional nacional com um participante de uma empreitada descentralizada, porém normativa, de convergência do sistema jurídico transnacional. Enfim,

---

<sup>290</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 5.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 6-8.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 8.

identifica o nacional com o transnacional. Assim como a postura de resistência, a postura de convergência pode decorrer tanto de uma posição dos intérpretes e doutrinadores quanto de um mandamento constitucional expresso<sup>293</sup>.

Entre esses dois extremos, a autora apresenta a terceira postura: a de engajamento. Este modelo está fundado no comprometimento da deliberação judicial com uma abertura às possibilidades de se harmonizar ou se distanciar dos entendimentos nacionais e do material transnacional. A postura de engajamento simplesmente assume que a compreensão e interpretação do texto constitucional podem ser melhoradas através da séria consideração das fontes transnacionais. De forma alternativa, esta postura pode designar a constatação de que, hoje, a própria noção de direito constitucional nacional deve ser entendida em relacionamento com o transnacional<sup>294</sup>.

A autora admite, logo de início, que estes três modelos são mecanismos analíticos para análise da realidade e direcionamento dos julgadores. É evidente que existem zonas cinzentas entre eles e a identificação pode ser complexa, e variar de acordo com o modelo de jurisdição e tradição constitucional de cada Estado. Não obstante, a compreensão dos contornos que cada uma dessas posturas possui, permite importantes *insights* a respeito das relações entre a constituição nacional e o transnacional<sup>295</sup>.

Tal como a posição adotada na presente pesquisa, Vicki Jackson está menos preocupada, em sua análise, com problemas relacionados à hierarquia e grau de vinculação ao material transnacional e mais com as possibilidades *reflexivas* e *persuasivas* que este material pode fornecer para a compreensão e construção do sentido da constituição nacional<sup>296</sup>. Trata-se, portanto, de um estudo voltado primariamente à teoria do controle de constitucionalidade e à teoria da decisão. Desta forma, não é um estudo sobre as relações formais entre os diversos instrumentos internacionais ou entre as diversas cortes e tribunais constitucionais ao redor do mundo. Antes, é uma investigação sobre a *comunicação*, o *diálogo* possível entre estes últimos.

Passa-se agora à análise das três posturas possíveis identificadas pela autora a respeito das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional

---

<sup>293</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 8-9.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 9-10.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

### 3.6.2 A postura de resistência (*resisting the transnational*)

A postura de resistência ao transnacional basicamente afirma que qualquer material produzido para além das fronteiras estatais, seja por ordens internacionais, supranacionais, regionais, seja por ordens estatais, deve ser considerado irrelevante para a interpretação e a construção do sentido da constituição<sup>297</sup>. Dito de outra forma, o modelo de resistência assume que a constituição deve servir como mecanismo de oposição ao que é produzido no cenário transnacional. Em formas mais agressivas, afirma-se que tudo o que é produzido fora do Estado deve ser visto com indiferença<sup>298</sup>. Um dos argumentos fundamentais desta postura reside no fato de que a consideração ou citação de material produzido no cenário transnacional corromperia a soberania do Estado bem como o processo democrático<sup>299</sup>. Este tipo de postura possui, segundo Vicki Jackson, diversos motivos, assunções e maneiras de manifestação<sup>300</sup>.

Os motivos para adoção da postura de resistência estão relacionados com o propósito das constituições, com as teorias da interpretação constitucional vigentes, com o nível de racionalidade e de capacidade dos julgadores, bem como com razões políticas e sociais.

Em primeiro lugar, a própria ideia de constituição convida a uma postura de resistência ao transnacional. Como afirma a autora, constituições costumam ser mecanismos de autoconstituição e autoexpressão de um determinado Estado e povo. Nelas costuma se positivar particularidades da identidade e da autocompreensão nacional. Disso se retira que a função das constituições é, justamente, diferenciar determinado Estado de outros. Se a constituição possui uma ligação imediata com a cultura de um povo ou grupo, ouvir o que outros povos ou grupos têm a dizer sobre direito constitucional é incompatível<sup>301</sup>. Nas palavras da autora: “If a constitution is fundamentally an inward-looking legal instrument, whose purpose is to express the commitments, constraints, and uniqueness of a particular people, the view of foreign courts or international tribunals are of less interest or may even be harmful”<sup>302</sup>.

<sup>297</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 17-18.

<sup>298</sup> JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, p. 113-114.

<sup>299</sup> JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, 2007, p. 168-171.

<sup>300</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 18.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 18-20.

<sup>302</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 20. Em tradução livre: “Se uma constituição é um instrumento fundamentalmente voltado para dentro, a

A assunção de posições originalistas<sup>303</sup> na interpretação da constituição, bem como modelos de interpretação que valorizam a deferência ao procedimento legislativo e à soberania nacional também são uma causa da postura de resistência. Se se entende que o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade é preservar o sentido original da constituição e, assim fazendo, salvaguardar a soberania popular e os compromissos positivados no texto, a interação com fontes transnacionais é de todo inconcebível. Da mesma forma, mas no extremo oposto, adotar um modelo de deferência ao jogo político atual do Estado na interpretação da constituição, impulsiona o julgador a não levar em conta sentidos produzidos fora das fronteiras estatais. A partir desses modelos de interpretação constitucional eventual interação dependeria de expressa autorização do próprio texto da constituição<sup>304</sup>.

Outra série de questões que aponta para a adoção da postura de resistência envolve os limites que devem existir e aqueles que existem de fato quando da construção de uma decisão em matéria constitucional. As limitações que devem existir são levantadas por aqueles que entendem que a jurisdição constitucional deve ser um exercício de limitação, tanto da atividade, ou seja, deve-se distinguir da atividade política, quanto do próprio atuar do julgador, significando que ela não pode representar a escolha de preferências pessoais do juiz. Aumentar a quantidade de material para referência e consideração pode significar um aumento na discricionariedade do decisor. Atrelado a isto está o perigo de, observada a infinidade de fontes possíveis, o julgador utilizar o material transnacional de maneira puramente conveniente, com a intenção apenas de ratificar uma posição já tomada.

No que diz respeito aos limites efetivamente existentes, a autora destaca a existência do grande ônus que significa dominar uma série de corpos legislativos e, principalmente, de decisões tomadas em outras instâncias no cenário transnacional. As possibilidades de erro e de má compreensão são relevantes. Ao mesmo tempo, há o problema da falta de domínio e treinamento bem como a questão do custo de oportunidade. Quando se está diante de decisões produzidas por cortes estatais, há a dificuldade de se entender adequadamente o contexto. Quando se está diante de instrumentos internacionais há a dificuldade da ampla e abrangente gama de assuntos cobertos, muitas vezes contraditórios e tendentes à colisão<sup>305</sup>.

---

qual tem o propósito de expressar compromissos, limites e singularidades de um povo em particular, a visão de cortes estrangeiras ou tribunais internacionais tem pouca relevância ou pode ser, inclusive, prejudicial”.

<sup>303</sup> O originalismo é uma corrente de interpretação constitucional que afirma que o papel do controle de constitucionalidade das leis é preservar o sentido original da constituição como pretendido pelos seus formuladores. Não é uma corrente que faça parte do debate central no Brasil.

<sup>304</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 20-24.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

Posturas de resistência à interação judicial transnacional também ocorrem devido a motivos políticos. Em primeiro lugar, resistir à interação com determinadas fontes (EUA, por exemplo) pode ser sinônimo de um contrapeso a políticas hegemônicas ou mesmo uma reação às atitudes recentes e passadas de alguma nação. Da mesma forma, a resistência pode decorrer de uma crença na excepcionalidade do sistema constitucional do qual se parte. Em segundo lugar, a adoção de uma postura de resistência pode estar embasada no temor de que a proteção dada a determinados direitos e garantias em outros locais seja menor do que a dada no sistema jurídico do qual se parte. É um temor relacionado com características substanciais de outros sistemas. Por fim, afirma-se que apoiar as interações judiciais acarretaria na perda de diversidade constitucional ao redor do mundo, bem como levaria algumas nações a adotarem medidas legais que de outra forma não adotariam<sup>306</sup>.

Uma última série de motivos para a adoção da postura de resistência decorre da crítica a um suposto elitismo da postura de interação. De acordo com esta perspectiva, as interações seriam, em verdade, a cooperação de determinadas elites que, atuando como substitutas da diplomacia e do processo legislativo, estariam moldando os sistemas constitucionais de acordo com seus próprios interesses<sup>307</sup>.

Como fica claro, a postura de resistência não pode se entendida a partir de uma única ou dominante forma de se compreender a atuação judicial. Em verdade, ela pode estar associada a diferentes concepções sobre o direito.

A autora indica que a postura de resistência pode estar associada a uma percepção positivista do direito, no sentido de que se considera direito apenas aquilo que foi produzido por uma autoridade constitucionalmente determinada. De outra forma, a resistência pode também estar associada a uma concepção mais orgânica do direito. Nesta percepção historicista, o direito é aquilo que é construído ao longo do tempo por uma determinada cultura. Sendo assim, a referência ou consideração de fontes outras se torna inconcebível<sup>308</sup>.

Após essas considerações, Vicki Jackson realiza um estudo sobre decisões judiciais ao redor do mundo que teriam assumido a postura de resistência. A grande dificuldade, afirma, relaciona-se com o fato de que este tipo de postura por vezes se manifesta através do silêncio e da indiferença, não restando, portanto, expressado que não houve interação. A autora identifica que tribunais constitucionais ao redor do mundo já adotaram a postura de resistência: Alemanha, Turquia, Itália e, especialmente, Austrália, Singapura, Malásia e EUA.

---

<sup>306</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 27-30.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 30-32.

Nos dois países asiáticos foi construída a tese das quatro paredes: a constituição deve ser interpretada de dentro das quatro paredes do sistema jurídico nacional e não a partir de analogias com outros sistemas<sup>309</sup>.

É possível perceber, ainda, a adoção da postura de resistência quando se está tratando de temas específicos. Um exemplo marcante envolve o tema da exploração dos recursos naturais do Estado e das relações deste com empresas transnacionais. Por vezes, como ocorreu na Colômbia, nas Filipinas e no México, os tribunais resistem a manifestações jurídicas transnacionais, a fim de preservar o mercado interno e os ativos materiais do Estado frente à globalização econômica, às privatizações e à desregulamentação financeira. Outro exemplo possível envolve a forma de organização do Estado e as eventuais peculiaridades de um sistema federalista<sup>310</sup>.

A professora finaliza sua explanação afirmando que existem diversos tipos e fontes de resistência às interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. As variações se dão, tanto por motivos de teoria do direito, quanto por assunto que está em questão na interpretação da constituição. Para alguns, a consideração do material transnacional pode ocorrer, mas a referência não. Para outros, o julgador deve tentar ignorar crenças e conhecimento sobre o material transnacional e se concentrar apenas nas fontes domésticas. Para uns, o uso decorativo do material transnacional não é problemático; para outros, a referência ao material transnacional para apoiar a validade de leis é mais aceitável do que se valer das interações para julgar pela inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Apesar dos diferentes motivos para se adotar a postura de resistência (democracia, soberania, capacidades institucionais etc.), Vicki Jackson afirma que o mais forte e consistente relaciona-se com o caráter de autocompreensão e de identidade que as constituições estatais costumam representar. Este caráter parece ser um motivo quase determinante para resistir às interações transnacionais<sup>311</sup>.

### **3.6.3 A postura de convergência (*convergence with the transnational*)**

Do lado oposto à postura de resistência, Vicki Jackson identifica a postura de convergência da constituição nacional e sua interpretação com o material transnacional, sejam decisões judiciais, sejam tratados e acordos internacionais. A postura de convergência abraça

---

<sup>309</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 32-35.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 35-38.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 38.

a identificação do nacional com o internacional, faz o direito constitucional de um Estado se conformar com o que é produzido no transnacional<sup>312</sup>. O modelo de convergência é aquele que enxerga a constituição como mecanismo de implementação de normas internacionais e de uma visão genérica de constitucionalismo. É perceptível, segundo a autora, em constituições que expressamente adotam normas internacionais como meio de controle das normas de seu próprio Estado<sup>313</sup>, ou que exigem dos aplicadores uma interpretação que *conforme* o sentido constitucional ao conteúdo de normas internacionais<sup>314</sup>. Contudo, pode ocorrer também por decorrência da decisão deliberada de intérpretes de fazer harmonizar o direito constitucional ao redor do mundo. Trata-se, assim, de uma visão extrema de cosmopolitismo<sup>315</sup>. Como afirma a autora: “Support for this form of convergence might be based on an understanding of each national system as a participant in a decentralized but normatively progressive epistemological process of transnational norm convergence”<sup>316</sup>, o qual pode estar fundado em uma concepção teórica sobre constituições assim como em ideias sobre direito internacional e supranacional.

Além das convergências substantivas, é possível perceber, segundo a autora, manifestações de convergência metodológica. O maior exemplo, altamente perceptível no Brasil, é a adoção da fórmula da proporcionalidade desenvolvida principalmente por Robert Alexy<sup>317</sup>. A convergência metodológica, contudo, pode levar a convergência de resultados ou não, já que os pesos dados a cada princípio podem ser diferentes em diferentes Estados ou estruturas internacionais/supranacionais<sup>318</sup>.

É inegável que, quando vai ser construído pela primeira vez, todo e qualquer sistema constitucional recorre a experiências, estruturas e instituições encontradas em outros sistemas já existentes ou que existiram em algum momento, o que, contudo, não impede que novas e originais perspectivas sejam elaboradas. Este fato é especialmente visível em Estados com constituições e sistemas constitucionais recentes. No mundo pós-Segunda Guerra

<sup>312</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 39.

<sup>313</sup> JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, p. 112-113.

<sup>314</sup> JACKSON, op. cit., 2013, p. 43-44.

<sup>315</sup> JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, 2007, p. 165-167; JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 42.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 42. Em tradução livre: “Defender este tipo de convergência pode estar fundado na compreensão de que cada sistema nacional é participante em um (descentralizado mas normativo) progressivo processo epistemológico de convergência normativa”.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 42-43. A autora assevera que o uso da fórmula da proporcionalidade é perceptível nos Tribunais Constitucionais do Canadá, da Colômbia, da Alemanha, da Índia, da Irlanda, de Israel, da África do Sul e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e na Corte Europeia de Justiça (*Ibid.*, p. 60).

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 64.

transnacionalizado tal realidade assume novas feições. Os fundamentos para a adoção da postura de convergência são os mais variados, indo desde uma concepção universalista de moral a razões epistêmicas.

Como brevemente aventado acima, a universalidade dos direitos humanos é uma decorrência de uma perspectiva também universal dos direitos que todo o ser humano precisa ter garantido, apenas pelo fato de pertencer à espécie. Perspectiva similar é defendida por aqueles que entendem os direitos humanos como suprapositivos, seja por motivos lógicos, seja por motivos jusnaturalistas. Esta percepção, somada à progressiva positivação de direitos humanos em instrumentos internacionais e de direitos fundamentais em constituições estatais, leva alguns a afirmar que o sentido dado à constituição deve servir a este propósito universalista. Este seria, segundo Vicki Jackson, um dos fundamentos para uma postura de convergência<sup>319</sup>.

Outro motivo para convergência e harmonização, de alguma forma ligado ao anterior, estaria no papel que juízes e tribunais teriam na construção de um sistema jurídico internacional que levasse à paz, evitasse a guerra e garantisse direitos individuais e bem estar. Parte-se da ideia de que a atuação judicial tem um papel na acomodação do nacional ao internacional. Presumir em favor do internacional/transnacional contribuiria para a sociedade global como um todo, ainda que, por vezes, fosse prejudicial. As dificuldades na elaboração de um sistema internacional pelos atores políticos seriam compensadas pela atuação dos atores jurídicos *stricto sensu*<sup>320</sup>. Atrelada a isto estaria a potencialidade de a harmonização/convergência servir de mecanismo inibidor de atos de flagrante violação de direitos humanos, regimes autoritários e segregacionistas, assim como um meio de auxiliar minorias discriminadas sem acesso ao sistema democrático<sup>321</sup>.

Os argumentos pela convergência com o transnacional também podem ter motivos epistêmicos. Um deles afirma que a harmonização pode servir como mais um mecanismo de contenção da discricionariedade judicial<sup>322</sup>. Para Vicki Jackson, outra defesa do modelo de convergência pode derivar de uma percepção positivista (primitiva) de direito. Segundo ela, os textos de algumas constituições e acordos internacionais (arts. 55 e 56 da Carta da ONU,

---

<sup>319</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013., p. 45-47.

<sup>320</sup> Ibid., p. 49-51.

<sup>321</sup> Ibid., p. 51-52.

<sup>322</sup> Ibid., p. 48.

por exemplo<sup>323</sup>), somados à uma teoria positivista do direito, apontam para a harmonização do direito nacional com o direito internacional<sup>324</sup>.

Fica claro, portanto, que os fundamentos para a postura de convergência são abrangentes e, por vezes, se sobrepõem. Nas palavras da autora:

Postures of convergence can rest on different normative grounds. These include universalist views of rights and the role of law in protecting rights (associated with universalist understandings of human nature, human societies, and justice), or more cautious epistemological positions that hold that the weight of practice is likely to represent a wisdom worth following. Domestic constitutional law may be viewed as a site for implementation of international legal norms, or, alternatively, as a mechanism for the decentralized, interactive development of avowedly transnational legal norms. Convergence postures might also be based on positivist commitments, on a desire to strengthen the international legal system, or on the hope for forestalling the truly horrific<sup>325</sup>.

A adoção da postura de convergência pode levar a alguns resultados relativamente evidentes. O primeiro deles seria, segundo a autora, a disseminação de supraconstitucionalidade ou de presunção de nível constitucional aos elementos transnacionais, mormente os tratados e convenções sobre direitos humanos<sup>326</sup>. Quer isto dizer que estes instrumentos seriam necessariamente balizadores dos sentidos constitucionais construídos pelos juízes e tribunais constitucionais estatais.

Outro efeito possível seria o que a autora chama de efeitos extraterritoriais (*extraterritorial effects*). Segundo seu raciocínio, uma postura de convergência acaba por afetar a forma com que um juiz ou tribunal enxerga o comportamento constitucional de outros Estados. Os exemplos dados envolvem a extradição de não nacional ao país de origem para

---

<sup>323</sup> Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

<sup>324</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 52-54.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 54. Em tradução livre: “posturas de convergência podem se embasar em diferentes pressupostos normativos. Estes incluem uma visão universalista dos direitos e do papel do direito em proteger direitos (associado com uma compreensão universalista da natureza humana, da sociedade, e da justiça), ou em cuidados epistemológicos que afirmam que o peso de algumas práticas pode representar uma sabedoria que vale a pena ser seguida. O direito constitucional doméstico pode ser visto como local de implementação de normas internacionais, ou, alternativamente, como um mecanismo do descentralizado e interativo desenvolvimento de normas transnacionais. Posturas de convergência podem, também, estar alicerçadas em compromettimentos positivistas, em um desejo de fortalecer o sistema jurídico internacional, ou na esperança de prevenir o realmente horrível”.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 54-55.

cumprimento de pena capital. Tanto o Tribunal Europeu de Direito Humanos, quanto a Suprema Corte canadense (assim como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, acrescente-se), indeferem pedidos de extradição quando, no país requerente, o extraditado possa ser condenado a pena capital. Este tipo de comportamento, para a autora, é um claro efeito extraterritorial de uma postura de convergência, pois afeta Estados que não estão limitados pelos instrumentos a que se recorre para negar a extradição (Constituição canadense e Convenção Europeia de Direitos Humanos), nem, muito menos, aos sentidos dados a estes instrumentos<sup>327</sup>.

A tentativa de construção de sistemas supranacionais, guiada por uma vontade de convergência, pode fazer surgir a necessidade do que se costuma chamar de doutrina da margem de apreciação. Trata-se de tese surgida no contexto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e sua interpretação e aplicação pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos. Segundo essa tese, é legítimo que os Estados membros possuam uma margem de apreciação quanto ao significado dos direitos positivados na Convenção. O surgimento de tal doutrina, para Vicki Jackson, só demonstra a enorme dificuldade que é, em um ambiente altamente diversificado como a Europa, implementar direitos de forma homogênea<sup>328</sup>. É uma advertência altamente relevante para os propósitos deste estudo. Será objeto de análise mais profunda à frente.

No que diz respeito ao tipo de teoria da interpretação que albergaria uma postura de convergência com o transnacional, Vicki Jackson afirma que vários tipos de posição poderiam ser assumidas, desde teorias mais voltadas ao direito natural até um positivismo primitivo “textualista”. A postura de convergência não poderia, por si só, ser uma teoria da interpretação. Para a autora, isso ocorre porque um número muito reduzido de temas possui um consenso global a seu respeito. Estados e estruturas internacionais e supranacionais divergem sobre liberdade religiosa, aborto, acesso a informação e regulação dos direitos de propriedade e contrato. Assim, a postura de convergência deve ser entendida como uma teoria incompleta da interpretação constitucional<sup>329</sup>.

A autora finaliza afirmando que uma postura de convergência sempre será parcial. Como não há uma instância última de decisão sobre como interpretar e aplicar determinados direitos humanos ou constitucionais no cenário transnacional, é impraticável pensar em

---

<sup>327</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 55-57.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 57-60.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 65-67.

convergência total. Mesmo na Europa, que possui o mais avançado sistema supranacional, esta é uma realidade inalcançável.

Além da improbabilidade empírica, é valioso ressaltar que convergência transnacional sequer deve ser algo almejado, pois altamente perigoso. Novos direitos e novas interpretações de novos direitos sempre surgirão. A harmonização total do direito internacional/supranacional com o direito constitucional pode gerar danos para ambos e resultar em uma desdiferenciação (perda de heterogeneidade/pluralidade) prejudicial para as identidades locais/regionais, assim como pode destruir o potencial emancipatório e reflexivo que o direito transnacional poder oferecer<sup>330</sup>.

Tal qual o modelo de submissão denunciado por André Ramos Tavares, a postura de convergência representa a morte da identidade em nome da alteridade.

#### **3.6.4 A postura de engajamento (*engagement with the transnational*)**

Entre as posturas de resistência e de convergência está situada a postura de engajamento. Se a primeira está mais diretamente preocupada com as particularidades locais e a segunda com a harmonização ou construção de um sistema jurídico transnacional, a postura de engajamento está mais atenta às possibilidades *reflexivas* do controle de constitucionalidade. O engajamento está fundado no compromisso com a deliberação judicial e está aberto tanto às possibilidades de se aproximar quanto às possibilidades de se distanciar do que é produzido no cenário transnacional. A ideia é aprimorar as capacidades dos julgadores para que decisões melhores e mais imparciais sejam construídas. Não se enxerga o material transnacional em uma perspectiva hierárquica, mas reflexiva<sup>331</sup>.

A postura de engajamento vê o material transnacional, principalmente as decisões tomadas por juízes e tribunais estatais, internacionais ou supranacionais, a partir de uma “autoridade persuasiva” (*persuasive authority*), que pode apontar para a aderência (e não submissão) ao conteúdo da *ratio decidendi*. Ao mesmo tempo, o engajamento pode desempenhar um papel negativo ao apontar para decisões que não devem ser tomadas e,

---

<sup>330</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 67-69.

<sup>331</sup> JACKSON, Vicki. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005, p. 114-118; JACKSON, Vicki. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, 2007, p. 171-176; JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 71.

ainda, para se proceder a uma devida distinção (*distinguish*) entre casos, situações e instituições<sup>332</sup>.

Alguns defensores da postura de engajamento utilizam o termo diálogo ou dialógico para se referir a este tipo de interação. Vicki Jackson não faz tal uso, pois entende que as expressões costumam transmitir uma ideia de “dar-e-receber”, ou seja, ao mesmo tempo em que se incorpora uma ideia se transmite outra. A postura de engajamento, embora não se posicione contra mecanismos institucionais de verdadeiros diálogos, não exige que eles ocorram. Um juiz ou um tribunal pode adotar a postura de engajamento apenas por fazer um uso reflexivo das razões de decidir e das experiências de outras instituições no cenário transnacional<sup>333</sup>.

Em síntese, a autora afirma que considerar o direito estrangeiro e internacional a partir de um quadro de aprendizagem por engajamento pode ser defendido como uma legítima ferramenta de interpretação capaz de oferecer modestos benefícios no processo de controle de constitucionalidade. Nesta visão, os direitos estrangeiro e internacional não são tratados como vinculantes nem se presume a necessidade de segui-los. Entretanto, os intérpretes não colocam viseiras que excluem a consideração de fontes e experiências estrangeiras. Fontes transnacionais podem ser vistas como interlocutores, oferecendo uma forma de testar a compreensão da própria tradição e possibilidades através do seu exame em reflexo com outras<sup>334</sup>.

Diferente das outras posturas examinadas, a de engajamento pode ocorrer a partir de duas formas distintas: uma *deliberativa*, na qual não há qualquer obrigação por parte dos julgadores de consultar as fontes transnacionais, e uma *relacional*, na qual há uma sensação maior de obrigação.

No modelo deliberativo de engajamento, os julgadores consideram as práticas estrangeiras e internacionais como considerariam a doutrina e a teoria constitucional de outros países, ainda que as primeiras assumam maior peso. Esta forma de engajamento contribui para uma abertura e para um distanciamento crítico de problemas comuns, ao mesmo tempo em que auxilia no aprimoramento e desenvolvimento do direito nacional. As fontes transnacionais oferecem razões de outros julgadores sobre temáticas similares ou podem simplesmente confirmar uma decisão para a qual o sistema jurídico interno já apontava. As contribuições podem estar relacionadas com questões envolvendo o próprio texto

---

<sup>332</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 71.

<sup>333</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 73.

constitucional ou com questões empíricas, alertando para as diferentes consequências em atribuir um ou outro sentido na decisão. É possível também que o engajamento deliberativo sirva para dar maior legitimidade à decisão tomada pelo juiz ou tribunal constitucional<sup>335</sup>.

Vicki Jackson identifica a adoção deste tipo de postura em algumas cortes constitucionais ao redor do mundo. Entre elas estão a americana, a canadense, a japonesa e a australiana. Em todas é perceptível que os julgadores se valem do material transnacional para aprimorar a discussão da questão, às vezes seguindo o mesmo entendimento e às vezes se distanciando dele pelas mais diversas razões. A identidade dos sistemas do qual fazem parte esses julgadores não é comprometida e o “olhar para fora” promove confirmação, desafio e crítica<sup>336</sup>.

A postura de engajamento relacional assume um nível de obrigação mais elevado do que a deliberativa. Esta obrigação pode derivar tanto de uma exigência constitucional expressa ou de uma “sensação” dividida por julgadores de um determinado Estado.

O maior exemplo de exigência constitucional para a postura de engajamento é encontrado na Constituição da África do Sul. Como demonstrado no capítulo anterior, o texto constitucional sulafricano *exige* que o direito internacional seja consultado e *autoriza* a consulta a material estrangeiro. Trata-se de algo diferente do que ocorre em constituições que exigem uma conformidade com o transnacional. A exigência é procedimental, não substancial, ou seja, a Corte Constitucional deve adotar uma postura de engajamento, não de convergência ou harmonização. Como afirmou o presidente da Corte, na ocasião do julgamento do caso *State v. Mmakwanyane*:

[W]e are required to construe the South African Constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has to be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution. We can derive assistance from public international law and foreign case law, but *we are in no way bound to follow it*<sup>337</sup>.

A exigência constitucional foi cumprida pela Corte em diversos casos. Vicki Jackson destaca os casos envolvendo o direito à moradia, à pena capital e ao casamento entre pessoas

<sup>335</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 77 e 80.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 73-77.

<sup>337</sup> Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>. Acesso em: 01 jul. 2014. Em tradução livre: “Nos é requerida a construção da Constituição sulafricana e não um instrumento internacional ou a constituição de alguma país estrangeiro e isso deve ser feito com o devido respeito ao nosso sistema legal, nossa história e circunstâncias e a estrutura e linguagem da nossa Constituição. Nós podemos obter assistência do direito público internacional e dos julgados do direito estrangeiro, mas *nós não estamos obrigados a segui-lo*” (destaque nosso).

do mesmo sexo. Em todos eles houve um evidente engajamento entre a Corte e o material transnacional, sem que, contudo, houvesse uma postura de convergência ou harmonização<sup>338</sup>.

A postura de engajamento relacional, como afirmado, também pode derivar de um senso de obrigação em considerar o transnacional. Mesmo em Estados em que não há exigência constitucional expressa, esta postura é observada. A autora dá como exemplo os casos de Noruega, Índia, Botswana e Nova Zelândia. Este último é especialmente interessante pois não há uma constituição escrita ou uma carta de direitos com característica de hierarquia constitucional.

A principal razão para a existência deste senso de obrigação em assumir uma postura de engajamento é, segundo a autora, a ideia de um propósito comum, uma inserção em uma comunidade de nações tomando decisões sobre questões similares, tendo por base textos constitucionais similares e, ainda, o reconhecimento de que direitos humanos e fundamentais, ainda que não expressamente incorporados ou positivados, apontam razões para lutar em prol de padrões internacionais e estar cientes de outras interpretações que assim agem. Como não há exigência constitucional expressa nestes casos, a autora afirma que uma teoria constitucional que não seja baseada na obrigação legal seja construída<sup>339</sup>.

Tal como as demais posturas, o engajamento pode estar fundado em diferentes perspectivas teóricas sobre o direito e a interpretação judicial. Em primeiro lugar, uma compreensão positivista do direito pode apontar para a necessidade de se cumprir textos constitucionais que, expressamente, apontem para a necessidade de engajamento. Ao mesmo tempo, é possível, a partir desta perspectiva, entender que as diversas constituições criadas e instrumentos internacionais elaborados depois da Segunda Guerra Mundial possuem uma ligação de necessidade, o que pode indicar a possibilidade de engajamento<sup>340</sup>.

Em segundo lugar, teorias consequencialistas ou pragmatistas também podem ver no engajamento uma postura adequada. Trata-se de correntes do pensamento jurídico que afirmam que o julgador tem a missão de sopesar as consequências e os custos de sua decisão. Para eles, consultar experiências constitucionais transnacionais pode contribuir para o esclarecimento de termos ambíguos (*cruel and unusual punishment*<sup>341</sup>, por exemplo) assim como averiguar as consequências que determinadas decisões geram, e compará-las com

---

<sup>338</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 78-79.

<sup>339</sup> Ibid., p. 79-80.

<sup>340</sup> Ibid., p. 81.

<sup>341</sup> Em tradução livre: “punição cruel e incomum”.

consequências de decisões em outro sentido. Ou seja, o engajamento apresenta um repertório empírico que aprimora a análise das consequências e custos<sup>342</sup>.

Outra perspectiva teórica sobre o direito que fundamentaria o engajamento transnacional é o que Vicki Jackson chama de direito como inquérito/investigação/pesquisa (*law as inquiry*). Segundo esta visão, o direito não é um fenômeno necessariamente nacional nem possui ligação imediata com uma produção soberana. Assim, defende que o direito é guiado pela busca de melhores interpretações e meios de implementação mais adequados, ao mesmo tempo em que amplia as possibilidades de autocompreensão judicial. Esta perspectiva sobre o fenômeno jurídico permite enxergar com mais evidência o caráter, ao mesmo tempo, enraizado e capaz de aprimoramento que o direito possui. Ainda, aponta para a necessidade de justificação da decisão construída. Ambas possibilitam e são melhoradas a partir do engajamento transnacional<sup>343</sup>.

Por fim, a autora afirma que é possível justificar o engajamento a partir de uma compreensão da constituição como um mecanismo que liga o nacional ao global. As constituições, nesta leitura, servem como um meio de mediação entre o governo nacional e seus limites e obrigações internamente e as exigências feitas pelo cenário transnacional. Medeia o nacional e o global. Esta parece ser uma das formas mais fáceis de se defender o engajamento transnacional: compreender a constituição como um local entre o direito nacional e versões universalistas do direito; ver a constituição como uma forma permeável de constituir os limites de uma nação, inseri-la em uma comunidade internacional e, ao mesmo tempo, vê-la como um produto e um meio de influência de uma crescente comunidade normativa transnacional de diversos atores jurídicos<sup>344</sup>.

