



**COSMOPOLITISMO JUDICIAL: UMA AVALIAÇÃO DAS OBJEÇÕES DE POSNER
AO RECONHECIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS ESTRANGEIRAS COMO
"SHOULD-SOURCES OF LAW"**

*JUDICIAL COSMOPOLITANISM: A CRITIQUE OF POSNER'S OBJECTIONS TO
RECOGNITION OF FOREIGN LEGAL DECISIONS AS SHOULD-SOURCES OF
LAW*

Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2015), Doutorado em Ciências Sociais pela UFBA (2014), Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA (2012), Especialização em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC Minas (2011), Especialização em Direito Tributário pela PUC-SP/COGEAE (2011), Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2009).

Leandro Venícius Fonseca Rozeira

Mestrado em Direito em andamento pela Universidade Federal da Bahia, Especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera (2010), Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (2008).

Resumo

Este artigo tem como objetivo geral avaliar as objeções de Posner à postura de cosmopolitismo judicial assumida por alguns membros da Suprema Corte estadunidense. Trata-se de pesquisa teórica, qualitativa, que utiliza o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico e que assume como componentes de seu referencial teórico: 1) a distinção, popularizada por Reichenbach, entre contextos de descoberta e de justificação; 2) A dinâmica estruturada visualizada por Teubner na paranoia mútua entre um impulso irracional por justiça e a necessidade de sua tradução ("re-entry") para o jogo de linguagem do sistema jurídico na fundamentação das decisões judiciais; 3) a distinção entre "must-sources", "should-sources" e "may-sources", categorias assumidas por Peczenik ao classificar as fontes do direito; 4) as noções de diálogo transconstitucional, conforme a leitura de Marcelo Neves sobre a interação entre ordens jurídicas pertencentes ao sistema jurídico mundial, e de modelo de articulação, nos moldes do pensamento de Vicki Jackson sobre a relação entre o direito doméstico e decisões judiciais estrangeiras; e 5) a defesa do exercício equilibrado das virtudes passivas e ativas por parte das cortes constitucionais, à la Conrado Mendes. O principal resultado obtido foi a percepção de que a crítica de Posner diz respeito à qualificação das decisões estrangeiras, no contexto de justificação

das decisões dos tribunais estadunidenses, como "should-sources", mas não como "may-sources". Concluiu-se pela confirmação da hipótese de que as objeções de Posner à postura de cosmopolitismo judicial não se sustentam no cenário contemporâneo de inevitável comunicação entre ordens jurídicas envolvidas em controvérsias constitucionais similares.

Palavras-chave: Contextos de descoberta e de justificação das decisões judiciais. Distinção entre "should-sources" e "may-sources". Modelo de convergência transconstitucional. "Re-entry". Virtudes passivas e ativas.

Abstract

This article aims to evaluate Posner's objections to some justices of the U. S. Supreme Court's stance of judicial cosmopolitanism. This research is theoretical and qualitative. It uses bibliographic content analysis as a methodological procedure and displays a theoretical framework composed of: 1) the distinction between context of discovery and context of justification – Reichenbach; 2) The structured dynamic embedded in the mutual paranoia between an irrational impulse for justice and the need for its translation (re-entry) to legal system's language game in the context of justification of judicial opinions – Teubner; 3) the distinction between "must-sources", "should-sources" and "may-sources" of law – Peczenik; 4) the concepts of "transconstitutional dialogue" between legal orders belonging to the global legal system – Marcelo Neves – and "engagement model" between domestic law and foreign legal decisions – Vicki Jackson; and 5) the search for balance between constitutional courts' passive and active virtues – Conrado Mendes. The main obtained result was finding that Posner's criticism concerns the qualification of foreign decisions as "should-sources" instead of "may-sources" in the context of justification of U.S. courts' decisions. As a conclusion, this article's working hypothesis – the inevitable communication between legal orders involved in similar constitutional controversies makes Posner's objections to the stance of judicial cosmopolitanism unsustainable – was confirmed.

