

Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo

Transconstitucionalism or cosmopolitism: perspectives for a dialogal semantics in the contemporary constitutionalism

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho*
Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

Imagine-se que a passagem escrita por Shakespeare em *Hamlet* de que “nosso tempo está desnorteado”¹ pudesse ser tomada como a grande provocação do pensamento filosófico da modernidade sobre a relação entre o direito e a política. E que dessa provocação surgisse a seguinte questão: Quem decide qual o sentido do poder e do direito na vida dos indivíduos?

Num grau de generalidade como esse talvez nenhuma outra resposta pudesse ser tão precisa quanto a figura do soberano. Mas de que soberania se pode falar quando não se define se o soberano é o poder ou o direito? O dilema apresenta-se, então, entre duas alternativas: o direito estabelece as normas de funcionamento do poder ou o poder cria livremente o direito.

No contexto de edificação do Estado moderno essa histórica antinomia entre poder e direito buscou solução no constitucionalismo. Tratava-se de

* Doutorando em direito na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: douglas.zaidan@gmail.com.

1 SHAKESPEARE, 2007, p. 41. No original, publicado em 1601: “*The time is out of the joint*”; há ainda uma tradução para o espanhol com o seguinte teor: “*La naturaleza está en desorden*” (SHAKESPEARE, 1798, p. 45). O trecho está no final do Ato I, cena 5, em que Hamlet dialoga com Horácio e Marcelo, logo após ter recebido do espectro de seu pai a notícia de que o motivo de sua morte foi o envenenamento por meimendo enquanto dormia no jardim, por ação do tio de Hamlet, Cláudio, que se tornara rei da Dinamarca e acabara de se casar com Gertrudes, a rainha viúva.

uma inovação linguística articulada pelas revoluções liberais, cuja pretensão era construir uma semântica social² capaz de fornecer um conceito de soberania fundado no primado da Constituição. A promessa do mecanismo que a um só tempo promoveria a diferenciação entre os sistemas político e jurídico, viabilizando a legitimação de ambos por referências mútuas, evitaria o regresso infinito à questão sobre a fundação do poder e do direito.

O constitucionalismo passava a consagrar uma noção de soberania que, segundo Luigi Ferrajoli³, residia sob três aporias: a primeira, de matriz filosófica, atribuía a uma concepção jusnaturalista (soberania) a fundação juspositiva do Estado e do direito internacional público moderno; a segunda, de caráter histórico, seria a responsável pela divisão entre soberania interna (*potestas absoluta*) - consistente na progressiva formação dos Estados constitucionais, e soberania externa (*superiorem non recognoscens*) – realizada historicamente como absolutização do direito de declarar guerra e celebrar a paz; e, finalmente, o paradoxo inserido na teoria do direito, a respeito da legitimação do ordenamento jurídico no plano interno, cuja autodeterminação exige que o direito regule a si próprio como esfera autônoma, sofrendo a irreduzível antinomia de obrigar-se à observância da paz e dos direitos humanos no plano internacional.

Hoje este último paradoxo parece ter se radicalizado. A fórmula de autoproclamação da soberania que combina regras de procedimento e normas de validade substancial com base nos direitos fundamentais, no plano interno; e o exercício da prerrogativa de vincular-se autonomamente a pactos de direito internacional, incorporando aos ordenamentos jurídicos nacionais disposições de interesse supranacional, no plano externo; não corresponde mais às complexas relações de produção de sentido do direito na sociedade mundial⁴ multicêntrica.

A ameaça terrorista à vida e à integridade de pessoas, o poder destrutivo de armas nucleares, as ofensas ao meio ambiente e o aquecimento

2 LUHMANN, 1996, p. 4 ss.

3 FERRAJOLI, 1997, p. 8 ss.

4 Para Luhmann, o termo não despreza as desigualdades entre regiões do globo, o que poderia resultar em um “sistema global de sociedades regionais”, mas parte da consideração de que a explicação dessas diferenças “não deve apresentá-las como dados, isto é, como variáveis independentes, mas deve, antes, começar com a suposição de uma sociedade mundial e, em seguida, investigar, como e porque esta sociedade tende a manter ou mesmo aumentar as desigualdades regionais.” Cf. LUHMANN, 1997, p.72.

global⁵, os conflitos étnico-religiosos com efeitos extraterritoriais, o acirramento da disputa por fontes de energia, além da intensificação da miséria e das desigualdades, causadoras do aumento de fenômenos migratórios, são exemplos de fatores que evidenciam a escala mundial dos problemas com que a reduzida capacidade técnica e política dos Estados precisa lidar. Tudo isso num contexto de precarização da legitimidade⁶ de instituições com encargo de manutenção da paz e do equilíbrio nas relações internacionais.

Por outro lado, a tentativa de construir soluções consensuais numa esfera global baseada em critérios de legitimação que pressupõem a observância de condições democráticas por seus participantes encontra sérias dificuldades. Aqui o paradoxo se manifesta pela pretensão de formular regras de procedimento comum num ambiente marcado pelas radicais diferenças entre povos e culturas⁷. Diferenças que não se reduzem diante de uma globalização orientada pela expansão dos efeitos da lógica do livre mercado.

É sob esse desnorteio shakespeariano que são repropostos os dilemas do constitucionalismo enquanto movimento capaz de articular fundamentalmente a limitação do poder e a garantia de direitos, responsáveis pelo êxito do conceito de Constituição no sentido moderno, contudo, desvinculando-os da figura do Estado⁸.

Diante de um quadro com tantas variantes, os esforços teóricos empenhados à reabilitação do constitucionalismo como discurso normativo universal da ideia de liberdade⁹ precisam confrontar-se principalmente

5 Partindo do consenso da comunidade científica de que o aquecimento global e a atual da crise climática são resultado da ação humana, Dipesh Chakrabarty observa como os sentimentos contemporâneos de ansiedade e preocupação em relação à finitude da humanidade desafia, inclusive, uma mudança na auto-compreensão do pensar histórico. Para o autor, a percepção da dimensão da crise e a possibilidade de extinção da espécie humana provocariam um senso do presente que separa o futuro do passado ao colocar tal futuro além do alcance da sensibilidade histórica. Cf. CHAKRABARTY, 2009, p. 197.

6 Sintomático dessa crise de legitimidade foi a tomada de posição unilateral e hegemônica pelos Estados Unidos ao decidir intervir no Iraque, contra decisão do Conselho de Segurança da ONU, e a intervenção em Kosovo, mesmo diante dos vetos de Rússia e China. Cf. MORRIS & WHEELER, 2007, p. 220 ss.

7 Alguns desses conflitos podem ser vistos nas relações entre particulares diante da expansão da tecnologia e do mercado, p. ex. a venda da carne de vaca em alguns locais da Índia, onde o animal é considerado sagrado ou a comercialização de frango congelado no Irã, sem o respeito ao ritual de abate exigido pelos muçulmanos; mas também nas relações de indivíduos ou grupos com Estados, como no julgado do tribunal de Colônia (Alemanha), que considerou crime, sujeito à pena de prisão, a milenar prática religiosa judaica e muçulmana de circuncisão de recém-nascidos, por entendê-la incompatível com a integridade física da criança, prevalecente sobre a liberdade religiosa de seus pais.

8 Uma crítica às tentativas da teoria constitucional de transferir irrefletidamente ao plano global os paradigmas de constitucionalização do Estado-nação é feita por Günther Teubner. Cf. TEUBNER, 2004, pp. 7 ss.

9 Cf. BRUNKHORST, 2011, p. 16

com dois fenômenos: o primeiro é o aumento de complexidade das relações entre os atores envolvidos no processo de globalização (agentes privados, entidades supranacionais, Estados e indivíduos); e o segundo, a tendência de expansão destrutiva dos sistemas parciais em nível mundial, especialmente o sistema econômico¹⁰, com consequências para a proteção dos direitos humanos. Isso enquanto o sistema jurídico fragmenta-se progressivamente em ordens de níveis múltiplos¹¹, colocando em xeque dois dos mais importantes postulados kelsenianos¹²: a estrutura escalonada da ordem jurídica e o monismo do direito internacional.

Essa revolução copernicana da autocompreensão do constitucionalismo em nível global não deixa de produzir seus reflexos no plano interno dos Estados. Pelo contrário, ela gera efeitos diversos para a interpretação e aplicação do direito por órgãos judiciários nacionais que, de um lado, passam a se deparar com a insuficiência dogmática da “supremacia constitucional” e, por outro, precisam conviver com a tensão entre o dever de fundamentar suas decisões sob a Constituição e a observância da universalidade de princípios do direito internacional, além dos precedentes de cortes internacionais e decisões de entidades transnacionais. Um panorama significativamente mais complexo para órgãos judiciais nacionais, cada vez mais órfãos dos padrões herdados¹³ das revoluções liberais.