Há formas de atuação e interpretação assumidas por juízes e tribunais constitucionais que estimulam o engajamento constitucional. A mais relevante é a que Vicki Jackson chama de interpretação multivalente (*multi-valenced interpretation*). Este tipo de postura interpretativa é guiada pela convicção de que, no processo de construção da decisão judicial, diversos elementos devem ser considerados. Entre eles estão: o significado das palavras, a intenção original do texto, princípios “subjacentes” e “estruturais” em jogo, precedentes judiciais, opiniões doutrinárias, concepções atuais sobre justiça, equidade e utilidade social.

---

<sup>342</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 81-82.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 82-85.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 85.

Julgadores que assumem como necessário enfrentar esta vasta gama de temáticas estão mais propensos a assumir uma postura de engajamento transnacional<sup>345</sup>.

Outra questão que tende a estimular o engajamento é a inexorável tensão entre o controle judicial de constitucionalidade e o regime democrático. A angústia promovida pela possibilidade, ou não, de suprimir do sistema jurídico normas democraticamente construídas é dividida por juízes ao redor do mundo. Saber como outros julgadores lidam com ou resolvem esta tensão, como eles veem o papel do Judiciário no jogo democrático é, também, um estímulo ao engajamento transnacional<sup>346</sup>.

A autora finaliza seu estudo sobre engajamento transnacional apontando quais são as principais influências globais para a ocorrência deste fenômeno. A primeira delas é, evidentemente, o processo de transnacionalização. Com o progressivo aumento de interações entre Estados, organismos, empresas e indivíduos ao redor do globo é inevitável que casos envolvendo temáticas similares e cuja decisão gerem consequências em mais de um local apareçam. Com isso, o exercício de engajamento por parte de julgadores é quase inevitável<sup>347</sup>.

Por fim, Vicki Jackson afirma que a expansão do papel do Judiciário ao redor do mundo e, principalmente, da convicção de que julgadores devem ter independência e autonomia para exercer o seu papel é um estímulo ao engajamento. Esta disseminada convicção sobre a importância da independência pode ser observada em tratados e convenções internacionais, em constituições estatais e no próprio atuar dos julgadores<sup>348</sup>.

### 3.7 O TRANSCONSTITUCIONALISMO DE MARCELO NEVES

#### 3.7.1 Introdução

A tese desenvolvida por Marcelo Neves é a mais vertical e profunda apresentada por um jurista nacional sobre as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. A principal proposta do autor é apresentar a necessidade e as possibilidades de se enxergar soluções para os problemas ínsitos ao constitucionalismo (garantia de direitos humanos fundamentais e controle do poder estatal) a partir de um olhar que vá além de uma concepção meramente estatal do direito constitucional. Ao fazê-lo, o autor vai além das demais

---

<sup>345</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 88-90

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 90-91.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 95-96.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 98-102.

propostas, pois acaba por desenvolver uma nova teoria constitucional, não ficando restrito à ideia das interações como mecanismo de contributo à atribuição de sentido<sup>349</sup>.

O autor parte do pressuposto de que na última década vem crescendo o interesse de constitucionalistas ao redor do mundo a respeito da ultrapassagem das fronteiras estatais pelo direito constitucional, tornando-se relevante para diversas outras esferas jurídicas. Entretanto, para Marcelo Neves, este fato não faz e nem deve fazer com que a toda nova ordem jurídica transnacional seja atribuída uma “constituição”. Segundo ele, a expressão “constituição” só é corretamente utilizada quando vinculada ao constitucionalismo moderno, surgido após as revoluções liberais do século XVIII.

Ocorre que o processo de progressiva transnacionalização fez com que as questões essenciais ao constitucionalismo moderno, quais sejam, garantia e proteção de direitos humanos fundamentais e controle do arbítrio estatal, se tornassem relevantes para mais de uma ordem jurídica simultaneamente. Ou seja, uma única ordem jurídica é incapaz de resolver essas questões. Isso implicaria uma “relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns”<sup>350</sup>. Desta forma, o direito constitucional se emancipa do Estado nacional, não porque uma infinidade de constituições surgiu ao redor do mundo, mas porque *problemas* constitucionais precisam ser resolvidos concomitantemente por diversas ordens jurídicas.

A partir daí, Marcelo Neves introduz o conceito de *transconstitucionalismo*. O transconstitucionalismo não se confunde com um constitucionalismo estatal, internacional ou supranacional. Não é, portanto, um conceito que aponta para um constitucionalismo nos moldes estatais, referindo-se a uma estrutura hierárquica de controle do sistema jurídico. Ao contrário, refere-se ao desenvolvimento de *problemas constitucionais* que entrelaçam mais de uma ordem jurídica, a partir de juízes e tribunais. Para desenvolver este conceito, o autor se vale da racionalidade transversal, que seria, segundo ele, a mais adequada (ainda que com adaptações) para construir as “pontes de transição” entre as diversas ordens jurídicas em contato<sup>351</sup>.

Segundo Marcelo Neves, seu novo conceito romperia com o clássico dilema “monismo-pluralismo”, uma vez que não aponta para a defesa de uma ordem jurídica como hierarquicamente superior ou como *ultima ratio*. Para ele, as ordens internacionais, supranacionais, estatais e locais não estabelecem, entre si, relações de subordinação e

---

<sup>349</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Trata-se, portanto, de proposta mais ambiciosa e abrangente à desenvolvida na presente pesquisa.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. XXI.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. XXII. A racionalidade transversal será examinada de forma detida no capítulo seguinte.

hierarquia. Ao contrário, o transconstitucionalismo implica entre essas ordens uma relação de complementaridade entre identidade e alteridade<sup>352</sup>.

### 3.7.2 O transconstitucionalismo e suas diversas manifestações

O transconstitucionalismo está diretamente envolvido com as relações que se desenvolvem entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial moderna (estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais). Cada ordem jurídica envolvida possui seus próprios elementos, critérios, programas, processos etc., o que lhas concede uma diferenciação própria, uma identidade. A existência de diferenciação/identidade não implica isolamento recíproco. Em verdade, sempre houve, de uma maneira ou de outra, relações entre essas diversas ordens jurídicas, seja através do direito internacional público, seja através do direito internacional privado<sup>353</sup>.

Na atualidade, as relações entre essas ordens jurídicas passam a se desenvolver sem a necessidade de instrumentos formais de incorporação ou vinculação, seja por instrumentos internacionais, seja por legislação estatal. Passa a ser possível falar de um entrelaçamento entre essas ordens, a partir de “pontes de transição” desenvolvidas, principalmente, pelos centros das respectivas ordens, ou seja, seus juízes e tribunais<sup>354</sup>. Disto se pode extrair que, segundo Marcelo Neves

Não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia. Nesse sentido, por exemplo, para o judiciário brasileiro, tanto os juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e vice-versa. E, a esse respeito, podemos partir de qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma as ordens, um *ultima ratio* jurídica<sup>355</sup>.

<sup>352</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XXV: “As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstruem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade”.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 115-116.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 116-117. Sobre a centralidade dos Tribunais no sistema jurídico na teoria dos sistemas autopoieticos vide LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidade Iberoamericana/Herder, 2005, p. 359 e ss.

<sup>355</sup> NEVES, op. cit., p. 117.

A partir das relações de observação mútua, é possível se falar em conversação e diálogo entre as cortes e tribunais desenvolvidos em vários níveis. Tais posturas dialógicas promovem o entrelaçamento (“pontes de transição”) das ordens jurídicas em questão no plano reflexivo. Ou seja, as ordens se inter-relacionam através de releituras de sentidos de cada ordem a partir da outra. Não se trata, portanto, da construção de um sistema hierárquico. Com a conversação, os sentidos de uma ordem são reconstruídos e rearticulados graças aos sentidos desenvolvidos na outra ordem jurídica. Evidentemente, uma postura de diálogo não equivale a uma postura de cooperação permanente. Em todo processo dialógico há uma possibilidade de disputa. A questão é promover o entrelaçamento de forma não impositiva<sup>356</sup>.

O transconstitucionalismo se desenvolve a partir de *questões e problemas constitucionais*. O entrelaçamento não ocorre por causa da existência de uma constituição única ligando as ordens jurídicas envolvidas, nem por causa de uma relação de hierarquia entre uma ordem e outra. Ele ocorre, pois problemas essencialmente constitucionais (proteção dos direitos humanos fundamentais e limitação do poder) surgem nas diversas ordens jurídicas que podem se envolver em relações transconstitucionais<sup>357</sup>. Como asseverado no primeiro capítulo<sup>358</sup>, o constitucionalismo, hoje, pode ser pensado para além do Estado nacional, bem como sem necessidade de vinculação a uma constituição. Ele pode ser pensado a partir dos problemas que cada ordem jurídica precisa resolver<sup>359</sup>.

Seria possível defender, portanto, que o transconstitucionalismo se apresenta como um contributo à fragmentação dos problemas constitucionais que surgem no cenário transnacionalizado atual. Evidentemente, ele não pode alcançar uma unidade no sistema jurídico-constitucional transnacional. Contudo, ele parece ser “a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna”<sup>360</sup>.

Indo além da gramática da teoria dos sistemas, o transconstitucionalismo defende a possibilidade da combinação do fechamento normativo de uma ordem jurídica específica com a abertura normativa (e não apenas cognitiva) à outra. Esta abertura normativa, possibilitada pelo fato de que estão em contato ordens que dividem o mesmo código binário (lícito/ilícito), promove o aprendizado recíproco entre as ordens envolvidas. Os critérios internos de cada

---

<sup>356</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117-118.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>358</sup> Cf. *supra* 2.3.2

<sup>359</sup> NEVES, op. cit., p. 129: “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 122.

ordem (sua identidade, seria possível dizer) não são afastados por causa desta abertura normativa. O que ocorre é que, no processo de concretização e construção da norma de decisão, o conteúdo normativo pode ser transformado, permitindo, assim, a convivência das ordens jurídicas envolvidas. A abertura não destrói a consistência da ordem que se abre. Ao contrário, permite uma adequação à pluralidade de perspectivas desenvolvidas por outras ordens. Esta abertura ocorre mediante a constatação da partilha do caso problema<sup>361</sup>.

Não há dúvidas de que, na resolução de um caso constitucional concreto, as ordens jurídicas vão recorrer, primariamente, a seus próprios programas e critérios (regras, princípios e processos). Quando este problema constitucional se apresenta a mais de uma ordem ao mesmo tempo, este tipo de postura vai resultar, naturalmente, em conflito. A possibilidade de incompatibilidade nas decisões, portanto, é provável. Por este motivo, é de fundamental importância a construção de “pontes de transição” entre as ordens envolvidas. Este tipo de situação não é estática e pontual. Ela é dinâmica e tende à circularidade. A cada novo problema constitucional, cada ordem jurídica terá que se rearticular e possibilitar entrelaçamento adequado<sup>362</sup>. Para Marcelo Neves, as ordens jurídicas específicas são incapazes de, isoladamente, oferecer respostas complexamente adequadas aos problemas constitucionais da sociedade mundial. O transconstitucionalismo serve à razão transversal para promover, entre essas ordens, um entrelaçamento, abrindo uma pluralidade de perspectivas para a solução dos problemas normativos, “melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial”<sup>363</sup>.

É importante constatar que, embora o transconstitucionalismo esteja se desenvolvendo rapidamente ao redor do mundo, ainda falta-lhe uma teoria e uma dogmática constitucional que dê conta do fenômeno. É preciso constatar que problemas constitucionais não surgem apenas em espaços territorialmente delimitados, nem, muito menos, por causa da atuação de um Estado determinado. Para um entendimento adequado do transconstitucionalismo, e para o seu funcionamento, é preciso ir além do constitucionalismo clássico no sentido de relação necessária entre direito constitucional e Estado. As questões de direitos fundamentais e humanos, os efeitos das finanças e do comércio internacional, a criminalidade internacional, o meio ambiente, etc., são de preocupação concomitante a diversas ordens jurídicas e, por isso, o direito constitucional estatal passou a ser uma instância limitada para suas resoluções. Sem abdicar das estruturas normativas internas, bem como a

---

<sup>361</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 126-127.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 128-129.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 131.

dogmática constitucional estatal, o transconstitucionalismo possibilita a racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, possibilitando perspectivas diversas sobre casos problema tipicamente constitucionais. Essa postura é a que melhor se adéqua à sociedade mundial multicêntrica da contemporaneidade. E para funcionar, precisa de um respaldo teórico e dogmático adequado.

O transconstitucionalismo se desenvolve em diversas instâncias. Marcelo Neves realiza um estudo teórico e empírico (jurisprudencial) dessas múltiplas instâncias, dando destaque às relações entre direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional (referência à União Europeia) e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e extraestatais e entre direito supranacional e direito internacional público. Cada uma dessas situações possui particularidades e complexidades próprias, não cabendo, aqui, realizar uma ampla investigação a respeito. Far-se-á apenas referência a algumas delas.

Uma das situações mais comuns e crescentes de transconstitucionalismo ocorre na relação entre direito internacional público e direito estatal. Trata-se de situações em que tribunais de instâncias diversas (internacional e estatal) são chamados a decidir casos similares, e entre eles não há regras de solução de conflitos de competência. São situações em que as regras de incorporação de tratados são subcomplexas para lidar com a problemática em questão. Neste tipo de ocorrência uma imposição internacionalista é prejudicial ao sistema jurídico estatal, mas, por outro lado, ignorar as decisões dos tribunais internacionais é inconcebível, mormente quando há um compromisso do Estado em dar efetividade aos instrumentos que estes tribunais interpretam e aplicam. Assim, ao mesmo tempo em que os tribunais estatais devem interagir e aprender com os internacionais, estes devem respeitar as particularidades constitucionais dos Estados.

Marcelo Neves dá como exemplo as relações estabelecidas entre o Tribunal Constitucional Federal alemão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, assim como entre este e o Tribunal Constitucional da Áustria. Em ambos os casos, há uma tendência dos tribunais estatais em levar em consideração os precedentes do tribunal internacional, mas não considerá-los como vinculantes. Outro exemplo é a relação que se vem estabelecendo entre os tribunais constitucionais latinoamericanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para o autor, o importante é que se abandone o provincianismo constitucional e, ao mesmo

tempo, não se enxergue o direito internacional e as decisões dos tribunais internacionais como uma *ultima ratio* sobre questões essencialmente constitucionais<sup>364</sup>.

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais a partir de seus tribunais constitucionais e Cortes Supremas é uma das principais marcas da atual desvinculação do direito constitucional com o Estado nacional, bem como do desenvolvimento de uma ordem jurídica transnacional heterárquica. Os sistemas judiciais de cada ordem jurídica percebem que a complexidade atual dos problemas constitucionais requer a construção de entrelaçamentos através de conversações. A marca desses diálogos desenvolvidos entre sistemas jurídicos estatais repousa no fato de que os precedentes de outras ordens são invocados para construção da *ratio decidendi* da decisão e não apenas como *obiter dicta*. Ou seja, dentre as razões de decidir está o fato de que outras ordens jurídicas decidiram caso similar desta ou daquela maneira. Através deste tipo de procedimento, os juízes e tribunais atuam reflexivamente em relação à sua própria ordem jurídica, abrindo-se para perspectivas provenientes de fora. Isto deve ser feito, evidentemente, promovendo as devidas adaptações que o sistema venha requerer. Este tipo de conversação evita o que Marcelo Neves chama de “autismo constitucional”, querendo se referir à exacerbação da identidade frente à alteridade. Contudo, não pode recair em um perigoso esquema de identidade total com o outro.

Neste caso particular de transconstitucionalismo, é possível fazer referência a uma infinidade de exemplos. A situação mais comum é que haja conversação entre tribunais geograficamente próximos e com sistemas jurídicos de alguma forma ligados. Assim, é comum haver diálogos entre tribunais estatais europeus e entre tribunais estatais latinoamericanos. Contudo, mesmo Estados separados geograficamente e sem um instrumento internacional de base em comum, se valem deste tipo de expediente. Segundo Marcelo Neves os tribunais alemão, austríaco, israelense, neozelandês, canadense, irlandês, brasileiro, suíço, assim como os órgãos responsáveis por uma espécie de controle de constitucionalidade na Inglaterra e na França, todos eles, já se valeram de diálogos constitucionais para construir decisões<sup>365</sup>.

Existem dois tipos de relações transconstitucionais que vão além de tudo o que se disse até o momento sobre as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. A primeira envolve o entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, e a segunda, o entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. As ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito

---

<sup>364</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 132-151.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 166-187

são aquelas construídas primariamente por organizações privadas ou quase públicas e não por, ou a partir de, Estados. São exemplos maiores a *lex mercatoria*<sup>366</sup>, a *lex sportiva*<sup>367</sup> e a *lex digitalis*<sup>368</sup>. As ordens jurídicas locais extraestatais são aquelas produzidas em “coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado”, ou seja, ordens jurídicas arcaicas<sup>369</sup>.

As ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, embora produzidas por agentes privados ou quase públicos, possuem autonomia própria. Negá-las parece, hoje, insustentável. Todas elas têm o potencial de fazer surgir questões essencialmente constitucionais e, com isso, conflitos entre elas e ordens estatais. Quando isso ocorre, o entrelaçamento entre as ordens jurídicas pode acontecer. No lugar de tribunais e cortes supremas, as ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito têm como centro os tribunais e juntas arbitrais. O transconstitucionalismo entre a *lex mercatoria* e o direito constitucional estatal é limitado, pois a primeira tem uma forte tendência à corrupção, uma vez que se encontra umbilicalmente ligada ao sistema econômico. O direito esportivo possui uma autonomia maior frente aos sistemas sociais circundantes e, por isso, maior possibilidade de desenvolvimentos transconstitucionais. A grande questão aqui é que já se pode perceber que tribunais e órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade entendem as decisões arbitrais como válidas e merecedoras de cumprimento<sup>370</sup>.

Por outro lado, para Marcelo Neves, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais é muito limitado. Segundo o autor, trata-se de um transconstitucionalismo unilateral, já que a simples e pura imposição dos princípios do constitucionalismo moderno seria contrário ao próprio constitucionalismo. O transconstitucionalismo, portanto, se desenvolve com ordens à margem do seu núcleo de funcionamento. Uma postura de aprendizagem e busca de mecanismos de convivência são indispensáveis para evitar a destruição de corpos e mentes, algo que iria de encontro ao próprio conceito de direitos humanos. A América Latina é repleta de situações deste tipo em suas comunidades indígenas tradicionais: conceito de propriedade; casamento e relações sexuais entre adultos e menores de quatorze anos; poligamia; infanticídio de portadores de

---

<sup>366</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 189: “Trata-se de uma ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas”.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 197: “ordem jurídica construída em conexão com o esporte como sistema funcional da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais”.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 206. Basicamente é o direito da internet. Também é construído por atores privados ou quase públicos.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 187-213.

deficiência. Para Marcelo Neves, estas questões vão além da dicotomia relativismo-universalismo e apontam para o “convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas”<sup>371</sup>.

Fica bastante evidente que a análise de Marcelo Neves é mais ambiciosa do que a da presente pesquisa.

### 3.7.3 A pluridimensionalidade do transconstitucionalismo e os direitos humanos

O transconstitucionalismo, portanto, deve ser entendido como conversação constitucional entre ordens jurídicas distintas aptas a promover intercâmbio e aprendizado recíproco quando diante de casos constitucionais iguais ou semelhantes, promovendo entre elas um entrelaçamento complexo, a partir dos centros de cada ordem, ou seja, seus juízes e tribunais (e cortes/juntas arbitrais no caso das ordens transnacionais em sentido estrito).

Este fenômeno, contudo, não se desenvolve apenas entre duas ordens jurídicas distintas como se viu no item anterior. Em verdade, a regra é que o transconstitucionalismo ocorra entre mais de duas ordens, sejam da mesma espécie ou de tipos diferentes. Isso revela que o sistema jurídico mundial possui níveis múltiplos, e acarreta um transconstitucionalismo pluridimensional. Entre as diversas ordens, só é possível a formação de uma hierarquia entrelaçada, na qual nenhuma ordem é superior à outra.

Embora se fale em “níveis múltiplos”, o transconstitucionalismo não defende a existência de ordens escalonadas no contexto transnacional. Evidentemente, há relações hierárquicas dentro de uma mesma ordem jurídica. Contudo, entre as diversas ordens jurídicas o que ocorre são relações heterárquicas promovidas pelo entrelaçamento, a partir de *problemas constitucionais*, que são concomitantemente relevantes para todas as ordens jurídicas em questão. Nenhuma dessas ordens se apresenta como a *ultima ratio* discursiva, o que seria típico de um sistema hierárquico escalonado. A relação circular desenvolvida entre estas ordens promove, no máximo, uma “hierarquia entrelaçada”. Fechar as possibilidades de construção de pontes de transição entre as ordens jurídicas é apontar para uma fragmentação destrutiva<sup>372</sup>.

A proteção dos direitos humanos é um caso extremamente claro desta pluridimensionalidade do transconstitucionalismo. Originalmente atrelado aos Estados, na forma de direitos civis/políticos/fundamentais, os direitos humanos deles se desvinculam e

---

<sup>371</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 228.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 237.

passam a interessar ordens estatais, internacionais, transnacionais e supranacionais, mormente aos seus sistemas judiciais<sup>373</sup>. Trata-se, portanto, de temática ínsita às interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

Em virtude da multiplicidade de leituras sobre o conceito, “da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos”<sup>374</sup>, além da sensível diversidade de compreensões e do fato de algumas ordens jurídicas não os reconhecerem como devidos a qualquer pessoa, o transconstitucionalismo nessa seara se torna especialmente significativo. Uma postura de interação, portanto, tem o potencial de cortar transversal e reflexivamente as mais diversas ordens jurídicas, possibilitando cooperações e ressignificações. Por este motivo, afirma Manoel Jorge e Silva Neto:

[p]ode-se dizer que transconstitucionalismo é a tendência jurídico-filosófica destinada a viabilizar o entrelaçamento entre ordens jurídicas distintas ou entre uma ordem jurídica e outra não formalmente institucionalizada, por meio do aprendizado recíproco e do intercâmbio criativo, de sorte a *promover a mais adequada proteção dos direitos humanos*<sup>375</sup>.

Os exemplos de transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos são os mais variados. Deve-se fazer referências às interações entre si das cortes constitucionais/Altas Cortes dos EUA, da África do Sul, do Zimbábue, da Inglaterra/Jamaica, Israel, Brasil e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direito Humanos. Todos estes órgãos fazem referências uns aos outros em âmbito de *ratio decidendi* em casos envolvendo pena de morte/comutação para prisão perpétua, pena de morte para menores, penas corporais, relações homossexuais, métodos de interrogatório utilizados pelas autoridades policiais, publicação de material racista/antisemita etc.<sup>376</sup>. Todos esses casos problema evidentemente envolvem sérias questões de direitos humanos e fundamentais, que são discutidas ao redor do mundo. São problemas que podem surgir em qualquer ordem constitucional e, por este motivo, uma postura de diálogo reflexivo só tem a aprimorar a suas respectivas resoluções.

Como ressaltado por diversos autores e ao longo deste trabalho, este tipo de postura não pode significar, contudo, a anulação do constitucionalismo estatal e sua respectiva

<sup>373</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 249-250 e 256.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>375</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95 (destaque nosso).

<sup>376</sup> NEVES, op. cit., p. 261-264.

constituição. Este constitucionalismo, entretanto, pode se abrir a esferas não estatais, na medida em que se observa que problemas jurídico-constitucionais semelhantes se apresentam a diversas ordens jurídicas ao mesmo tempo. Atuar de forma a promover o entrelaçamento destas ordens, pode ser a maneira de efetivar, de forma adequadamente complexa, os direitos humanos e fundamentais que todas estas ordens pretendem proteger.

### **3.7.4 Limitações e possibilidades do transconstitucionalismo**

O transconstitucionalismo nos moldes apresentados por Marcelo Neves possui marcantes limitações, mas também apresenta possibilidades fundamentais para a sociedade mundial contemporânea. Os limites estão mais fortemente atrelados a condições empíricas. As possibilidades, por outro lado, estão relacionadas a duas formas distintas de integração: uma sistêmica (alternativa entre a construção de um sistema mundial unificado e a mera constatação da fragmentação), e uma social (alternativa entre pretensões hegemônicas autoritárias e uma construção ingênua de uma comunidade mundial).

Segundo o autor, existem condições empíricas na sociedade mundial hodierna que contribuem negativamente para a realização do transconstitucionalismo. Estas condições não são apenas decorrentes das influências invasivas de outros sistemas sociais (política, economia etc.) no sistema jurídico. Elas decorrem, principalmente, das assimetrias das formas de direito entre as várias ordens jurídicas que entram em contato. Estas assimetrias são prejudiciais ao desenvolvimento do transconstitucionalismo, pois a ordem jurídica mais forte tem o potencial de desconsiderar as pretensões e exigências da ordem jurídica mais fraca em determinado contexto. Desta situação, podem derivar mecanismos difusos de opressão e negação de identidade.<sup>377</sup>

Referidas assimetrias são perceptíveis em vários níveis da sociedade global: do direito das grandes potências em relação ao direito internacional público, dos Estados politicamente fortes em relação aos politicamente fracos, das ordens jurídicas privadas em relação aos Estados periféricos e de alguns âmbitos funcionais (contrato e propriedade, por exemplo) em relação ao direito ambiental, ao direito social e aos direitos humanos de forma ampla. Desta forma, afirma Marcelo Neves que o transconstitucionalismo é um produto escasso na sociedade mundial, ao menos se entendido como entrelaçamentos estáveis entre ordens jurídicas. Estes só ocorrem em âmbitos extremamente limitados. Assim, seria

---

<sup>377</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 279-280.

“totalmente ilusória a ideia de que as experiências com a racionalidade transversal nos termos do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estão generalizadas ou em condições de generalizar-se em um curto ou médio prazo”. Essas experiências fazem parte dos privilégios de alguns âmbitos jurídicos de uma sociedade mundial sensivelmente assimétrica<sup>378</sup>.

Por tudo isso, o autor é levado a dizer que não pode haver transconstitucionalismo sem uma relativa simetria das formas de direito. Ou seja, o entrelaçamento estável que possibilita “pontes de transição” entre ordens jurídicas distintas a partir dos seus centros (Pode Judiciário) só ocorre de maneira adequada quando as ordens jurídicas em jogo possuem, entre si, uma relativa simetria.

Apesar dessas dificuldades, é possível dizer que o transconstitucionalismo faz parte das exigências funcionais (promoção de integração sistêmica) e das pretensões normativas (promoção da integração social) da sociedade mundial hodierna.

Quando se observa as diversas ordens jurídicas presentes na sociedade mundial atual é bastante evidente a sua falta de unidade. Não há (e não deve haver) uma ordem jurídica única que englobe todas as ordens jurídicas parciais. Desta forma, é comum afirmar que a ordem jurídica mundial é fragmentada. Sem recair no argumento excessivamente normativista de uma utopia constitucional teleologicamente construída, Marcelo Neves afirma que falar em integração sistêmica significa promover relações de interdependência entre os fragmentos encontrados.

Para o autor, o transconstitucionalismo é uma das formas possíveis de se promover tal relação. Uma vez que o transconstitucionalismo oferece pontes de transição entre ordens jurídicas fragmentadas, ele contribui positivamente para a estruturação do sistema jurídico mundial sem, entretanto, apontar para uma estruturação hierárquica escalonada. Desta forma, ao mesmo tempo em que amplia a consistência do sistema através de reflexividade, o transconstitucionalismo oferece modelos de tratamento complexamente adequados às relações sociais<sup>379</sup>.

Tal como para integração sistêmica, o transconstitucionalismo seria uma alternativa viável para a integração social. Marcelo Neves assevera que existe um debate entre hegemonia e contra-hegemonia quando se analisa o cenário internacional atual. A defesa da hegemonia implicaria a “imposição” de uma narrativa única e a defesa da contra-hegemonia enxerga o “mundo internacional” como uma comunidade política. Para o autor, esta discussão faz pouco sentido, pois a tensão hegemonia/contra-hegemonia faz parte de qualquer

---

<sup>378</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 285.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 286-289.

comunidade política e não apenas do cenário internacional. Esta tensão só seria resolvida em uma utopia moral. Além disso, enxergar a sociedade mundial como uma “comunidade política” seria subcomplexo. Este conceito só seria viável para descrever sociedades pré-modernas uma vez que necessita se atrelar à noção de pertinência, algo inviável quando se leva em conta a pluralidade intrínseca à sociedade mundial.

Assim, para Marcelo Neves, a questão da inclusão no cenário transnacional significa, em verdade, a redução crescente da exclusão. Para o autor, a “promoção da inclusão, vinculada a uma confrontação com as diversas formas da corrupção sistêmica, no plano da sociedade mundial, encontra melhores perspectivas no desenvolvimento do transconstitucionalismo” do que em ordens reciprocamente isoladas. Isto ocorreria “porque a identidade jurídica de cada ordem vinculada à alteridade transconstitucional possibilita a universalização dos direitos, independentemente da eventualidade ser membro ou não de uma determinada comunidade”. O que se exige no transconstitucionalismo não é a pertinência de um indivíduo a uma comunidade, mas a “promoção de inclusão generalizada, ou melhor, a redução da exclusão primária crescente, especialmente em relação ao direito”. Por este motivo, o autor afirma que se trata de uma questão moral na sociedade mundial a exclusão de vastos setores da sociedade dos benefícios mais elementares dos sistemas sociais, mormente o jurídico<sup>380</sup>.

A proposta, portanto, aponta para uma universalidade na proteção de direitos de forma a não recair em autoritarismos normativos ou culturais. O autor pretende interligar ordens jurídicas e seus respectivos mecanismos de proteção de direitos humanos fundamentais sem oferecer um sistema jurídico mundial unificado ou mesmo a construção de instituições comuns, embora não negue a possibilidade de criação dessas últimas.

Compiladas e analisadas as diversas propostas teóricas em torno das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, o capítulo seguinte da presente pesquisa avança para realizar uma síntese crítica do material coletado. O confronto entre as diversas perspectivas desvelará as possibilidades das referidas interações, bem como apontará para suas condições e limites.

---

<sup>380</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 293.

## 4 CONDIÇÕES, POSSIBILIDADES E LIMITES DAS INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL

### 4.1 FUNDAMENTO, DELIMITAÇÕES E EXIGÊNCIAS: O QUE SÃO E DO QUE PRECISAM AS INTERAÇÕES JUDICIAIS TRANSNACIONAIS

Estabelecido que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional são uma realidade atual ao redor do mundo e no Brasil, e mapeadas as principais propostas teóricas a respeito do tema, faz-se necessário realizar uma síntese crítica do cenário exposto, buscando pontos de consenso seguros e, não menos importante, sinalizando as questões deixadas em aberto, ou que merecem maior aprofundamento.

Em primeiro lugar, é possível afirmar que todas as propostas e análises enfrentadas no capítulo anterior encaram as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional a partir de duas perspectivas: uma descritiva e outra prescritiva. Ou seja, todos os autores constatam que as referências transnacionais são uma realidade atual, apontando os benefícios e prejuízos delas decorrentes e, ao mesmo tempo, apontam, com mais ou menos intensidade, caminhos que devem ser trilhados para que essas interações ocorram de maneira mais adequada.

Parece seguro afirmar que a comunicação desenvolvida entre julgadores ao redor do mundo, através de suas decisões sobre matéria constitucional, é uma consequência direta de dois fenômenos concomitantes: o progressivo processo de transnacionalização e a expansão do constitucionalismo ao redor do globo. Ambos os fenômenos foram substancialmente intensificados no século XX, em especial na segunda metade. Ou seja, ao mesmo tempo em que o mundo passa a se auto-observar como transnacional, percebe-se a importância que o constitucionalismo possui para o desenvolvimento e preservação das sociedades.

A expansão do constitucionalismo ao redor do mundo não deve ser entendida *apenas* como o surgimento ou reformulações de constituições no sentido moderno em diversos Estados nacionais. Atrelado a isto está a ampliação da ideia de que o Poder Judiciário possui um papel fundamental na preservação deste mecanismo e, principalmente, na proteção dos direitos humanos fundamentais, positivados e garantidos por ele. Ao mesmo tempo, passa a ser disseminada a convicção de que a independência dos julgadores é condição de possibilidade para tanto.