Keywords: Contexts of discovery and justification of legal decisions; Distinction between should-sources and may-sources; Passive and active virtues; Transconstitutional engagement model; Re-entry

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo tem como objetivo geral avaliar as objeções apresentadas por Posner à postura de cosmopolitismo judicial assumida por alguns membros da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Sinteticamente, a postura de cosmopolitismo judicial criticada por Posner consiste na citação, por membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, de decisões

estrangeiras como se estas constituíssem precedentes habilitados a fundamentar votos proferidos durante o julgamento de casos regidos pelo direito estadunidense¹. Em 2004, a posição de Posner sobre a matéria ganhou destaque com a publicação do artigo de opinião “No Thanks, We Already Have Our Own Laws” (2004) na edição de julho/agosto da revista virtual “Legal affairs”, que também trouxe o posicionamento contraposto de Vicki Jackson, sustentado em texto intitulado “Yes, please, I'd love to talk with you” (2004). A matéria foi revisitada por Posner, de modo mais profundo, no livro “How Judges Think” (2008), obra que servirá como principal referência para a análise a ser desenvolvida pelo presente escrito.

Posner (2005, p. 85) afirma que as decisões estrangeiras estão sendo utilizadas como materiais jurídicos autorizados, e não como meras fontes de informação, o que revela uma tentativa de membros da Suprema Corte de fundamentar suas decisões sobre matérias controversas em elementos pretensamente objetivos, de modo que suas decisões aparentem ser menos políticas. A crítica do autor, portanto, não se refere à consulta ao conteúdo de julgados estrangeiros, e sim à atribuição de força persuasiva a tais decisões pelo mero fato de terem sido proferidas por tribunais oficiais – ou, em outras palavras, pelo seu “pedigree”. Para entendermos melhor a tese de Posner (2004, p. 1), devemos notar que ele faz uma distinção entre a citação de decisões como se elas fossem fontes autorizadas em sentido forte – “controlling authority” – a citação de decisões como se elas fossem fontes autorizadas em sentido fraco – “not controlling authority” – e a citação de decisões como se elas não fossem fontes autorizadas. Posta tal

¹ O autor preocupa-se em esclarecer que não existe uma conexão necessária entre o “cosmopolitismo filosófico” e o “cosmopolitismo judicial”, como se pode depreender do seguinte excerto: “[...] um movimento – vamos chamá-lo de ‘cosmopolitismo judicial’ – que trata o mundo inteiro como se fosse uma única jurisdição. [...] Ao criticar o cosmopolitismo judicial eu não assumirei nenhuma posição sobre a validade do conceito *filosófico* de cosmopolitismo, com o qual o conceito judicial é facilmente confundido. O conceito filosófico tem uma extensa e distinta linhagem que engloba Diógenes, Martha Nussbaum, os estóicos, Cícero, Grotius, Kant e muitos outros notáveis. Sintetizado pela expressão de Diógenes ‘cidadão do mundo’, o cosmopolitismo ensina que nossos deveres perante os outros seres humanos não são limitados por fronteiras; que nossa humanidade comum transcende ou, ao menos, compete com as lealdades familiares, entre amigos, étnicas, nacionais e outros tipos de vínculos ‘locais’, por mais importantes que tais vínculos sejam psicológica e politicamente. Atualmente, essa ideia é utilizada como um argumento favorável a uma generosa assistência às nações estrangeiras por parte dos países ricos. Isso não tem nenhuma relação com a questão sobre os juízes estadunidenses deverem ou não colher pistas de outros juízes em outras nações, mesmo que se acredite que nossa humanidade comum subscreve um direito natural universal que deva guiar os tribunais, como alguns filósofos cosmopolitas, a exemplo de Kant, acreditaram. Seja qual for a fonte ou o conteúdo do direito natural, imaginar que ele sirva como um recurso apropriado para a Suprema Corte ou que é demonstrado por decisões judiciais estrangeiras é um salto que não se justifica minimamente com base no cosmopolitismo filosófico” (POSNER, 2008, p. 354 – tradução nossa).

classificação, pode-se afirmar que o que Posner (2004, p. 2) rejeita é que as decisões de outros países sejam tratadas por tribunais dos Estados Unidos como fontes formais do direito, mesmo que em um sentido fraco do termo (“not controlling”), visto que uma corte estrangeira, ao proferir uma decisão sobre uma matéria controversa em relação à qual a Suprema Corte também precise se manifestar, assumirá como critérios normativos um texto constitucional, um conjunto de precedentes e um plexo de leis diferente dos estadunidenses.