É sobre os efeitos dessa atualização de sentido¹⁴ do constitucionalismo que este trabalho dirige a sua atenção. Uma atenção que demanda a reapropriação da dicotomia interno/externo no sistema jurídico e mudanças na postura interpretativa das cortes encarregadas das respostas sobre problemas constitucionais comuns da sociedade mundial.

10 Ao descrever a forma de autonomização do discurso jurídico na modernidade, Max Weber já observara que o direito formal encontrava contradições ao deparar-se com a dinâmica das relações comerciais, sendo forçado a tomar um rumo antiformal (WEBER, 2009, p. 153).

11 Habermas afirma que a constitucionalização de uma cidadania cosmopolita passa por três níveis ou *arenas*: a supranacional (comunidade internacional), a transnacional (regimes regionais) e a estatal (estados nacionais) HABERMAS, 2007, pp. 359 ss, defendendo uma política interna mundial descentrada do Estado, mas com reformulação da ONU, segundo uma estrutura prevista numa espécie de Constituição para a sociedade mundial; já Neves descreve a possibilidade de entrelaçamentos simultâneos entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, cf. NEVES, 2009, pp. 238 ss.

12 Cf. KELSEN, 1998, pp. 155 ss. e 234 ss.

13 Cf. GRIMM, 2004, p. 15.

14 Cf. LUHMANN, 2006, pp. 33 ss e LUHMANN, 2002, p. 32.

Problematizando as possibilidades da permanência de interpretações focadas na prevalência da “última palavra”¹⁵, serão comparadas duas perspectivas de construção dialógica no estágio atual do constitucionalismo: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas de Marcelo Neves, e o cosmopolitismo constitucional, trabalhado por Cass Sunstein, procurando descrever os limites e possibilidades de ambas as teorias como alternativas ao enfrentamento de questões jurídicas além-fronteiras.

Um dos principais desafios à construção partilhada de uma semântica constitucional suficientemente complexa para lidar com as expectativas normativas rearticuladas por ordens distintas está no confronto das assimetrias¹⁶ existentes no plano estrutural das relações sociais em nível mundial. Um problema que exige mudanças de comportamento de vários agentes, em especial quando consideradas as restrições à adoção de uma linguagem comum no plano da solução de conflitos. Nesse sentido, propõe-se uma análise tanto do transconstitucionalismo quanto do cosmopolitismo constitucional, sob a ótica específica do tratamento das diferenças, procurando enxergar como a autocompreensão de cada uma das teorias pode significar uma abertura para o *outro*¹⁷ ou apenas a apropriação estratégica do discurso constitucional para afirmar a própria identidade e repetir o mesmo.

2. Acoplamento estrutural, razão transversal e o transconstitucionalismo

Uma das alternativas teóricas construídas para lidar com a crescente fragmentação do direito e as dificuldades do relacionamento entre as ordens jurídicas da sociedade mundial é a noção do *transconstitucionalismo* de

15 Uma discussão sobre a insuficiência de teorias da ‘última palavra’ ou ‘última autoridade’ representativa do conflito entre parlamentos e cortes constitucionais no âmbito interno da reprodução do direito e da política é feita por Conrado Hübner Mendes, que procura articular a “provisoriedade das decisões com a continuidade da política” através do diálogo permanente. Cf. MENDES, 2008, pp. 168 ss. Sobre problemas de inconsistência da autoafirmação do poder da última palavra pelo Supremo Tribunal Federal ver: CARVALHO, 2013.

16 Para Koselleck a característica dos conceitos *antitéticos assimétricos* é que “eles determinam uma posição seguindo critérios tais que a posição adversária, deles resultante, só pode ser recusada” Cf. KOSELLECK, 2006, p. 195. Essa oposição auxilia a fundamentação tanto da constituição interna quanto da política externa à medida que desloca o espaço da experiência do horizonte de expectativas e permite a negação do outro como integrante de uma humanidade única. Cf. KOSELLECK, 2006, pp. 191 ss.

17 A referência aqui é ao “pensamento da alteridade”, desenvolvido por Emanuel Levinas, que procura abrir caminho para a relação do *Mesmo* com o absolutamente *Outro*, sob uma ética para além da categoria de totalidade conceitual em que teria se fechado a tradição filosófica moderna, evidenciando a subjetividade como uma relação de alteridade Cf. LEVINAS, 2011, p. 66; tb. MILOVIC, 2004, p. 88.

Marcelo Neves. A proposta descreve a possibilidade de diálogos baseados em acoplamentos estruturais¹⁸ e *pontes de transição*, como abordagem adequadamente complexa ao tratamento de problemas constitucionais comuns, evitando tanto pontos de vista focados na plena autonomia estatal, quanto a aposta no internacionalismo como última *ratio* ou ainda do uso metafórico do conceito de constituição que possa importar na expansão de um *constitucionalismo imperial*¹⁹ para a ordem transnacional.

Os pressupostos utilizados por Neves para construir a ideia do transconstitucionalismo relacionam-se com o entrelaçamento dos discursos político e jurídico na teoria dos sistemas²⁰ e a formação de racionalidades parciais trabalhada por Wolfgang Welsh²¹, que entre as suas preocupações, encarrega-se da reabilitação do conceito de razão após os ataques das críticas pós-modernas e pós-estruturalistas.

Inicialmente o conceito de constituição é contextualizado historicamente a partir dos movimentos revolucionários na França e nos Estados Unidos, quando se atribui a estas revoluções liberais a responsabilidade pela interpenetração terminológica entre a política e o direito na semântica social. Desse entrelaçamento “*política e direito aparecem como um sistema e o direito como forma de reação aos inconvenientes políticos, inclusive ao perigo de se recair no estado de natureza*”²². Então, a constituição em sentido moderno seria uma reação à diferenciação funcional entre política e direito, ante uma conjunção de fatores sociais que viabilizaram o acoplamento entre esses sistemas.

Sob a perspectiva da teoria dos sistemas, essa religação forneceria o parâmetro de validade do direito, considerando-o operativamente fechado, autorreferente, circular e concebido sob a descrição de dois tipos de operação: uma positiva, sob a tautologia constitutiva de seus próprios elementos internos; outra negativa, sob o paradoxo da inserção de elemento do ambiente, reproduzindo as distinções que o caracterizam como sistema jurídico no plano concreto da comunicação social.

18 Cf. NEVES, pp. 34 ss e 235 ss; e LUHMANN, 1996, p. 22; 2002, pp. 315 ss e 2007, pp. 66 ss.

19 Esse propósito fica claro logo no início do texto. Cf. NEVES, pp. 6, 51.

20 Cf. NEVES, 2009, pp. 34-38; NEVES, 2011, pp. 64-67 e LUHMANN, 1996.

21 Cf. WELSH, 1998, pp. 17-31 e WELSH, 2000, pp. 79-91.

22 Cf. LUHMANN, 1996, pp. 3-4

Tomando a capacidade do código binário lícito/ilícito em orientar a formação congruente de expectativas normativas com pretensão generalizante²³, a sua própria validade não é posta em questão. Logo, é necessário que o direito sancione a si mesmo como sistema, ocultando o paradoxo de sua diferenciação, sem o que restaria prejudicada a sua positividade. Dito de outro modo, sem tal operação, as questões postas ao direito seriam indecidíveis²⁴.

Nesse contexto, a constituição funciona como projeto de ‘desparadoxalização’, apresentando-se como fundamento de validade que torna assimétrico o direito em relação a si mesmo. Cria-se para si uma instância ‘super-regulativa’ através da articulação entre o direito e a política, que realiza o fechamento operacional do sistema jurídico ao mesmo tempo em que representa sua fundação²⁵.

A concepção de constituição como acoplamento estrutural, e de acoplamento estrutural como aquisição evolutiva²⁶, gera consequências fundamentais para o processo de interpretação do direito. Isso porque é justamente a partir dela que se admite a possibilidade de irritação sistêmica de outras esferas (economia, educação, religião, etc.) na comunicação do sistema jurídico. Sem desconsiderar que, assim como os demais, também o direito está sujeito ao aumento de complexidade e à dinâmica operacional dos elementos de variação, seleção e restabilização característicos da relação sistema/ambiente.