É possível dizer que o fenômeno da expansão do constitucionalismo ao redor do mundo é parte de outro fenômeno: o de uma perceptível desnacionalização/desestatização do

próprio fenômeno jurídico. Como aduzido e defendido no primeiro capítulo, é possível dizer que não há razões para se afirmar que o direito está necessariamente atrelado ao Estado nacional. Em primeiro lugar, porque o fenômeno originário que gera o direito não conhece delimitações territoriais: o compartilhamento intersubjetivo do mundo. Em segundo lugar, vive-se em um tempo no qual as relações entre sujeitos, entre sujeitos e empresas, entre empresas e Estados, entre sujeitos e Estados e entre Estados não conhecem fronteiras definidas. O direito como um todo (não só o constitucional) é, de forma cada vez mais visível, transnacional.

Neste cenário, é quase intuitivo afirmar que a transnacionalização afetará também a *forma* como se dá a atuação de juízes e tribunais. Estes órgãos fundamentais do sistema jurídico de todas as ordens jurídicas ao redor do mundo passam a atuar de forma transnacionalizada. Quer isto dizer que a sua *forma* de atuação não está mais vinculada a um determinado Estado ou a uma determinada ordem jurídica. Isto não quer dizer, obviamente, que não haja qualquer relação entre direito e Estado/ordem jurídica ou, muito menos, que juízes e tribunais podem ignorar a ordem jurídica a qual se encontram imediatamente vinculados. O que se quer dizer é que a *forma de construção de decisões judiciais* não se encontra exclusivamente atrelada a elementos diretamente extraídos da ordem jurídica respectiva. Através das interações judiciais transnacionais, os elementos desta ordem são rearticulados e ressignificados através de perspectivas advindas de fora da ordem.

Confrontando os precedentes do Supremo Tribunal Federal referidos no capítulo anterior com os vários modelos possíveis de interação mapeados é possível dizer que a Corte brasileira não possui um padrão de comportamento nem está atenta à legitimidade, condições e problemas envolvendo as referências a precedentes transnacionais. Os Ministros, até onde se pôde averiguar, não chegam a debater se este tipo de procedimento é válido ou não. Não há referência a uma teoria ou à necessidade de uma para que as citações sejam realizadas. É possível perceber, ainda que implicitamente, que o STF considera as interações algo positivo. Todos os precedentes analisados tratam da interpretação e aplicação de direitos fundamentais e as referências transnacionais são utilizadas principalmente para confirmar uma linha de raciocínio que já vinha sendo desenvolvida pelo julgador em seu voto. Além disso, em quase todas as oportunidades os precedentes referidos não possuíam relação imediata como caso *sub judice* e serviam basicamente para confirmar ou justificar a utilização de determinado conceito ou linha argumentativa.

Apesar de ser altamente positiva esta abertura do Supremo Tribunal Federal a precedentes e jurisprudência transnacional para a solução de casos jurídico-constitucionais

envolvendo direitos humanos fundamentais, a ausência de uma discussão mais séria e profunda sobre este procedimento pode ser prejudicial. Ao fazer uso inconsistente e pouco justificado das interações judiciais transnacionais é possível que se assumam uma postura discricionária ou mesmo arbitrária, transformando o procedimento em *mera* retórica. Da mesma forma, corre-se o risco de se adotar um modelo decorativo, no qual os precedentes são usados apenas para confirmar algo que já iria ser decidido de qualquer forma. Por fim, a referência a julgados cujo caso concreto que os ensejaram não possui qualquer relação com o caso concreto levado ao tribunal perde-se em potencial reflexivo.

Por tudo isso e para se compreender adequadamente o que estas interações significam, e como elas devem funcionar, é preciso que se investigue seu funcionamento e se desvende suas exigências mais imediatas.

Como afirmado no capítulo anterior, André Ramos Tavares levanta a importante questão sobre a necessidade de um fundamento constitucional para as interações judiciais transnacionais. Para o autor, não basta constatar que as interações podem contribuir positivamente para o desenvolvimento do constitucionalismo, mas deve haver justificativa que, se não exige, ao menos autoriza uma postura de interação. É possível dizer que existem fundamentos de três ordens: a primeira envolve a própria inserção em uma tradição; a segunda, diretamente ligada à primeira, está relacionada com o compartilhamento de problemas; a terceira é normativa.

O constitucionalismo moderno, conforme aduzido no primeiro capítulo, não é uma peculiaridade cultural local, com curta e delimitada importância em determinado Estado. O constitucionalismo moderno foi e é um ideário responsável por reestruturar a forma com que se lida e se desenvolve o direito e a atuação dos cidadãos e Estados em diversos locais do mundo desde o século XVIII. Trata-se de um movimento teórico e prático que possui duas características essenciais: a limitação e controle do poder político estatal e a proteção e garantia de direitos humanos fundamentais. Este movimento foi aperfeiçoado, expandido e sedimentado ao longo de mais de dois séculos, período no qual foi testado, destruído e reconstruído em diversos locais e pelos mais diversos motivos. É possível dizer, portanto, que o constitucionalismo moderno possui uma tradição consolidada.

A rematerialização e expansão do constitucionalismo moderno ao longo do século XX deixou evidente que se trata de uma tradição compartilhada por dezenas de Estados soberanos ao redor do mundo, bem como um mecanismo de reconstrução do direito internacional público. A inserção em uma mesma tradição, marcada pelo compartilhamento de princípios e instituições, ainda que de forma abstrata, justifica o contato entre as diversas

tradições constitucionais parciais. Embora não se possa, nem se deva, falar em um constitucionalismo global/mundial total, igualmente concretizado e aplicado em todas as áreas do mundo, é possível extrair um fundamento para interações difusas e descentralizadas entre ordens diferentes através do mútuo pertencimento a uma tradição.

Atrelada a esta fundamentação é possível constatar outra. Se diversas ordens jurídicas ao redor do mundo dividem uma mesma tradição (constitucional) é evidente que nestas mesmas ordens surjam *problemas que requerem decisões constitucionais* comuns ou similares. Em todas as democracias constitucionais do globo, questões envolvendo temáticas ínsitas ao constitucionalismo moderno, principalmente à proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais, surgem e, inescapavelmente, surgirão. Ora, se os problemas são comuns ou similares e a base normativa para a resolução pertence à mesma tradição compartilhada, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional só têm a contribuir para o aperfeiçoamento de decisões de lides constitucionais em uma determinada ordem jurídica.

É possível dizer, inclusive, que este é o grande ponto de ligação das ordens jurídicas através das interações: o compartilhamento de problemas constitucionais. Toda decisão judicial é tomada a partir da apresentação de um problema concreto (ainda que discutido em tese – controle abstrato de constitucionalidade) a um órgão julgador. A resolução deste problema exige do juiz ou tribunal a articulação de princípios, regras, instituições e argumentação. A construção da decisão a partir desta articulação produz sentidos normativos que podem iluminar a tomada de decisão por outro juiz ou tribunal em outra instância na arena transnacional. Por este motivo, deve-se afirmar que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional devem ocorrer problematicamente, ou seja, ter os *problemas constitucionais concretos* como ponto de estímulo.

Por fim, pode-se falar, ao menos com base na Constituição brasileira de 1988, de fundamentos normativos para as interações judiciais transnacionais encontrados no próprio texto constitucional. Evidentemente, não há um dispositivo que aponte para uma norma clara que exija a abertura da reflexão constitucional para além das fronteiras do Estado, a partir do Poder Judiciário. Contudo, e tendo por base as reflexões anteriores sobre a tradição e os problemas constitucionais compartilhados, é possível extrair normas que apontem para a possibilidade das referidas interações.

Primeiramente, este fundamento pode ser extraído de alguns dos incisos do art. 4º da Constituição Federal, responsável por elencar os princípios que regem o Estado brasileiro em suas relações internacionais. Conforme aduzido no capítulo anterior, a Constituição brasileira

volta-se, ao mesmo tempo, para questões internas e externas. Além de disposições voltadas para o funcionamento do Estado e para direitos dos cidadãos, o texto constitucional aponta a forma de articulação do país com o cenário internacional. Dentre os princípios que regem esta articulação, quatro deles podem ser entendidos como autorizações para as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional: o inciso II (prevalência dos direitos humanos); o inciso III (autodeterminação dos povos); o inciso V (igualdade entre os Estados); e o inciso IX (cooperação entre os povos para o progresso da humanidade).

A prevalência dos direitos humanos, como visto no primeiro capítulo, parece ser um credo dividido, ao menos em nível institucional, por todas as democracias constitucionais do mundo. Este fato, atrelado à disposição de cooperação entre os povos, aponta para a necessidade de comunicação, ainda que informal, sobre como estes direitos devem e podem ser garantidos em cada Estado. Outrossim, a autodeterminação dos povos e da independência dos Estados aponta para o reconhecimento, pela Constituição, da existência de outras identidades sistêmicas igualmente válidas.

Voltado mais para o âmbito regional, o parágrafo único do art. 4º afirma que o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latinoamericana de nações. Ora, nada está a indicar que o Poder Judiciário, através das interações judiciais transnacionais, esteja desobrigado a fazer parte deste processo de integração. Como afirmam Gustavo Zagrebelsky (“aproximação comunicacional”) e Virgílio Afonso da Silva (“integração discursiva”), a integração não deve ser entendida como sinônimo de construção legislativa de instrumentos e mecanismos comuns. Ela pode decorrer da percepção do compartilhamento de problemas, valores e princípios comuns. A proximidade histórica e cultural que os países da América Latina possuem é, sem dúvida, um estímulo às interações.

Outro dispositivo do qual se pode extrair uma autorização para as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional é a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, positivada no §2º do art. 5º. Segundo o dispositivo, os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Como se viu por diversas vezes ao longo do capítulo anterior, a temática que mais estimula as interações informais entre jurisdições distintas no cenário transnacional é a proteção e garantia dos direitos humanos fundamentais. A Constituição brasileira, através do referido dispositivo, possibilita que a leitura e atribuição de sentido aos direitos fundamentais sejam feitas através da expansão de perspectivas geradas pelas interações.

Por todos estes fundamentos para a abertura à comunicação com outros sistemas constitucionais pode-se dizer que não resta espaço para as correntes que advogam a favor de posturas de resistência, repulsa ou indiferença ao material transnacional, ao menos em sentido total. Ou seja, justamente pelo fato de um dos fundamentos para as interações ser o compartilhamento da tradição constitucional, deve-se assumir uma postura de resistência, repulsa ou indiferença para com aquelas decisões e sistemas que não comungam desta tradição ou o fazem apenas de maneira simbólica ou retórica. Decisões judiciais tomadas em Estados com pouca ou nenhuma cultura constitucional, com pouca ou nenhuma liberdade política, com pouca ou nenhuma independência judicial, não devem servir para o aprimoramento e reflexão de decisões a serem tomadas em países democraticamente constitucionais.

A resistência/repulsa motivada por uma suposta autossuficiência do sistema interno ou pela total irrelevância do que é produzido e decidido em outras esferas no âmbito transnacional, não se justifica. Trata-se, em verdade, de um isolacionismo provinciano, inadequado à complexidade da sociedade em progressiva transnacionalização, e que, ao mesmo tempo, ignora a existência de uma tradição compartilhada, bem como o fato de problemas comuns e similares surgirem e serem resolvidos por outros sistemas. Mesmo quando se está falando de democracias constitucionais sólidas, institucionalmente sedimentadas, negar o exame reflexivo estimulado pelas interações com outras democracias constitucionais, é negar as capacidades que outras identidades sistêmicas possuem. Defesas deste tipo partem da equivocada percepção de que a constituição é e deve ser um mecanismo de isolamento e pura identidade do sistema, voltada apenas para o sistema interno e que deve servir de fechamento total ao cenário transnacional.

A posição de negar em absoluto as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, por entender que estas, necessariamente, violam a soberania nacional e corrompem a identidade do sistema constitucional, deve ser vista com cautela. Em primeiro lugar, deve-se lembrar que toda decisão, mesmo a que é construída através das interações, é tomada por um julgador nacional, vinculado ao sistema jurídico nacional, cuja competência é definida pela constituição e pelas leis processuais de um determinado Estado, e que, naturalmente, costuma se voltar para o direito interno. Deste fato deve-se extrair que já há uma forma sistêmica e “natural” que aponta para a preservação da soberania e da identidade do sistema nacional.

Em segundo lugar, este tipo de recusa peremptória só faria sentido se as interações significassem, necessariamente, convergência, harmonização ou submissão ao que é

produzido no cenário transnacional. Nesta perspectiva, as interações não são mecanismos de aprimoramento, reflexão e ampliação de perspectivas sobre sentidos atribuídos ao texto constitucional. Ora, se este fosse o caso, é evidente que uma postura de resistência, repulsa ou indiferença seria a mais adequada. A negativa absoluta e definitiva só vê como alternativa à preservação da identidade a total entrega à alteridade.

Dito isto, resta evidente que, não obstante todas as razões aduzidas para a abertura às interações, esta não deve significar a adoção de uma postura de convergência, harmonização ou submissão. Apesar do fato das democracias constitucionais fazerem parte de uma tradição compartilhada, e estarem sujeitas ao surgimento de problemas constitucionais comuns, bem como do fato da eventual autorização (explícita ou implícita) às interações, é preciso ter em mente que existe uma identidade do sistema nacional que precisa ser preservada. Adotar uma posição de convergência ou submissão significa recepcionar, acrítica e irrefletidamente, o material construído no cenário transnacional. Em uma perspectiva mais radical, ela pode ser entendida como uma forma de neocolonialismo, através da qual a construção e preservação da identidade do sistema jurídico nacional é inviabilizada, além de proporcionar contradições internas.

Este tipo de posição encara a constituição estatal e sua interpretação/aplicação como um mecanismo apto a produzir, progressivamente, uma conformação global no que diz respeito às temáticas intrinsecamente vinculadas ao constitucionalismo, mormente os direitos humanos fundamentais. Ao fim, este tipo de postura pode recair em um universalismo autoritário, ou em um cosmopolitismo ingênuo, capaz de promover a desintegração de identidades normativas e culturais. Através deste modelo, a identidade de um sistema se desfaz em nome da alteridade de outros. O potencial reflexivo, emancipatório e de aprimoramento das interações desaparece.

O compartilhamento de uma tradição e de problemas constitucionais não deve, portanto, levar a um universalismo impositivo. O necessário grau de universalidade de princípios, valores e instituições, perceptível nas democracias constitucionais, não deve ser um ponto de chegada, mas de partida. Ou seja, o fato de que princípios, valores e instituições são, de uma forma abstrata, universais, não significa que a concretização e experimentação visível e real seja homogênea. Ao contrário. É justamente através da preservação da heterogeneidade concreta (relativismo constitucional, segundo Cass Sunstein) que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional podem funcionar de forma adequada.

As comunicações informais entre julgadores ao redor do mundo para atribuição de sentido a textos constitucionais e construção de decisões, nem devem ser evitadas absoluta e peremptoriamente, nem devem servir para a harmonização/convergência de respostas sobre determinadas temáticas.

A postura mais adequada a ser adotada nas interações judiciais transnacionais em matéria constitucional é a de interlocução, diálogo, articulação, engajamento ou entrelaçamento. Através dela, os precedentes e jurisprudência produzidos no cenário transnacional não são ignorados, mas também não são vistos como vinculantes. A ordem que se dispõe a interagir com outra, não estabelece com ela uma relação hierárquica de subordinação. Ao contrário, esse tipo de comunicação informal possibilita cortes transversais horizontais entre as ordens envolvidas. Elas ocorrem de forma difusa e descentralizada. Segundo Marcelo Neves, a relação que se desenvolve é heterárquica, ou seja, não há uma ordem última, apta a dizer qual deve ser a resposta correta como resultado da interação.

Como ficou claro em diversos momentos ao longo do capítulo anterior, as interações não necessitam, para ocorrerem, da existência de instituições comuns ou mesmo de mecanismos legislativos que liguem as respectivas ordens (tratados, convenções ou uma “constituição comum”). Isso não significa, evidentemente, que as referidas interações não possam ocorrer entre ordens que dividem instituições ou documentos comuns. O caso mais emblemático, sem dúvida, envolve as ordens estatais europeias e o direito comum europeu. Entretanto, é possível perceber este tipo de situação, ainda que com menos intensidade, na relação entre a ordem jurídica e a ordem jurídica internacional, construída a partir da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sua respectiva Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O desenvolvimento consistente das interações entre o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a CIDH pode ser um caminho alternativo à discussão sobre a hierarquia constitucional ou não da referida convenção.

A abertura ao material produzido no cenário transnacional pode ser visto, como afirma Gustavo Zagrebelsy, como uma atitude de humildade, de uma postura adotada pelo julgador prudente, que, assumindo a insuficiência de suas próprias perspectivas, e percebendo a existência de decisões já tomadas sobre temática similar, enxerga nelas a possibilidade de ampliar suas percepções sobre a situação. De forma similar, Jeremy Waldron afirma que o material jurídico decisório produzido fora do Estado pode ser entendido como “conhecimento acumulado”. Segundo o autor, no campo das ciências exatas nenhum trabalho sério atual pode ignorar o conhecimento acumulado ao longo de séculos de desenvolvimento destes ramos. Quando se fala em direito e justiça, por outro lado, esta necessidade parece não existir.

Entretanto, é justamente isto que as diversas decisões tomadas no cenário transnacional na resolução de problemas constitucionais são: conhecimento e sabedoria acumulados<sup>381</sup>.

Este conhecimento não é o resultado de reflexões abstratas feitas, por pensadores isolados do mundo real. Ao contrário, trata-se de um conhecimento produzido através da resolução de problemas concretos, levados a cortes, juízes e tribunais, cuja competência envolve a proteção da constituição, de forma geral, e de direitos humanos fundamentais, de forma específica. Da mesma forma, o conhecimento acumulado aqui referido não é apenas uma crua adição de uma coisa à outra, mas a articulação, teste, checagem e re Checagem de resultados e procedimentos. Não significa a verdade, mas um porto seguro para procurar soluções<sup>382</sup>.

A partir destas noções, é possível dizer que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional constituem um mecanismo de ampliação de perspectivas para resoluções de *problemas constitucionais* surgidos e decididos em outras ordens jurídicas na esfera transnacional. Esta ampliação de perspectivas acontece mediante a reflexão causada pelo contato com a outra ordem e as atribuições de sentido e formas de resolução do problema levantadas por ela.

Entendendo a decisão judicial como um ato criativo, e o direito como sujeito a alterações de sentido no decorrer do tempo e do espaço, as interações permitem o desvelamento de sentidos e possibilidades decisórias não enxergadas pela ordem que se abre. Através delas, o raciocínio e a argumentação dos julgadores também é aprimorada, passando a ter que enfrentar questões que ainda não haviam sido levantadas, ou tendo que enfrentá-las a partir de novos pontos de observação. Com isso, uma ordem jurídico-constitucional pode revisitar a compreensão que tinha a respeito de determinada temática, ou desenvolvê-la ainda mais.

A diversidade e heterogeneidade de perspectivas constitucionais existentes ao redor do mundo permitem que a ordem jurídica aberta ao contato transnacional evolua e teste sedimentações de sentido sobre si mesma. A reflexão a partir de um *alter* mais experiente (porque já “passou por aquele problema”) permite uma rearticulação ou reconstrução da identidade sem que isso signifique uma reverência ou submissão. A ampliação de horizontes, provocada pelas interações, contribui em nível reflexivo, o que significa que, após a interação,

---

<sup>381</sup> WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *jus gentium*. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2005, p. 138.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 138-139.

a ordem jurídica que se abriu pode decidir em sentido contrário àquela que “ensinou”. O relevante é a reflexão sobre o conteúdo, não a aderência ou não à decisão final.

Por fim, deve-se dizer que para o funcionamento minimamente adequado das interações é indispensável que elas ocorram através das razões de decidir, e não apenas através da decisão final ou do dispositivo da decisão. É através do conhecimento das razões de decidir que a reflexão de fato pode ocorrer, pois é nelas que estarão expressas as articulações principiológicas, argumentativas, bem como a forma com que estas se relacionam com o problema concreto em questão. É na fundamentação da decisão que o julgador encontrará elementos aptos a aprimorar sua perspectiva sobre o problema que tem diante de si. É através da fundamentação que os *insights* e desvelamentos serão possibilitados. Neste ponto, valiosa a contribuição de Wilson Alves de Souza. Para o autor, só existe verdadeiro julgamento quando há dispositivo motivado. Ou seja, a fundamentação é condição de existência da própria decisão. Desta forma, aquela assume importância ainda maior do que esta<sup>383</sup>. Assim, interagir com outras ordens apenas pelo conhecimento da decisão final é, em verdade, não interagir. O que acabará ocorrendo é apenas a utilização retórica, decorativa de um argumento de autoridade.

Parece possível dizer que o expediente aqui defendido e analisado tem o potencial de contribuir positivamente para a concretização e proteção dos direitos humanos fundamentais em uma ordem jurídico-constitucional pelo Poder Judiciário. É cediço que as mais importantes demandas levadas aos juízes e tribunais a respeito da constitucionalidade de leis e atos normativos envolvem direitos humanos fundamentais. Este tipo de demanda costuma envolver um grau de complexidade extremamente elevado, tendo em vista a pluralidade de perspectivas, interesses e valores (indiretamente) e princípios, regras e procedimentos (diretamente) que costumam ser invocados, além do fato de que o próprio recorte do caso concreto pode ser intrincado. Assim, recorrer a experiências decisórias concretas pode contribuir positivamente para a redução da complexidade ou, ao menos, para uma “análise complexa da complexidade”. Não é possível se afirmar categoricamente que a consulta e referência a precedentes transnacionais sempre garantirá melhor os direitos humanos fundamentais em jogo ou que o rol de direitos será ampliado. Esta análise somente poderá ser feita caso a caso. A contribuição das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional encontra-se no nível da qualidade e consistência das decisões.

---

<sup>383</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. 2.ed. Salvador: Dois de Julho, 2012, p. 312-313.

O desenvolvimento deste tópico deve ter deixado claro que as interações ocorrem na tênue tensão existente entre a afirmação absoluta da identidade (defendida pelas posturas de resistência, repulsa ou indiferença), e a abertura total à alteridade (defendida pelas posturas de submissão, convergência ou harmonização). Um modelo de diálogo, articulação, engajamento, interlocução ou entrelaçamento precisa contar com um aparato teórico que aponte para a resolução desta tensão, ciente de que ela só poderá ser resolvida casuisticamente, nunca de forma definitiva. A decisão judicial, construída a partir das interações, sempre correrá o risco de tender mais para um lado (afirmação da identidade) ou para o outro (abertura à alteridade).

Por isso, é possível concluir que existem ao menos duas exigências que devem ser feitas para a construção de um modelo consistente de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional: um modelo de racionalidade, que dê conta, ao mesmo tempo, da existência de uma identidade atrelada a uma tradição, e da abertura reflexiva à outra identidade (alteridade); mecanismos sistêmicos e pragmáticos que apontem a forma adequada de articular a preservação da identidade, e a abertura para a alteridade. Evidentemente, estas duas exigências estão ligadas uma a outra.

Na sequência do presente capítulo, esta investigação pretende apontar para formas de resolver estas duas exigências ainda que apenas de forma preliminar.

#### 4.2 A PERGUNTA POR RACIONALIDADE E CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

A limitação da atividade do julgador foi uma preocupação marcadamente presente na aurora do direito moderno. Controlar a atividade daquele que, se não diz o direito, pelo menos diz como se resolvem os conflitos pelo direito, é especialmente importante para aqueles que acabaram de alcançar o poder e pretendem estabelecer uma sociedade republicana e, em alguma medida, mais democrática. Os rumos do Estado e da sociedade não podem ficar a mercê das vontades particulares dos juízes.

Em um primeiro momento, acreditou-se que este controle poderia ser exercido através de uma metodologia da racionalidade pura: a lógica dedutiva. Ela seria responsável por garantir que o julgador não criasse o direito que serviria de base para a resolução do caso que tem em sua frente. A tensão existente entre a abstração da legislação e a contingência da aplicação do direito era resolvida pelo método da subsunção proposto pela escola de exegese ao tentar garantir a legitimidade da atuação do poder Judiciário frente à (evidente) legitimidade do legislativo. Portanto, o núcleo da tradicional teoria da separação de poderes

(de base eminentemente francesa), principalmente no que diz respeito à relação entre Legislativo e Judiciário, é a crença na possibilidade de se enxergar uma verdade no texto emitido pelo poder legislativo e a aplicação do direito via subsunção. Há uma relação inquebrantável entre a tradicional teoria da separação dos poderes, a possibilidade de evitar a criatividade judicial e a escola de exegese<sup>384</sup>.

Contudo, o desenvolvimento teórico demonstrou que a atividade judicial vai muito além da mera dedução lógica de premissas “claras”. Em uma frente, constatou-se que as exigências do próprio sistema requerem certo grau de liberdade do julgador principalmente por causa das incompletudes do ordenamento, mas também por causa das suas inconsistências e incoerências. Em outra, entendeu-se que o processo compreensivo é necessariamente criativo e a apreensão de significados e tomada de decisão sempre envolvem particularidades que estão além das possibilidades de controle de uma metódica simplista.

O próprio positivismo reconheceu estas limitações. Contudo, ao invés de contribuir positivamente para o desenvolvimento adequado e racional de mecanismos de controle da decisão, abriu mão da racionalidade da decisão para depositá-la totalmente no estudo do direito enquanto ciência. Acreditava-se no rigor científico na análise do direito positivo, mas se deixava o momento decisório para os simples atos de vontade.

Entretanto, algo mais deve ser requerido. Como se demonstrará a seguir, a pergunta pela possibilidade de controle da decisão judicial tem uma importância que vai muito além da preocupação teórica: atinge a sustentação, preservação e consistência do Estado de Direito. Como ficou claro no tópico anterior, isso fica especialmente evidente quando se está falando das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

#### **4.2.1 O (amplo) espaço deixado pelo positivismo jurídico contemporâneo**

Parece inegável constatar que o positivismo jurídico foi a mais influente e disseminada teoria do direito do século XX. Foi ele o movimento teórico que, até então, melhor desenvolveu o estatuto autônomo do direito enquanto ciência. É ele, também, a que mais se dirigem as críticas contemporâneas<sup>385</sup>. Apesar desta importância, o positivismo jurídico contemporâneo não apresentou uma teoria apta a controlar a decisão judicial. Pelos

---

<sup>384</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 67 e 80.

<sup>385</sup> Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução à teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006; BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

limites deste trabalho, esta hipótese será demonstrada recorrendo a dois dos principais autores positivistas do século XX: Hans Kelsen e Herbert Hart.

A questão da decisão judicial no pensamento de Kelsen pode ser encarada em duas frentes: como ato criativo de derivação normativa no contexto da dinâmica jurídica e, no contexto da interpretação, como ato de vontade discricionário. Para uma compreensão adequada da temática que este estudo propõe é essencial relacionar ambas as frentes.

No modelo kelseniano, a unidade e a validade de uma ordem jurídica decorrem da produção de normas jurídicas em conformidade com outras normas jurídicas e, em última instância, pelo respeito à norma fundamental. Normas superiores fundamentam e determinam a forma de produção de normas inferiores. Há uma relação de “supra-infra-ordenação”<sup>386</sup> entre elas. O sistema jurídico é um sistema hierarquizado e não um sistema no qual as normas estão dispostas uma ao lado da outra. A decisão judicial não foge a esta construção.

Todo ato de produção normativa é, ao mesmo tempo, aplicação e criação de uma norma. É aplicação porque a produção de uma norma precisa respeitar uma norma superior. É criação porque se trata de uma norma nova, que, embora tenha seu processo e, por vezes, conteúdo, regulado, não se confunde com a norma superior. Ambas as operações, contudo, não se confundem com a observância do Direito. Esta é “apenas” a adequação da conduta humana à norma oposta à norma que enseja a sanção. Kelsen concede importância secundária à observância do Direito, afirmando que apenas a aplicação e a criação são funções jurídicas em sentido estrito<sup>387</sup>.

Para Kelsen, a atividade judicial é uma atividade de produção de uma norma individual. Sendo assim, é, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior que determina o processo e o conteúdo da norma judicial e criação de uma norma nova. Neste processo, o julgador deve averiguar se estão presentes as questões de fato que ensejam a aplicação da norma, bem como se a norma em questão é vigente e constitucional, ou seja, respeita o seu processo de aplicação/criação determinado pela constituição<sup>388</sup>.

Diferentemente da concepção clássica (positivismo primitivo), Kelsen afirma que a decisão judicial não é um ato meramente declaratório no qual o julgador “descobre” o Direito em questão. O procedimento descrito acima é um procedimento constitutivo. Este processo de construção é de exclusividade do órgão judicial estabelecido pelas normas gerais. As opiniões, inclusive das partes, sobre a atuação do julgador são totalmente irrelevantes para a

---

<sup>386</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 260-263.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 263-264.

constituição da sentença. Apenas a opinião do juiz é relevante para a decisão. Evidentemente esta decisão pode ser questionada em grau de recurso, mas, no fim, será um tribunal que determinará a eventual sanção ou não, sendo juridicamente irrelevante se o fato que lhe deu ensejo “realmente” aconteceu<sup>389</sup>.

Kelsen admite a possibilidade de um sistema jurídico conferir ao órgão julgador a competência de, além de decidir em conformidade com a norma superior, decidir com base em uma norma criada por ele mesmo. Em ambos os casos continua havendo uma norma individual e não geral. A diferença será de grau de limitação. No primeiro caso, a limitação será baixíssima. Contudo, mesmo no segundo caso (quando há uma norma superior) o autor entende que há um espaço considerável de livre apreciação por parte do julgador para produção da norma individual. A norma jurídica geral é sempre uma moldura esperando preenchimento por parte do órgão julgador<sup>390</sup>.

Completando a sua posição sobre a atuação judicial, Kelsen vai tentar resolver a questão da “ilegalidade da sentença”. É faticamente possível que uma sentença seja incompatível com a norma superior que lhe daria validade. Para o autor, contudo, uma norma contrária a normas é uma contradição de termos. Não pode haver uma norma nula, pois, sendo nula, ela seria inválida e, por isso, inexistente. A contrariedade de uma sentença em relação à norma superior quer dizer, simplesmente, que esta norma individual pode vir a ser anulada por um órgão judicial superior.

Entretanto, sempre existe a possibilidade de esta norma individual não ser anulada ou ser confirmada por um tribunal de última instância. Desta constatação, Kelsen retira duas conclusões: um tribunal de última instância sempre recebe do sistema a possibilidade de decidir conforme ou desconforme a ordem jurídica; ao mesmo tempo, como as decisões de juízes podem não vir a ser alvo de recursos, o autor entende que todo e qualquer julgador também recebe a mesma competência: decidir conforme ou não conforme o ordenamento<sup>391</sup>.

Esta ampla possibilidade que Kelsen confere aos órgãos julgadores abre por demais o sistema jurídico. Este fato só é agravado com a posição que o autor assume em relação à interpretação jurídica.

Para o autor a aplicação/criação de uma norma individual sempre passará por um processo mental de análise da norma superior. Este processo é chamado de interpretação. A norma a interpretar sempre terá uma relativa indeterminação, seja ela intencional ou não

---

<sup>389</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 264-268.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 271-272.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 295-299.

intencional. Esta indeterminação abre para o julgador um espaço de liberdade de apreciação. A moldura formada pela norma superior sempre oferecerá ao aplicador da norma diversas possibilidades. A *escolha* final caberá à *livre apreciação* e se constitui como um *ato de vontade discricionário*, que Kelsen chamará de interpretação autêntica. Esta decisão final não pode ser controlada e nem está disponível à ciência jurídica para apreciação de correção. A postura da ciência jurídica é meramente descritiva, constituindo-se em uma interpretação inautêntica<sup>392</sup>.

Da mesma forma que acontece no pensamento de Kelsen, a atuação judicial pode ser encarada, em Hart, em duas frentes. A primeira diz respeito à relação entre o ato de julgar, as normas de julgamento e a norma de reconhecimento. A segunda envolve a questão da textura aberta das normas e a discricionariedade interpretativa/aplicativa do julgador. Ambas estão relacionadas entre si.

Ao se referir à relação entre as normas de julgamento e as demais normas secundárias, Hart afirma que todo sistema que possui normas de julgamento possui, implícita a ela, uma norma de reconhecimento mais imperfeita e precária. Afirma isso na medida em que as normas de julgamento conferem ao órgão julgador a possibilidade de decidir definitivamente sobre o desrespeito a determinada norma. Esta decisão constituirá uma nova fonte de direito, pois não poderá ser desconsiderada no futuro<sup>393</sup>.