Posner (2008, p. 355 e ss.), ao fundamentar sua aversão ao cosmopolitismo judicial, afirma que o sistema judicial estadunidense deve se precaver quanto à dissolução do pragmatismo jurídico (organizado em uma estrutura de normas e teorias, as quais se manifestam na forma de princípios – exemplificativamente, o da boa-fé e o da liberdade de expressão) em favor de um modelo de resolução de conflitos baseado na aplicação do critério da proporcionalidade às peculiaridades fáticas, conforme defendido por Beatty (2004). Esse tipo de abordagem casuística pode, na visão de Posner (2008, p. 362 e ss.), legitimar modelos de aplicação do direito como o difundido pela liderança agressiva do ministro Aharon Barak, da Suprema Corte de Israel, órgão jurisdicional que se habituou a reconstruir o sentido de noções como “democracia”, “interpretação”, “separação de poderes”, “objetividade”, “razoabilidade” e “justiça” para fundamentar juízos de inconstitucionalidade². Segundo Posner, tal prática, em verdade, tem origem na opinião dos membros do tribunal israelense de que dada lei sob discussão é ruim e que, portanto, se eles fossem legisladores, ela não teria sido criada – algo impensável no contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos, cujos ministros diferenciam a inconstitucionalidade de uma lei e a opção política que teriam feito caso fossem legisladores. Em outras palavras, segundo Posner, as democracias israelense e estadunidense funcionam de maneiras bastante diferentes, motivo pelo qual a importação, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, de precedentes proferidos em um contexto jurídico-político tão distinto tende a produzir efeitos nocivos.

Diante desse panorama, assumimos – o que se **justifica** pela existência de uma lacuna teórica na literatura nacional sobre a crítica de Posner ao cosmopolitismo judicial – o seguinte **problema de pesquisa**: as objeções de Posner à assunção de uma postura de cosmopolitismo judicial são sustentáveis no cenário contemporâneo

² Para uma visão detalhada sobre o pensamento do ministro israelense, ver “The judge in a democracy” (BARAK, 2006).

de inevitável comunicação entre ordens jurídicas envolvidas em controvérsias constitucionais similares?

A **hipótese** de trabalho a ser testada pode ser formulada da seguinte maneira: as objeções de Posner à postura de cosmopolitismo judicial não se sustentam no cenário contemporâneo de inevitável comunicação entre ordens jurídicas envolvidas em controvérsias constitucionais similares.

A investigação ora realizada consiste em **pesquisa teórica, qualitativa**, que utiliza o **procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico** e que assume a seguinte **hipótese** de trabalho: as objeções de Posner à postura de cosmopolitismo judicial não se sustentam no cenário contemporâneo de inevitável comunicação entre ordens jurídicas envolvidas em controvérsias constitucionais similares.

O teste da hipótese acima formulada envolverá a assunção de um **referencial teórico** cujo cerne é composto pelos seguintes elementos: 1) a distinção, popularizada por Reichenbach (1970), entre contexto de descoberta e contexto de justificação; 2) A dinâmica estruturada do direito visualizada por Teubner (2005; 2011) na forma de uma paranoia mútua entre um impulso irracional por justiça e a necessidade de sua tradução ("re-entry") para o jogo de linguagem do sistema jurídico na fundamentação das decisões judiciais; 3) a distinção entre "must-sources", "should-sources" e "may-sources", categorias teóricas assumidas por Peczenik (2008) ao classificar as fontes do direito; as noções de diálogo transconstitucional, conforme a leitura de Marcelo Neves (2009) sobre a interação entre ordens jurídicas pertencentes ao sistema jurídico mundial, e de modelo de articulação, nos moldes do pensamento de Vicki Jackson (2005) sobre a relação entre o direito doméstico e decisões judiciais estrangeiras; e 5) o exercício equilibrado das virtudes passivas e ativas por parte dos membros de cortes constitucionais, conforme sugerido por Conrado Mendes (2011).

Os elementos que compõem o cerne do referencial teórico deste escrito serão coordenados ao seu objetivo geral ao serem projetados no cumprimento de seus **objetivos específicos**, os quais consistem em avaliar a sustentabilidade de cada um dos argumentos de Posner contra a adoção do cosmopolitismo judicial, que podem ser sintetizados da seguinte maneira: 1) a prática judicial estadunidense limita o uso de decisões estrangeiras; 2) a citação de decisões estrangeiras pelos juízes visa a esconder os verdadeiros motivos da decisão; 3) as decisões estrangeiras surgem em outro contexto; 4) a postura de imposição de valores cosmopolitas caracteriza uma

corde arrogante e usurpadora; 5) tribunais estrangeiros são menos cautelosos; e 6) tribunais estrangeiros não têm legitimidade democrática dentro dos Estados Unidos.