Disso resulta considerar que a interpretação constitucional não se encerra nos textos, mas se insere no contexto contingente formado por elementos históricos²⁷ modificadores dos valores subjacentes à elaboração dos textos constitucionais, alterando o seu próprio sentido. Essa contingência não atinge a pretensão de separação e fechamento operacional dos sistemas do direito e da política, que são o pressuposto da existência

23 Cf. LUHMANN, 1985, p. 42.

24 Nesse ponto, destaca-se a observação sobre o paradoxo da lógica jurídica na construção da “certeza” das respostas no direito feita por Luhmann, ao apontar como a indecidibilidade sobre os sentidos de certo e errado, decorrente da ausência de uma posição aprioristicamente verdadeira ou falsa só encontraria alternativa na aplicação do código binário (lícito/ilícito) ao próprio direito. Cf. *Id.*, 1988, p. 154.

25 Nas palavras de Luhmann “o código lícito/ilícito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código lícito/ilícito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível.” Cf. *Id.*, 1996, p. 12.

26 *Ibid.*, p. 29.

27 *Ibid.*, p. 30.

da constituição, mas não impede a atuação de uma tendência evolutiva comum a ambos os sistemas.

Luhmann destaca que a interpretação da constituição assume um caráter distinto da interpretação do direito em geral, observando nela a transferência da compreensão da soberania do constituinte para o intérprete. Assim, caberia a este a construção do sentido de constituição ao fazer uma “descrição de descrições”²⁸, cuja operação irrita os sistemas da política e do direito ao mesmo tempo.

Esse acoplamento estrutural, apesar de viabilizar “*interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais*”²⁹ e possibilitar o oferecimento de heterorreferências das distintas comunicações intrassistêmicas ao ambiente comum da sociedade, carece da função de coordenação entre as diversas complexidades postas à disposição dos demais sistemas receptores de sentido. Assim, a estrutura luhmanniana de acoplamentos demonstra a existência de incontáveis complexidades desordenadas ou inapreensíveis como constitutivas de sentido normativo para todos os sistemas parciais envolvidos, não impedindo a expansão destrutiva de um sistema em detrimento dos demais.

Categorizar de tal maneira o conceito moderno de constituição seria insuficiente para dar conta do aumento de complexidade no grau exigido pela desterritorialização da política que, ressentindo-se do parâmetro de soberania, demandaria novos critérios funcionais para a solução de problemas constitucionais comuns.

Nesse ponto, Neves resgata a ideia de razão transversal de Wolfgang Welsch, cuja proposta não nega a possibilidade de uma metanarrativa³⁰ racional que sirva de parâmetro para racionalidades parciais, mas enxerga na razão o papel da construção de pontes de transição entre a ampla heterogeneidade discursiva. A proposta, entretanto, não se confunde com uma sequência comunicativa orientada para o consenso³¹ como meio de alcance

28 LUHMANN, 1996, p. 36.

29 NEVES, 2009, p. 37.

30 Esta opção não se refere a uma metaordem ou ponto arquimediano capaz de estabelecer em si mesmo uma posição privilegiada de observação da sociedade mundial, mas de reconhecer o inevitável paradigma da pluralidade. Cf. WELSCH, 1998, p. 25.

31 Welsch afasta-se da ideia de intersubjetividade apontada por Habermas como condição da comunicação, destacando como primado da razão teórica os pressupostos da auto-reflexão e auto-entendimento. Cf. Id., 2000, p. 82.

da justiça, mas procura se apresentar como instrumento de articulação entre os diversos dissensos³².

Welsch expõe uma dupla unilateralidade própria da razão, sobre o qual o pano de fundo de todo raciocínio envolve, necessariamente, o outro lado, oculto, que não se deixa ver pela observação direcionada a certo objeto. Esse raciocínio obrigaria a própria razão a deixar um flanco aberto a fenômenos que a transcendem, ou seja, a razão em si seria inconclusiva, o que não significa evitá-la ou desprezá-la como tarefa filosófica, mas deslocar a sua análise para o foco da consistência³³.

A proposta de Welsch levanta a necessidade de adoção do ponto de partida adverso como meio de reconstruir criticamente as objeções do próprio quadro referencial. A ideia seria reorganizar os pontos convergentes e divergentes, a partir de um “passo para trás” nas condições do desacordo sobre determinado tema, ou seja, deslocando a questão para um parâmetro de linguagem comum a ambos os lados, na tentativa de alcançar uma irrefutável base de aceitação³⁴ como pressuposto dos mais diversos discursos. Uma posição tal ofertaria alternativas para a reconstrução crítica da razão, possibilitando transcender as próprias racionalidades ou, ao menos, não considerá-las de forma tão abrangente³⁵. Um procedimento que seria capaz de dotar a razão de uma visão mais imparcial acerca de sua própria posição e provocar o que Welsch chamou de “interpretação recíproca”³⁶.

Essa “interpretação recíproca”, dotada de várias características, estaria apta a promover a saída da razão de seu isolamento posicional ou paroquial³⁷ para acoplar distintos pontos de vista³⁸, submetendo-os à crítica de

32 Uma “orientação entre as diversas desordens” Cf. *Id.*, 1998, p. 27. V tb. NEVES, 2009, p. 40. Sobre as possibilidades de intermediação do dissenso conteudístico através de um consenso procedimental mínimo, que promova a autonomia das esferas da sociedade hipercomplexa v. *Id.*, 2008, p. 136-156.

33 Cf. WELSCH, 2000, p. 81.

34 Cf. *Id.*, 1998, p. 28.

35 Três fatores seriam determinantes para descrever a nova estrutura da racionalidade, destaca Welsch: a pluralidade ou diferenciação, o entrelaçamento de paradigmas autônomos e a desordem provocada pela variedade de elementos. Cf. *Ibid.*, p. 17 ss.

36 *Id.*, 2000, p. 83.

37 Com outro enfoque, mas igualmente voltado à ideia de construção de uma “imparcialidade objetiva” capaz de resgatar análises comparativas da argumentação racional sobre a justiça, Amartya Sen utiliza o termo “razão paroquial” para criticar o excesso tanto das abordagens focadas em reformas institucionais quanto das que se dirigem exclusivamente à mudança comportamental, reforçando a necessidade de uma “dependência mútua” entre elas. Cf. SEN, 2011, pp. 142 ss.

38 Sobre a pluralidade de paradigmas de racionalidade e o envolvimento entre eles WELSCH, 1998, p. 21.

forma sequencial, além de ajustar pontos de acordo e desacordo segundo processos de argumentação reflexiva.

A capacidade de avaliar posições sob o foco da razão construída em processos de interpretação recíproca evitaria, segundo a noção de razão transversal, a imposição de declarações desprovidas de autorreflexão e subjetaria o discurso racional às mesmas operações lógico-procedimentais da racionalidade. Ou seja, um confronto reflexivo da razão com a alteridade, tais como as oposições entre identidade e diferença; singularidade e multiplicidade; causa e efeito; conformidade e contradição, aperfeiçoando a razão como capacidade lógica.

É sobre esse esforço que Welsch³⁹ sugere o seu conceito de razão transversal, situando a razão nos processos de transição entre um ponto e outro do raciocínio, ao estabelecer relações entre razão e racionalidade. Para ele, a razão opera entre as diversas formas de racionalidade; e as atividades de transição da racionalidade (comparação, oposição, interpretação recíproca e análise consequencial) são o efeito das operações lógicas construídas segundo instrumentos próprios de avaliação. Operações próprias a atuar como intermediárias entre o *“inferno da atomização e as profundezas da totalização.”*⁴⁰

Como as pretensões de autonomia e autodescrição dos diversos sistemas apresentam uma tendência expansiva de suas próprias racionalidades, inviabilizado estaria um metadiscurso abrangente de todos os domínios diferenciados de comunicação que, entretanto, podem desenvolver mecanismos de aprendizado mútuo.

Sob essa ótica, a opção do transconstitucionalismo pelo diálogo entre racionalidades parciais transversais ajusta-se ao modelo de prevenção de corrupção sistêmica no plano das comunicações da sociedade hipercomplexa. Essa é uma dimensão relevante da proposta diante do risco de instalação da corrupção sistêmica no nível estrutural da comunicação da sociedade mundial, cujo efeito impede a consistência de sua autoprodução e põe em risco o fechamento operativo do sistema. Isso caracteriza, por sua vez, a estabilização de expectativas do sentido contrárias à realização do próprio código e, conseqüentemente, a desdiferenciação funcional⁴¹ entre os sistemas.

39 WELSCH, 2000, p. 88.

40 Cf. Id., 1998, p. 27.

41 Cf. NEVES, 2009, p. 44. Sobre o significado da diferenciação funcional na teoria luhmanniana: LUHMANN, 2006, pp. 471 ss; NEVES, 2008, pp. 59-67; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2010,

A ideia consiste em construir “pontes de transição” entre as diversas racionalidades parciais, o que proporcionaria, na linguagem do direito da sociedade mundial, uma alternativa de evitar dois fenômenos inconvenientes para a sua ampla reprodução: a “atomização”⁴² provocada pelo isolamento atávico das ordens estatais em torno de sua própria soberania e a “expansão imperialista”⁴³ de um constitucionalismo global pouco compreensivo acerca de diferenças locais e regionais ou pouco reflexivo sobre seus próprios limites.