A segunda questão, tratada por Hart em relação à decisão judicial, envolve a refutação de duas teses sobre a atuação judicante: o formalismo e o ceticismo. Para o autor, é impossível haver um sistema em que todas as normas prevejam todas as suas hipóteses de aplicação. É próprio da linguagem, em geral, e da linguagem jurídica, em especial, a “textura aberta”. Por vezes, o julgador se verá diante de casos em que o sistema não prevê, de forma explícita e prévia, uma norma apta a resolvê-lo. Em tais situações, segundo Hart, o juiz terá uma margem de manobra discricionária, que permitirá que ele escolha qual a decisão a ser tomada, valendo-se de critérios, inclusive, pessoais. Nestas situações, o juiz deverá agir como um legislador parcimonioso, criar uma norma e aplicá-la. Isso não significa, segundo o autor, arbitrariedade. É falso, para ele, uma escolha entre a total submissão do juiz à lei e a sua total liberdade<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 387-397.

<sup>393</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 126.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 161-183 e p. 351-356 (pós-escrito).

Hart vai dizer que a discricionariedade não é equivalente à livre criação do direito ou arbítrio, afirmando que os juízes e tribunais estão cientes de que fazem parte de um sistema cujas normas são, em regra, aptas a conduzir a uma decisão adequada. Tais disposições são encaradas pelos julgadores como normas que não podem ser ignoradas “no exercício da autoridade de que dispõem para tomar decisões incontestáveis dentro do sistema”. Ao assumir a função de juiz, o sujeito encontra uma norma “estabelecida como tradição e aceita como o padrão para o desempenho de sua função”. Este fato seria capaz de limitar a atuação do julgador, uma vez que ele não é o autor desta tradição<sup>395</sup>. Enfim, embora, por vezes, seja muito difícil prever como os juízes decidirão, mormente em casos não explicitamente regulados ou quando as normas possuam textura aberta, uma eventual previsão se funda na certeza de que os julgadores consideram as normas como padrões suficientemente precisos, aptos a limitar, sem excluir, a discricionariedade judicial<sup>396</sup>.

Por fim, toda esta discussão sobre o papel da decisão judicial e a discricionariedade vai reverberar na ideia de norma de reconhecimento. Hart se pergunta qual a consequência para o fato de que um tribunal possa decidir sobre eventual dúvida envolvendo a norma suprema deste sistema. Haveria abalo na ideia de que a norma de reconhecimento é o supremo critério de identificação de pertinência e validade de um sistema?

Hart responde afirmando que se deve ter em mente que a própria existência de um sistema jurídico depende do fato de que existem normas que não podem ser questionadas em todos os seus aspectos. Para ele a “possibilidade de os tribunais terem, em determinado momento, autoridade para decidir essas questões restritivas referentes aos critérios últimos de validade” depende apenas do fato de que, “à época, a aplicação desses critérios a uma vasta área do direito, inclusive às normas que conferem autoridade aos próprios tribunais, não deixa margem a dúvidas, embora dúvidas existam quanto à extensão e ao limite precisos da norma”<sup>397</sup>.

No que diz respeito à decisão judicial, Kelsen confere amplíssima margem de manobra ao órgão julgador. Somando-se tudo que se disse sobre a atuação dos juízes/tribunais é facilmente perceptível que o direito concreto a aplicar (função que, segundo Kelsen, é a mais importante na dinâmica jurídica) e sua forma de consecução não realizam um fechamento adequado do sistema. É tão vasta a zona de liberdade e tão poucas as exigências feitas ao julgador que o sistema jurídico acaba sendo fechado “de qualquer maneira”. Kelsen

---

<sup>395</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 187-188.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 197.

sequer é explícito em dizer que a decisão tem que fazer referência a elementos do sistema normativo. A construção da norma de decisão pode ser totalmente guiada por critérios não pertencentes ao ordenamento, assumindo, apenas no fim, o formato exigido pelo sistema.

Hart, por outro lado, dá um passo além neste quesito. Conforme foi dito, a liberdade do julgador é reduzida pela constatação de que os juízes entendem que, no exercício de sua função, devem respeito às normas do sistema e não podem encará-las como conselhos ou meras possibilidades. Para Hart, os juízes sentem-se limitados pelas disposições normativas mesmo quando diante de normas de textura aberta. Entretanto, o autor não explora de forma adequada como isto, de fato, ocorre nem como pode ocorrer de forma melhor, mais adequada. Não parece relevante para Hart se perguntar sobre a efetiva limitação que esta “cultura da responsabilidade” atua.

É neste ponto que, entende-se, o positivismo jurídico mais peca. Ao não se voltar para o estudo do sujeito que interpreta e aplica as normas do sistema ou, ao menos, para o procedimento racional desta aplicação, o positivismo contemporâneo concede uma margem de manobra muito ampla ao julgador. A ausência de uma teoria hermenêutica, uma teoria da interpretação jurídica ou mesmo de uma teoria da justificação racional da decisão é a principal falha do positivismo jurídico (fato admitido, inclusive, por autores declaradamente positivistas<sup>398</sup>).

A ausência de uma preocupação com o sujeito, com uma teoria hermenêutica, bem como com uma teoria da argumentação, leva a uma postura insuficiente para lidar com este importante momento do sistema jurídico que é o momento decisório. A assunção da inevitabilidade da discricionariedade judicial não contribui, se não muito pelo contrário, para uma atuação judicante adequada a um Estado Democrático. A impossibilidade de resolver todas as questões no âmbito da normatização legislativa não desonra uma teoria do direito de apontar para uma responsabilidade epistemológica do julgador.

Este fato é especialmente preocupante quando se tem em mente o objeto do presente estudo: as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Conforme foi explanado acima, este tipo de atuação judicial exige um modelo de racionalidade próprio, bem como mecanismos sistêmicos e pragmáticos claros. Relegar o funcionamento das interações à mera discricionariedade judicial ou ato de vontade do julgador é subcomplexo para lidar com a tensão entre identidade e alteridade das ordens jurídicas envolvidas. Além disso, sem

---

<sup>398</sup> Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução à teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 209-220; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305-307.

mecanismos claros que apontem para a racionalidade da decisão judicial, as interações podem passar a ser meros atos de pura retórica, uso de argumento de autoridade ou de uso decorativo. De qualquer maneira, as interações discricionárias têm muito mais a prejudicar do que a contribuir para se alcançar respostas mais adequadas.

Por tudo isso, fica evidente que o positivismo jurídico contemporâneo tem muito pouco a contribuir para a temática em questão, ao menos no que diz respeito ao controle e racionalidade. Assim, é preciso buscar modelos teóricos que oferecem, de forma consistente e não ingênua, mecanismos aptos a lidar com as diversas questões e dificuldades levantadas pelas interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. É o que se passa a fazer na sequência.

#### 4.2.2 A racionalidade da decisão judicial: questões e modelos correntes

A decisão do juiz, que “intervém praticamente na vida”, pretende ser uma aplicação justa e não arbitrária das leis; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação “correta” e isso implica necessariamente em que a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade<sup>399</sup>.

Adotando como referencial a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, Celso Campilongo vai dizer que na formulação original do papel do Poder Judiciário já era perceptível a impossibilidade de um controle simplista da decisão judicial. Faz esta constatação a partir do que se pode chamar de “paradoxo da transformação da coação em liberdade”<sup>400</sup>.

Segundo o autor, a aurora do direito moderno e do positivismo primitivo faz uma dupla exigência ao Poder Judiciário. Estas duas exigências, contudo, são mutuamente paradoxais. Como? Em primeiro lugar, exige-se que o julgador seja apenas a “boca da lei” e reproduza aquilo que foi determinado pelo legislador. Esta exigência está embasada na crença da completude do sistema e *coage* o julgador. Em segundo lugar, contudo, proíbe-se a denegação de justiça (proibição do *non liquet*). Ao ter que decidir tudo, é evidente que o julgador terá que criar direito, pois, como se sabe, é impossível que todos os tipos de caso

---

<sup>399</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad.: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 19.

<sup>400</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

sejam regulados expressamente pelo legislador. Assim, a coação se transforma em *liberdade*<sup>401</sup>.

Como afirma o autor “a obrigação de decidir – imposta pela lei ao sistema jurídico – permite observar que decidir é escolher entre alternativas. Isso não é reconhecer direitos: é criar direitos”. Desta forma, “como toda decisão, a sentença pressupõe sempre um passado e um futuro. Decidir é pensar nas consequências. Mas o futuro é uma incógnita e contingência”. Assim, o “recurso ao passado serve como ilusão de que a decisão tenha um critério unívoco, predeterminado e certo. Se assim fosse, não seria decisão. Não haveria alternativa a ser escolhida. O paradoxo da decisão judicial e do sistema jurídico é esse: como decidir quando as normas válidas não permitem decisões unívocas?”<sup>402</sup>.

Resta claro, portanto, que o simplismo do positivismo primitivo e a ideia clássica da separação dos poderes e sua exigência ao Poder Judiciário não conseguem dar conta do que realmente acontece no momento decisório. Justamente pela possibilidade de liberdade causada pelas exigências do próprio sistema jurídico é necessário que se dê maior atenção ao controle racional da decisão judicial.

Jean Clam vai afirmar que esta constatação da teoria dos sistemas nos leva, necessariamente, a outra: no que diz respeito ao sistema jurídico, o Poder Judiciário é o seu centro e a legislação sua periferia. Por quê? Ora, diferentemente do legislador, que não está obrigado a legislar, e do particular que não está obrigado a contratar, o Judiciário é obrigado a decidir. Desta forma, ele é obrigado a fechar o sistema e é responsável por garantir, em última instância, a sua autonomia operacional. É o Judiciário, inclusive, que tem a competência de dizer quando há e quando não há uma divergência entre sua atuação e o que é disposto na legislação<sup>403</sup>.

Embora não se adote como referencial, neste estudo, a teoria dos sistemas autopoieticos, parece que estas duas constatações são válidas, e apontam para preocupações que devem ser levadas em conta. Ambas destacam a importância que o Poder Judiciário assume para o sistema jurídico e sob que condições é possível pensar a decisão judicial. Não é possível, parece, adotar a constatação do realismo jurídico, que afirma que o Direito é aquilo que o juiz diz que é. Contudo, é inegável que o caráter paradoxal que existe entre a legislação

---

<sup>401</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

<sup>402</sup> Ibid., p. 162-163.

<sup>403</sup> CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Trad.: Caroline Graeff. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 117-119.

e a jurisdição<sup>404</sup> aponta para uma tônica da atuação da segunda e, atrelado à necessária liberdade exigida pela proibição de denegação de justiça, exige uma preocupação com o momento decisório.

A centralidade do Poder Judiciário no sistema jurídico não pode, contudo, ser vista de forma equivocada. Ao se afirmar que juízes e tribunais são o centro do sistema jurídico, não se quer dizer que eles tudo podem, nem que são os exclusivos responsáveis pelo direcionamento do sistema ou, muito menos, os detentores das rédeas do destino da sociedade.

Como se vem defendendo<sup>405</sup>, a expansão significativa que se pode observar na relevância do Judiciário no Brasil, expansão esta a que se atribui o rótulo de ativismo judicial, é consequência de uma concepção equivocada do seu papel e, principalmente, da ausência de um rigor maior para com a racionalidade exigida no processo decisório. A identificação do ativismo judicial passa, prioritariamente, não por uma atitude de interferência do Judiciário em áreas tradicionalmente deixadas aos poderes representativos, mas sim pelo *modo*, pelo *como*, essa interferência ocorre. Ou seja, o ativismo judicial é caracterizado por uma forma inadequada/equivocada de se lidar com a inevitabilidade da criatividade<sup>406</sup> da atuação judicial<sup>407</sup>. Ele (o ativismo) encontra-se relacionado a um caráter não democrático e, por isso, não legítimo da “carga criativa que se encontra em todas as manifestações de *criação e aplicação do direito*”<sup>408</sup>.

Há um espaço para que a criatividade inerente à compreensão e aplicação do direito seja epistemicamente controlada. Não estar atento a esta possibilidade ou não buscar os

<sup>404</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 295. Falando especificamente do paradoxo da decisão em matéria constitucional: “a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional”.

<sup>405</sup> SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.8, n.1, p. 590-622, 1º quadrimestre de 2013; SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 7, jul.-dez. 2012, p. 182-221.

<sup>406</sup> Cf. CUNHA JUNIOR, Dirley da. Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; CALMON DANTAS, Miguel (Coord.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 39-60.

<sup>407</sup> Fundamental, nesse sentido, a advertência de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 142-143: “há de ser ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). [...] Portanto, todas as formas de decisionismos e discricionariedades devem ser afastadas”.

<sup>408</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 180.

parâmetros para este controle acarreta na abertura para que a criatividade se transforme em discricionariedade<sup>409</sup> e, conseqüentemente, a existência de múltiplas respostas igualmente corretas. Perguntar sobre as possibilidades do controle da decisão judicial, portanto, é perguntar sobre a forma legítima de atuação do Poder Judiciário e a preservação da autonomia da ordem jurídica. Como afirma Lenio Streck, “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*”.<sup>410</sup> Evidentemente, essas possibilidades de controle precisam recorrer a algum padrão de racionalidade.

Esta constatação é diretamente relevante para as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Como se afirmou acima, um modelo de racionalidade e mecanismos sistêmicos e pragmáticos são essenciais para o funcionamento das interações. Pode-se acrescentar, agora, que a ausência destas exigências constitui a perda da autonomia da ordem jurídica que se abre. O prejuízo à democracia é agravado, pois corre-se o risco de se recair, ainda que não intencionalmente, em um modelo de convergência, harmonização ou submissão.

A inserção no movimento teórico-ideológico chamado neoconstitucionalismo<sup>411</sup> fez surgir no Brasil<sup>412</sup> uma série de propostas que visavam, ao mesmo tempo, superar o positivismo jurídico, fornecer mecanismos mais adequados para a concretização judicial da constituição e construir mecanismos de racionalidade aptos a auxiliar no controle da atividade

---

<sup>409</sup> Discricionariedade, para os fins do presente argumento, é entendida no sentido kelseniano explanado no item anterior, ou seja, um ato de vontade incontrolável racionalmente.

<sup>410</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87 (destaque do original).

<sup>411</sup> Sobre o núcleo do neoconstitucionalismo SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 131-132: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”. Em sentido próximo SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233-234: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário”.

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 247-249. Segundo o autor, a inserção do Brasil no neoconstitucionalismo se dá em dois momentos: o primeiro está relacionado com o surgimento do constitucionalismo da efetividade; o segundo envolve a difusão das obras de Paulo Bonavides e Eros Grau. Além disso, foi de fundamental importância o avanço dos programas de Pós-Graduação em Direito.

do julgador. Dentre estes mecanismos estão: a Tópica de Theodor Viehweg<sup>413</sup> e seus desenvolvimentos<sup>414</sup>; a assim chamada (Nova) Hermenêutica Constitucional<sup>415</sup>, formada pela união do catálogo de métodos de interpretação constitucional desenvolvido por Ernst-Wolfgang Böckenförd (hermenêutico-clássico, tópico-problemático, científico-espiritual, hermenêutico-concretizador e normativo-estruturante)<sup>416</sup> e pelos princípios de interpretação constitucional elencados por Konrad Hesse (unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, concordância prática, conformidade funcional, força normativa da constituição)<sup>417</sup>; a fórmula de sopesamento entre princípios constitucionais recepcionada, principalmente, na forma desenvolvida por Robert Alexy<sup>418</sup>; a Nova Retórica de Chaïm Perelman<sup>419</sup> e; as teorias da argumentação jurídica de Neil MacCormick<sup>420</sup> e Robert Alexy<sup>421</sup>.

A real capacidade de cada uma dessas diversas matrizes teóricas e seus respectivos mecanismos de racionalidade de controlar a decisão judicial transcende os limites do presente estudo. A questão aqui é averiguar a potencialidade delas para lidar com o funcionamento e fundamento das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Antes, de tudo, porém, deve-se ter em mente que nenhuma dessas matrizes teóricas estava atenta, a princípio, às interações. Ainda que se possa desenvolver mecanismos aptos a lidar com elas a partir dessas matrizes, suas preocupações originais não se direcionavam aos problemas levantados pelos diálogos entre jurisdições a nível transnacional.

O pensamento tópico traz uma contribuição muito reduzida para o tema. De fato, como se afirmou acima, o elo entre as jurisdições que venham a interagir deve ser o caso

---

<sup>413</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5.ed. Trad.: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

<sup>414</sup> Por todos, vide MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, principalmente p. 243 e ss.

<sup>415</sup> Amplamente adotada pelos constitucionalistas brasileiros. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147-179; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 207-223.

<sup>416</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica. In *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad.: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 13-43.

<sup>417</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121-133.

<sup>418</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85-179. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43-56; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, principalmente p.78-84, 91-102 e 173-188.

<sup>419</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad.: Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>420</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Traduzido por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>421</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3.ed. Traduzido por Zilda Hutchunson Schil Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

concreto e não o texto normativo. Neste sentido, a Tópica aponta para o lugar correto. Contudo, sua utilização é tão reduzida quanto o é na atividade judicial comum. Sua baixa capacidade se apontar para as formas como o sistema funciona ou deve funcionar não contribui positivamente para o funcionamento das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Além disso, não parece haver uma forma, a partir do pensamento tópico, de se preservar a identidade do sistema ao mesmo tempo em que possibilita a abertura para o diálogo com a alteridade.

A fórmula de sopesamento, além das várias críticas que recebe no seu funcionamento comum, também não parece ser um mecanismo adequado para a temática em questão. O que estaria sendo sopesado? A possível utilização do sopesamento só poderia vir após as questões envolvendo a interação tivessem sido resolvidas. O real papel das interações judiciais envolve o preenchimento reflexivo e significativo dos preceitos normativos<sup>422</sup>.

A racionalidade procedimental-discursiva levantada pelas teorias da argumentação jurídica parece, a princípio, uma possível saída. Afinal, são matrizes abertamente preocupadas com o diálogo e com a limitação da atividade do julgador (ao menos as teorias normativas de MacCormick e Alexy), através do respeito ao procedimento argumentativo. Entretanto, essas teorias não deixam claro como se poderia articular identidade e alteridade. A proposta de enxergar o precedente transnacional como um ônus/dever argumentativo (Virgílio Afonso da Silva) a mais para o julgador é estimulante, mas, como afirmado acima, insuficiente<sup>423-424</sup>.

Os contributos da (Nova) Hermenêutica Constitucional devem ser analisados de forma apartada. Em relação aos métodos de interpretação, se pode levantar o problema da compatibilidade recíproca entre eles no seu funcionamento comum. Para as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, tal como nos demais esquemas de racionalidade, não parece haver uma forma de compatibilizar a tensão entre identidade e alteridade na relação dialógica que se estabelece.

Por outro lado, os princípios de interpretação constitucional podem, de fato, contribuir positivamente para o funcionamento das interações. Para tanto, contudo, devem ser vistos de forma adequada: mecanismos reflexivos que ingressam no processo de compreensão/interpretação/aplicação da norma constitucional<sup>425</sup>. É equivocada a ideia de se

---

<sup>422</sup> Para uma crítica à utilização do sopesamento “otimizante” nas interações judiciais transnacionais em matéria constitucional cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 273-275.

<sup>423</sup> Cf. supra 3.2.

<sup>424</sup> Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 157-160.

<sup>425</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 191: “Os princípios, por sua vez, são postulados construídos no

colocar as interações como mais um dos princípios constitucionais, como sugerido por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, pelos motivos supramencionados<sup>426</sup>. Além disso, é preciso ter em mente que tais princípios não foram pensados tendo em vista a transnacionalização do constitucionalismo e da atuação judicial. Eles precisam, como corretamente identificado por Manoel Jorge e Silva Neto, sofrer uma adaptação (tratando especificamente do transconstitucionalismo de Marcelo Neves): “[s]e a ideia é de entrelaçamento de ordens jurídicas distintas, é inegável reconhecer que será diferente a interpretação da constituição no transconstitucionalismo. Conseqüentemente, a aplicação dos princípios de interpretação constitucional é alterada no transconstitucionalismo”<sup>427</sup>.

A questão que se coloca, portanto, é encontrar um modelo de racionalidade que dê conta das exigências impostas por um fenômeno específico. Este modelo, além de ser coerente e consistente, precisa apontar para (ou pelo menos possibilitar o surgimento de) mecanismos do seu próprio funcionamento. Como a temática em questão perpassa a atuação judicante, parece bastante evidente que tanto o modelo quanto os mecanismos estão envolvidos com a problemática da decisão judicial.

Evidentemente, este estudo não possui a pretensão de oferecer uma teoria acabada da decisão judicial. Esta, além de ter de lidar com as questões envolvendo as interações judiciais transnacionais, precisa estar diretamente preocupada com o direito interno. Ou seja, uma teoria da decisão judicial acabada precisa conectar duas realidades simultâneas: a ordem jurídica interna, sua identidade e coerência, e a interação desta ordem com outras ordens a partir dos precedentes transnacionais. O que se pretende aqui é apontar as condições para se lidar com essa segunda realidade.

Não obstante, como ficou claro acima, o presente estudo não se coaduna com a defesa da inevitabilidade da discricionariedade em sentido kelseniano no momento decisório.

---

âmbito de determinadas concepções teóricas acerca da Constituição. Devem ser analisados no contexto das respectivas *teorias da constituição* e utilizados como princípios doutrinários que permitem compreender as pretensões de racionalidade vinculadas ao acontecer do sentido constitucional, e não como técnicas que levam ao sentido da norma constitucional”.

<sup>426</sup> Cf. supra 3.2

<sup>427</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181: “O princípio da unidade se modifica para impedir o aparecimento de contradições não apenas entre normas constitucionais, mas também entre estas e enunciados normativos de outra ordem jurídica, ou mesmo entre estas e práticas consolidadas em comunidades regidas por sistemas não institucionalizados (índios, por exemplo). O princípio da máxima efetividade, por sua vez, não se limitará à extração do máximo de efeito da norma constitucional estatal, mas determinará o encontro da solução que mais *efetive* o direito humano ou fundamental, esteja onde estiver. Já o princípio da interpretação conforme a constituição cede espaço para a interpretação conforme o *direito justo*. Finalmente, o princípio da proporcionalidade impõe realizar a ponderação entre *normas-princípio* consagradas por diferentes ordenamentos, ou mesmo entre uma ordem jurídica e convenções e/ou práticas consolidadas em sistemas não institucionalizados” (destaques do original).

Uma teoria da decisão deve guiar o julgador para a resposta correta ou, ao menos, da melhor resposta possível<sup>428</sup>. “Resposta correta” deve ser entendida, aqui, não como a única resposta correta para um determinado caso ou para a interpretação de um determinado dispositivo. Ela deve ser vista como uma metáfora, “motor imóvel que nos empurra para o acerto”<sup>429</sup>. Embora nunca se vá saber, categoricamente, que se acertou, visar o acerto e entendê-lo como possível é um guia superior à ideia de ausência de racionalidade possível na decisão judicial ou à possibilidade de duas respostas diametralmente opostas e igualmente válidas.

Tendo estas premissas em mente, faz-se necessário buscar modelos de racionalidade aptos para cumprir os objetivos. No tópico seguinte (4.3) será examinada a racionalidade transversal, desenvolvida por Wolfgang Welsh e reconstruída por Marcelo Neves, para fundamentar sua tese sobre o transconstitucionalismo. Na sequência (tópico 4.4), passa-se a examinar uma forma de racionalidade atrelada à tradição hermenêutica filosófica, mas que aponta para formas heterorreflexivas e dialógicas de interpretação.

#### 4.3 RACIONALIDADE TRANSVERSAL E DUPLA CONTINGÊNCIA: WOLFGANG WELSH E MARCELO NEVES

Afirmou-se no capítulo anterior que Marcelo Neves se vale da razão transversal para fundamentar as relações transconstitucionais entre ordens jurídicas a partir dos juízes e tribunais destas ordens. Dada a importância da contribuição do autor para a temática e o fato de ser o único dos autores investigados que propõe detalhadamente uma fundamentação para o fenômeno, faz-se relevante expor o que é a razão transversal.

Razão transversal é um conceito desenvolvido por Wolfgang Welsh voltado para dar conta da racionalidade em tempos de pluralismo e heterogeneidade<sup>430</sup>. Para o autor, estas duas realidades apontam para o fato de que não pode existir um discurso superior, supraordenado, capaz de se impor sobre os outros, sob pena de corromper e destruir a própria heterogeneidade e o pluralismo. Não obstante, Welsh nega a premissa pós-moderna de que é impossível falar

<sup>428</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 345-356 (diferencia a ideia de resposta correta da ideia de única resposta) e 387-294 (afirma ser a resposta correta uma metáfora orientadora).

<sup>429</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 272.

<sup>430</sup> WELSCH, Wolfgang. *Reason and transition: on the concept of transversal reason*. p. 1-32 Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/reasTrans.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012; WELSCH, Wolfgang. *Rationality and reason today*. p. 1-16. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

em um metadiscorso conciliador e orientador de discursos particulares. Este metadiscorso seria, para ele, a razão transversal<sup>431</sup>.

A marca da razão transversal é a transição. Ela não tem um *status* de impor ordens, mas de fazer transições entre as racionalidades particulares. A razão transversal não trabalha com a verticalidade, mas com a horizontalidade; não trabalha com estática, mas com dinâmica; não se caracteriza como uma racionalidade particular, mas como uma promotora de entrelaçamentos entre racionalidades particulares. Por ser um metadiscorso vazio de conteúdo, a razão transversal não é opressora, mas libertadora. Os metadiscursos anteriores a ela eram, na verdade, discursos particulares (com conteúdo, pois) travestidos de metadiscursos. A razão transversal é o único metadiscorso legítimo<sup>432</sup>.

O conceito construído por Welsch afirma, prescritivamente, que existem formas de vida, discursos e meios de orientação diversos que não devem ser desacreditados ou impositivamente unidos em nome de um supermodelo. Este supermodelo seria, em verdade, um modelo parcial opressor de alguma dos modelos parciais anteriores. A razão transversal, portanto, atuaria como “justiça sem consenso conteudístico”. É uma razão formal colocada entre racionalidades que afirma que, no nível do conteúdo, não há consenso entre elas. Na atualidade, para o autor, deve-se partir da assunção de que a razão não é promotora de um consenso final, mas da articulação de dissensos inconciliáveis sobre o conteúdo. Desta forma, a razão transversal deve atuar de forma a impedir majorações, cooptações e imposições entre as racionalidades particulares, ao mesmo tempo em que permite intercâmbios entre elas. Sua função, ao fim e ao cabo, é garantir a sobrevivência da pluralidade e da heterogeneidade<sup>433</sup>.

Não obstante o refinamento deste modelo teórico, Marcelo Neves vai asseverar que ele precisa ser reconstruído ou, no mínimo, adaptado. Para o autor, apesar de Wolfgang Welsch enfatizar o caráter formal e vazio de conteúdo, uma metanarrativa desvinculada de narrativas particulares, a racionalidade transversal na forma proposta é discutível no cenário contemporâneo. Tendo em vista a diversidade de leituras, pretensões e expectativas presentes na sociedade transnacionalizada atual, “a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo

---

<sup>431</sup> WELSCH, Wolfgang. *Reason and transition: on the concept of transversal reason*. p. 1-2 Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/reasTrans.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012. WELSCH, Wolfgang. *Rationality and reason today*. p. 2-9. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

<sup>432</sup> WELSCH, Wolfgang. *Reason and transition: on the concept of transversal reason*. p. 23-29 Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/reasTrans.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012. WELSCH, Wolfgang. *Rationality and reason today*. p. 9-16. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

<sup>433</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 39-40.

metadiscursos torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicação”<sup>434</sup>. Desta forma, o autor pernambucano vai propor a ideia de racionalidades transversais parciais.

Inspiradas pelos acoplamentos estruturais luhmannianos<sup>435</sup>, as racionalidades transversais parciais se desenvolvem entre âmbitos de comunicação distintos (direito e política; direito e economia; economia e política), servindo como “mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos”. As racionalidades transversais parciais, estruturalmente vinculadas a cada racionalidade particular em confronto, servem à relação construtiva entre estas, possibilitando “pontes de transição” específicas<sup>436</sup>. A partir desta reconstrução/adaptação ou autor traça um esboço de método do transconstitucionalismo, algo que, para ele, é essencial<sup>437</sup>.

O método do transconstitucionalismo tem como ponto de partida a constatação da dupla contingência. Segundo este conceito da teoria dos sistemas, a relação de observação recíproca entre *ego* e *alter* é marcada pela incerteza do comportamento e da ação de um para com outro. Um dos polos da observação sabe que não tem como prever, com certeza, o comportamento do outro. Esta descrição é válida, tanto para sujeitos concretos, como para sistemas sociais funcionalmente diferenciados, como o direito. Uma ordem jurídica determinada não sabe, com certeza, como outra ordem vai se comportar diante de determinada situação. A dupla contingência implica, assim, um espaço de liberdade que um reconhece ao outro. Disto se constata que *ego* enxerga *alter* como um *alter ego*<sup>438</sup>.

Ora, tal constatação implicaria, a princípio, reconhecimento. Contudo, pode ocorrer de um dos polos não reconhecer a liberdade de determinação do outro, sua identidade. Neste caso, a possibilidade de ação alternativa, realizada pelo outro, deixa de ser uma possibilidade de ação para o primeiro, o que faz com que este afirme, absolutamente, sua identidade. É por isto que Marcelo Neves vai dizer que o método do transconstitucionalismo não pode possibilitar a concentração na identidade cega de um dos polos da comunicação. Ainda que

---

<sup>434</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 42.

<sup>435</sup> Os acoplamentos estruturais são mecanismos que possibilitam vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre diversos sistemas sociais para que estes não se autodestruam. Eles são filtros que excluem certas influências e permitem outras. Os sistemas acoplados estabelecem entre si uma relação simultânea de dependência e independência. Através dos acoplamentos, as estruturas de um sistema passam a ser relevantes para o outro e, mesmo, indispensáveis para sua autorreprodução. Sobre, vide LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad.: Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 128-150; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidade Iberoamericana/Herder, 2005, p. 507-566. NEVES, op. cit., p. 38 e 50-51 afirma que a racionalidade transversal se apresenta como um *plus* aos acoplamentos estruturais, na medida em que ela constitui o entrelaçamento entre mais de dois sistemas sociais.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>437</sup> *Ibid.*, p. 269 e 279: “Antes do que autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método”.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p. 270-271.

cortes e tribunais constitucionais sejam levados, a princípio, a considerar apenas a sua própria ordem, se se está diante de problemas comuns enfrentados por diversas ordens, a *abertura para a alteridade* se impõe. Nestes termos,

é fundamental, no plano da construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da “identidade constitucional” por força de uma consideração permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas operativa, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. Evidentemente, permanece uma incerteza dos resultados, mas só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário<sup>439</sup>.

O entrelaçamento entre as ordens, portanto, está fundado na constatação de que, diante da busca de respostas a problemas comuns, as interações têm a capacidade de causar surpresa, descobertas e mostrar possibilidades normativas. Ao mesmo tempo, assume-se que se está “diante de um futuro aberto, que não pode ser predefinido por nenhuma das ordens entrelaçadas no caso”<sup>440</sup>. Afinal, todo observador possui, necessariamente, um ponto cego, ou seja, há sempre um “algo” que, devido ao local de observação, fica obscurecido. Estas perspectivas, contudo, podem ser clareadas por outro observador, pois este parte de outro local. O transconstitucionalismo promove, assim, a ampliação de perspectivas a partir do contato com o outro<sup>441</sup>.

Por fim, para que a abertura ao outro ocorra e, com isso, se desenvolva o entrelaçamento entre ordens jurídicas, o método do transconstitucionalismo deve ter como ponto de partida do seu funcionamento o(s) problema(s) constitucional(is). A articulação promovida pelos diálogos transconstitucionais deve ter como ponto de estofa o caso problema, e não uma ordem jurídica determinada<sup>442</sup>.

Apesar da contribuição dos dois autores, parece possível ir além na fundamentação e operacionalização das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. No tópico seguinte, procura-se uma base paradigmática sólida para este fenômeno a partir da tradição hermenêutica e, principalmente, dos seus desenvolvimentos contemporâneos. Como se verá, é possível articular identidade e alteridade de forma construtiva sem abrir mão da análise do sujeito responsável pela tomada de decisão.