2. OS ARGUMENTOS UTILIZADOS POR POSNER CONTRA O COSMOPOLITISMO JUDICIAL E UMA PROPOSTA DE CONTRA-ARGUMENTAÇÃO

Apresentaremos, de modo sistemático, os principais argumentos de Posner contra a utilização, pela Suprema Corte, de decisões estrangeiras como fontes do direito, acompanhados de contra-argumentos idôneos a neutralizarem a sua recusa ao cosmopolitismo judicial.

2.1. "A prática judicial estadunidense limita o uso de decisões estrangeiras"

O primeiro argumento de Posner contra o que ele chama de cosmopolitismo judicial é um argumento predominantemente formal. O autor afirma que a prática judicial dos Estados Unidos limita a classe de casos que podem ser citados como precedentes, sendo vedada, por exemplo, em muitos tribunais, a citação, por advogados, de decisões que não tenham sido publicadas por boletins oficiais. Nesse contexto, ele visualiza um suposto contrassenso na prática de citação de decisões estrangeiras, dado que os sistemas judiciais dos outros países são muito variados e que suas decisões são de difícil acesso para juízes e secretários judiciais monolíngues (POSNER, 2008, p. 349).

Vislumram-se dois contra-argumentos que podem ser contrapostos ao entendimento de Posner. Senão, vejamos.

(1) O fato de alguns tribunais proibirem os advogados de citar decisões não publicadas em boletins oficiais não tem relação alguma com a utilização de decisões estrangeiras para a formação do convencimento pelo juiz. Ora, uma coisa é os advogados não poderem usar tais decisões como fontes do direito em sentido forte, assim como não se pode remeter à força de vinculação de uma lei anteriormente à sua publicação e ao início de sua vigência; outra coisa completamente diferente é proibir juízes, incluindo os da própria Suprema Corte, de assumir precedentes de tribunais estrangeiros como fontes do direito em sentido fraco na fundamentação de

suas decisões³. Em outras palavras, Posner incorre, nesse ponto, naquilo que se chama de falácia da argumentação irrelevante ou *ignoratio elenchi*, visto apresentar um argumento que não se refere ao ponto de vista em discussão (a viabilidade do uso de decisões estrangeiras, assumidas como fontes do direito em sentido fraco na fundamentação de julgados), e sim a outro tipo de prática (a vedação de citação de decisões estrangeiras por advogados em suas petições)⁴. Não surpreende, pois, que, como Vicki Jackson (2004, p. 1) relata, materiais jurídicos estrangeiros constituam formas de autoridade persuasiva usadas nas decisões da Suprema Corte, assim como decisões de tribunais inferiores e de tribunais estaduais, artigos doutrinários e até obras de ficção de Shakespeare, Mark Twain ou George Orwell⁵.

(2) Com o avanço da internet, fica difícil defender que as decisões de outros países e de Tribunais internacionais são de difícil acesso. No site da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1.098 dos 1.725 julgados disponíveis estão traduzidos para o inglês. Em relação à Corte Europeia de Justiça, é possível acessar

³ A distinção entre fontes do direito em sentido forte e em sentido fraco pode ser depreendida das palavras de Larenz (2005, p. 614) sobre o papel dos precedentes em um sistema de jurisprudência constante: "[...] se se quisesse atribuir a todo precedente a autoridade e vinculatividade de uma lei. Os precedentes e o «Direito judicial» deles precedentes podem, por isso, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles, conseguir a mesma vigência fáctica ou efectividade que uma lei. Em contrapartida, a validade normativa, no sentido de vinculatividade — quer dizer, uma exigência que devem cumprir os tribunais, os órgãos administrativos e, finalmente, os indivíduos — não lhes cabe em regra. Qualificá-los como «fontes do Direito» depende daquilo que por tal se entenda. Se se qualificam como fontes do Direito todos aqueles factores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito, então a jurisprudência, mas também a ciência do Direito, são fonte de Direito. Em contrapartida, se por «fonte de Direito» se entende só a base do nascimento de uma norma jurídica que pretende validade normativa, no sentido de vinculatividade, nesse caso fontes de Direito [...] só o são a legislação e o uso originário numa convicção jurídica geral (como fonte de Direito consuetudinário). Mas, neste caso, tem que se acrescentar que as normas só podem desenvolver a sua produção de efeitos segundo o modo como sejam entendidas por aqueles que são chamados à sua aplicação. Os precedentes contribuem para isso em grande medida e são, por essa razão, em todo o caso, uma fonte de conhecimento jurídico. Diz acertadamente ESSER que não constituem de nenhum modo fonte genuína do Direito, não têm nenhum «conteúdo normativo para além da adequada compreensão da lei originada pela convicção de rectidão de cada juiz em particular», mas que apenas são um «meio de conhecimento judicial»".