Ocorre que, também nas suas fronteiras, a proposta do transconstitucionalismo precisa lidar com duas dificuldades: a primeira é o questionamento sobre se há algum órgão competente para a apreciação de questões envolvendo o entrelaçamento de ordens jurídicas de níveis múltiplos. A segunda está no desafio de encontrar um modo adequado para a leitura interna de decisões tomadas com referência em elementos externos, quando a teoria constitucional e a dogmática jurídica permanecem afirmando a soberania nacional⁴⁴.

Para o primeiro problema, Neves abandona a tradicional fórmula institucionalista de criar um novo órgão sempre que uma nova espécie de conflito é identificada. O propósito de abertura de cada uma das ordens jurídicas envolvidas para o aprendizado mútuo e para o diálogo sem última palavra implica, no plano institucional, em deixar vaga a necessidade de um tribunal que detenha a “competência da competência”⁴⁵, delegando o enfrentamento de problemas constitucionais comuns à esfera de negociação por soberanias compartilhadas, como forma de proporcionar maior legitimidade decisória.

pp. 37-40. Tratei especificamente do conceito de diferenciação funcional no processo evolutivo da modernidade e os critérios de seletividade envolvidos na relação entre a política e a religião em CARVALHO, 2013, pp. 125-128.

42 Cf. NEVES, 2009, p. 45.

43 Cf. *Ibid.*, p. 47.

44 Esse fenômeno é denominado de *tradição constitucional de autossuficiência* Cf. NEVES, 2009, p. 144, que preserva uma organização vinculada a um *modelo de resistência* e ressalta a necessidade de fazer prevalecer a soberania da constituição frente aos referentes normativos externos que não tenham sido convalidados internamente ou com ela sejam incompatíveis Cf. *Ibid.*, p. 258.

45 Perspectiva semelhante é apontada por Miguel Poiars Maduro ao propor um “direito contrapontual” para a comunidade de estados europeus, acomodando o pluralismo constitucional com a ordem jurídica comunitária, de modo que cada uma das esferas contribua para a relevância do papel da outra, reputando a reciprocidade como fundamental à solidez de ambos os sistemas jurídicos, garantindo a um só tempo, a pluralidade de participação e a legitimidade do direito comunitário Cf. MADURO, 2003, pp. 501-37.

Já em relação à segunda dificuldade, o argumento é trabalhado dentro de uma perspectiva de legitimação decorrente da interdependência entre os sistemas parciais da política e do direito com capacidade de autofundamentação⁴⁶ na sociedade mundial. Ou seja, a partir de pressupostos de diferenciação entre diversas ordens que se veem como partes integradas de um mesmo sistema global, as suas comunicações passariam a ser regidas por coordenação e não mais com base na autonomia soberana. Essa coordenação, por sua vez, prescinde do “primado definitivo de uma das ordens”⁴⁷ ao estabelecer como condição de legitimação o fato de que nenhuma dessas ordens, inclusive o próprio direito internacional público, pode se apresentar como *ultima ratio* discursiva⁴⁸.

Em contraponto à percepção de Dieter Grimm⁴⁹, a obra de Neves coloca-se como uma crítica aguda à tendência manifestada pelos Estados nacionais de permanecerem muito próximos à preservação de uma semântica de soberania, menos aberta ao diálogo transconstitucional e mais relacionada a uma argumentação estratégica ou retórica de referência às demais ordens. Essa postura se caracterizaria pela ausência do comprometimento em estabelecer uma racionalidade transversal complexamente adequada para tratar dos fenômenos de inclusão e exclusão em escala global.

3. O *many minds argument* e o cosmopolitismo constitucional

Os efeitos da fragmentação do direito se fizeram sentir também no plano teórico e prático do debate constitucional norte-americano que, tradicionalmente focado na interpretação e aplicação de seus próprios precedentes, demonstrava uma espantosa indiferença⁵⁰ dos constitucionalistas em relação ao impacto global da ascensão do constitucionalismo e dificultava o reforço de perspectivas comparatistas.

46 Neves refere-se a uma “pluralidade de núcleos de autofundamentação, enfrentando os mesmos problemas constitucionais.” Cf. NEVES, 2009, p. 125.

47 Cf. *Ibid.*, p. 117.

48 Cf. *Ibid.*, p. 237.

49 Cf. GRIMM, 2004, p. 1-23.

50 ACKERMAN, 1997, p. 773.

A Constituição norte-americana não define a posição dos tratados e convenções internacionais na hierarquia do seu ordenamento jurídico. A experiência com o descumprimento de tratados entre os estados confederados, um dos principais motivos que impulsionaram a convenção⁵¹, foi compreendida durante os debates que deram origem ao texto constitucional como uma limitação da competência para disciplinar sobre o tema de modo amplo⁵². Historicamente essa foi postura de resistência dos estados, que viam com desconfiança a possibilidade de restarem vinculados por obrigações derivadas de pactos de que não participassem diretamente.

Embora o tema dos tratados não tenha sido regulado em detalhes no texto constitucional⁵³, os artigos federalistas destacaram a importância dos acordos com as nações estrangeiras, especialmente os relacionados à guerra, paz e comércio⁵⁴. Aos tratados também foi assegurada a condição de fonte do direito, a exemplo das demais leis aprovadas pelo Congresso, integrando o conjunto de normas adjudicáveis por todos os juizes da nação, sujeitando-se, contudo, à uniformização por um Tribunal Superior⁵⁵.

A resistência inicial da prática constitucional norte-americana aos ajustes derivados das relações internacionais se fez refletir no baixo número de tratados celebrados nos dez primeiros anos de vigência da Constituição⁵⁶. Algumas particularidades da configuração do modelo institucional

51 Nesse sentido é o *federalist paper* n. 15, escrito por Hamilton ao criticar o sistema confederado como insuficiente para a manutenção da União, sustentando que a efetividade das previsões normativas dependiam sempre de autoridades administrativas locais. Cf. HAMILTON *et al.*, 1989, p. 89.

52 HENKIN, Louis, 1996, p. 175.

53 Há apenas quatro referências aos tratados na Constituição. A primeira (*Article I, section 10*) proíbe que os estados firmem tratados; a segunda (*Article II, section 2*) estabelece a competência do Presidente para celebrar tratados, sob o conselho e aprovação do Senado por dois terços de seus membros; a terceira (*Article III, section 2*) lista os tratados como fonte do direito sujeito à apreciação pelo poder judiciário; e a quarta (*Article VI, clause 2*) situa os tratados, ao lado da Constituição e das leis, como direito supremo a que estão vinculadas todas as instituições e juizes do país.

54 John Jay, no artigo federalista n. 64. Cf. HAMILTON *et al.*, 1989, p. 432.

55 Nas palavras de Madison, no *paper* n. 22: “*The treaties of the United States to have any force at all, must be considered as part of the law of the land. Their true import as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity in these determinations, they ought to be submitted in the last resort, to one Supreme Tribunal.*” Cf. *Ibid.*, 1989, p. 143.

56 Apenas quatorze tratados com nações estrangeiras foram celebrados nos dez primeiros anos pós-independência (1776-1786), dentre eles três com a Inglaterra para declarar a suspensão da Guerra e definir os termos da paz; e os demais para estabelecer relações diplomáticas e comerciais, sendo dois deles com a Holanda, seis com a França, um com a Suécia, um com a Prússia e um com o Marrocos. E somente outros seis após dez anos de vigência da Constituição (1787-1797). Cf. MILLER, 1931, p. 55-56. Não contabilizados os tratados firmados para definir limites territoriais das áreas pertencentes a tribos indígenas.

adotado são indicadas por Louis Henkin⁵⁷ para explicar as restrições aos tratados: a adoção da forma federativa de Estado, os limites derivados da separação de poderes e a afirmação da doutrina de que sobre as “questões domésticas” não deveria haver influência externa.

E em que pese a ausência do registro da declaração de inconstitucionalidade de previsão normativa dos tratados e convenções internacionais, passados mais de duzentos anos de história institucional, na Suprema Corte⁵⁸ o entendimento de que as regras estabelecidas naqueles instrumentos submetem-se às disposições formais e garantias materiais (*Bill of Rights*) da Constituição consolidou-se desde cedo na jurisprudência norte-americana.⁵⁹

A recepção do direito internacional como fonte do direito *para* os Estados Unidos, mas também *dos* Estados Unidos de longe encerra a complexidade de sua aplicação pelos juízes e cortes. Em um país dividido em 50 unidades federativas, cada uma com cortes de apelação e supremas cortes estaduais, a competência para apreciar questões envolvendo o direito internacional ficou reservada às cortes federais, como definido no precedente *Chisholm v. Georgia*⁶⁰, ainda em 1793.