---

<sup>439</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 272-273.

<sup>440</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p. 297-298.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 275.

#### 4.4 A RACIONALIDADE DAS INTERAÇÕES JUDICIAIS A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: COMPREENSÃO, ALTERIDADE E REFLEXIVIDADE

Conforme referido acima, o presente tópico visa apontar para um modelo paradigmático apto a lidar com - e fundamentar as - interações judiciais transnacionais em matéria constitucional a partir das reflexões sobre a teoria hermenêutica contemporânea e seus mais recentes desenvolvimentos epistemológicos. Fugiria aos limites da presente pesquisa realizar uma ampla descrição sobre o referido paradigma. Desta forma, optou-se por um recorte mais diretamente ligado aos objetivos do estudo.

##### 4.4.1 A tradição hermenêutica: breve síntese

Apesar das inúmeras correntes de pensamento e modificações que sofreu ao longo do tempo é seguro dizer que o motor que impulsiona a(s) teoria(s) hermenêutica(s) sempre esteve ligado à compreensão de algo (tradicionalmente o texto). O problema hermenêutico, portanto, sempre foi um problema de *descobrir* o melhor, mais adequado ou correto significado. Por este motivo, evidentemente, a hermenêutica está ligada à interpretação.

Ligar a hermenêutica à interpretação, contudo, não pode conduzir à irresponsabilidade pós-moderna do relativismo, da ausência de verdade. Como adverte Jean Grondin, a hermenêutica sempre quis ser uma doutrina que apontasse para a verdade no campo da interpretação. É justamente o combate ao subjetivismo que move(u) as teorias hermenêuticas. Desta forma, uma “hermenêutica voltada à arbitrariedade e ao relativismo encarna [...] o mais completo dos contrassensos”<sup>443</sup>.

O arcabouço da tradição hermenêutica pode ser encontrado no mito grego do semideus Hermes. Este semideus está relacionado com a transmutação, ou seja, ao fato de que algo que escapa à inteligência humana se torne compreensível. Segundo o mito, Hermes é o principal mensageiro entre os deuses e os homens. Viaja entre os dois mundos e foi obrigado por seu pai, Zeus, a falar a verdade. Contudo, ao aceitar a ordem, acrescentou que nunca a falaria por inteiro. Para os gregos, Hermes é responsável pela descoberta da linguagem e da escrita<sup>444</sup>.

<sup>443</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 10-11.

<sup>444</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 155-158. No mesmo sentido: SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20006, p. 1-2.

Embora não haja consenso, costuma-se afirmar que o referido mito teria dado surgimento às palavras *hermeneuien* e *hermeneia*. Desta forma, as raízes das palavras estão relacionadas à compreensão de algo que até então não era compreendido, “especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem”<sup>445</sup>. Segundo Richard Palmer, o verbo *hermeneuien* (normalmente traduzido como “interpretar”) pode possuir três orientações distintas: o ato de exprimir algo em voz alta (dizer); o ato de explicar algo; e o ato de traduzir<sup>446</sup>. As duas últimas orientações sem dúvida foram as que mais se sedimentaram no imaginário e no próprio desenvolvimento teórico em torno da hermenêutica. A explicação de significados e a tradução são “funções” eminentemente hermenêuticas.

Isto posto, é possível distinguir, com Jean Grondin, três acepções da hermenêutica. Estas acepções se sucederam no decorrer do tempo, mas possuem entre si relações suficientemente fortes para se afirmar que todas elas são defensáveis como tarefa hermenêutica ainda na atualidade.

A acepção clássica afirma que hermenêutica é a arte de interpretar textos. Por este motivo, está normalmente associada aos ramos do conhecimento mais diretamente preocupados com a compreensão de textos: a teologia (hermenêutica sacra), a filologia (hermenêutica profana) e o direito (hermenêutica jurídica). Nesta fase, a hermenêutica era eminentemente prescritiva: propunha regras de interpretação aptas a apoiar a compreensão de textos obscuros, ambíguos ou chocantes. Possuía, portanto, uma função auxiliar, secundária. Seus preceitos deveriam ser *utilizados* quando houvesse dúvidas quanto ao que o texto dizia<sup>447</sup>. É nesta fase que surge o famoso adágio *in claris cessat interpretatio*<sup>448</sup>.

Em um estágio mais avançado, Friedrich Schleiermacher realiza um esforço pela universalização da hermenêutica a partir da universalização do desentendimento (mal entendido). Dito de outra forma, o autor parte da constatação inversa à predominante até então (compreensão como regra; necessidade da interpretação como exceção) para desenvolver uma hermenêutica geral na tentativa de unificar as hermenêuticas particulares (teológica, filológica e jurídica)<sup>449</sup>.

Conforme afirmado, a hermenêutica até então era entendida como a arte de interpretar e compreender textos obscuros ou duvidosos. O entendimento era o objetivo final

<sup>445</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad.: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 23.

<sup>446</sup> *Ibid.*, p. 24; GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 18 afirma que todas as orientações se relacionam com a transmissão de sentido.

<sup>447</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>448</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 10.

<sup>449</sup> GRONDIN, op. cit., p. 23-24; SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad.: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 25-26.

da tarefa hermenêutica. Com Schleiermacher o próprio entendimento se torna uma tarefa que precisa de uma arte. Isso quer dizer que o desentendimento é comum e, por isso, o entendimento deve ser buscado a todo instante. O papel da hermenêutica é intervir em todos os momentos, desde o começo do empreendimento compreensivo<sup>450</sup>.

Segundo Jean Grondin, a hermenêutica de Schleiermacher pode ser compreendida como uma inversão da retórica. Ora, se todo discurso (escrito ou falado) se baseia em um pensamento anterior, entendimento significa descobrir este pensamento a partir do que foi dito. Desta forma, tem-se a constatação fundamental do autor alemão: o objetivo da hermenêutica é compreender o autor melhor do que ele mesmo<sup>451</sup>.

Para cumprir este objetivo, a hermenêutica precisa ser dividida em duas: a interpretação gramatical e a interpretação psicológica. A primeira trata dos elementos linguísticos de um determinado discurso e é balizada por dois princípios: 1) a determinação do significado deve ser feita a partir da língua compartilhada entre o intérprete e seu objeto; 2) o sentido de um signo deve ser determinado pelo seu contexto. A interpretação psicológica busca determinar o que o autor pensou no momento da expressão e como este pensar se manifesta no texto. Para tanto, esta técnica é dividida em duas: 1) puramente psicológica: busca determinar a decisão seminal do autor (pensamento gerador que motiva o autor). Neste intento, entram na reflexão do intérprete as circunstâncias da decisão do autor e o valor desta decisão no conjunto de sua vida; 2) técnica: busca determinar como a decisão seminal determina a composição do texto<sup>452</sup>.

Por fim, cabe fazer referência a um importante desenvolvimento da hermenêutica de Schleiermacher: o círculo do todo e das partes ou círculo hermenêutico. Segundo este teorema fundamental da hermenêutica, adaptado da tradição retórica, a compreensão do todo só pode se dar a partir das partes, mas as partes só podem ser compreendidas a partir do todo. O autor sistematiza o funcionamento deste teorema afirmando que, com um conhecimento devido da língua do texto objeto deve-se realizar uma primeira leitura superficial da obra para se ter uma ideia do todo. Uma segunda leitura se dedicaria às partes e, em consequência, o melhor entendimento do todo<sup>453</sup>. Além disso, uma obra deve ser entendida a partir de seu gênero e o autor a partir de sua história de vida<sup>454</sup>.

---

<sup>450</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 27; SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad.: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 30: “A prática hermenêutica estrita pressupõe que mal-entendidos ocorrem normalmente, por isso a interpretação é sempre necessária”.

<sup>451</sup> GRONDIN, op. cit., p. 24-25; SCHMIDT, op. cit., p. 30.

<sup>452</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 32-40.

<sup>453</sup> SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad.: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 30-32.

<sup>454</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 30-31.

Depois de Schleiermacher, o outro grande salto da tradição hermenêutica é dado com Wilhelm Dilthey. A partir deste autor, é possível estabelecer uma segunda acepção da tarefa hermenêutica. A hermenêutica agora passará a ser compreendida como a “*reflexão metodológica sobre a pretensão de verdade e o estatuto científico das ciências humanas*”<sup>455</sup>. Com o desenvolvimento das ciências exatas no século XIX, as ciências humanas passam a ser pressionadas para apresentar um mecanismo próprio de cientificidade, papel este que, para Dilthey, deve ser realizado pela hermenêutica já que esta trata das regras de entendimento<sup>456</sup>.

O ponto de partida do autor é a distinção entre *explicar (Erklären)* e *entender (Verstehen)*. As ciências naturais procuram explicar um determinado fenômeno a partir de determinadas hipóteses. As ciências humanas, por outro lado, buscam entender uma individualidade histórica manifestada por registros escritos. Assim, a metodologia hermenêutica das ciências humanas é uma metodologia voltada para o entendimento/compreensão<sup>457</sup>.

A individualidade a que se refere o autor corresponde ao interior de determinado autor. A compreensão guiada pela metodologia hermenêutica, portanto, tem por objetivo compreender este interior com o auxílio dos sinais exteriores. Não é possível acessar o sentimento vivido (*Erlebnis*) do autor diretamente, mas apenas pelas marcas deixadas em um documento. O “processo de entendimento consiste em ‘recriar’ em si o sentimento vivido pelo autor, partindo de suas expressões”<sup>458</sup>. A experiência de vida não é totalmente compreendida e sentida pelo autor enquanto este vive, mas sua marca é deixada nos seus registros. A função da hermenêutica, em Dilthey, é similar à sua função em Schleiermacher: inverter o processo criador guiado pela tríade experiência, expressão, entendimento<sup>459</sup>.

A compreensão contemporânea sobre a hermenêutica é caudatária de uma terceira acepção. Na trilha iniciada por Martin Heidegger e levada a cabo por Hans-Georg Gadamer, a

<sup>455</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 13 (destaque do original).

<sup>456</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7-8: “É [...] com a obra do filósofo Wilhelm Dilthey, que a hermenêutica adquire o estatuto de um modo de conhecimento da vida humana, especialmente apto para apreender a cultura, irredutível em si mesma aos fenômenos naturais [...]. Wilhelm Dilthey começou a vislumbrar na hermenêutica o fundamento para as *Geisteswissenschaften*”. Mais a frente: “O projeto de formular uma metodologia adequada às ciências que se centram na compreensão das expressões humanas – sociais e artísticas – é primeiramente encarado por Dilthey no contexto de uma necessidade de abandonar a perspectiva reducionista e mecanicista das ciências naturais, e de encontrar uma abordagem adequada à plenitude dos fenômenos”.

<sup>457</sup> GRONDIN, op. cit., p. 33 ; SCHMIDT, op. cit., p. 55.

<sup>458</sup> GRONDIN, op. cit., p. 35.

<sup>459</sup> *Ibid.*, p. 35; SCHMIDT, op. cit., p. 55-60. SOARES, op. cit., p. 9: “o texto, enquanto objeto hermenêutico, figura como a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico. A prática interpretativa deve restituir, por assim dizer, a intenção que guiou o agente no momento da tomada de decisão, permitindo alcançar o significado da conduta humana. A riqueza da experiência humana possibilita ao hermeneuta internalizar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior e, portanto, compreendê-la”.

hermenêutica deixa de ser uma técnica específica para a compreensão de textos ou para a operação geral das ciências humanas. Com esses autores, a hermenêutica e a interpretação passam a fazer parte da própria existência do ser humano. A própria filosofia se torna hermenêutica. A interpretação passa a ser, cada vez mais, “uma característica essencial de nossa presença no mundo”<sup>460</sup>. Luiz Rohden afirma ser possível, inclusive, falar em um *hermeneutic turn*: o questionamento metodológico e epistemológico é substituído pelo ontológico. A hermenêutica se volta para as condições de possibilidade qualquer compreensão, entendida agora como um modo de ser do ser humano e não algo derivado de um esforço lógico-matemático. A historicidade e o tempo assumem posição de destaque<sup>461</sup>.

Os itens seguintes procuram encarar alguns dos teoremas, das características e das exigências que este novo marco paradigmático possui. Como ficará claro, é possível fundamentar e colocar em movimento as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional a partir da hermenêutica filosófica e seus desenvolvimentos reflexivos na medida em que ela, ao mesmo tempo em que compreende e explica os limites de qualquer decisão, aponta para a forma como ampliar os horizontes compreensivos a partir da alteridade.

#### **4.4.2 Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer: os teoremas fundamentais da hermenêutica contemporânea**

As reflexões de Martin Heidegger sobre hermenêutica podem ser encontradas antes de sua obra principal, *Ser e tempo*. Nelas já ficava clara a relação que o autor estabelece entre o tema, a ontologia e a faticidade<sup>462</sup>. O foco da presente investigação, contudo, vai ser direcionado para as reflexões posteriores que, apesar de se fazer pouco uso da palavra “hermenêutica”, com ela está diretamente relacionada.

Heidegger é, sem dúvida, um dos principais pensadores do século XX. Sua filosofia possui como fio condutor a pergunta pelo *ser*. Para Heidegger, a tradição filosófica ocidental

---

<sup>460</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 14. SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 32-33: “[A hermenêutica passa a ser associada] não mais a uma perspectiva regionalizada (onde o que relewa é o interesse pelo desvendamento de certo tipo de texto, seja a Bíblia ou as obras da Antiguidade), nem mesmo geral (que, como em Schleiermacher e Dilthey, volta-se para uma teoria artificiosa, ou arte da interpretação, a ser aplicada em qualquer texto), mas sim fundamental, dizendo agora respeito às condições prévias não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana”.

<sup>461</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 65-75.

<sup>462</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ontologia* (hermenêutica da faticidade). Trad.: Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

(metafísica) *entificou* o *ser*, ou seja, transformou um *ser* em um objeto, encobrindo o seu sentido mais originário. A intenção do autor é reconstruir esta tradição e, com isso, colocar a indagação pelo *sentido* de forma que sua manifestação mais originária seja acessível. As reflexões que seguem não poderão abranger toda a complexidade do pensamento heideggeriano, mas pretende explanar suas marcas principais tendo em mente o recorte e o objeto do presente estudo.

Embora seja fato que Heidegger recebe influências de diversos autores e correntes filosóficas<sup>463</sup>, é possível dizer que seu pensamento se insere na tradição da fenomenologia, principalmente a desenvolvida por Edmund Husserl<sup>464</sup>, de quem foi aluno. Segundo Ernildo Stein, a fenomenologia husserliana se ramificou em cinco diferentes correntes: fenomenologia descritiva; fenomenologia transcendental; fenomenologia psicológico-descritiva; fenomenologia dos valores; e fenomenologia hermenêutica<sup>465</sup>. O pensamento de Heidegger transitou pela fenomenologia transcendental, mas foi na hermenêutica que sua maior contribuição é sentida. Nesta última ramificação também é possível colocar o pensamento de Hans-Georg Gadamer.

Como referido, a perquirição da filosofia de Heidegger é com o *ser*, o sentido. O seu método é o método fenomenológico. Fenomenologia, para Heidegger, é “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a si mesmo”<sup>466</sup>. A expressão “fenômeno” assume duas conotações diferentes: o fenômeno em sentido vulgar e fenômeno em sentido fenomenológico. O primeiro se relaciona com o que se mostra e o segundo com o sentido deste. A fenomenologia, portanto, busca descobrir (“desencobrir”) aquilo que pode ficar encoberto em todo fenômeno: o *ser*, o sentido<sup>467</sup>. Assim, a fenomenologia é o mecanismo através do qual qualquer ontologia é possível. Nas palavras de Heidegger “a

<sup>463</sup> STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 19-41: (afirma que o ambiente do surgimento do pensamento de Heidegger inclui o neokantismo, o neoaristotelismo e a neoescolástica e cita como influências autores variados: Kierkegaard, Nietzsche, Dilthey, Bretano, Husserl dentre outros).

<sup>464</sup> Cf. HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 4.ed. Trad.: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006, principalmente p. 143-163.

<sup>465</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 140.

<sup>466</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 65: “O termo ‘fenomenologia’ nem evoca o objeto de suas pesquisas nem caracteriza o seu conteúdo quidativo. A palavra se refere exclusivamente ao modo *como* se de-monstra e se trata *o que* nesta ciência deve ser tratado. Ciência ‘dos’ fenômenos significa: apreender os objetos *de tal maneira* que se deve tratar de tudo qu está em discussão, numa de-monstração e procedimento diretos” (destaques do original).

<sup>467</sup> STEIN, op. cit., 2011, p. 54-55: “Fenômeno, no sentido fenomenológico não é o que se dá à experiência, mas que a constitui como fundamento. A fenomenologia não terá, portanto, a função de descrever o que se manifesta, mas de desvelar aquilo que por si vem oculto”.

*ontologia só é possível como fenomenologia*<sup>468</sup>. Daqui já se pode extrair uma das categorias mais relevantes do pensamento heideggeriano e que será analisada na sequência: a diferença entre ente e ser.

O método fenomenológico não constrói sentidos, “apenas potencializa o acontecer daquilo que já se pode mostrar”<sup>469</sup>. Desta forma, a primeira tarefa da fenomenologia hermenêutica é se voltar para aquele ente que tem como peculiaridade a compreensão do ser: o ser humano<sup>470</sup>. Heidegger realiza este esforço naquilo que ficou conhecido como analítica existencial<sup>471</sup>.

Isto posto, é necessário, agora, tratar dos dois teoremas fundamentais da filosofia heideggeriana: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico.

Falar em diferença ontológica é fala da diferença entre o *ente* e o *ser*. Como já se afirmou, o fio condutor da filosofia heideggeriana é a pergunta pelo *ser*. A metafísica ocidental teria entificado (objetivado) o *ser* justamente por não ter percebido esta diferença<sup>472</sup>. A compreensão do ser, portanto, não é algo que se deva fazer perscrutando a “essência objetiva de um objeto”. Dito em linguagem heideggeriana o *ser* do ente não pode, ele mesmo, ser visto como um ente<sup>473</sup>. O *ser* não é um objeto a ser dissecado. Esta diferença basilar vai repercutir em diversos momentos do pensamento de Heidegger, como ficará claro nas linhas que seguem.

Ficou demonstrado acima que a noção de círculo hermenêutico já faz parte da tradição hermenêutica. Na filosofia heideggeriana este teorema é aprimorado, ou seja, não indica apenas a relação complementar e dialética entre parte e todo. Em Heidegger, a

<sup>468</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 66.

<sup>469</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 64.

<sup>470</sup> HEIDEGGER, op. cit., p. 70: “A questão sobre o sentido do ser é a mais universal e a mais vazia; entretanto, ela abriga igualmente a possibilidade de sua mais aguda singularização em cada pre-sença. É necessário um fio condutor concreto a fim de se obter o conceito fundamental de ‘ser’ e de se delinear a conceituação ontológica por ele exigida, bem como suas derivações necessárias. A universalidade do conceito de ser não contradiz a ‘especialidade’ da investigação, qual seja, a de encaminhar-se, seguindo a interpretação especial de um ente determinado, a pre-sença. É na pre-sença que se há de encontrar o horizonte para a compreensão e possível interpretação do ser. Em si mesma, porém, a pre-sença é ‘histórica’, de maneira que o esclarecimento ontológico próprio deste ente torna-se sempre e necessariamente uma interpretação ‘referida a fatos históricos’”. A palavra *Dasein*, que se refere ao ser humano, é traduzida pela obra citada como “pre-sença”. A tradução mais comum, e que será utilizada na sequência, é *ser-aí*.

<sup>471</sup> STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 59-76.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p. 143: “Nesta interrogação [sobre o ser] Heidegger se movimenta na diferença ontológica. Diferença esquecida na metafísica, mas contendo a essência da metafísica. esta sempre pensou o ser ligado ao ente. O ser como lugar da emergência do ser dos entes subtraiu-se à interrogação metafísica. assim ela tematiza aquilo que não conhece as raízes: o diferente, o ser do ente”.

<sup>473</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 275-276.

circularidade hermenêutica está ligada ao problema da compreensão. A compreensão é um modo de ser do *Dasein*<sup>474</sup>. É, portanto, um existencial. Quando compreende o *Dasein* compreende a si mesmo. Desta forma, por melhor que se estruture analiticamente a compreensão ela nunca poderá ser guiada no sentido de construção de sentidos. Os “métodos” científicos modernos, portanto, não guiam a compreensão. A fenomenologia pode, no máximo, aprimorar os potenciais compreensivos e impedir, ao demonstrar o seu funcionamento, encobrimentos e alienações inadequadas à compreensão plena<sup>475</sup>. E como se dá, então, a circularidade?

A circularidade ocorre entre *ser* e outro *ser*, entre *sentido* e outro *sentido* (pressupõe-se, portanto, a diferença ontológica). O ser-aí já carrega consigo o sentido que se manifesta quando em contato com o ente. Só se compreende, pois já existe uma estrutura compreensiva prévia<sup>476</sup>. Assim a circularidade ocorre entre um sentido desvelado já carregado e outro sentido, também já carregado, desvelado no contato com outro ente ou, dito de outra forma, “entre um *ser* que se projeta como o todo e um novo *ser* que acontece com uma parte que se mostra posteriormente, viabilizando novos projetos. Só compreendemos a parte porque já a pressupomos em um projeto totalizante”<sup>477</sup>. A circularidade hermenêutica se dá, portanto, entre compreensões.

A compreensão, portanto, se dá de forma circular. Seria possível, então, perguntar: como sair deste círculo? Para Heidegger esta pergunta já é equivocada. Querer sair do círculo hermenêutico é querer acessar um conhecimento totalmente objetivo, independente das antecipações de sentido e, assim, independente da forma de ser do ser humano. Como isto é impossível, Heidegger vai afirmar que o “decisivo não é sair do círculo, mas entrar no círculo de modo adequado”. Entrar de forma correta no círculo hermenêutico significa não se deixar guiar pela “posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e ‘chutes’”<sup>478</sup>. De forma sintética é possível dizer que este teorema alerta para as limitações

---

<sup>474</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 200: “Compreender é o ser existencial do próprio poder-ser [do *Dasein*] de tal maneira que, em si mesmo, esse ser se abre e mostra a quantas anda seu próprio ser” (destaque do original).

<sup>475</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69-70.

<sup>476</sup> STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 247: “O sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão, portanto, da estrutura do ser-aí, enquanto aquela é seu existencial”. E mais a frente: “pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, nós já sempre levamos conosco o sentido que buscamos. Disso resulta o círculo da compreensão ou o círculo hermenêutico”.

<sup>477</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 70.

<sup>478</sup> HEIDEGGER, op. cit., p. 210.

compreensivas do ser humano e sinaliza a maneira mais adequada de se lidar com o incontrolável.

Através do que Heidegger chama de interpretação, a compreensão pode ser mais bem elaborada e, no limite, reelaborada. Para Heidegger, interpretação não é algo que precise ocorrer para que a compreensão se dê de forma adequada. Ao contrário, a interpretação é a elaboração de formas alternativas da compreensão que se desvela no ser-aí quando em contato com o ente. É a exploração das possibilidades projetadas no ser aí<sup>479-480</sup>.

Estas reflexões são especialmente relevantes para os objetivos do presente estudo. Através delas fica claro que qualquer atribuição de sentido (jurídico) só é possível pois ele já é compreendido e levado à tona por uma compreensão que já existe no sujeito responsável para tanto. Isto demonstra a finitude ínsita ao decidir. Por outro lado, não se está condenado à pura “subjetividade” imediata, pois os projetos compreensivos podem ser revisitados e aprimorados pela interpretação. Para avançar nessas reflexões e entender como isso se relaciona com a alteridade é preciso investigar alguns aspectos da hermenêutica filosófica gadameriana.

O projeto de Hans-Georg Gadamer com sua obra principal, *Verdade e método*, é rearticular o papel da hermenêutica no funcionamento das ciências humanas. Desta forma, o autor reintroduz uma questão já levantada por Dilthey, mas o faz a partir das descobertas e avanços realizados por Heidegger. A justificação da experiência de verdade nas ciências humanas é o propósito fundamental de Gadamer<sup>481</sup>. Tal qual Heidegger fez com a metafísica ocidental como um todo, Gadamer realiza uma desconstrução da metodologia moderna das ciências humanas. O autor não desenvolve este propósito apontando para métodos seguros de interpretação, mas investigando “o que acontece além do nosso querer e fazer”<sup>482-483</sup>. Para

---

<sup>479</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte I. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 204: “Na compreensão, [o *Dasein*] projeta seu ser para as possibilidades. Esse *ser para possibilidades*, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre [o *Dasein*] as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de *interpretação* essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”.

<sup>480</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 71: “o fenômeno enquanto aquilo que se mostra só é compreendido porque o *Dasein* se antecipa na compreensão de seu todo e, partindo de elementos particulares que se mostram posteriormente, pode reformular o projeto até o ponto culminante de uma nova compreensão. Os novos projetos não são viabilizados pela revisão pura e simplesmente, mas por novos desvelamentos que nela podem surgir”.

<sup>481</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012, p. 63.

<sup>482</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad.: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 14.

tanto, é guiado pelo que chama de “problema hermenêutico”, ou seja, o problema da compreensão<sup>484</sup>.

O caráter não metódico da proposta gadameriana ou, dito de outra forma, o fato de não haver uma prescrição metodológica nas reflexões de Gadamer, não deve levar à conclusão de que o autor favorece o subjetivismo, a arbitrariedade da interpretação ou é adepto do relativismo<sup>485</sup>. Na contraposição entre *verdade* e *método*, o *método* deve ser entendido como método das ciências modernas de tradição cartesiana<sup>486</sup>. O esforço gadameriano é denunciar a impossibilidade constitutiva de sentido desses métodos<sup>487</sup>.

Gadamer extrai das reflexões sobre a estrutura prévia da compreensão e a circularidade hermenêutica desenvolvidos por Heidegger o ponto de partida para uma de suas principais contribuições, ao menos para os limites da presente investigação. O autor incorpora as duas teses, mas o faz adaptando-as. Como o seu projeto não envolve diretamente uma questão ontológica, mas, antes, uma problemática metodológica das ciências humanas (*ciências do espírito*), sua hermenêutica está voltada para a historicidade da compreensão. A questão da finitude, ínsita à questão da estrutura prévia da compreensão, é enfrentada a partir de uma perspectiva voltada para as condições da metodologia nas ciências humanas<sup>488</sup>.

O problema da saída/entrada correta no círculo hermenêutico assume um caráter especialmente relevante para Gadamer, pois o autor está preocupado com a possibilidade de cientificidade nas ciências humanas. Tal qual faz Heidegger, Gadamer afirma que a questão não é sair do círculo da compreensão o que, como se viu, é impossível pela própria natureza

<sup>483</sup> Ibid., p. 31-32: “A hermenêutica que se vai desenvolver aqui não é uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas a tentativa de entender o que são na verdade as ciências do espírito, para além de sua autoconsciência metodológica, e o que as liga ao conjunto de nossa experiência de mundo. Ao tomarmos a compreensão como objeto de nossas reflexões, não objetivamos uma teoria da arte de compreender, como o queria a hermenêutica tradicional da filologia e da teologia. Uma tal teoria ignora que, em face da verdade do que nos diz a tradição, o formalismo do saber artificial se arroga uma superioridade que é falsa. Se no que se segue demonstrarmos quanto *acontecer* atua em toda *compreensão* e quão pouco a consciência histórica moderna consegue debilitar as tradições em que nos encontramos, isso não significa baixar as diretrizes para as ciências ou para a prática da vida, mas, sim, o esforço em corrigir uma falsa concepção sobre o que são essas ciências” (destaque do original).

<sup>484</sup> Ibid., p. 32: “o modo como experimentamos uns aos outros, como experimentamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico. Nele não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis; ao contrário, estamos sempre abertos para o mundo”.

<sup>485</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 400-404.

<sup>486</sup> DESCARTES, René. *Discurso do método*. 3.ed. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DESCARTES, René. *Regras para direção do espírito*. Trad.: João Gama. Lisboa: Edições 70, [s.d.]..

<sup>487</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 85-86.

<sup>488</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad.: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 354.

humana. O círculo hermenêutico deve ser visto como um círculo virtuoso e a entrada correta nele depende da necessidade de constante revisitação do que já se compreendeu. Entrar corretamente não é ter controle total dos pré-conceitos, nem muito menos suspendê-los, mas colocá-los em constante revisitação. Uma “consciência metodológica” adequada é aquela que está ciente das suas limitações. As revisitações não excluem o erro, mas aponta para uma resposta mais correta<sup>489</sup>.

Contudo, tendo em vista que a compreensão sempre está pautada pelas pré-compreensões, como evitar que uma determinada resposta/decisão não seja fruto da pura subjetividade ou mesmo arbitrariedade? Gadamer, ao se inserir na tradição iniciada por Heidegger, vai afirmar que as pré-compreensões estão além da propriedade do indivíduo, não podendo, assim, ser consideradas arbitrarias (ao menos se se possui uma consciência hermenêutica). O autor, entretanto, acrescenta a esta constatação algo novo: a distinção entre preconceitos legítimos e ilegítimos. Ou seja, a questão fundamental da hermenêutica é apontar para os preconceitos que são autênticos e, por isso, adequados para se guiar o projeto compreensivo<sup>490</sup>.

Para cumprir esta tarefa, Gadamer vai reabilitar o conceito de *tradição*. Este conceito, segundo o autor, foi deslegitimado pelo Iluminismo em nome da devoção à razão (racionalismo). A ruptura com a tradição na modernidade ocorreu, pois se entendia que é preciso escolher entre a razão e a autoridade (tradição). Gadamer, contudo, afirma que esta é uma falsa dicotomia, pois nenhuma razão pode pretender superar a historicidade e a finitude daquele que compreende. Desta forma, os preconceitos autênticos devem ser buscados na tradição consolidada. A distância temporal entre o surgimento de uma convicção e o presente desempenharão um papel fundamental para que se ateste a legitimidade do preconceito<sup>491</sup>.

---

<sup>489</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad.: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 356: “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 368: “Se quisermos fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica, a questão epistemológica fundamental, pode ser formulada assim: qual é a base que fundamenta a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda razão crítica?”.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 368-378 e 385-397. De forma resumida cf. GADAMER, Hans-Georg. *Esboços dos fundamentos de uma hermenêutica*. Trad.: Paulo Cesar Duque Estrada. In: GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. 3.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 57-71.

Resta, portanto, o problema de como lidar com o novo. Ou seja, se o passado e a distância temporal são fundamentais para a compreensão adequada, como lidar com algo que surge pela primeira vez? Gadamer inicia sua resposta dizendo que a crítica mais atual nunca estará desvinculada da tradição e dos preconceitos construídos na historicidade. O papel do intérprete é se manter *vigilante e aberto* a este novo. A fusão de horizontes de que fala o autor é justamente a capacidade de ligar o passado com o presente<sup>492</sup>. Esta exigência de uma consciência hermenêutica pode ser aprimorada com estruturas secundárias de compreensão como, por exemplo, o diálogo e a reflexividade a partir do outro.

Para demonstrar como isso é possível dentro do paradigma hermenêutico, contudo, alguns conceitos devem ser explorados. É o que se faz no próximo item.

#### **4.4.3 Dupla estrutura da linguagem, tensão verdade/não verdade e as possibilidades heterorreflexivas na hermenêutica filosófica**

##### *4.4.3.1 Dupla estrutura da linguagem e tensão verdade/não verdade*

A linguagem é, na atualidade, uma das, se não a mais, importante questão da filosofia. Todas as escolas e disciplinas filosóficas contemporâneas se voltam, de uma forma ou de outra, para a linguagem. Teoria do conhecimento, lógica e ética passam a ser repensadas linguisticamente. A própria filosofia, seu papel e seus procedimentos são ressignificados por este fenômeno que ficou conhecido como giro linguístico ou reviravolta linguística (*linguistic turn*). As condições de possibilidade do conhecimento, da correção e da compreensão do mundo passam a ser investigadas a partir da intersubjetividade linguisticamente articulada<sup>493</sup>. Isso significa que a relação deixa de ser sujeito-objeto e passa a ser sujeito-sujeito. A virada linguística é mais evidente e trabalhada na tradição analítica, principalmente após o 2º Wittgenstein<sup>494</sup>. Não obstante, a tradição filosófica continental, na qual se insere a tradição hermenêutica, também se insere nesta nova fase do pensamento filosófico. Como se verá, é a partir da compreensão sobre a linguagem que a hermenêutica contemporânea apontará para as suas possibilidades reflexivas.