⁴ Como explicam van Eemeren e Grootendorst (2004, p. 171-2), as falácias, na abordagem pragmático-dialética da argumentação, são entendidas como movimentos discursivos que violam uma regra de discussão. Uma falácia é, assim, definida como um ato de fala que prejudica ou frustra os esforços voltados para a resolução de uma diferença de opinião. De tal maneira, o uso do termo "falácia" está, portanto, sistematicamente conectado com as regras para uma discussão crítica.

⁵ De todo modo, Peczenik (2008, p. 262 – tradução nossa) destaca, no seguinte excerto, sem se referir especificamente ao contexto estadunidense, a excentricidade em que consiste qualquer tentativa de proibição das citações de decisões judiciais, seja pelos representantes das partes, seja por juízes: "Certamente, é possível imaginar-se uma ordem jurídica em que apenas uma categoria de fontes do direito existisse. Por exemplo, ela poderia ser formada apenas por leis vinculantes. Contudo, **não seria razoável proibir a citação, na prática judiciária, de precedentes ou obras doutrinárias.** Consequentemente, tais matérias, mais cedo ou mais tarde, ganhariam certa autoridade, ainda que não fossem vinculantes."

toda a jurisprudência da União Europeia com data posterior a 17/06/1997 em todas as línguas oficiais da União Europeia (alemão, búlgaro, checo, croata, dinamarquês, eslovaco, esloveno, espanhol, estónio, finlandês, francês, grego, neerlandês, húngaro, inglês, irlandês, italiano, letão, lituano, maltês, polaco, português, romeno e sueco). Ademais, países como Canadá, África do Sul e Inglaterra possuem o inglês como língua oficial. Destaque-se, ainda, que o sítio eletrônico do Tribunal Constitucional Alemão possui diversos julgados importantes traduzidos para o inglês, mesmo que grande parte de sua jurisprudência esteja disponível somente em alemão⁶.

2.2 “A citação de decisões estrangeiras pelos juízes visa a esconder os verdadeiros motivos da decisão”

O segundo argumento de Posner (2008, p. 350) contra o que ele chama de cosmopolitismo judicial é o de que a citação de decisões estrangeiras pelos tribunais estadunidenses é uma forma de esconder os verdadeiros motivos das decisões dos juízes, de modo a evitar que a tomada de decisão seja vista como excessivamente pessoal. O autor afirma que poucos juízes têm pontos de vista cosmopolitas e que tal prática, como uma tentativa de demonstrar objetividade e impessoalidade, mistifica ainda mais o processo de tomada de decisão, de modo a dissimular o inevitável caráter político da atividade da Suprema Corte (POSNER, 2008, p. 350). Nesse sentido, o autor, exemplificativamente, critica a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence v. Texas*, em que o tribunal considerou inconstitucionais leis que criminalizavam a sodomia nos Estados Unidos. Segundo Posner (2008, p. 350), o uso de argumentos cosmopolitas naquela decisão foi inconsistente, visto que não foi abordada a circunstância de existirem nações que criminalizam a sodomia, o que comprova que o julgamento, em verdade, teve inspiração nas experiências pessoais, valores, intuições, temperamento, leitura da opinião pública e ideologia dos julgadores, e não no estudo de decisões estrangeiras.

Um único contra-argumento parece-nos suficiente para neutralizar o entendimento de Posner, como veremos a seguir.

⁶ Obviamente, a tradução de uma decisão não se equipara perfeitamente ao texto original, mas há que se reconhecer que a tecnologia vem, gradativamente, diminuindo as barreiras geográficas e de linguagem entre tribunais e habitantes de diversos países.