57 HENKIN, Louis, 1996, p. 185 ss.

58 Cf. *Ibid.*, p. 185.

59 Essa leitura ficou evidenciada no julgamento do caso *Geofrey v. Riggs* 133 U.S. 258 (1890), quando prevaleceu sobre a interpretação da cláusula 2, do Art. VI, de que os tratados poderiam ter equivalência normativa com a Constituição. Especialmente nos votos dos *justices* Field e John Calhoun, ressaltou-se que os tratados não podem autorizar o que a Constituição proíbe. No mesmo sentido, o *dictum* do *justice* Holmes, no caso *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920): “The language of the Constitution as to the supremacy of treaties being general, the question before us is narrowed to an inquiry into the ground upon which the present supposed exception is placed. It is said that a treaty cannot be valid if it infringes the Constitution, that there are limits, therefore, to the treaty-making power, and that one such limit is that what an act of Congress could not do unaided, in derogation of the powers reserved to the States, a treaty cannot do”.

60 O caso discutia o pagamento de uma dívida contraída ainda na guerra de independência pelo estado da Georgia ao espólio de Robert Farquhar, cujo administrador era Alexander Chisholm, que resolveu processar aquele estado na Suprema Corte. Registrou-se no voto do *chief justice* John Jay a seguinte passagem: “*United States were responsible to foreign nations for the conduct of each state, relative to the laws of nations, and the performance of treaties*”. O caso foi tomado como referência para a edição da 11 emenda, promulgada em 1794, que veda às cortes a jurisdição sobre questões federais: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.” O entendimento de que cabe apenas às cortes federais a jurisdição dos casos envolvendo aplicação de tratado ou convenção internacional foi reafirmado ainda nos casos *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) e *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968), tratando o direito internacional, para fins de adjudicação interna, como equivalente à lei federal. Cf. HENKIN, 1996, pp. 238 e 241.

Larry Backer⁶¹ levanta três peculiaridades do pensamento constitucional predominante nos Estados Unidos como fatores restritivos ao uso de fontes não derivadas do ordenamento nacional. Todas elas são relacionadas à preservação do poder: 1) a centralidade da discussão sobre a legitimidade dos métodos de interpretação como meio de evitar o ‘despotismo judicial’⁶²; 2) a afirmação do direito interno como estratégia na disputa de espaço nas relações internacionais; e, por último, 3) a preocupação com a usurpação do poder de legislar do Congresso.

Essas especificidades contribuíram para a construção do originalismo interpretativo como expressão do apego à fundação da Constituição, além de certo ceticismo⁶³ sobre as possibilidades de fontes normativas internacionais servirem de fundamento para decisões da Suprema Corte.

Mais recentemente, as reações negativas ao uso de precedentes alienígenas provocaram, inclusive, a atuação do Congresso, que propôs a edição de leis proibindo referências a julgados estrangeiros em decisões judiciais nos Estados Unidos. Nesse sentido foram as propostas do “*Reaffirmation of American Independence Act*” (H.R.Res. 97, 109th Congr. 2005) e depois o projeto denominado “*Constitution Restoration Act*” (S.520, 109th Congr. 2005 e H.R. 1070, 109th Congr. 2005), este último prevendo *impeachment* dos juízes no caso de descumprimento.

Entretanto, essa tradição tem sido confrontada com a pretensão de universalidade dos princípios regentes dos direitos humanos, assim como da própria ideia de permanência da representatividade norte-americana como protagonista na promoção desses direitos em nível global. Tais fatores seriam causa de pressões não apenas sobre a política interna e suas instâncias diretamente eleitas, mas atingiria a compreensão do sistema de freios e contrapesos na atividade judicial. Nota-se que as restrições e garantias

61 BACKER, 2009, pp. 149 ss.

62 Nesse ponto específico vale registrar a doutrina do *stare decisis* e o sistema de aplicação de precedentes desenvolvido no *common law* norte-americano, que restringem significativamente os pontos de partida, como arsenal argumentativo, de que se servem as partes e os juízes. Cf. DUXBURY, 2008, p. 113.

63 Essa foi a posição de Mark Tushnet, destacando o legado de Hamilton para quem “a capacidade de estabelecer um bom governo foi reservada ao povo dos Estados Unidos”, logo o conteúdo da Constituição seria prioritariamente determinado pelas considerações políticas de âmbito local e não por conselhos ou recomendações externas. Cf. TUSHNET, 2008, pp. 1473 ss. O autor admite, contudo, a globalização do direito constitucional doméstico, um deslocamento provocado por dois fenômenos: negociações entre organismos não governamentais transnacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Anistia Internacional (*top-down processes*); e pela atuação de advogados nas disputas de mercado no cenário internacional (*bottom-up processes*). Cf. *Id.*, 2009, pp. 985 ss.

estabelecidas externamente passaram a exercer influência também sobre a reprodução interna do direito, exigindo dos órgãos envolvidos a capacidade para lidar com o aumento de complexidade de um sistema jurídico multicêntrico⁶⁴.

Dedicada a tratar dos problemas da hermenêutica constitucional no contexto norte-americano, a obra de Cass Sunstein expõe a necessidade de que os diferentes pontos de vista da sociedade democrática sejam levados em consideração no processo de interpretação da Constituição que, segundo ele, não se restringe ao Poder Judiciário.

Para construir o sentido do *many minds argument*, Sunstein recorre à conhecida divergência entre James Madison e Thomas Jefferson sobre qual a melhor forma de alteração do texto constitucional. O primeiro defendia que as mudanças deveriam estar reservadas às grandes ocasiões extraordinárias, através de um processo formal rigoroso. Já o segundo apontava a dificuldade de vinculação das gerações futuras ao pensamento dos fundadores da Constituição, que deveria ser repensada conforme os valores de cada geração, permanecendo sempre aberta a reformas.

A aparente vitória da posição de Madison, refletida no reduzido número de mudanças formais da constituição, é contestada por Sunstein em função do que ele chamou de “vingança de Jefferson”. O argumento é de que apesar das poucas alterações textuais⁶⁵, as transformações têm sido o resultado de processos mais dinâmicos de compreensão constitucional ao longo do tempo, seja pela mudança de comportamento social ou por julgamentos da Suprema Corte que lhe dão novo sentido.

O autor sustenta que juízes e tribunais ao interpretarem a constituição não o fazem sobre um vácuo de sentido, mas procuram fundamentar suas decisões com base num amplo suporte social. No ponto, Sunstein segue a lógica do *teorema do júri de Condorcet*⁶⁶, segundo a qual a probabilidade

64 A realização do Congresso “Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions”, com um debate entre os juízes da Suprema Corte Antonin Scalia, restritivo à referências estrangeiras, e Stephen Breyer, que as aceita, sob algumas condições (evento realizado pela Washington College of Law, em 2005, <http://www.wcl.american.edu/secle/founders/2005/050113.cfm>), e o crescimento do número de trabalhos sobre diálogos entre cortes e litigância transnacional, como os de SLAUGHTER, 2003 e JACKSON, 2005; exemplificam o aumento da atenção de juristas norte-americanos às práticas judiciais externas.

65 O autor cita como únicas reformas significativas a inclusão do *Bill of rights* em 1789; as emendas que aboliram a escravidão, concederam direito ao voto aos afrodescendentes e mulheres; ampliaram o poder do governo nacional sobre os estados; estabeleceram a eleição direta para o Senado. SUNSTEIN, 2009, p. 2.

66 *Ibid.*, p. 8.

de correção da resposta a uma questão cuja alternativa seja falso ou verdadeiro aumenta proporcionalmente ao crescimento do grupo de indivíduos que possa respondê-la. Isso desde que a regra da maioria seja utilizada e quando parecer mais provável que cada pessoa esteja equivocada.

Para Sunstein⁶⁷, a Suprema Corte dos Estados Unidos dificilmente julga em desacordo com a interpretação constitucional radicada na opinião da sociedade, o que se deve a duas principais razões: uma consequencialista e outra epistêmica.

Quanto ao consequencialismo, destaca que a prudência é um elemento inerente à atividade judicial, cujo objetivo seria o de promoção da paz social. Se uma decisão tem relevância capaz de causar graves repercussões para a ordem social, esses devem ser fatores considerados. Para tanto, Sunstein utiliza-se da metáfora: os juízes devem decidir como acharem adequado, mesmo que os céus venham a cair; entretanto, se a possibilidade de os céus caírem for real, os juízes não devem adotar a solução que concebem como correta.