<sup>492</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88-89.

<sup>493</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 11-14. O autor realiza, ao longo da obra, um amplo estudo sobre o fenômeno da linguagem na filosofia ocidental e demonstra como e através de quais autores esta “virada” ocorre.

<sup>494</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6.ed. Trad.: Marcus G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

Em Heidegger a linguagem é redimensionada a partir do teorema da diferença ontológica. Tal como existe uma diferença entre *ente* e *ser* existe uma dupla estrutura da linguagem: a linguagem apofântica e a linguagem hermenêutica. A linguagem apofântica se relaciona com a proposição, com o dito, com o texto e, assim, com o *ente*. A linguagem hermenêutica é a linguagem na qual se dá a compreensão do *ser*. A linguagem hermenêutica é o meio universal que é, nas palavras de Heidegger, “a morada do ser”<sup>495</sup>.

Atrelando esta tese ao que se disse acima, é possível concluir que a linguagem dita/escrita (apofântica) já é sempre o resultado de uma compreensão que se deu antes da sua enunciação na linguagem hermenêutica. A linguagem apofântica é sempre uma síntese precária de um fenômeno mais originário (compreensão) que ocorre na, e através da, linguagem hermenêutica. Isto não significa que a linguagem dita/escrita seja irrelevante ou dispensável. Significa apenas que ela não é o fenômeno em sentido fenomenológico, mas sua derivação. Ao se compreender um texto (lei/decisão judicial), por exemplo, estamos compreendendo a síntese precária de um fenômeno mais originário. Isso quer dizer que o se o ponto de partida de uma compreensão for o texto corre-se o risco de a compreensão não refletir o fenômeno que deu origem a este texto<sup>496</sup>.

Em Gadamer a linguagem também assume esta característica de *medium* universal<sup>497</sup> e deixa de ser apenas um instrumento, uma coisa que se interpõe entre sujeito e objeto<sup>498</sup>. Dito de outra forma, as reflexões de Gadamer “se orientam pela ideia de que a linguagem é um meio (*Mitte*) em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária”. Para o autor, assim como para Heidegger, a linguagem não é apenas a manifestação escrita ou falada, cópia de algo dado e fixo, mas um “vir-à-fala, onde se enuncia um todo de sentido”. Desta forma, na esteira de Heidegger, Gadamer vincula a manifestação

---

<sup>495</sup> HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. 2.ed. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005, p. 38. Afirma KUSCH, Martin. *Linguagem como caçulo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Trad.: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 237: “O pronunciamento de Heidegger de que a linguagem é a morada do Ser expressa claramente sua crença na universalidade e na inacessibilidade da semântica. O Ser é a condição transcendental da possibilidade de haver entes para nós; mais precisamente, o Ser é a condição transcendental de possibilidade do descobrimento dos entes na e pela linguagem”.

<sup>496</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 76.

<sup>497</sup> RÖHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 227: “*Medium*, para o que Gadamer se propõe, não deve ser compreendido como meio (*Mittel*) no sentido instrumental – no sentido de nomear, p. ex., para dominar – mas como meio (*Mitte*) no sentido de lugar, espaço, meio-ambiente, circunstância, centro, modo de algo ser e realizar-se”.

<sup>498</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 211-229.

do ser à linguagem e sentença: “[o] *ser que pode ser compreendido é linguagem*”<sup>499</sup>. Há, portanto, uma relação intrínseca entre *ser*, linguagem e hermenêutica: qualquer experiência hermenêutica é uma experiência linguística; toda compreensão do *ser* é compreensão articulada linguisticamente.

Estabelecido o entendimento que a linguagem passa a ter na hermenêutica contemporânea, é preciso agora averiguar como a verdade é tratada por este modelo e como ela se relaciona com a dupla estrutura da linguagem para que se possa demonstrar as possibilidades heterorreflexivas presentes neste paradigma.

A questão sobre a verdade é relativamente recorrente na filosofia heideggeriana. Ela aparece em *Ser e tempo*<sup>500</sup>, nas lições sobre as relações entre filosofia, ciência e visões de mundo<sup>501</sup> e nos escritos posteriores ao que ficou conhecido como *vira-volta*<sup>502</sup> (ou o início de um “Heidegger II<sup>503</sup>”). Apesar dos aprimoramentos, os questionamentos são basicamente os mesmos ao longo do tempo e as respostas estão em direta relação com o restante do seu pensamento, mormente com a compreensão do *ser*, a estrutura prévia da compreensão e a dupla estrutura da linguagem.

Segundo Heidegger, a tradição da filosofia ocidental sempre relacionou verdade e *ser*. A sua filosofia não pretende desfazer esta relação, mas, ao contrário, realizá-la de forma adequada ao todo do seu pensamento sobre o *ser*. Verdade e *ser*, para Heidegger, estão ligados por um nexos fundamental, fazendo da verdade uma problemática ínsita à ontologia fundamental<sup>504</sup>.

A reflexão heideggeriana sobre a verdade se inicia com a desconstrução do conceito tradicional de verdade. Para o autor, este conceito é formado por três teses: o lugar da verdade é a proposição/juízo; a essência da verdade é a concordância entre a proposição e o objeto; e Aristóteles seria o responsável pela criação das duas primeiras teses<sup>505</sup>. A desconstrução, ou *destruktion*, do conceito tradicional de verdade passa, assim, pela desconstrução dessas três

<sup>499</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad. Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 612.

<sup>500</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15.ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 280-300.

<sup>501</sup> HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Trad.: Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 71-87, 111-128 e 159-167.

<sup>502</sup> HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade. In: \_\_\_\_\_. *Ser e verdade*. 2.ed. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 97-271.

<sup>503</sup> Cf. GIACOIA JR. Oswaldo. *Heidegger urgente: introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas, 2013, p. 85-104; STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 77-87; STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 297-390.

<sup>504</sup> HEIDEGGER, op. cit., 2005, p. 280-281.

<sup>505</sup> Ibid., p. 282.

teses, sendo que a desconstrução da terceira será consequência necessária da desconstrução das outras duas<sup>506</sup>. Esta desconstrução tem por objetivo descobrir a essência da verdade, qual o sentido mais originário da verdade e sua diferença para com o conceito tradicional<sup>507</sup>.

A desconstrução da primeira tese e uma reconstrução positiva são feitas por Heidegger a partir da constatação de um má tradução do termo que os gregos, em geral, e Aristóteles, em especial, utilizavam para se referir a “ser verdadeiro”. Literalmente, a expressão grega quer dizer “retirar do ocultamento”, ou *desvelar*. O contrário desta expressão não é “falso”, mas “ocultado”, *velado*. A verdade, portanto, assume um caráter negativo: em um sentido mais originário ela deve ser entendida como *des-velamento*. Há uma tensão entre verdade/não verdade, desvelamento/velamento. A proposição não pode, assim, ser o local da verdade, mas apenas um “mecanismo” para causar o desvelamento, ou seja, ela aponta para algo que deve ser desvelado. Enfim, a proposição aponta para aquilo que pode ser verdadeiro<sup>508</sup>.

A segunda tese do conceito tradicional da verdade é desconstruída imediatamente após a desconstrução da primeira. A tese da concordância só faria sentido se o seguinte procedimento fosse possível: 1º identificação e compreensão da existência substantiva do objeto; 2º identificação e compreensão da existência substantiva da proposição; 3º identificação do acordo entre ambos. Contudo, não é isso o que ocorre. Quando se enuncia algo (“a moeda de um real é redonda”), a proposição já se refere e só faz sentido diante do *ente* que quer fazer ver (a moeda redonda de um real). Não existem, portanto, três tempos. O sentido da proposição é o mesmo sentido do ente para o qual ela aponta. Não se podendo comparar uma coisa com ela mesma, é preciso que se assuma que a proposição não é o lugar da verdade, mas a verdade é que possibilita a proposição<sup>509</sup>. A “relação entre *verdade* e *proposição* decorre, no fundo, da compreensão de um *ente* que foi por esta iluminado”. E esta

<sup>506</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. O Direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e epistemologia: 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 134-135.

<sup>507</sup> HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade. In: \_\_\_\_\_. *Ser e verdade*. 2.ed. Trad.: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 135.

<sup>508</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 119-120.

<sup>509</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 295: “A tese de que o ‘lugar’ genuíno da verdade é o juízo não apenas é erroneamente atribuída a Aristóteles como constitui, no que respeita o seu conteúdo, um desconhecimento da estrutura da verdade. A proposição não é o ‘lugar’ primário da verdade. Ao contrário, a proposição, enquanto modo de apropriação da descoberta e enquanto modo de ser-no-mundo, funda-se no descobrimento ou na *abertura* [do *Dasein*]. A ‘verdade’ mais originária é o ‘lugar’ da proposição e a condição ontológica de possibilidade para que a proposição possa ser verdadeira ou falsa” (destaque do original).

compreensão só é possível graças a uma antecipação de sentido que ocorre no plano hermenêutico<sup>510</sup>.

Fica clara, portanto, as relações entre diversos conceitos fundamentais da filosofia heideggeriana. A proposição não é o lugar da verdade. Ela é um ente que possibilita o acontecer da verdade (desvelamento) que se dá sob a forma do *ser*. Esse acontecer (fenomenológico) não é um esforço intencional guiado para o descobrimento de um sentido objetivado no ente, mas a manifestação de uma compreensão que ocorre devido a um projeto prévio. A verdade, tal como o ser, “ocorre”, na estrutura “dobrada” da linguagem, no “como” hermenêutico. A proposição (ente), por outro lado, se manifesta na linguagem apofântica. Na medida em que “a linguagem é a casa do ser” e “todo ser que pode ser compreendido é linguagem”, Heidegger relaciona uma teoria da ontologia com uma teoria da verdade e as insere no giro linguístico<sup>511-512</sup>.

Afirmou-se que a verdade *acontece* na forma do ser. Mas, o que garante que este *ser* seja o *ser* correto? Esta indagação exige que se jogue luz sobre a tensão verdade/não verdade. Para Heidegger, não existe garantia de que o *ser* que acontece seja o *ser* verdadeiro, pois o lugar da verdade também é o lugar da não verdade<sup>513</sup>. Todo desvelamento carrega em si o potencial de velamento. Por que isto ocorre? Porque o ente que se mostra nunca é o absoluto. O ente sempre está acompanhado de outros entes em uma relação complexa. Ele nunca será visto de forma total nem na plenitude de seu contexto. Se o ente se mostra de forma parcial, o *ser verdadeiro* desvelado também sempre pode ser parcial, *indicando que sempre há algo mais que pode ser visto*. Esta constatação não deve ser entendida como uma “fragilidade da verdade”. Ao contrário, ela é uma consequência inescapável das limitações do ser humano, de sua finitude. Se todo desvelamento do *ser* só ocorre devido a uma compreensão prévia já

<sup>510</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 120-121.

<sup>511</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>512</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 292. KUSCH, Martin. *Linguagem como caçulo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Trad.: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 240: “Como a linguagem [hermenêutica] é um meio universal, no qual e pelo qual vivemos em um mundo descoberto, a verdade como correspondência com um referente não-linguístico deve precisa ser rejeitada. Em vez disso, a verdade é o processo de descobrimento do mundo. E precisamente porque este descobrimento é um processo, ele não pode ser pensado sem uma área do oculto em constante mudança – partes da qual poderiam estar descobertas para uma outra linguagem”.

<sup>513</sup> HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade. In: \_\_\_\_\_. *Ser e verdade*. 2.ed. Trad.: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 196: “não há, nem se dá um puro desencobrimento, mas ao desencobrimento pertence também, simultaneamente, a aparência, vedar e cobrir as coisas, ou, como dizemos também, a *não verdade*. A resposta decisiva é: *a não verdade pertence à essência da verdade*. A não verdade não é simples oposição e contrário, mas, como desencobrimento, a verdade só se enxerta e se lança na não verdade, no debate e na disputa. [...] O sendo deve ser arrancado do encobrimento para a história, deve ser conquistado na luta. Verdade não é posse” (destaque do original).

carregada pelo ser-aí, o projeto compreensivo (antecipação de sentido) sempre estará limitado.<sup>514</sup>

Ainda é relevante esclarecer porque a verdade que acontece não é uma verdade “subjetivista” ou arbitrária. Ora, se ela não é um dado objetivo encontrado no ente, poderia ser legítima a denúncia de que esta tese corrobora com posturas relativistas. Contudo, deve-se ter em mente que, assim como o ser, a verdade desvelada não está sob o julgo do homem, pois ela acontece independente de seu arbítrio<sup>515</sup>. Ela acontece, pois o homem está em um mundo compartilhado no qual ela é construída. O homem pertence a ela, e não o contrário.

No seu dia a dia o homem está em contato com entes e, por isso, com o acontecer do ser verdadeiro. Contudo, também está sujeito ao encobrimento. No cotidiano, o homem se aproxima do que é corrente e, assim, se afasta de novos desvelamentos acomodando-se a verdades reiteradas e já dominadas permitindo, portanto, constantes encobrimentos. Heidegger afirma que o caminho que levou à descoberta da essência da verdade aponta, agora, para a verdade da essência do homem. A essência do homem, atrelado à sua história, é lutar pela verdade<sup>516</sup>, ou seja, lutar pelo desvelamento do ser e contra o encobrimento. Esta luta é a razão pela qual se pergunta pelo diálogo, pela alteridade e pela reflexividade<sup>517</sup>.

#### 4.4.3.2 Alteridade reflexiva: as possibilidades dialógicas na hermenêutica filosófica

Como se afirmou no item anterior (4.4.2) uma consciência hermenêutica exige, para o aprimoramento dos projetos compreensivos, *vigilância autorreflexiva e abertura para o novo*. É a partir daí que Gadamer vai defender a necessidade da abertura para o *outro* através do diálogo. O autor, ao fazer uma releitura do modelo dialógico platônico<sup>518</sup>, afirma que a abertura para o outro está fundada na lógica da pergunta e da resposta.

<sup>514</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 122-123.

<sup>515</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 296: “*Toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter da pre-sença*. Será que essa relatividade significa que toda verdade é ‘subjetiva’? Caso se interprete ‘subjetivo’ como o que ‘está no arbítrio do sujeito’, certamente não. Pois, em seu sentido mais próprio, o descobrimento retira a proposição do arbítrio ‘subjetivo’ e leva a pre-sença descobridora para o próprio ente. E apenas *porque* ‘verdade’ como descobrimento *é um modo de ser da pre-sença* é que ela se acha subtraída ao arbítrio da *pre-sença*” (destaque do original).

<sup>516</sup> HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade. In: \_\_\_\_\_. *Ser e verdade*. 2.ed. Trad.: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 196-197 e 223-231.

<sup>517</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 125.

<sup>518</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad. Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 473-482.

Para Gadamer, existe uma relação imediata entre o perguntar e o saber. Evidentemente, graças às limitações compreensivas de qualquer ser humano, o perguntar já está de alguma forma condicionado pelos projetos de sentido antecipados por aquele que pergunta. Desta forma, o perguntar já se situa em um nível reflexivo da compreensão. Entrar corretamente no círculo hermenêutico exige que se dê primazia à pergunta frente à resposta pois aquela possui uma relação imediata com o saber e com a revisão de projetos compreensivos<sup>519</sup>. A primazia da pergunta exige, conseqüentemente, abertura para o diálogo e para o *outro* (alteridade). Se a vigilância quanto aos próprios preconceitos e limitações compreensivas é um esforço autorreflexivo, a abertura para a alteridade se apresenta como *heterorreflexividade*<sup>520</sup>.

Apesar desta valiosa lição, é possível aprofundar filosoficamente a estrutura dialógica e reflexiva a partir da alteridade, analisando duas ordens de questões: qual a função e estrutura do diálogo em uma matriz que prega a finitude compreensiva do ser humano e qual o seu fundamento<sup>521</sup>.

Tendo em vista os contornos teóricos traçados nos itens acima o diálogo se move sempre no âmbito do dito, da proposição. Ou seja, dentro do paradigma hermenêutico o diálogo é uma manifestação da linguagem apofântica e, por isso, um *ente*. Desta forma, o diálogo nunca será o lugar da verdade, do desvelamento do *ser*, do *sentido*. Entretanto, em sendo proposição o diálogo é responsável por mostrar o ente e, com isso, proporcionar o acontecimento do *ser*. O diálogo não é capaz de *construir sentido*, mas é provocar o desvelamento de novos sentidos ainda não vislumbrados. Evidentemente, tendo em vista as limitações compreensivas inerentes à finitude do ser humano, qualquer novo *sentido* desvelado pelo diálogo só será compreendido se já pudesse ser compreendido antes do diálogo. Além disso, o ente mostrado no diálogo deve ser algo realmente novo para que seu *ser* possa ser compreendido *como* novo. Caso contrário não haverá verdadeira reflexão<sup>522</sup>.

Tendo em vista essas limitações, qual a função do diálogo? De fato, “o outro só verá aquilo que já pode ver, mas aquilo que o outro pode ver é muito mais do que ele via antes do diálogo, isto é, antes de ter o ente iluminado pela articulação dinâmica das proposições do

---

<sup>519</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 474-478. Cf. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 212-221.

<sup>520</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 95.

<sup>521</sup> *Ibid.*, p. 125-126.

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 126.

diálogo”<sup>523</sup>. Mesmo que ambos os participantes do diálogo estejam limitados pelas suas próprias compreensões, aquele que se depara com uma nova perspectiva do ente *mostrado pelo outro* poderá ampliar e revisitar seus projetos compreensivos, desalienando-se com um novo acontecer da *verdade*. Na tensão existente entre verdade e não verdade o diálogo diminui o espaço do *velamento*, do *ocultamento* na medida em que provoca novos desvelamentos. O “dinamismo do *diálogo* está a serviço do desvelamento e, portanto, da *verdade* em contraposição à *não verdade*”<sup>524</sup>.

Fica clara, portanto, a função e a estrutura que o diálogo assume no paradigma hermenêutico. Mas qual seu fundamento filosófico? Por que o diálogo e não a guerra? Esta resposta é encontrada dentro do próprio paradigma aqui adotado.

Como se disse, a forma correta de se distinguir entre preconceitos legítimos e ilegítimos é recorrer à tradição. É na tradição que estão sedimentados os sentidos que autorizam legitimamente um ou outro preconceito. A tradição, construída de forma compartilhada e ao longo do tempo, é um critério legítimo para que se identifiquem pontos de partida e formas de operar autênticos. Ora, o diálogo é legitimado como preconceito legítimo, pois está ligado à tradição autêntica da democracia, da alteridade e da pluralidade. Optar por tudo isso no lugar da guerra, na imposição e da autocracia é legitimado e mesmo exigido pela tradição compartilhada nos países ocidentais constitucionalizados, em geral, e no Brasil, de forma específica (mormente após a Constituição Federal de 1988)<sup>525</sup>.

Além disso, afirmou-se acima que faz parte da verdade historial do homem, na atualidade, a luta pela verdade contra a dissimulação e o ocultamento. Na medida em que o diálogo trabalha a favor do desvelamento, da desalienação, da verdade contra a não verdade, o contato com a alteridade faz, também, parte desta verdade historial. Assim, o fundamento do diálogo não possui um “fundo” último, uma razão transcendental ou *a priori*. Ao contrário, é encontrado na própria historicidade e na tradição sedimentada<sup>526</sup>.

Exposto e dissecado o paradigma, faz-se necessário agora demonstrar como ele se relaciona com a temática do presente estudo e de que forma é adequado para lidar com o fenômeno das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. É o que se faz no próximo item.

---

<sup>523</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 126.

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 127 (destaque do original).

<sup>525</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>526</sup> *Ibid.*, loc. cit.

#### 4.4.4 Conclusão: as interações judiciais transnacionais e a alteridade reflexiva

O paradigma hermenêutico contemporâneo, fundado a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, por todo o exposto, é capaz de fundamentar e fazer funcionar as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. É possível fazer tal afirmação por uma série de motivos.

Em primeiro lugar, o paradigma hermenêutico, embora supere a filosofia da consciência e sua confiança nas capacidades do sujeito, não abre mão deste. Ou seja, todo o aparato conceitual descoberto e desenvolvido pelo referido marco teórico, não pretende substituir as preocupações e prescrições envolvendo o sujeito. Ao contrário, a hermenêutica contemporânea demonstra cabalmente as limitações compreensivas que todo ser humano possui. Através da descrição de como se dá a compreensão, a hermenêutica filosófica adverte para as fraquezas dos métodos de interpretação e abre caminho para modelos reflexivos e não constitutivos de sentido. Para o direito e a teoria da decisão judicial, este paradigma passa a exigir um constante esforço autorreflexivo e uma vigilância constante para com as pré-compreensões que informam a construção do *decisum*.

Em segundo lugar, a hermenêutica contemporânea se insere no que se convencionou chamar de giro linguístico. Como referido acima, a filosofia contemporânea sofreu uma grande alteração no século XX, passando, agora, a dedicar seus esforços e análises no fenômeno da linguagem. As filosofias heideggeriana e gadameriana se inserem neste giro. A primeira através da constatação da intrínseca relação entre ontologia e linguagem. A segunda ao demonstrar que todo fenômeno compreensivo, e, portanto, hermenêutico, é um fenômeno linguisticamente articulado.

Contudo, é preciso demonstrar como esse marco teórico responde às exigências de racionalidade feitas no início deste capítulo<sup>527</sup>. Afirmou-se que um modelo de racionalidade, precisa dar conta, ao mesmo tempo, da existência de uma identidade atrelada a uma tradição, e da abertura reflexiva à outra identidade (alteridade). É possível dizer que a hermenêutica contemporânea satisfaz estas duas exigências.

Conforme referido, Gadamer, com esteio em Heidegger, demonstra que o processo compreensivo sempre se desenvolve a partir de uma estrutura prévia. Ou seja, todo processo compreensivo se inicia por uma série de preconceitos e pré-compreensões. Isto é inescapável e qualquer proposta epistemológica deve partir desta constatação. Dito isso, a hermenêutica

---

<sup>527</sup> Cf. supra 4.1.

filosófica reabilita o conceito de tradição (menosprezada pelo Iluminismo) para afirmar que é nela que os preconceitos legítimos serão encontrados. O intérprete, desta forma, em um esforço reflexivo, deve identificar, na tradição sedimentada, os preconceitos e pré-compreensões autênticas a partir das quais está autorizado a refletir. Ora, a tradição possui uma relação imediata com a identidade de um sistema. É justamente ao longo do tempo que as sedimentações de sentido responsáveis por forma uma identidade se dão. Assim, o julgador que se colocar em contato com decisões tomadas em outras instâncias no cenário transnacional já está, desde sempre, ligado a uma tradição, sendo-lhe vedado ignorá-la ou perpassá-la. Seu dever é justamente o oposto: identificar e articular esta tradição de forma adequada com a alteridade representada por precedentes transnacionais.

A valorização dada à tradição como mecanismo compreensivo também aponta para outra fundamentação das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Como visto acima, este tipo de expediente ocorre, principalmente, entre juízes e tribunais ligados à tradição do constitucionalismo moderno. Ou seja, a tradição legítima e autêntica que o constitucionalismo representa para o mundo ocidental é o elo responsável por conectar diferentes instâncias judiciais do cenário transnacional.

Por fim, a valorização da tradição também aponta para a necessidade de abertura à alteridade. Como asseverado, o respeito à pluralidade, a democracia e a necessidade de diálogo, são sentidos sedimentados ao longo da tradição ocidental. Esta tradição exige o respeito e a consideração para com o outro e sua identidade. Exige que se reconheça no debate democrático como mecanismo mais adequado para a solução de problemas. Exige que a abertura à alteridade e ao diálogo. Exige que, por se partir do pressuposto das limitações ínsitas a qualquer projeto compreensivo, se procure no outro algo que ainda não se viu.

A teoria da verdade, somada à concepção do processo interpretativo/reflexivo da hermenêutica contemporânea, também aponta para a fundamentação e, principalmente, para a operacionalização das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

Demonstrou-se acima que a verdade, na concepção heideggeriana, assume uma estrutura similar à do ser. Ou seja, ela se apresenta como desvelamento diante da apresentação do *ente*. Todos já carregam consigo, devido à construção compartilhada do mundo de sentido, a verdade que se apresenta quando do contato com o ente. Segundo Heidegger, a condição historial do ser humano na atualidade aponta para a luta pela verdade e contra a não verdade. Desta forma, trata-se de condição necessária ao ser humano a busca pelo desvelamento e contra a ocultação de sentidos. Favorecer o desvelamento exige a consciência das próprias limitações compreensivas, bem como o saber de que todo ente, ao se mostrar, se mostra em

um mar de entes e seu contexto de manifestação nunca é plenamente compreendido. Atrelado a isto, favorecer o desvelamento implica a exposição ao ente a partir de diversas perspectivas para que ele se mostre de forma mais clara e contextualizada possível. A manifestação da *verdade*, do *ser*, do *sentido*, é aprimorada através desta ampliação de contatos.

É justamente esta a função das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional: *a maximização do desvelamento a partir da maximização de perspectivas e contextos sobre o ente*. As decisões judiciais tomadas em outras instâncias no cenário transnacional são construídas a partir da resolução de problemas concretos e da articulação de princípios, regras, procedimentos e argumentos. Este trajeto, demonstrado na fundamentação das decisões, representa a entificação de sentidos desvelados ao longo do processo compreensivo dos julgadores. Como ente que é, a decisão (principalmente sua fundamentação), ao ser enfrentada por outro julgador, possibilita o desvelamento de novos sentidos. É certo que o processo de entificação ocorrido durante a construção da fundamentação representa uma perda de sentido, uma vez que a linguagem apofântica nunca representa a totalidade da linguagem hermenêutica. É certo também que os desvelamentos possíveis através do contato com outras decisões já estão limitados pelo horizonte daquele que lê a decisão. Não obstante estas inevitáveis perdas e dificuldades, o contato com decisões sobre problemas similares, resolvidos por instâncias que compartilham uma mesma tradição constitucional, tem o potencial de virar e revirar o ente, clareando os outros entes que estão em seu entorno e colocando-o no seu contexto adequado. Assim, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional trabalham a favor do desvelamento e contra o ocultamento, ampliando as perspectivas compreensivas daquele que deve decidir no presente um problema similar àquele resolvido no passado por outro juiz ou tribunal no cenário transnacional. Sentidos até então obscurecidos pelas limitações inerentes a todo indivíduo são retirados do ocultamento.

Todo este processo ocorre no interior das revisitações dos projetos compreensivos do julgador. Como dito acima, a compreensão sempre antecipa a interpretação. Esta já é um esforço *reflexivo* frente àquilo que já foi compreendido. Assim, os processos de desvelamento de novos sentidos promovidos pelo contato com a alteridade representada pelas decisões tomadas por outros julgadores, ocorrem como revisitação de projetos compreensivos. Eles se situam, em perspectiva gadameriana, no momento interpretativo (secundário, pois).

Outro contributo que a hermenêutica contemporânea traz para a compreensão das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional é a demonstração de qual deve ser o ponto de contato entre as ordens que interagem: o problema constitucional a ser

resolvido. E faz isto de duas maneiras. Em primeiro lugar, a fenomenologia hermenêutica, iniciada por Heidegger e levada adiante por Gadamer, aponta para a busca das *coisas mesmas*, ou seja, do fenômeno mais originário do “objeto” de análise. No direito, como referido no capítulo anterior, a *coisa mesma* não é, ao menos a partir de uma preocupação voltada à decisão judicial, o texto jurídico (não obstante sua importância), mas o problema levado ao Poder Judiciário<sup>528</sup>. Quando se vai a juízo não se vai em busca da melhor interpretação de um determinado texto, mas em busca da resolução de um problema. Mesmo quando a lide gira em torno da constitucionalidade abstrata de determinada lei ou ato normativo, a questão é muito mais complexa do que a mera compatibilidade de textos. O texto sempre remete a uma realidade concreta que lhe é condição de possibilidade. Como referido acima, a linguagem apofântica (texto, discurso, fala etc.) nunca é capaz de dar conta da linguagem hermenêutica (ligada ao *ser*, ao *sentido*).

Em segundo lugar, a dialética da pergunta e da resposta, com primazia da primeira, na construção gadameriana, também aponta para o problema como ponto de estímulo às interações. Ora, sempre que algo é levado a juízo ele é, no fundo, levado como forma de pergunta: qual a solução para este litígio? Evidentemente, as partes apresentarão seus pedidos em forma de afirmação, mesmo quando se fala e controle abstrato de constitucionalidade (“a lei X é inconstitucional por Y motivo”). Contudo, pela própria natureza do Poder Judiciário como terceiro imparcial e não interessado, responsável por sanar os conflitos sociais e jurídicos, é o responsável por dar a resposta, ainda que sujeita a recurso e erros. A decisão judicial, portanto, é sempre uma resposta à pergunta pela solução de um problema.

Por tudo isso, o paradigma adota aqui aponta para o problema concreto resolvido pelos juízes e tribunais no cenário transnacional como ponto de estofamento das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. É a partir do contato com as respostas construídas a partir de problemas similares que a função reflexiva e desveladora das interações pode se dar de forma mais adequada. Se valer deste expediente sem levar em conta os problemas que ensejaram as respostas possibilita o uso meramente retórico e decorativo dos precedentes transnacionais.

Entende-se que se respondeu satisfatoriamente à exigência por racionalidade enfatizada no início do capítulo. Contudo, ainda é possível ir além e responder à outra exigência feita: a necessidade de parâmetros pragmáticos e sistêmicos para o funcionamento das interações. Estes parâmetros estão diretamente ligados com a tradição do sistema que se

---

<sup>528</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 236-241.

abre e, por isso, com sua identidade: a doutrina e a jurisprudência. No tópico seguinte analisa-se tal questão.

## 4.5 A DOCTRINA, A JURISPRUDÊNCIA E A ARTICULAÇÃO ADEQUADA COM A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

### 4.5.1 A importância da identidade

Parece já estar bastante assentado que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional devem ocorrer na tensão que existe entre a entrega total à alteridade e a afirmação absoluta da identidade. No tópico anterior foram esmiuçadas as condições de possibilidade para a abertura à alteridade. No presente, focar-se-á nas condições para a adequada preservação da identidade. Antes, porém, é preciso deixar claro o que se entende por identidade em um nível jurídico-constitucional e por que é importante preservá-la.

Disse-se no primeiro capítulo que não há uma relação de necessidade entre direito e Estado nacional<sup>529</sup>. Isto não significa, porém, que o sistema jurídico de um Estado nacional não possua particularidades próprias e os sentidos atribuídos a ele não precisem apresentar qualquer tipo de pertencimento. O fato de o fenômeno originário que aponta para o direito (convivência intersubjetiva) ser universal, de haver uma demonstração empírica da ocorrência e manifestação de problemas comuns em diversas partes do globo, assim como de haver instrumentos e ideias similares no cenário transnacional, não significa que os diversos sistemas jurídicos não possuam uma identidade própria, que deve respeito às particularidades locais<sup>530</sup>. Foi aventado diversas vezes ao longo deste estudo, que a transnacionalização do direito, o surgimento progressivo de um constitucionalismo transnacional e os questionamentos sobre a soberania não apontam para a construção de um Estado global nem, muito menos, para a destruição dos Estados nacionais. O que se pretende é desenvolver mecanismos que articulem de forma adequada a identidade presente nos sistemas jurídicos estatais com a(s) alteridade(s) que emerge(m) em um mundo progressivamente mais transnacionalizado.

---

<sup>529</sup> Cf. supra 2.3.2.

<sup>530</sup> De forma mais incisiva: ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2.ed. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 126: “As normas jurídicas, tal como toda outra manifestação objetiva da cultura são incompreensíveis se as isolarmos do meio cultural que lhes deu origem. O direito está unido à linguagem como veículo de transmissão de significado e o significado atribuído aos termos jurídicos é condicionado de mil maneiras por tácitas pressuposições sob forma de credos e preconceitos, aspirações, padrões e valorações, que existem na tradição cultural que circunda igualmente o legislador e o juiz”.

O direito, de forma geral, e o direito constitucional, de forma específica, têm o potencial de expressar ou mesmo constituir uma ideia de identidade nacional. Mesmo quando isto não ocorre, a Constituição, no mínimo, aponta para marcas da identidade nacional, como o hino, a bandeira, os símbolos, os limites territoriais, a importância da cultura etc. Além disso, a constituição nacional, seu constitucionalismo de sustentação e sua interpretação/aplicação modelam uma série de institutos, com relevância interna e externa, essenciais para o país. Entre esses estão a moldura institucional que baliza o funcionamento do governo e das relações entre os poderes e entre estes e os cidadãos; os direitos que os cidadãos e residentes possuem em relação ao Estado; a forma e os mecanismos através dos quais o Estado interage com outros Estados e com a comunidade internacional; os instrumentos necessários para a preservação da própria constituição e das instituições democráticas. Enfim, a constituição está preocupada com uma série de complexidades valorativas, finalidades e institutos<sup>531</sup>.

Dito isso, é possível concluir que a identificação/construção e preservação da identidade são, em verdade, condições para interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, que não pretendam recair em modelos de submissão ou de convergência. Se o sistema jurídico-constitucional de um Estado não se encontra suficientemente desenvolvido, ou seja, se ainda não se pode falar, verdadeiramente, de um sistema jurídico próprio, com identidade, a aposta nas interações judiciais transnacionais pode ser um empecilho a este propósito.

Neste ponto, é relevante pontuar a divergência que se assume com a postura de Cass Sunstein. Como visto no capítulo anterior<sup>532</sup>, o constitucionalista americano entende que sistemas constitucionais plenamente desenvolvidos não deveriam recorrer ao expediente das interações judiciais transnacionais, pois os ganhos com elas não compensariam seus ônus material. Para o autor, apenas sistemas jurídicos pouco desenvolvidos, ou com pouca, ou nenhuma tradição constitucional, deveriam assumir posturas de interação. Ora, o mais adequado parece ser justamente o contrário.

Se juízes e tribunais de Estados com pouca ou nenhuma tradição constitucional passam a se valer das interações judiciais transnacionais, é altamente provável que uma tradição constitucional própria tenha grandes dificuldades de emergir. Se não há uma

---

<sup>531</sup> Cf. JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 3. Para uma análise mais profunda sobre a relação entre direito constitucional e cultura vide HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional*. Trad.: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>532</sup> Cf. supra 3.4.

identidade para ser aprimorada reflexivamente, com a alteridade não haverá, de fato, identidade, apenas alteridade. O que acabará acontecendo é a adoção, ainda que não pretendida, de posturas de convergência ou submissão. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, portanto, devem ser realizadas por juízes e tribunais que compõem os quadros do Poder Judiciário de Estados com, ao menos, alguma tradição constitucional própria, alguma identidade, pois.

Atrelada a esta, está a segunda importância da identificação/construção e preservação da identidade constitucional: evitar os modelos de convergência e submissão, mesmo em Estados com sólida tradição constitucional. A forma mais adequada para não permitir que o engajamento, interlocução, entrelaçamento ou reflexividade se transforme em convergência ou submissão, é colocar as interações em curso tendo por ponto de partida uma sólida tradição/identidade constitucional. As interações são mecanismos aptos a colocar em outras perspectivas aquilo que já vem, de alguma forma, sendo construído pela ordem que se dispõe a interagir. Desta maneira, elas atuam como fonte reflexiva e não corrosivas de uma tradição que já existe.

Por significarem uma abertura ao outro, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional carregam consigo o perigo de resultar em perda de identidade. Tal perigo é mais proeminente em sistemas com pouca ou nenhuma identidade constitucional, mas está presente, mesmo em sistemas consolidados. Por este motivo, Marcelo Neves adverte sobre os riscos de um novo tipo de colonialismo<sup>533</sup>.

Desta forma, é preciso que um sistema disposto a se valer das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional possua mecanismos aptos a apontar para a sua própria identidade e, com isso, articulá-la de forma adequada com a alteridade. Não é possível haver verdadeiro diálogo quando não se tem duas fontes verdadeiramente autônomas e com identidades próprias.

Deve-se ter sempre em mente que as interações judiciais transnacionais desempenham um papel reflexivo. Entender que este expediente equivale a uma imposição

---

<sup>533</sup> NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*. n. 201, jan-mar, 2014, p. 199-200: “É bom [...] que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de ‘colonialismo’ no campo da cultura jurídica. Passaríamos, então, da ‘importação’ acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam ‘feitas as devidas adaptações’, para que não caiamos no velho rótulo das ‘ideias fora de lugar’, ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só consta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da comunicação. E disso pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significa normativo é muito limitado”.

hierárquica é equivalente a defender uma postura de perda de identidade. E a perda de identidade por imposição, ainda que não intencionada ou, de outra forma, tem o potencial de gerar muito mais danos do que o estado anterior. Russell Kirk, criticando o intervencionismo americano ao longo do século XX em diversos países do mundo, assevera:

Parece constituir uma lei que governa todo tipo de vida, das formas unicelulares inanimadas até as mais sofisticadas culturas humanas, todo organismo vivo de todo gênero e espécie empenhar-se para preservar a própria identidade. [...] não nos deveria surpreender que homens e nações resistam de maneira desesperada – e talvez irrefletidamente – a qualquer tentativa de assimilar o próprio caráter a algum outro corpo social. Tal resistir é a primeira lei da existência, e prolonga-se aos níveis subconscientes. Há uma maneira certa de criarmos um inimigo mortal; consiste em propor a qualquer um: “Submeta-se a mim, e melhorareis a sua condição, aliviando-o da carga da própria identidade e reconstruído a sua substância à minha imagem”<sup>534</sup>.

Ou seja, abandonar a identidade, ou vê-la suprimida de forma impositiva, é um convite à desestruturação, não só do sistema jurídico, mas também do sistema político, do sistema econômico e, enfim, do sistema social como um todo de um Estado.

O papel de identificação, construção e preservação da identidade jurídico-constitucional) cabe, prioritariamente, a dois mecanismos sistêmicos: a doutrina e a jurisprudência. Passa-se a examinar como ambas desempenham tal papel.

#### 4.5.2 O papel da doutrina na construção e preservação da identidade

O papel da doutrina na atuação judicial é tradicionalmente colocado nos quadros da discussão envolvendo as fontes do direito. Por fonte do direito é comum se entender os processos e mecanismos graças aos quais se positivam com força vinculante as regras jurídicas. Dito de outra forma, uma fonte do direito é aquela a partir da qual normas jurídicas ganham vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. Assim, haveria uma relação imediata entre fonte do direito e poder, pois a gênese de todo direito só pode ser um ato de poder<sup>535</sup>.

A partir da leitura mais tradicional, partindo desta concepção de fonte, a doutrina não constituiria uma fonte do direito. Uma das negativas possíveis afirma que os ensinamentos dos juristas nunca terão força vinculante o suficiente para revelar qual norma jurídica positiva

<sup>534</sup> KIRK, Russel. *A política da prudência*. Trad.: Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 280.

<sup>535</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. 6.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140-141.

deve ser aplicada pelo julgador. Argumentos doutrinários contrapostos sempre poderiam ser levantados.

Outra negativa possível se relaciona com o fato de que a doutrina não se desenvolve a partir de uma estrutura de poder. As verdadeiras fontes do direito produzem modelos jurídicos prescritivos, estruturas normativas com caráter obrigatório que disciplinam as relações sociais e apontam e fundamentam as decisões judiciais. A doutrina, por outro lado, produz modelos dogmáticos, esquemas teóricos que visam estruturar o resultado bruto do processo de formação das regras jurídicas a partir das fontes originais. Não obstante o papel que a doutrina desempenha na experiência jurídica ela não pode ser entendida como fonte do direito<sup>536</sup>.

No mesmo sentido parece se posicionar Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao afirmar que, em sentido estrito “a *communis opinio doctorum*, isto é, posições doutrinárias dominantes (doutrina dominante) não chega, no sistema romanístico, a ser fonte do direito. Sua autoridade, porém, como base de orientação para a *interpretação* do direito é irrecusável”. Contudo, há, segundo o autor “casos de verdadeira construção doutrinária do direito que, embora não possam ser generalizados, apontam para exemplos em que a doutrina chega a funcionar como verdadeira fonte. Mesmo assim, são antes fontes mediatas, pois nenhum tribunal sente-se formalmente obrigado a acatá-las”<sup>537</sup>.

Ou seja, tradicionalmente, a teoria do direito refere-se ao papel da doutrina no âmbito da discussão sobre as fontes do direito. Afirma-se que ela não pode ser entendida como criadora de direito, pois não há nela obrigatoriedade nem para o julgador nem, muito menos, para o indivíduo. Esta falta de obrigatoriedade decorreria da ausência de uma estrutura de poder estatal na sua produção. Não obstante, reconhece-se a importância que o conhecimento jurídico desempenha na experiência e na interpretação do direito.

Alf Ross sugere uma forma diferente de enxergar a questão ideia de fonte do direito. Partindo do seu realismo jurídico (forma de positivismo jurídico contemporâneo<sup>538</sup>), o autor afirma que uma “fonte do direito” não pode ser compreendida como um procedimento a partir do qual se dá a produção de normas jurídicas. Esta é papel exclusivo da legislação. Por “fonte do direito” deve se entender o “conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na

---

<sup>536</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. 6.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 176.

<sup>537</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas: 2003, p. 247.

<sup>538</sup> Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-95.

formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão”<sup>539</sup>. A identificação desta “ideologia normativa comum” aos julgadores de um determinado sistema jurídico cabe à doutrina das fontes do direito, e só pode ser levada a cabo de forma empírica. À teoria das fontes do direito (ramo da filosofia do direito) cabe a identificação dos tipos mais gerais de fontes<sup>540</sup>. Alf Ross assevera que a melhor maneira de desempenhar esta tarefa de generalização é a partir do grau de objetivação da fonte, ou seja, se a fonte constitui um elemento acabado e pronto para ser utilizado pelo julgador na sua decisão, ou se precisa passar por um processo adicional de objetivação pelo juiz.

O papel do estudioso do direito, portanto, seria identificar e reunir, de forma sistematizada, as diversas fontes do direito que se manifestam em determinado sistema jurídico. Este procedimento é necessariamente empírico: o doutrinador deve constatar quais são, de fato, os elementos e fatores que mais influenciam e vinculam os julgadores no momento da decisão, quais são os mais relevantes (legislação, jurisprudência, costume etc.). A partir deste estudo, é possível se alcançar algum senso de probabilidade de como determinado julgador irá decidir. O trabalho mais desafiante e importante para o doutrinador, contudo, é identificar e sistematizar os conhecimentos e valorações que estão difusos na sociedade e que só com muita dificuldade o julgador tem acesso. A identificação da “tradição cultural” é relevante, pois Alf Ross parte da assunção que o ato de decisão sempre estará envolto em um contexto cultural determinado. O juiz sempre está envolto em uma determinada tradição cultural e deve respeitá-la.

A contribuição de Ross é importante e relevante, mas deve ser encarada com restrições. O autor acaba por defender uma postura demasiadamente subjetiva da atividade judicial, ainda que afirme que esta não deve ser confundida com arbítrio. Sua insistência em entender o papel da doutrina e da teoria do direito como essencialmente descritivas (resultado de seu positivismo) não oferece, como um todo, grandes contribuições para o controle da decisão judicial. E, como se viu acima, isto é fundamental para os caminhos do direito na atualidade e, especialmente, para as interações judiciais transnacionais. Ainda, é possível, como se verá a frente, avançar um pouco mais na compreensão acerca do papel que a doutrina desempenha na atividade judicante.

Robert Alexy, conforme brevemente aduzido acima<sup>541</sup>, desenvolve uma teoria da argumentação jurídica voltada à limitação e racionalização da atividade judicial<sup>542</sup>. Esta teoria

---

<sup>539</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2.ed. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 103.

<sup>540</sup> *Ibid.*, p. 102-103.

<sup>541</sup> Cf. supra 4.2.2

está dividida em dois tempos: uma teoria da argumentação prática geral, na qual o autor elenca uma série de regras que devem ser seguidas em qualquer procedimento argumentativo e<sup>543</sup>; uma teoria da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral, na qual o autor elenca uma série de regras que a argumentação jurídica deve respeitar<sup>544</sup>. Dentre estas regras está a exigência de confronto com a ciência jurídica.

Alexy afirma que existem três dimensões da ciência jurídica: uma descritiva – voltada à descrição da jurisprudência e da vontade do legislador; uma sistemática – preocupada em sistematizar os conceitos jurídicos e as diferentes normas; e uma normativa – responsável por propor novas interpretações e fundamentações. Dessas três dimensões, ele extrai diversos tipos de argumentos possíveis que não vem ao caso agora. Os argumentos dogmáticos tem um papel fundamental no controle da consistência do sistema jurídico. Eles auxiliam na fixação de determinadas soluções práticas, ampliam o debate, desoneram a carga argumentativa, viabilizam o ensino e aprendizado e organizam a abertura. Para Alexy, os argumentos dogmáticos sempre devem ser utilizados se estiverem disponíveis. Daí o autor retira uma regra argumentativa: (J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados<sup>545</sup>.

O confronto com dogmática jurídica (doutrina), portanto, representa um caráter de *plus* de racionalidade ao discurso jurídico. Através da obrigação que o julgador teria de se valer de argumentos dogmáticos sua discricionariedade seria reduzida, ao mesmo tempo em que se contribuiria positivamente para a consistência do sistema jurídico. A questão, em Alexy, vai além da discussão sobre se a doutrina é ou não fonte do direito. A doutrina possui um papel intrassistêmico inafastável.

Contudo, é possível dar um passo adiante. Para além da discussão sobre o caráter de fonte ou não da doutrina e em adição ao dever argumentativo que ela deve desempenhar, a questão do papel da doutrina que se coloca na presente investigação diz respeito ao *potencial reflexivo* que esta desempenha para o funcionamento do sistema jurídico e para a decisão judicial.

Antes de tudo, entretanto, é preciso deixar assentado o que se entende por doutrina jurídica. Esta deve ser entendida como o saber desenvolvido principalmente no âmbito acadêmico atento à conexão que existe entre o fenômeno jurídico e a vida em comunidade

---

<sup>542</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3.ed. Traduzido por Zilda Hutchunson Schil Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19-35.

<sup>543</sup> Ibid., p. 177-205.

<sup>544</sup> Ibid., p. 209-285.

<sup>545</sup> Ibid., p. 247-267.

(extensão). Ela desempenha um importante papel democrático e legitimador, na medida em que funciona como um elo entre o Estado e a sociedade, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento democrático da decisão judicial<sup>546</sup>.

A doutrina que se trata aqui, portanto, não pode ser confundida com o saber mecânico, instrumentalizado e estratégico, produzido para a indústria do concurso público<sup>547</sup>. Assume-se que a doutrina é o local por excelência do teste de sentidos possíveis para a atividade judicial. Nela é possível “ensaiar” decisões, estabilizar perspectivas legitimadoras das decisões judiciais e corrigir erros<sup>548</sup>. E isto se faz tanto através de inovações quanto através da análise crítica de precedentes ou mesmo jurisprudência consolidada.

A doutrina não deve ser encarada como a opinião de um ou outro doutrinador renomado. Ao contrário, ela representa uma *rede* de saber que congrega diferentes correntes, ainda que não dominantes, sujeita a constante produção e crítica<sup>549</sup>. Ela deve ser compreendida como um mecanismo através do qual se ilumina aquilo que pode ser verdadeiro, se desvela sentidos ainda encobertos. Não é, assim, um repositório de verdades abstratas, desvinculadas de realidades concretas. Por este motivo, a pergunta que o julgador faz a ela não é conceitual, mas como referida ao caso problema concreto que se deve resolver<sup>550</sup>. Ou seja, “[d]ialogar com a comunidade acadêmica não é citar conceitos, mas enfrentar os elementos do caso concreto na perspectiva doutrinária”<sup>551</sup>.

A pergunta sobre o caráter de fonte ou não da doutrina deve ser colocada sobre nova ótica. Afirma-se que ela não possui força cogente e, por isso, não seria fonte do direito. De fato, o julgador não se encontra vinculado a uma determinada posição doutrinária. Entretanto, disso não se pode concluir que a *rede doutrinária* pode ser ignorada. Tendo em mente que o direito não é algo dado, deve-se incorporar o fato de que a doutrina é indispensável para a adequada apreensão do fenômeno jurídico e para a construção de uma decisão judicial adequada. A *rede doutrinária* possui um caráter normativo, ao menos por motivos epistêmicos. Necessita-se de uma reformulação na teoria das fontes<sup>552</sup>.

---

<sup>546</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 258 e 264.

<sup>547</sup> Evidentemente, este tipo de conhecimento só existe devido ao tipo de exigência feita nos próprios concursos de ingresso no funcionalismo público. A reformulação destes processos seletivos, sem dúvida, contribuiria para o revigoramento e reformulação do conhecimento jurídico.

<sup>548</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 258-259.

<sup>549</sup> Ibid., p. 259 e 264.

<sup>550</sup> Ibid., p. 277 e 291-292: “a *rede doutrinária* propõe leituras para o problema na tentativa de suprir as deficiências tecnológicas do sistema e, ao mesmo tempo, legitimar rupturas no quadro institucionalizado” (destaque do original).

<sup>551</sup> Ibid., p. 263.

<sup>552</sup> Ibid., p. 264 e 277.

De forma definitiva, é possível dizer que “doutrina não é sinônimo de doutrinador, mas de uma rede na qual diversos doutrinadores estão conectados”. Da “extensão e do diálogo constante com a comunidade, para a produção de conhecimento e para o ensino, a rede doutrinária atualiza, fecha e legitima as diferentes leituras” sobre o sistema jurídico e a decisão a ser tomada<sup>553</sup>.

A doutrina, portanto, constitui-se em um ambiente de construção e reflexão sobre os sentidos que devem ser atribuídos ao sistema jurídico, mormente pela atividade judicial. Neste sentido, deve ter a pretensão de “ditar os rumos da jurisprudência”<sup>554</sup>, ou seja, deve doutrinara e não ser apenas um repositório acrítico de precedentes já construídos. Por este motivo, em relação ao julgador ela representa uma importante instância *reflexiva, desveladora* de sentidos obscuros/obscurecidos.

De todo exposto, é possível concluir que a doutrina assume dois papéis altamente relevantes para o funcionamento das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional e, principalmente, para a construção e preservação da identidade do sistema jurídico (constitucional).

Em primeiro lugar, a doutrina representa a ligação entre a comunidade, seus anseios, interesses, valores e princípios. É a doutrina capaz de identificar quais os sentidos com consequências jurídicas que estão dispersos na sociedade, quais as expectativas criadas pelos cidadãos a respeito de sua relação com o Estado e uns com os outros. É a doutrina que está apta a atribuir sentido jurídico a todas estas manifestações e, inversamente, introduzir no sistema jurídico, através da postura reflexiva que possui, sentidos possíveis às normas (legislativas e jurisprudenciais) que já circulam.

A doutrina, portanto, ao mesmo tempo em que, desde-já-e-sempre, se insere em uma tradição, é responsável por identificá-la e fazê-la avançar. O estudo doutrinário sério é capaz de preservar a identidade do sistema jurídico e sua necessária vinculação com aqueles que sofrerem com sua incidência. Ao mesmo tempo, ao identificar os anseios, interesses, valores e princípios presentes no corpo social e as modificações que este exige, é capaz de fazer desvelar novos sentidos verdadeiros sobre o sistema jurídico. Por ser o que liga a comunidade com o poder judicial, ela representa um *plus* democrático e de identidade ao sistema jurídico.

---

<sup>553</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e epistemologia: 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 149-150.

<sup>554</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 258.

Em segundo lugar, é a doutrina a responsável por fazer a primeira depuração do material estrangeiro. Justamente por seu caráter reflexivo e por representar a instância sistêmica responsável pela identificação, preservação e construção da identidade do sistema, bem como pela sua capacidade de desvelar sentidos novos e de pautar a jurisprudência e seu desenvolvimento íntegro, a doutrina tem o papel de entrar em contato e analisar criticamente as decisões judiciais tomadas em outras instâncias no cenário transnacional, apontando quais os benefícios que a *ratio decidendi* traz para a construção do sistema pátrio, o seu nível de aproveitamento pelos juízes e tribunais nacionais, como ela se relaciona com o sistema jurídico nacional, assim como indicar em que medida este material deve ser aproveitado ou rechaçado.

Tudo o que se disse anteriormente sobre o papel da doutrina é necessariamente aplicável à depuração do material estrangeiro com o agravante de ser a instância, por excelência, de preservação e desenvolvimento da identidade do sistema jurídico nacional. A doutrina, portanto, através de seu esforço reflexivo, tem o condão de impedir que a identidade local seja totalmente corrompida em nome de alguma alteridade, de evitar a recaída em um modelo de submissão ou convergência e, ao mesmo tempo, de estimular uma rearticulação benéfica entre identidade e alteridade, de possibilitar a construção de um modelo de interlocução, diálogo, aprendizado e engajamento.

Por tudo isso, é altamente aconselhável, para que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional se desenvolvam de forma adequada, que a doutrina atue firme e construtivamente. O papel reflexivo e indicador que a doutrina exerce na atuação judicial é ainda mais relevante quando se está em jogo a preservação da identidade do sistema jurídico nacional. Desta forma, o julgador, quando assume uma postura de engajamento/interlocução/diálogo com o transnacional, deve dar maior importância àquelas decisões que já foram depuradas e analisadas pela *rede doutrinária*. De forma contrária, deve assumir uma postura de maior desconfiança e maior postura crítica quando este confronto doutrinário ainda não se deu. Assim, as interações desempenham seu papel de forma ótima e poderão, de fato, contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico-constitucional.

#### **4.5.3 O papel da jurisprudência na construção e preservação da identidade**

Tal qual a doutrina, o papel desempenhado pela jurisprudência na atuação judicial também é, tradicionalmente, discutido no bojo das fontes do direito. Diferentemente do que se

afirma sobre a doutrina, contudo, a perspectiva tradicional sobre o tema costuma atribuir à jurisprudência verdadeiro caráter de fonte do direito.

Segundo Miguel Reale, jurisprudência deve ser entendida como a “revelação” do direito processada a partir do exercício da jurisdição de forma harmônica e continuada pelos juízes e tribunais. Jurisprudência, portanto, não é algo produzido com um ou poucos precedentes. É decorrência da aplicação da lei ao longo do tempo pelos órgãos julgadores. Por vezes, para o autor, a atividade judicial pode vir a inovar na ordem jurídica, mormente quando é preciso suprir uma lacuna deixada pelo legislador ou quando é autorizado ao juiz julgar por equidade. Mesmo fora destas situações, nas quais o caráter de fonte do direito fica bastante evidente, a jurisprudência deve ser entendida como fonte na medida em que uma regra é, no fundo, sua interpretação, e o magistrado faz parte de uma estrutura de poder apta a “fazer surgir” o direito (critério utilizado pelo autor para demarcar o caráter de fonte ou não). Não se trata, portanto, de fonte secundária ou acessória<sup>555</sup>. Ainda segundo o autor, é evidente que a jurisprudência é fonte do direito principalmente nos sistemas jurídicos anglo-americanos, ou seja, que adotam o *common law*<sup>556</sup>. Não obstante, é crescente a sua utilização mesmo nos sistemas civilísticos<sup>557</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. insere a discussão sobre o caráter de fonte da jurisprudência no debate sobre o costume. Para ele, a jurisprudência seria um caso especial de costume. Para ele, na tradição do *common law* é evidente o caráter de fonte da jurisprudência. Nesta tradição, o princípio do *stare decisis* rege a atuação judicial e sua relação com os julgados de outros julgadores, mormente os tribunais superiores. Na tradição romanística, ao contrário, desde os primórdios o julgador está vinculado apenas à lei, algo que fica especialmente evidente no contexto posterior à Revolução Francesa e às grandes codificações. No sistema continental, diferentemente da anglossaxônica, os juízes não estão vinculados às decisões dos tribunais superiores, às decisões dos demais juízes e mesmo às suas próprias. Por tudo isso, seria tradicionalmente negado, no sistema do *civil law* o caráter de fonte à jurisprudência<sup>558</sup>.

Não obstante, o autor aduz que há uma importância salutar nas uniformizações jurisprudenciais para o sistema romanístico. Apesar de não ser vinculante a jurisprudência *de fato*, acaba por exercer um papel de guia da atuação judicial. Isto é especialmente relevante

---

<sup>555</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. 6.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166-168.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 141-142.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>558</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas: 2003m, p. 244-245.

quando se está diante de lacunas legislativas. O *uso* jurisprudencial, ao contrário do que ocorre no *common law*, seria dirigido aos juízes. Contudo, o autor finaliza afirmando que a jurisprudência só pode ser entendida como “fonte interpretativa” da lei, mas não como fonte do direito<sup>559</sup>.

Não resta dúvida, portanto, que a jurisprudência assume caráter de fonte com muito mais evidência do que a doutrina na perspectiva tradicional. Apesar das possíveis divergências, pode-se afirmar que a jurisprudência assumiria um papel mais ativo da experiência judicial do que a doutrina.

Alf Ross, partindo dos pressupostos teóricos aduzidos acima<sup>560</sup>, afirma que a jurisprudência constitui uma fonte do direito parcialmente objetivada, ou seja, parcialmente pronta para sua aplicação e parcialmente necessitada de complementação por esforço do julgador<sup>561</sup>.

A partir da teoria das fontes do direito (ramo da filosofia do direito), o autor aduz ser pacífico o fato de os precedentes desempenharem um papel relevante na construção das razões de decidir do julgador. A razão básica por trás deste comportamento é a concepção de justiça formal que afirma que casos similares devem ser tratados de forma similar. Por outro lado, levantam-se razões importantes para que um julgador eventualmente venha a romper com decisões tomadas no passado: se as condições sociais mudaram e a legislação eventualmente existente não se atualizou, o julgador deve se valer da “justiça material” em lugar da justiça formal<sup>562</sup>.

Segundo o autor, é esperado que nos países de *common law* a doutrina do *stare decisis* atue regendo a relação do julgador com os precedentes. Esta doutrina, entretanto, não desempenha, de fato, um mecanismo limitador da atuação judicial por dois motivos: existe uma grande margem de valoração sobre o que é a *ratio decidendi* do precedente e sempre existe a possibilidade do juiz realizar o *distinguish*, diferenciando o caso presente do passado. Portanto, apesar dos precedentes desempenharem papel relevante nos países ligados à tradição anglo-saxônica, isso não se deve à doutrina do *stare decisis*, mas é uma decorrência da forma através da qual o próprio direito se desenvolveu nesses países: através da experiência judicial<sup>563</sup>.

---

<sup>559</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas: 2003, p. 246.

<sup>560</sup> Cf. supra 4.5.2

<sup>561</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2.ed. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 104.

<sup>562</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>563</sup> *Ibid.*, p. 113-117.

Pelo mesmo motivo, os juízes dos Estados ligados à tradição continental são menos influenciados pelos precedentes judiciais. A evolução do direito nestes locais, e a própria forma de controlar a atividade judicial ocorreu, através da legislação e do esforço acadêmico. A tradição que se desenvolveu foi a da força obrigatória da lei, e não do precedente. Por este motivo, é possível dizer que neste sistema o juiz não se vê como um real responsável pelo desenvolvimento do direito. Apesar de tudo isto, o autor assevera que, mesmo na tradição romanística, se constata que os juízes são influenciados pelos precedentes judiciais<sup>564</sup>. A questão para o autor, aparentemente, é apenas de grau.

As restrições que devem ser feitas à tese de Alf Ross a respeito da jurisprudência e sua relação com a atividade judicial são similares às que se fez sobre sua tese sobre a doutrina. Em primeiro lugar, rejeita-se o ponto de partida do autor: grande carga de discricionariedade no ato de julgar. Em segundo, e mais importante, o autor não está preocupado em dizer como o julgador *deve* se relacionar com os precedentes e qual o papel que estes possuem no desenvolvimento ótimo do sistema jurídico. É preciso, portanto, avançar.

Existe um exposto paralelo realizado por Robert Alexy entre o papel da doutrina (ciência do direito) e da jurisprudência no controle racional da decisão judicial. A utilização dos precedentes tem fundamento na regra básica de universalidade: casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante<sup>565</sup>. Arelado a este motivo, pode-se dizer que os precedentes têm a mesma função dos argumentos dogmáticos, destacando-se as funções de estabilização, de progresso e de descarga. Assim, o autor elabora duas regras de argumentação que, devem ser seguidas: (J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo; (J.14) Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação<sup>566</sup>.

O autor, portanto, justifica a utilização do precedente na decisão judicial a partir da sua teoria da argumentação, voltada ao controle da racionalidade do ato de julgar. Neste sentido, é pouco relevante em qual tradição o julgador está inserido, se na anglo-saxônica ou na continental. O precedente desempenha um papel que vai além destas discussões e, principalmente, do debate acerca do caráter de fonte ou não da jurisprudência.

---

<sup>564</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2.ed. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 115-117.

<sup>565</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3.ed. Traduzido por Zilda Hutchunson Schil Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271: “O uso dos precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga de argumentação), sendo, nesse medida, racional”.

<sup>566</sup> *Ibid.*, p. 270.

Não há como negar que, na atualidade, os precedentes e a jurisprudência vêm assumindo importância cada vez maior para a compreensão do fenômeno jurídico no Brasil, vinculado à tradição do *civil law* ou direito escrito. O Projeto de Novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, dedica toda uma seção à regulamentação do uso de precedentes por parte dos julgadores. Tal como se fez quando se tratou da doutrina, é preciso destacar como se deve entender a jurisprudência no contexto da presente pesquisa.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a jurisprudência (mesmo dominante) ou um precedente nunca podem ser considerados pontos de partida. A sedimentação de julgados é uma manifestação de como o direito *vem sendo* aplicado e, por este motivo, não pode ter a pretensão de se autofundamentar. Deve-se compreender que a jurisprudência é uma rede circular de resoluções de *problemas*. Todo julgado se refere a um *problema concreto* que é resolvido através da interpretação/aplicação de princípios, regras e a incorporação de determinadas leituras doutrinárias legitimadoras<sup>567</sup>. Portanto, a jurisprudência ou um precedente nunca são um *dado* isolado do seu contexto de formação (problema, princípios, regras e doutrina). Mesmo os precedentes vinculantes devem ser encarados desta forma. O texto de uma súmula vinculante, por exemplo, pode deixar escapar a realidade de fundo que a legitimou. Aplicá-la sem conhecer esta realidade é, no fundo, aplicá-la equivocadamente.

Ronald Dworkin elabora uma metáfora que explica, ao mesmo tempo, como deve ser compreendido o fenômeno jurídico, a jurisprudência e a atuação do julgador: a metáfora do *romance em cadeia*. O autor afirma que o juiz é, simultaneamente, um crítico literário e um escritor: ao mesmo tempo em que “destrinça as várias dimensões de valor e uma peça ou um poema complexo”, o julgador “introduz acréscimos na tradição que interpreta”<sup>568</sup>. Ou seja, o julgador compreende, interpreta e critica algo que vem antes dele e produz algo no presente que também será compreendido, interpretado e criticado.

Para possuir uma função prescritiva, Dworkin afirma que este juiz deve enxergar o desenvolvimento do direito como um romance em cadeia. Cada romancista (julgador) tem a função de escrever um capítulo deste grande e inesgotável livro chamado direito. Ao “chegar a sua vez de escrever”, o romancista deve dar continuidade ao projeto que vem sendo construído antes dele. Cada um desses romancistas deve se esforçar para produzir a melhor

---

<sup>567</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 260.

<sup>568</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275.

obra possível em seu conjunto. Espera-se “que os romancistas levem a sério suas responsabilidades de *continuidade*”<sup>569</sup>.

Evidentemente, atribuir valor à coerência institucional e à continuidade de um projeto construído em conjunto não significa, necessariamente, submissão acrítica e automática à jurisprudência dominante ou a um precedente valioso. Em primeiro lugar, porque as condições que possibilitaram a formação da jurisprudência ou do precedente podem não estar presentes no caso em análise, ou seja, um caso concreto pode apenas *parecer* similar ao que fora decidido no passado. Em segundo lugar, é possível haver uma ruptura com a coerência, mesmo que o caso atual seja, de fato, similar ao passado. Para que isso ocorra, contudo, é melhor que a rede doutrinária já possa legitimar tal mudança. Um juiz não está obrigado a julgar conforme a jurisprudência, mas a ruptura na coerência do sistema possui mais legitimidade se já foi apontada pela comunidade jurídica<sup>570</sup>.