O segundo argumento é epistêmico no sentido que de não se pode acreditar que o juiz é um ser perfeito e infalível. Em função da falibilidade humana, os juízes são incapazes de oferecer a resposta correta para todas as espécies de questões colocadas a seu exame. Em casos duvidosos, manifestações públicas podem ajudar o magistrado como um importante indício sobre a correção do seu entendimento.

O exercício dessa vertente epistêmica demanda dos magistrados uma sensibilidade que o autor chama de *judicial humility*⁶⁸, e ganha importância sempre que se encontram em jogo questões cotidianamente enfrentadas pela população. Sejam elas relacionadas à moralidade ou ao cotidiano. Isso porque diante de casos primordialmente técnicos ou alheios ao conhecimento da maior parcela dos cidadãos, a tendência seria a de se conferir menor relevo à opinião pública.

Além disso, Sunstein registra que seria relevante averiguar se a crença do povo deriva de uma aspiração legítima e adequadamente informada, ou se ela é apenas o resultado de uma influência tendenciosa sistemática dos meios de comunicação ou dos interesses do poder. Não se devendo esquecer, ademais, que muitos agentes comunicativos participantes da opinião

67 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 31.

68 Cf. *Ibid.*, p. 165.

pública podem apenas estar seguindo a corrente majoritária⁶⁹, sem atentar para as ideologias que movem as posições em jogo. Apresenta-se o pressuposto de que se os indivíduos têm dúvidas sobre determinado assunto tendem a seguir a opinião da maioria.

Tal raciocínio, na visão dele, poderia ser aplicado à interpretação constitucional numa perspectiva comparativa, ou seja, seria mais confiável delegar decisões sobre duvidosas questões morais e políticas a grandes grupos de pessoas do que deixá-las à resolução de um pequeno colegiado de juízes⁷⁰. Em seguida, Sunstein analisa a adequação desse argumento em três correntes interpretativas: o tradicionalismo, o populismo e o cosmopolitismo.

Ao tratar da perspectiva cosmopolita, o autor destaca a crescente atenção que os *foreign precedents* têm recebido da Suprema Corte⁷¹. Sunstein situa o debate sobre a citação de referências externas em torno da divisão do tribunal entre conservadores e liberais, para afirmar a forte resistência dos primeiros diante de uma relativa aceitação do segundo grupo, especialmente em questões sobre direitos humanos⁷², como igualdade e discriminação com base no fator sexual, liberdade de expressão e religiosa.

Um exemplo da divisão entre os *justices* acerca da viabilidade do uso de precedentes estrangeiros está nas posições antagônicas de Antonin Scalia e Stephen Brayer. O primeiro opõe-se⁷³ às posturas comparatistas em defesa do unilateralismo, como representante da *nationalist jurisprudence*. Para Scalia, a comparação seria relevante apenas por ocasião da redação do texto constitucional e não na sua interpretação. Já Brayer⁷⁴ é um explícito

69 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 52.

70 *Ibid.*, p. 10. Argumento semelhante é levantado por Jeremy Waldron como “doutrina da sabedoria da multidão”, resgatando a ideia de soberania da filosofia política de Aristóteles. Cf. WALDRON, 2003, pp. 113 ss e *Id.*, 1999, pp. 88-89 e 160-164.

71 São citados: *Lawrence v. Texas* (2003); *Roper v. Simons* (2005); *Grutter v. Bollinger* (2003); *Printz v. United States* (1997); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992); *Foster v. Florida* (2002); *Elledge v. Florida* (1998); *Washington v. Glucksberg* (1997); *Atkins v. Virginia* (2002) e *Raines v. Byrd* (1997). Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 187.

72 Cf. *Ibid.*, p. 188.

73 Nesse sentido foi a sua manifestação no julgamento do caso *Printz v. United States* 521 US 898, (1997) e em *Roper v. Simons* 73 US 4.153 (2005).

74 É exemplo o seu voto no caso *Printz v. US*, quando analisou comparativamente o sistema de controle nacional de armas de fogo no federalismo norte-americano com o exemplo da integração ao direito suíço e alemão do Tratado nº 101 do Conselho da Europa, sobre o tema. Destacando a rejeição dos *founding fathers* a algumas características do federalismo europeu, mas demonstrando que “sua experiência pode, contudo, lançar uma luz empírica sobre as consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum - neste caso, o problema de conciliar autoridade central com a necessidade de preservar a liberdade aumentar a autonomia de uma entidade governamental menor”. Tradução livre.

defensor da utilização de referências externas, considerando o aumento do leque de opções para solução de questões constitucionais comuns, quando ampliado o espectro de comparação.

Também sustentando a necessidade dessa aproximação no âmbito da Suprema Corte, o *justice Stevens* no julgamento *MacDonald v. Chicago*, que versou sobre a proteção da Segunda emenda ao direito de possuir e carregar consigo arma de fogo, observou que desprezar essas referências seria uma boba demonstração de arrogância ao “*pensar que não temos nada a aprender sobre a liberdade de bilhões de pessoas além das nossas fronteiras*”⁷⁵.

Sunstein ainda destaca que Cortes Supremas de outras nações (África do Sul, Irlanda, Israel, Alemanha, Suíça, Áustria, Canadá, Grã Bretanha, Itália e França) regularmente consultam precedentes estrangeiros, em maior ou menor grau, assim como ocorre no Tribunal Justiça Europeu e na Corte Europeia de Direitos Humanos. A proposta se dispõe a analisar como a observação de realidades distintas pode aperfeiçoar os processos de decisão servindo como exemplo de aplicação do *teorema do júri* e da defesa do cosmopolitismo constitucional.

O *many minds argument* é invocado pelo autor como forma de aprendizado constitucional para jovens democracias, cuja ampliação de informações contidas nos julgamentos de nações mais antigas possa contribuir para a consolidação de uma jurisprudência constitucional própria.

Por outro lado, numa postura de fechamento incongruente com a proposta de um constitucionalismo dialógico, ele entende que o cosmopolitismo constitucional seria de menor valia para nações com longa tradição democrática. Como sua análise foca estritamente os Estados Unidos e o grande número de precedentes firmados pela Suprema Corte, Sunstein⁷⁶ destaca que a consulta a julgados estrangeiros apenas tornaria mais complexo o processo de tomada de decisão pela inclusão de elementos externos. Não há, entretanto, uma avaliação das possibilidades de ganho em termos de interpretação da Constituição, especialmente em casos que envolvam a aplicação de direitos fundamentais. Mesmo sendo esse um tema em que a jurisprudência norte-americana apresenta problemas, sendo tomada por outras cortes, inclusive, de contra-exemplo ou anti-modelo⁷⁷.

75 O julgamento discutiu a constitucionalidade do alcance da Segunda emenda aos Estados *MacDonald v. Chicago* 561 US 3025 (2010).

76 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 197.

77 É o caso das categorias de “establishment” e “free exercise”, trabalhadas pela Suprema Corte norte-ame-

Um dos pontos problemáticos dessa abordagem é que essa postura revela a assimetria na abertura para as demais ordens jurídicas. Ela confirma o diagnóstico de Neves de que “*cortes de países fortes na constelação internacional tendem a não sofrer censuras dos tribunais americanos, enquanto de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento não são levados a sério*”⁷⁸. A seletividade com que a disposição para o diálogo recebe apoio no judiciário estadunidense é evidenciada pela rejeição de julgados chilenos, iranianos e romenos, por motivos diversos, em contraste com o acolhimento da análise de precedentes israelenses, franceses e ingleses.

Porém, o argumento de Sunstein perde em complexidade e consistência quando é confrontado, por exemplo, com o produtivo trabalho da Corte sul-africana⁷⁹ em matéria de direitos fundamentais⁸⁰, campo em que tem mostrado relevantes avanços no cenário global.

É claro que a avaliação sobre o atendimento de algumas condições, como a observância do devido processo e a forma de composição das cortes dos países a que se pretende fazer referência marca uma característica importante no desenho de um modelo transconstitucional. Contudo, a carga de seletividade guiada estritamente por interesses geopolíticos ou econômicos na escolha da origem e das fontes do diálogo entre as cortes pode se mostrar especialmente prejudicial ao multilateralismo dessas relações e ao pluralismo de perspectivas a serem consideradas.

ricana para interpretar o direito à liberdade religiosa e a regra de fechamento do comércio aos domingos, e rejeitadas pela Suprema Corte do Canadá. Cf. KLUG, 2000, p. 609. Também nesse sentido: SCHEPPELE, 2003, pp. 296-324.