Entender a jurisprudência como uma rede circular de sedimentação de sentidos exige que se afaste de uma concepção rasa da utilização dos precedentes, que já vem sendo denunciada no Brasil<sup>571</sup>. Verbetes jurisprudenciais, súmulas e ementas não constituem precedentes. Por trás deles existem problemas concretos, argumentações baseadas em princípios e regras e algum entendimento doutrinário que costura tudo isso. Os dois primeiros sequer têm a capacidade de, ainda que resumidamente, transmitir a *ratio decidendi*<sup>572</sup> da decisão. Não é possível aprisionar os sentidos que originaram decisões passadas em uma pequena frase ou mesmo no resumo das razões de decidir que são transmitidos nas ementas dos julgados.

<sup>569</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276 (destaque nosso).

<sup>570</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 264. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. 6.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168, já tratava do dilema envolvendo continuidade e ruptura: “Se é um mal o juiz que anda à cata de inovações, seduzido pelas ‘últimas verdades’, não é mal menor o julgador que se converte em autômato a serviço de um fichário de arestos dos tribunais superiores”.

<sup>571</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; CARNEIRO, op. cit., p. 278.

<sup>572</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Salvador JusPodivm, 2009, p. 381: “A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto”. STRECK & ABOUD, op. cit., p. 43: “é possível dizer que, tradicionalmente, [a *ratio decidendi*] configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizado pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é só uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso-concreto) que ela solucionou”. Cf. também: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221-233 e 253-326.

Por tudo isso, fica bastante claro que a jurisprudência, assim como a doutrina, desempenha um papel fundamental na construção e preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional. Se entendidos de forma adequada, os precedentes representam a forma como o direito é construído, como os problemas são resolvidos pelo Poder Judiciário em determinado Estado. Pelo fato de toda decisão ter que estar relacionada com um caso problema concreto, ao se tornar precedente, a decisão informa aos demais julgadores os sentidos que vem sendo atribuídos àquele tipo de situação. A jurisprudência, entendida como rede de decisões acerca de problemas, é responsável pela construção e preservação da identidade do sistema.

Desta forma, o julgador que assume uma postura de diálogo, interlocução e engajamento com as fontes transnacionais, não pode fazê-lo rompendo de forma abrupta com os sentidos que vêm sendo sedimentados ao longo da tradição jurisprudencial. Os precedentes produzidos por juízes e tribunais em outras instâncias (estatais, internacionais, supranacionais) devem ser articulados de forma construtiva com os precedentes já existentes. No caso de eventual ruptura, a mesma deve estar plenamente fundamentada pelas circunstâncias dos casos em questão, demonstrada a necessidade de atribuição de novos sentidos. Ainda, a articulação, a adoção e a ruptura devem estar já legitimadas pelo esforço doutrinário nos moldes do que se disse no item anterior.

Pode-se concluir que a preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional contra imperialismos e colonialismos depende da articulação adequada com os referências doutrinários e jurisprudenciais deste sistema. Ou seja, o afastamento de modelos de submissão ou convergência depende, de um lado, de uma doutrina atenta à problemática das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Para tanto, a teoria e a dogmática constitucional precisam ir além da mera relação de necessidade constitucionalismo-Estado nacional. De outro lado, é preciso que o julgador encare a jurisprudência do seu país como um mecanismo que parte de, ao mesmo tempo em que constrói, uma tradição de sentido do qual já faz parte e da qual não pode se afastar de forma abrupta, mas apenas de forma articulada.

#### 4.6 AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E OS LIMITES POSSÍVEIS E NECESSÁRIOS (OU, COM QUEM INTERAGIR?)

Existe uma questão de cunho prioritariamente pragmático e empírico, mas que, de alguma forma, se relaciona com uma questão epistêmica que ainda não foi discutida mais profundamente aqui: os ônus criados pelas interações judiciais transnacionais em matéria

constitucional e a capacidade institucional que os julgadores têm para se valer de tal expediente. Esta questão foi referida no capítulo anterior quando se analisou as propostas de Cass Sunstein e de Vicki Jackson. No presente tópico será feita uma breve análise desta problemática, atrelando-a ao problema dos limites das referidas interações. Deve-se dizer, contudo, que a preocupação com a identidade e o respeito aos critérios desenvolvidos no tópico anterior já constituem, por si só, limitações às interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Neste momento, avança-se um pouco mais na problemática sob outra ótica.

Parece seguro dizer que a doutrina constitucional, a teoria hermenêutica e a teoria do direito brasileira não costumam voltar suas atenções para a atuação fática dos julgadores no dia-a-dia do Poder Judiciário nacional. As atenções costumam estar voltadas para os paradigmas filosóficos que fundamentam e possibilitam a compreensão do fenômeno jurídico; para os princípios e métodos de interpretação constitucional; para a fórmula de balanceamento ou ponderação/proporcionalidade e; para as discussões sobre a argumentação jurídica como mecanismo legitimador das decisões judiciais. Todas estas questões são altamente relevantes e imprescindíveis para o desenvolvimento adequado do sistema jurídico e para a limitação e construção da decisão judicial.

Contudo, o olhar pragmático dos constitucionalistas americanos referidos, joga luz sobre questões igualmente relevantes. Cass Sunstein parte da seguinte pergunta: é possível realmente possível que os julgadores compreendam adequadamente o material transnacional e, com isso, possam se valer deles para aprimorar suas próprias decisões? Para o autor, as exigências que são e devem ser feitas para que se realizem as interações judiciais transnacionais são tantas que talvez os juízes e tribunais não estejam aptos a tal. A melhor postura de interação é tão complexa e o potencial de erro é tão grande que a melhor resposta talvez seja não realizá-la. Mesmo assim, entretanto, diversos órgãos judiciais ao redor do mundo continuam se valendo das referidas interações. Desta forma, é papel da teoria constitucional desenvolver mecanismos que auxiliem os julgadores<sup>573</sup>.

Vicki Jackson analisa o problema das capacidades institucionais dos julgadores dentro de sua descrição da postura de resistência ao transnacional. A autora alerta para a dificuldade que está por trás de compreender, manejar e dominar decisões provenientes de diferentes ordens jurídicas. As possibilidades de erro e má compreensão são altíssimas e não meramente hipotéticas. Atrelado a este problema está a esperada falta de treinamento e

---

<sup>573</sup> SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

especialização que juristas nacionais têm em relação a ordens e decisões judiciais estrangeiras. Por fim, existe a questão do custo de oportunidade ínsito ao aprendizado, por juízes e advogados, de qualquer material transnacional. Tudo isso leva a autora a afirmar que expandir a análise das possibilidades interpretativas/aplicativas para o transnacional pode significar um aumento de trabalho para os advogados das partes interessadas e, com isso, a um aumento de custo da litigância, o que afastaria da jurisdição partes com menor renda e poder aquisitivo<sup>574</sup>.

Ambos os autores, portanto, levantam importantes problemas a serem levados a sério. Prescritivamente, Cass Sunstein afirma que esses ônus, custos e dificuldades devem apontar para o não uso de material transnacional na solução de casos jurídico-constitucionais em Estados com sólida tradição constitucional própria. O eventual ganho reflexivo seria pequeno e não compensaria o esforço. Por outro lado, jurisdições de Estados com pouca ou nenhuma tradição constitucional própria deveriam fazer o esforço para aprimorar o seu sistema. Como visto e justificado no tópico anterior, não é a posição que se adota no presente estudo. Vicki Jackson, por outro lado, não enxerga nessas dificuldades um empecilho às interações. Prescritivamente a autora adota uma postura de engajamento, conforme visto no capítulo anterior.

É possível perceber, ainda que de forma tímida, o início da discussão sobre as capacidades institucionais no cenário nacional, ao menos no que diz respeito à atuação comum do julgador, ou seja, desligada da problemática em torno das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional<sup>575</sup>.

Parte-se do lugar comum que afirma não serem os juízes semideuses desprovidos de deficiências e limitações, mas seres humanos concretos. Estes seres humanos concretos estão sujeitos a restrições de todos os tipos, sejam elas individuais, sejam elas institucionais e procedimentais. Por este motivo, afirma-se, uma teoria hermenêutica adequada deveria levar em consideração tais limitações<sup>576</sup>. Trata-se, evidentemente, de uma preocupação com a realizabilidade prática das prescrições interpretativas para os julgadores.

Uma teoria hermenêutica “idealizada” e que não leve em conta as *capacidades institucionais* dos intérpretes, disse-se, pode levar a resultados desastrosos, pois os julgadores

---

<sup>574</sup> JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 26.

<sup>575</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 432-436; SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 151-157.

<sup>576</sup> FERNANDES, op. cit., p. 151.

concretos podem não estar em condições de alcançar tal “ideal”. Uma teoria mais “realista” poderia não permitir que o julgador demonstrasse todo o seu potencial, mas contribuiria para a diminuição de erros. Não obstante, parece evidente que haverá casos de maior repercussão e complexidade, decididos por tribunais de instâncias superiores, que exigirão um esforço maior, mas essa seria a exceção<sup>577</sup>.

Segundo Daniel Sarmiento, as principais limitações impostas aos julgadores são três: “a sobrecarga de trabalho, pelo número excessivo de processos, a falta de conhecimentos técnicos fora do terreno do Direito e a lógica inerente ao processo judicial”<sup>578</sup>. A primeira é de amplo conhecimento pela comunidade jurídica e assola, inclusive, a mais alta Corte do país. A segunda, diz respeito à ausência de uma visão ampla e abrangente, por parte dos juízes, de conhecimentos técnicos desenvolvidas em outros ramos do saber. Por fim, o processo judicial ainda é majoritariamente desenvolvido para lidar com questões individuais, o que coloca barreiras procedimentais à atuação dos magistrados<sup>579</sup>.

Estas pontuações levantam um problema que, não obstante seu caráter pragmático, merece ser enfrentado. De fato, não há como negar que a consulta a material estrangeiro para o aprimoramento reflexivo do direito interno resulta em um ônus/dever a mais para o julgador. Não um ônus/dever argumentativo apenas<sup>580</sup>, mas um ônus material, ou seja, um dispêndio maior de tempo, concentração e pesquisa. Por este motivo, parece importante levantar alguns critérios aptos a balizar os limites às interações, a fim de torná-las produtivas, e não apenas alegóricas, retóricas ou decorativas. Uma utilização maciça e descriteriosa pode levar à perda da função reflexiva que as interações têm. Estes limites pragmáticos, contudo, não podem estar desvinculados a tudo o que se disse até aqui, ou seja, não se pode colocar questões pragmáticas a frente de questões epistêmicas.

O que se disse até agora sobre as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional?

A consulta e referência a decisões prolatadas em outras instâncias do cenário transnacional por juízes e tribunais responsáveis por interpretar e aplicar uma determinada constituição é uma decorrência da progressiva transnacionalização do direito, em geral, e do constitucionalismo, de forma específica. A expansão do constitucionalismo moderno, da

---

<sup>577</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 152-153.

<sup>578</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 153-156.

<sup>580</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

importância do Poder Judiciário e do controle de constitucionalidade ao redor do mundo, faz surgir a percepção de que várias ordens jurídicas, além de dividirem uma tradição comum, tendem a se deparar com problemas constitucionais comuns. Desta forma, a consulta e referência a decisões tomadas fora dos limites da ordem jurídica que se abre tem o potencial de promover reflexão, melhorar a compreensão de problemas complexos e, com isso, aprimorar as decisões tomadas. As decisões consultadas, por não serem vinculantes, funcionam como mecanismos heterorreflexivos sem corromper ou inviabilizar a identidade da ordem jurídica.

Tendo por ponto de partidas essas premissas, é possível apontar para algumas limitações aptas a balizar com quem interagir. Em primeiro lugar, deve-se evitar interações com sistemas jurídicos que negam explicitamente o constitucionalismo democrático contemporâneo. Se não há esta identidade básica entre as ordens envolvidas, a interação tende a ser destrutiva ou, ao menos, não construtiva. Estados que não subscrevem ou que são notoriamente violadores dos direitos humanos e fundamentais, ou que não possuem sua organização institucional de forma tal que o poder político seja limitado, não devem servir de parâmetro reflexivo para um Estado em que se pretende, explicitamente, possuir tais princípios.

Em segundo lugar, deve-se preferir interações com sistemas que sabida e explicitamente se guiam pelas premissas do constitucionalismo democrático contemporâneo. É sabido que existem ordens jurídicas que, apesar de formalmente possuírem uma constituição nos moldes da moderna, não são limitadas por tais princípios. Portanto, Estados com democracias constitucionais consolidadas devem ser preferidos.

Em terceiro lugar, deve-se evitar interagir com sistemas jurídicos em que se sabe que o Poder Judiciário tem sua independência frente ao poder político fragilizada ou não garantida. Se o sistema jurídico não pode se desenvolver com a autonomia devida, e seu funcionamento é corrompido por fatores extrajurídicos, a possibilidade reflexiva-construtiva é minimizada e, possivelmente, inviabilizada.

Em quarto lugar, é preciso, como dito acima, utilizar o caso concreto como redutor de complexidade<sup>581</sup> e como ponto de ligação<sup>582</sup> das interações. É o caso concreto sob análise que tem o potencial de apontar para quais precedentes se deve olhar. Precedentes que cuidam do problema jurídico em questão apenas como *obiter dicta*, ou de forma superficial, devem ser preteridos em favor dos precedentes que cuidam do problema na sua *ratio decidendi* ou

---

<sup>581</sup> Cf. supra 4.4.

<sup>582</sup> Cf. supra 4.1.

sua questão principal. Por exemplo: se o caso em análise trata do direito ao aborto, não se deve priorizar precedentes que tratam do direito à vida ou do direito à liberdade da mulher em outros contextos. A preferência deve recair sobre precedentes que trataram especificamente sobre o aborto. Se o caso diz respeito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não se deve priorizar decisões que tratam da liberdade sexual ou o conceito de família em outros contextos, mas exatamente no contexto do problema em questão. Esta “limitação” impede que haja uma utilização apenas retórica dos precedentes transnacionais, e impede desvios de significados sobre questões provenientes de problemas compartilhados.

Em quinto lugar, deve-se dar preferências aos precedentes transnacionais que já passaram por um processo de crítica e reflexão por parte da comunidade jurídica. Como afirmado acima, a doutrina jurídica e a ciência do direito possuem um papel fundamental na preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional de um Estado. Desta forma, precedentes que não foram examinados por esta rede de conhecimento tem um potencial maior de provocar situações de convergências e submissão do que precedentes que já foram devidamente recepcionados e analisados.

Evidentemente, estas limitações não devem ser enxergadas como um “check-list” ou uma receita. São, em verdade, critérios orientadores para o julgador imerso nas interações judiciais. Tentou-se elaborar critérios que possuam fundamentação direta nas condições e possibilidades das interações estudadas acima.

## 5 CONCLUSÃO

Por tudo exposto, é possível concluir o que se segue.

I – O jusnaturalismo é o motor das revoluções liberais do século XVIII que impulsionam a construção e afirmação do constitucionalismo moderno. Entendido, em seu núcleo, como um movimento voltado à limitação do poder estatal e garantia de direitos humanos fundamentais dos indivíduos, o constitucionalismo é responsável pela reformulação do Estado, da sociedade e do próprio direito. A constituição, ao mesmo tempo em que funda um novo sistema jurídico, passa a ser responsável por fundamentar o direito, desempenhando o papel que, até então, cabia ao direito natural. Embora apareça em momentos distintos na história dos Estados nacionais, o controle de constitucionalidade das leis, fundado na supremacia constitucional, é responsável pela salvaguarda deste fundamental mecanismo. Na aurora do constitucionalismo moderno, é possível estabelecer, ainda que contingencialmente, uma relação de necessidade entre ele, uma constituição estatal e o Estado nação.

II – O processo de transnacionalização de diversas esferas sociais é um fenômeno multifacetado e que, embora seja possível rastrear seu início à Antiguidade clássica, foi altamente intensificado no século XX, principalmente na sua segunda metade. A partir deste marco temporal, a própria sociedade passa a se enxergar como mundial, ou seja, a autodescrição da sociedade é de sociedade mundializada. Dentre suas inúmeras facetas estão a econômica, a política, a cultural, a informativa e jurídica. A face jurídica da transnacionalização é perceptível no aumento significativo de tratados internacionais, órgãos de regulação e decisão jurídica desvinculados de Estados, crescimento da autorregulação privada etc. Este fato, por ser irreversível, passa a exigir da teoria e da filosofia do direito uma renovação conceitual, apta a entrar corretamente na transnacionalização. Neste espeque, a contraposição monismo-dualismo passa a ser subcomplexa para lidar com o novo cenário, devendo a teoria do direito se voltar para o fenômeno mais originário: a unicidade pluralmente compartilhada do mundo (intersubjetividade).

III – Ao mesmo tempo em que o mundo se transnacionalizou, mais Estados se tornaram constitucionais. A segunda metade do século XX foi palco de uma revitalização e de uma expansão do constitucionalismo ao redor do mundo. O constitucionalismo contemporâneo fortalece a normatividade da constituição, deontologiza os princípios constitucionais, fortalece o controle de constitucionalidade e reafirma a importância do Poder Judiciário na preservação da constituição. Diversos Estados do mundo ocidental promulgam novas constituições ou reformulam substancialmente as antigas, adequando-se a esta nova

fase do constitucionalismo. Ao mesmo tempo, embalado pelo ideário constitucional, o direito internacional público se altera, fazendo surgir um novo ramo: o direito internacional dos direitos humanos. Ambos os movimentos demonstram o compartilhamento de tradições e referenciais sistêmicos entre diversos Estados e organizações supraestatais ao redor do mundo.

IV – No embalo promovido pela rematerialização e expansão do constitucionalismo e pelo crescimento de importância do direito internacional dos direitos humanos, uma série de estudos passaram a apontar para a construção de um constitucionalismo transnacional. O constitucionalismo transnacional se desenvolve de forma fluída, descentralizada, a partir de uma rede de instituições criadas para a preservação do núcleo do constitucionalismo moderno. Dentro desta rede estão os diversos textos constitucionais estatais, os tratados e convenções sobre direitos humanos e os diversos juízes, tribunais e cortes responsáveis por zelar por estes instrumentos. Este “novo” constitucionalismo se desenvolve sem a necessidade de uma constituição global, prescindindo de um Estado mundial e sem pretender se substituir ao constitucionalismo estatal. Rompe, portanto, com o trinômio que fundou o constitucionalismo moderno. Ele funciona, portanto, como um mecanismo reflexivo e retroalimentador do constitucionalismo estatal.

V – Uma das principais manifestações da expansão e revitalização do constitucionalismo ao redor do mundo são as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. A consulta e referência a precedentes em matéria constitucional de juízes, tribunais e cortes estatais, regionais, internacionais e supranacionais, se tornou algo recorrente. Juízes e tribunais dos mais variados Estados passam a se valer de decisões tomadas fora de sua ordem jurídica imediata para aprimorar suas decisões e argumentações. O Supremo Tribunal Federal brasileiro não é uma exceção. Ainda que o desenvolvimento deste expediente esteja em fase embrionária, o tribunal vem, principalmente nos últimos anos, se valendo de precedentes estrangeiros para fundamentar suas decisões. Entretanto, os Ministros não têm demonstrado um padrão de comportamento nem se mostram atentos à legitimidade, condições e problemas envolvendo as referências a precedentes transnacionais, além de não debaterem se este tipo de procedimento é válido ou não. Não há referência a uma teoria ou à necessidade de uma para que as citações sejam realizadas. O uso inconsistente e pouco justificado das interações corre o risco de transformá-las em mera retórica ou decoração argumentativa.

VI – As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional possuem, para o seu funcionamento e legitimação, fundamento de três ordens. A primeira diz respeito à

percepção do compartilhamento de uma mesma tradição: o constitucionalismo moderno. Por não ser um fenômeno local e isolado, o constitucionalismo liga diversos Estados e organismos internacionais, fazendo com que os sentidos constitucionais produzidos em uma ordem possam ser reaproveitados e rearticulados em outra. A segunda, atrelada à primeira, está na constatação de que as diversas ordens constitucionais compartilham dos mesmos tipos de problemas. A observação e consulta da forma com que determinado problema foi resolvido em outra ordem contribui positivamente para a resolução do problema similar surgido na ordem que se abre. Por fim, a Constituição Federal de 1988 possui dispositivos que, ao menos, autorizam referido expediente. Os incisos II, III, V e IX do art. 4º apontam para o fato de a Constituição brasileira ser um mecanismo de ligação entre o estatal e o transnacional. O parágrafo único do mesmo artigo requer a integração latinoamericana, o que pode ser exigido também do Poder Judiciário. Por fim, o § 2º do art. 5º positiva a abertura material dos direitos fundamentais, autorizando que os sentidos atribuídos a estes direitos sejam rearticulados frente a sentidos encontrados na ordem transnacional.

VII – Situando-se entre posturas ou modelos de afirmação absoluta da identidade (repulsa, resistência, indiferença, irrelevância) e posturas ou modelos de entrega total ao transnacional (submissão, reverência, convergência, harmonização), as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional devem funcionar a partir de modelos ou posturas de articulação, engajamento, entrelaçamento, interlocução ou diálogo. Através delas, os precedentes transnacionais não são ignorados, mas também não são vistos como vinculantes. A estrutura que se desenvolve a partir destes contatos é horizontal, heterárquica. A abertura problemática à sabedoria prática acumulada em precedentes transnacionais, a partir das fundamentações (*ratio decidendi*) destas decisões, possibilita a reflexão, a revisitação de sentidos e à expansão de horizontes compreensivos sobre a própria ordem que se abre. As interações permitem o desvelamento de sentidos e possibilidades decisórias ainda não enxergadas. Por elas, o raciocínio e a argumentação dos julgadores também são aprimorados, passando eles a ter que enfrentar questões que ainda não haviam sido levantadas, ou tendo que enfrentá-las a partir de novos pontos de observação. A rearticulação e reconstrução de sentidos sedimentados através do contato com o outro (alteridade) em nível reflexivo amplia possibilidades sem a destruição da identidade. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, feitas adequadamente, nem legitimam a adoção um isolacionismo provinciano inadequado à complexidade da sociedade em progressiva transnacionalização e que ignora a existência de uma tradição compartilhada (afirmação absoluta da identidade), nem recai em um universalismo autoritário ou em um cosmopolitismo ingênuo, capaz de

promover a desintegração de identidades normativas e culturais (abertura total à alteridade). Situa-se, portanto, na tênue linha entre identidade e alteridade.

VIII – A consulta e referência a precedentes precisam de um modelo de racionalidade, que dê conta, ao mesmo tempo, da existência de uma identidade atrelada a uma tradição, e da abertura reflexiva à outra identidade (alteridade) e mecanismos sistêmicos e pragmáticos que apontem a forma adequada de articular a preservação da identidade, e a abertura para a alteridade. A hermenêutica filosófica contemporânea assume satisfatoriamente este papel. Este paradigma filosófico, apesar de superar a filosofia do sujeito, não retira este das preocupações teóricas. Ao contrário, examina profundamente o processo compreensivo e decisório, alertando para as naturais limitações e inevitável finitude do ser humano. Desta forma, indica como o processo de interpretação está intimamente ligado com a reflexão. Ao revitalizar o conceito de tradição, fundamenta as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional na medida em que aponta para os critérios de identidade, para a percepção da tradição compartilhada representada pelo constitucionalismo moderno e para a abertura necessária à alteridade, marca da tradição legítima da pluralidade, democracia e diálogo. Ao mesmo tempo, através da tese da verdade como desvelamento, indica o papel das interações: a maximização do desvelamento a partir da maximização de perspectivas e contextos sobre o ente. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, portanto, trabalham a favor do desvelamento e contra o ocultamento, ampliando as perspectivas compreensivas daquele que deve decidir no presente um problema similar àquele resolvido no passado por outro juiz ou tribunal no cenário transnacional. Sentidos até então obscurecidos pelas limitações inerentes a todo indivíduo são retirados do ocultamento. Por fim, a hermenêutica filosófica contemporânea permite a constatação do problema jurídico concreto como ponto de estímulo das interações a partir da máxima fenomenológica (“ir às coisas mesmas”) e a dialética da pergunta e da resposta.

IX – Atrelados à tradição da ordem jurídica que se abre, a doutrina e a jurisprudência representam o marco a partir do qual deve ocorrer a articulação adequada entre identidade e alteridade. A doutrina, entendida como rede de doutrinadores voltados à identificação, construção e desenvolvimento da ordem jurídica e sua tradição, através de seu esforço reflexivo, tem o condão de impedir que a identidade local seja totalmente corrompida em nome de alguma alteridade, de evitar a recaída em um modelo de submissão ou convergência e, ao mesmo tempo, de estimular uma rearticulação benéfica entre identidade e alteridade, de possibilitar a construção de um modelo de interlocução, diálogo, aprendizado e engajamento. A jurisprudência, assim como a doutrina, desempenha um papel fundamental na construção e

preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional. Se entendidos de forma adequada, os precedentes representam a forma como o direito é construído, como os problemas são resolvidos pelo Poder Judiciário em determinado Estado. Pelo fato de toda decisão ter que estar relacionada com um caso problema concreto, ao se tornar precedente, a decisão informa aos demais julgadores os sentidos que vem sendo atribuídos àquele tipo de situação. A jurisprudência, entendida como rede de decisões acerca de problemas, é responsável pela construção e preservação da identidade do sistema.

X – O esforço material e o conseqüente dispêndio de tempo que a consulta e referência a precedentes transnacionais traz, levanta a questão das limitações necessárias às interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Estas limitações, contudo, não devem ser meramente arbitrárias, mas buscar fundamento nas próprias características e exigências das interações. Assim, deve-se evitar interações com ordens jurídicas que negam explicitamente a tradição do constitucionalismo democrático. Dentre os Estados que se filiam a esta tradição, deve-se dar preferência às democracias consolidadas e aquelas em que o Poder Judiciário é notoriamente independente. Além disso, deve-se usar o caso concreto a decidir como mecanismo limitador: dar preferência aos precedentes que decidiram casos similares aos que se vai decidir. Por fim, deve-se dar maior crédito aos precedentes transnacionais que já foram analisados pela doutrina produzida na ordem jurídica que se abre.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Occasional Papers*, 1996, p. 1-14. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=yalsop\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=yalsop_papers)>. Acesso em: 03 jan. 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3.ed. Traduzido por Zilda Hutchunson Schil Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Globalização e metaconstitucionalismo. In: \_\_\_\_\_. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad.: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- \_\_\_\_\_. “Aqui, lá e em outro lugar”: a dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, p. 127-196, maio 2012.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional: inventario y crítica. In: \_\_\_\_\_. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad.: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9.ed. São Paulo: Mandamentos, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado. In: \_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. Interconstitucionalidade e interculturalidade. In: \_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e epistemologia: 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CHOUHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Trad.: Caroline Graeff. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e a criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 3.ed. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regras para direção do espírito*. Trad.: João Gama. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução à teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Traduzido por Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad.: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 13.ed. Trad.: Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Barcarena: Presença, 2007.

FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *Estudos avançados*, v. 11, n. 30, p. 43-53, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Direito constitucional & democracia: entre a globalização e o risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas: 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Trad.: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. Esboços dos fundamentos de uma hermenêutica. Trad.: Paulo Cesar Duque Estrada. In: GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. 3.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GIACOIA JR. Oswaldo. *Heidegger urgente: introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via e seus críticos*. Trad.: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional*. Trad.: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma Constituição? In: \_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3.ed. Trad.: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade. In: \_\_\_\_\_. *Ser e verdade*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ontologia: hermenêutica da faticidade*. Trad.: Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia*. Trad.: Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *Carta sobre o humanismo*. 2.ed. Trad.: Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ser e tempo: parte I*. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Trad.: Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido por Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1991.

HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 4.ed. Trad.: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006.

JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, p. 161-185, 2007.

\_\_\_\_\_. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. La ética global de los derechos humanos: una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 2, p. 126-139, jul.-dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Do Estado legislativo ao Estado constitucional: o apogeu do estado de direito. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. A passagem do Estado social ao Estado constitucional no contexto da globalização. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Globalização e constitucionalismo cosmopolita. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e Direitos Humanos*. Traduzido por Clovis Gorczeski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIRK, Russel. *A política da prudência*. Trad.: Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.

KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of posnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KUSCH, Martin. *Linguagem como caçulo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer*. Trad.: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad.: Ana Cristina Arantes. Petrópolis: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. 2.ed. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Traduzido por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos humanos, Estado e globalização. In: RUBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquin Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2.ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

NEVES, Antonio Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito: ou as condições da emergência do direito como direito. In: \_\_\_\_\_. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*. Coimbra: Almedina, 2002.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, p. 193-214, jan.-mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. Introdução. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 1-35, out./nov./dez. 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad.: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2.ed. Trad.: Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. *Boston College Law School Legal Studies Research Paper*, n. 254, p. 1-49, 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1982230](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982230)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1492141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492141)>. Acesso em: 03 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, n. 19, p. 579-610, 2006.

PINTO, Marília Muricy Machado. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 2, p. 206-226, jul.-dez. 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. 6.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Leonel. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2.ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, p. 137-160, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A “justiça” da cosmopolitização e a cosmopolitização da justiça. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coord.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre os novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. p. 11-32. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. p. 11-32. Acesso em: 22 set. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. *Para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. p. 2-27. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad.: Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI (Coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

\_\_\_\_\_. Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*. Charlottesville, v. 40, p. 1103-1124, 2000. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf>>.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLIANO, Vitor. Diálogos transconstitucionais: indícios de um novo constitucionalismo? In: CONPEDI/UNINOVE (Org.). *Teoria do Estado e da Constituição*. Florianópolis: Funjab, 2014.

\_\_\_\_\_. As interações judiciais em matéria constitucional e a tensão entre identidade e alteridade. In: CONGRESSO DA ABRASD, 4., ENCONTRO DE PESQUISA DO MOINHO JURÍDICO, 1., 2013, Recife. *Anais...* Recife: Editora Universitária de Recife, v. 4, 2013.

\_\_\_\_\_. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 8, p. 590-622, 2013.

\_\_\_\_\_. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 7, p. 182-221, 2012.

\_\_\_\_\_. Transconstitucionalismo, interconstitucionalidade e heterorreflexividade: alternativas possíveis para a proteção dos direitos humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas: primeiras incursões. *Direito Unifacs*, v. 144, p. 1-14, 2012.

\_\_\_\_\_. Procedimentalismo e substancialismo: propostas pós-positivistas para o constitucionalismo contemporâneo. *Revista do curso de Direito da Unifacs*. v. 11, p. 209-220, 2011.

SOLIANO, Vitor; COSTA, Frederico Magalhães. A PEC 03/2011 e o controle legislativo das decisões judiciais no contexto do ativismo judicial brasileiro: o sintoma de uma crise anunciada da elefantíase do Judiciário e da anorexia do Legislativo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: CONPEDI, 2011.

SOLIANO, Vitor; ALVES, João Vitor de Souza. Do Estado liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. In: CONGRESSO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM SOCIOLOGIA DO DIREITO, 2., 2011, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: ABraSD, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. 2.ed. Salvador: Dois de Julho, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. Trad.: Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the Founding Documents doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

\_\_\_\_\_. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e a súmula vinculante?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. Pelo uso dialógico e restrito de decisões da justiça constitucional estrangeira em decisões da justiça constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivim, 2012.

\_\_\_\_\_. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: \_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação Em Direito da Unisinos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, p. 9-31, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Trad.: Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Do provincianismo constitucional ao transconstitucionalismo: a proteção dos direitos humanos através da integração dos ordenamentos jurídicos. In: COSTA, Ana Paula Motta; REIS, Maurício Martins (Orgs.). *Direitos fundamentais e espaço público*, Passo Fundo: IMED, v. 3, p. 87-100, 2012.

VALDÉS, Roberto Luis Blanco. *O valor da Constituição: separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do Estado liberal*. Traduzido por Margarita María Furlong. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. 5.ed. Trad.: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern *jus gentium*. *Havard Law Review*, v. 119, n. 1, p. 129-147, 2005.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WELSCH, Wolfgang. *Reason and transition: on the concept of transversal reason*. p. 1-32. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/reasTrans.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Rationality and reason today*. p. 1-16. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/ratReasToday.html>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 6.ed. Trad.: Marcus G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 89-124, 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1636163##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163##)>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. 10.ed. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. Jueces constitucionales. Trad.: Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.