78 Cf. NEVES, 2009, p. 185

79 O art. 39, I, da Constituição sul-africana de 1996 autoriza expressamente o uso do direito internacional ou estrangeiro na interpretação das cláusulas de seu *Bill of Rights*. O desenvolvimento da argumentação pela Corte, baseada nessa abertura ao direito estrangeiro, tem sido chamada por técnica hermenêutica de “inferência extra-sistêmica” Cf. LOLLINI, 2012, p. 55.

80 Merecem destaque: *State v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC), que aboliu a pena de morte, e tem sido considerado como modelo para a discussão do tema na Suprema Corte norte-americana (Cf. KENDE, 2006, pp. 241-250), em casos envolvendo acusados portadores de retardo mental - *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) ou menores - o já citado *Roper v. Simmons* (2005); também o julgado *Minister of Home Affairs v. Fourie*, 2005 (3) SA 429 (SCA), aplicou os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação para sustentar a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, cujos fundamentos da decisão foram exaustivamente citados pelo TC português no Acórdão 359/2009, que também reconheceu o casamento homoafetivo; assim como o importante precedente sobre liberdade religiosa e direito a diversidade *Juleiga Daniels v Robin Grieve Campbell N.O.* 2004 CCT 40/03, acerca dos efeitos sucessórios de casamento muçulmano monogâmico e poligínico.

O risco aqui é o da manutenção de “pontos cegos” quando outras experiências poderiam servir como espelho. Ou mais grave, o recurso aos precedentes jurisprudenciais como instrumento de importação acrítica⁸¹ e desconexa com a realidade constitucional e a complexidade da discussão envolvida. Além da possibilidade de uma instrumentalização puramente retórica das referências, apenas para reforçar uma posição já tomada ou demonstrar uma espécie de erudição, em prejuízo da reciprocidade das premissas que esse tipo de experiência visa proporcionar, reduzindo-a à sua dimensão simbólica.

Fora do campo especificamente judiciário, Sunstein afirma que os agentes do governo, legisladores ou integrantes da Administração Pública, não podem ignorar como outros países têm decidido em questões como segurança nacional, mudanças climáticas, legislação trabalhista, entre outras que envolvam repercussões extraterritoriais.

Embora ainda se possa registrar certa resistência à ampliação da recepção de precedentes estrangeiros no debate constitucional norte-americano, como é o exemplo da posição de Cass Sunstein, alguns autores⁸² têm se dedicado a mostrar como a observação de julgados das cortes de outros países pode contribuir para a formação da dimensão de um constitucionalismo compartilhado⁸³. Essa perspectiva não significa abdicação de institutos do direito doméstico, mas a disposição para a compreensão de experiências constitucionais externas como mecanismo de correção das distorções causadas pela aplicação do próprio direito interno.

81 Cabe observar aqui que a aversão ao risco do “colonialismo” (NEVES, 2009, p. 182) entre cortes norte-americanas pode conduzir ao igualmente indesejável problema do isolamento paroquial do debate e sua consequente infantilização no contexto de crescimento da complexidade de discussões jurídicas globais.

82 É o caso, entre outros, de PERJU (2010, pp. 326-353) propondo a reformulação do constitucionalismo doméstico sob diferentes dimensões normativas atentas à assimetria entre os níveis de liberdade e igualdade, mas orientadas por uma auto-correção responsiva contra o formalismo que oculta àquelas assimetrias e as impermeabilizam através de estratégias retóricas como ocorre, em diversas ocasiões, com os argumentos da ponderação de princípios e proporcionalidade. Também: ACKERMAN (1994, pp. 516-535 e 1997, pp. 771-797); SLAUGHTER (2003, pp. 191-219) e JACKSON (2005, pp. 109-128).

83 Expressão utilizada por James Tully (TULLY, 2008, p. 336), em análise sobre o enfraquecimento da semântica do “poder constituinte” nas nações ocidentais em função do empoderamento de grupos financeiros e militares, e a comparação com as práticas de organização jurídica em países orientais. Tully aponta o diálogo como alternativa para a construção de um modelo “não imperial” de convivência entre democracias constitucionais. Também no sentido propositivo do diálogo como fonte de convergência, sem exclusão das adversidades, Aida Torres (TORRES, 2009, pp. 109-130) mostra vários pontos positivos dessa perspectiva para a resolução de conflitos interpretativos envolvendo disputas de direitos fundamentais entre as cortes europeias, o que, em última análise, contribuiria para o reforço da legitimidade da Corte Europeia de Justiça, preservando o pluralismo constitucional de dimensão continental da União Europeia.

4. Considerações finais

Um balanço entre as duas proposições teóricas mostra um relevante ponto de convergência: o combate ao tradicional formalismo da teoria constitucional em considerar as constituições verdadeiros estatutos que encerram em si o ajuste entre o poder e o direito como resultado de uma escolha soberana com capacidade de vincular diversas expectativas normativas em um dado espaço (territorial e temporal). Essa é uma ideia que tem perdido força como categoria explicativa da reprodução do direito em função da crescente complexidade das relações políticas e jurídicas, seja em nível local, regional ou global.

O modo como as propostas descrevem as características desse movimento de fragmentação da semântica hierárquica e formal da constituição revela, contudo, a distinção fundamental que marca a divisão do envolvimento de ambos os discursos.

Enquanto a ideia do transconstitucionalismo de Neves busca articular a construção de “pontes de transição”, servindo-se do acoplamento estrutural e de racionalidades parciais entre ordens jurídicas distintas, que se disponham ao mútuo aprendizado sem fronteiras, ao levar em conta a dupla contingência⁸⁴ dessas relações; o cosmopolitismo constitucional de Sunstein aposta nas variantes hermenêuticas dirigidas ao texto da constituição como mecanismos de aumento da consistência à medida que mais perspectivas dispõem-se a interpretá-lo (*many minds argument*), inclusive com a contribuição de fontes externas⁸⁵ (precedentes estrangeiros). Porém, o foco de Sunstein no funcionamento do sistema judicial norte-americano o faz recuar a utilidade da aplicação de decisões de outras nações pela Suprema Corte, especialmente aquelas menos visíveis nas relações de poder no cenário internacional.

As dificuldades de abordagem das duas visões também decorrem das pretensões normativas que seus autores deixam revelar. Metodologicamente, a formação de um espectro propício ao desenvolvimento do “diálogo transconstitucional” torna-se refém da abertura espontânea das diversas ordens (estatal, internacional, supranacional e transnacional), sem o que a rearticulação de problemas constitucionais comuns não pode ser alcan-

84 Cf. NEVES, 2009, p. 270.

85 Cf. SUNSTEIN, 2009, p. 188.

çada com vistas à consideração da posição do *outro*. Ou seja, uma auto-fundamentação baseada na disposição para a alteridade quando ausentes uma ordem supraordenada e uma instituição com poder unilateral de coerção. Enquanto a postura do “cosmopolitismo” de que fala Sunstein segue exatamente em sentido inverso: toma aprioristicamente um elemento constitutivo de suas próprias operações internas: o sistema de vinculação de precedentes e a variação quantitativa desses elementos, para negar utilidade à recepção de experiências constitucionais construídas em outras ordens jurídicas.

Esse argumento, assim como a resistência das instâncias políticas dos Estados Unidos, e até de parte da Suprema Corte, mostram limites à asunção da postura francamente aberta das cortes norte-americanas a outras ao redor do globo. Isso indica, por outro lado, que a seletividade em torno dos interesses de ordens mais poderosas reforça a assimetria de tratamento nas relações entre aquele país e os demais, com reflexos na atuação de organizações internacionais e transnacionais.

Nesse sentido, diversos são os exemplos⁸⁶ de atuação estratégica da política externa dos Estados Unidos que concentram poder e preservam interesses em prejuízo de deliberação de cortes internacionais ou da previsão de tratados, quando não atingem diretamente a esfera de soberania de outros países⁸⁷.

A manutenção do modelo de resistência contra a reciprocidade dessas relações, por sua vez, obstaculiza a construção de uma ordem diferenciada

86 Aqui pode ser citada a negativa em assinar o *Protocolo de Kyoto*, que estabelece metas de redução da emissão de gases que provocam o efeito estufa; a rejeição da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, criado pelo *Estatuto de Roma*, em 17 de julho de 1998, com competência para julgar genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade; recusa, ao lado apenas da Somália, à ratificação da *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, aprovada pela Assembleia da ONU em 1989; descumprimento reiterado de decisões da *Corte Internacional de Justiça* (Haia) baseadas no art. 36, da *Convenção de Viena* de 1963, da qual os EUA é signatário, sobre a assistência consular a estrangeiros presos em território estrangeiro – executando a pena de morte contra liminares que suspendiam a pena capital até o julgamento (casos *Avena* e *José Ernesto Mendellín*).

87 Registrem-se aqui as recentes denúncias de formação das redes de espionagem comercial e política envolvendo o uso da *internet*, conforme divulgado pelo ex-agente da CIA, Edward Snowden; e a revelação pelo *Wikileaks* de dados sobre a atuação do Departamento de Estado norte-americano ao administrar recursos para treinamento militar com objetivo de promover o golpe de Estado no Paraguai, que derrubou o Presidente Fernando Lugo em 2012; a proibição do avião presidencial da Bolívia, que retornava da Rússia, de sobrevoar os territórios francês, espanhol, italiano e português, e, em seguida, o sequestro da aeronave no aeroporto de Viena (Áustria), durante catorze horas pela *suspeita* de que o voo abrigava Edward Snowden; além dos casos recentes da deposição de Hosni Mubarak, e depois de Muhammed Morsi por uma junta militar no Egito, e a decisão de Barack Obama de invadir a Síria.

de comunicação⁸⁸ que se torne factível no nível estrutural da sociedade mundial, com capacidade de viabilizar duas premissas marcantes da semântica constitucional: a redução dos particularismos de cunho étnico-religiosos impeditivos do exercício da liberdade e a promoção de níveis menos desiguais de distribuição e acesso a bens essenciais, criando espaço para um regime de igualdade complexa.

Se o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito foi o modo pelo qual o constitucionalismo conseguiu se consolidar, mesmo com as conhecidas restrições, no contexto de edificação dos Estados modernos, entendo que o quadro hipercomplexo das relações tecidas na atual sociedade mundial multicêntrica lança um desafio significativamente mais arriscado à autonomia do direito e sua função de promover a generalização congruente de expectativas normativas.

Esse é um quadro que mostra ao sistema jurídico a ausência de uma linguagem capaz de justificar que suas operações não são mais orientadas por um modelo hierárquico, mas que, paradoxalmente, não há condições estruturais nem semânticas adequadas ao seu funcionamento heterárquico, reorientado por entrelaçamentos horizontais. Entrelaçamentos que se mostram até o momento muito escassos e precários e que convivem com a exposição dos valores constitucionais (liberdade e igualdade) aos efeitos destrutivos da expansão irrefletida da economia e das pretensões de concentração de poder não sujeitas a procedimentos fixados por critérios de legitimação, sejam eles internos ou externos aos Estados.

Comparar semelhanças e distinções, como procurei fazer neste texto em relação às duas perspectivas teóricas trabalhadas, dispõe-se a ser uma alternativa ao isolamento em que a teoria constitucional tradicionalmente buscou refúgio, quase sempre para cristalizar conceitos como o de “soberania” e “poder constituinte”. Parece-me que o dilema precisa ser reapropriado sob duas vertentes, cuja escolha revela o próprio modo de compreender a questão.

A primeira é creditar à abertura espontânea das ordens jurídicas distintas ao diálogo o desenvolvimento de uma gramática constitucional para questões comuns, o que dependeria, em alguns casos da relação entre cen-

88 A garantia das possibilidades de comunicação é para Luhmann a principal característica dos direitos fundamentais, cuja função potencial como instituição moderna seria a de reagir contra a desdiferenciação da ordem social. Cf. LUHMANN, 2010, pp. 98-99.

tro e periferia, de uma atitude quase moral de consideração da diferença, sem o que a própria contingência da situação e a variação de possibilidades restariam invisibilizadas. A segunda estaria na criação de condições para que o aumento da complexidade dessas relações possa se converter em conflitos, cujas pautas atinjam graus de generalização capazes de causar pressão por seleção suficiente para forçar a mudança de posturas fechadas ao diálogo.

Finalmente, a opção entre as categorias teóricas do *transconstitucionalismo* ou do *cosmopolitismo constitucional* não trazem consigo respostas ou um roteiro metodológico para a redução dos riscos envolvidos na tomada de decisão. Diante do progressivo aumento de complexidade dos elementos em jogo no tabuleiro político-jurídico da sociedade mundial, antes elas cumprem a função de manter em alerta um pressuposto que poderia muito bem ser resumido na seguinte frase de Emmanuel Levinas: “A minha liberdade não tem a última palavra, não estou sozinho”⁸⁹.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797, 1997.
- _____. Rooted Cosmopolitanism. *Ethics*. v. 104, n. 3, pp. 516-535, 1994.
- BACKER, Larry. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, pp. 101-177, 2009.
- BRUNKHORST, Hauke. Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 26, n. 17, pp. 7-38.
- CARVALHO, Alexandre. Entre Política e Religião: Diferenciação Funcional e Laicidade Seletiva no Brasil. Roma. *Rivista Krypton*, ano 1, n. 1, pp. 123-133, 2013.
- _____. Última Palavra ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial a partir de um julgado do STF Lisboa. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. v. 14, pp. 16389-16411, 2013.

89 LEVINAS, 2011, p. 92.

- CHAKRABARTY, Dipesh. The Climate of History: Four Theses. *Critical Inquiry*, v. 35, n. 2, pp. 197-222, 2009.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno: nascita e crisi dello stato nazione*. Bari: Laterza, 1997.
- GRIMM, Dieter. "Can the 'Post-National Constellation' be Re-Constitutionalized?" *TranState Working Papers*, no. 2. Bremen: University of Bremen [original: Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung". In: Brenner, Michael; Huber, Peter M.; Möstl, Markus (orgs.). *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigen Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pp. 145-67, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James & JAY, John. *The Federalist*. Middletown: Wesleyan University Press, 1989.
- HENKIN, Louis. *Foreing Affairs and the US Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.
- JACKSON, Vicki. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Havard Law Review*. vol. 119. pp. 109-128, 2005.
- KENDE, Mark. The Constitutionality of the Death Penalty: South Africa as a Model for the United States. *The George Washington International Law Journal*. vol. 38, pp. 209-250, 2006.
- KLUG, Heinz. Model and Anti-Model: The United States Constitution and the Rise of World Constitutionalism. *Wisconsin Law Review*. pp. 597-616, 2000.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- LOLLINI, Andrea. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law. *Utrecht Law Review*. v. 8, n. 2, pp. 55-87, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Los Derechos Fundamentales como Institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- _____. *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Editorial Herder, 2006.
- _____. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.
- _____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY,

- G. PORTINARO, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.
- _____. The Third Question: the creative use of paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*. vol. 15, n. 2, 1988, pp. 153-165, 1988.
- _____. *Sociologia do direito*. vol. 2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MADURO, Miguel Poiares. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In: Neil Walker (org.). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart, pp. 501-537, 2003.
- MENDES, Conrado. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo, 2008. 219p. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo.
- MILLER, Hunter. *Treaties and Other International Acts of United States of America*. vol. I, Washington: Government Printing Office, 1931.
- MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará – UNIJUI, 2004.
- MORRIS, Justin & WHEELER, Nicholas. The Security Council's Crisis of Legitimacy and the Use of Force. *International Politics*. vol. 44, pp. 214-231, 2007.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- PERJU, Vlad. Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government. *International Journal of Constitutional Law*. v. 8, pp. 326-353, 2010.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*. New York: Routledge, 2010.
- SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Porto Alegre: L&PM, 2007.
- _____. *Hamlet*. trad. Inarco Celestino. Madrid: Oficina de Villalpando, 1798.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 1, n. 2, pp. 296-324, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Havard Inter-*

- national Law Journal*. v. 44, pp. 191-219, 2003.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SUNSTEIN, Cass. *The Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009.
- _____. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *Forthcoming, Social Research*. v. 147, pp. 1-27, 2007.
- TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional theory?. Joerges, Christian; Sand, Inger-Johanne; Teubner, Gunther (orgs.). *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart, pp. 3-28, 2004.
- TORRES, Aida Pérez. *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of a Supranational Adjudication*. New York: Oxford University Press, 2009.
- TULLY, James. Modern Constitutional Democracy and Imperialism. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, pp. 315-338, 2007.
- TUSHNET, Mark. Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*. v. 49, pp. 985-1006, 2009.
- _____. Some Skepticism About Normative Constitutional Advice. *William and Mary Law Review*. v.49, pp. 1473-1495, 2008.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- WELSCH, Wolfgang. Reason and Transition: On the Concept of Transversal Reason. *Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erziehungskultur* 11, Heft 1, 79-91, 2000.
- _____. Rationality and Reason Today. *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*. GORDON, Dane & NIZNIK, Józef (eds.) Amsterdam: Rodopi, pp. 17-31, 1998.

Recebido em 14 de janeiro de 2015

Aprovado em 19 de junho de 2015