Não há como controlar os verdadeiros motivos da decisão, o que significa que colocar obstáculos ao uso de julgados estrangeiros ou internacionais não ajudaria a revelar o contexto de descoberta das decisões dos juízes estadunidenses⁷. Ora, a quantidade de possibilidades de justificação pretensamente racional tende ao infinito independentemente do uso de tal expediente. Em verdade, o apelo ao argumento comparativo com base em decisões de cortes de sociedades relativamente semelhantes cumpre, no contexto de justificação de uma decisão judicial, a função de contribuir para a tradução (“re-entry”) de um impulso irracional por justiça, um “hunch”, para a linguagem do sistema jurídico⁸⁹. Realmente, como Posner afirma, não existe uma comunidade jurídica única, mas uma breve pesquisa indica que os países que criminalizam a sodomia (exemplificativamente, Afeganistão, Angola, Moçambique, Arábia Saudita, Argélia, Egito e Guiana) possuem muito pouco em comum com a realidade social e jurídica dos Estados Unidos. Contudo, não caberia aos próprios juízes a tarefa de identificar, ainda que com um toque de “hunch”, que tipo de realidade

⁷ Essa distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, popularizada por Reichenbach (1970), é bem descrita, em sua transposição para o campo da tomada de decisão judicial, por Daniel Oitaven Pamponet Miguel (2016, p. 48-9), para quem a dimensão do impulso sentimental e intuitivo (para Posner, o caráter político que os juízes pretendem esconder) corresponderia ao contexto de descoberta da decisão, enquanto o raciocínio que fundamentaria retrospectivamente a decisão intuitiva do juiz seria o contexto de justificação, o qual seria submetido ao crivo da comunidade jurídica. O próprio Posner (2008, p. 350 – tradução nossa) aparenta, no seguinte excerto, reconhecer a relevância da distinção: “A realização de estudos profundos para fins de elaboração de um voto geralmente ocorre depois, e não antes, de os juízes votarem, ainda que de modo experimental, a respeito dos resultados decisórios.”

⁸ Remete-se, aqui, a Teubner (2005, p. 57 e ss.; 2011, p. 34 e ss.), para quem o sistema jurídico apresenta uma dinâmica estruturada em torno da paranoia mútua entre o impulso radical por justiça típico da desconstrução derridariana (o qual pode ser relacionado à noção de contexto de descoberta de uma decisão judicial) e os compelimentos sistêmicos (à la Luhmann) à decisão, à normatização e à decisão (os quais podem ser relacionados à ideia de contexto de justificação). Tais compelimentos impõem uma tentativa de adequação retrospectiva do momento primário de irracionalidade à linguagem pretensamente racional do direito, o que, em linguagem sistêmica, pode ser compreendido como uma espécie de “re-entry”, noção a respeito da qual Teubner (2011, p. 30) discorre no seguinte excerto: “re-entry do extrajurídico no jurídico. Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito, entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam esta mesma diferenciação “Direito/não-Direito”, só que dentro do mundo simbólico do Direito. Sempre que a diferenciação “Direito/não-Direito” [...] entra novamente na sequência de operações jurídicas, e que a argumentação jurídica é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos [...] então é chegado o momento em que o discurso da justiça debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se as decisões jurídicas fazem justiça àqueles aspectos do mundo exterior [...]. Este é o paradoxal resultado do duplo fechamento – das operações e das observações. Enquanto tanto atos jurídicos produtores de normas como argumentos conectores de normas permanecem em seus círculos fechados [...], a justiça, enquanto auto-observação jurídica de Direito/não-Direito, [...] relaciona o Direito com seu ambiente social e reivindica sua adequação ecológica. A justiça como praxis discursiva extrai consequências da re-entry do extrajurídico no Direito.”

⁹ A noção de “hunch” remonta a Hutcheson (1929, p. 285), para quem os magistrados são orientados por um impulso motivacional de natureza intuitiva sobre o que é o certo diante de uma dada situação jurídica.

social e jurídica é mais próxima do cenário de seu país antes de utilizar o argumento comparativo?

Assumidas tais premissas, Posner soa como alguém que:

(a) ou pretende colocar vendas e protetores auriculares nos juízes para que eles não possam ver ou ouvir o que ocorre em outras cortes – o que, dado o cenário contemporâneo de compartilhamento de informações em escala mundial, seria inviável, visto que, naturalmente, o modo como os tribunais estrangeiros decidem já faz parte, ao menos em alguma medida, da pré-compreensão do julgador¹⁰; ou

(b) como um sujeito para quem os magistrados, após terem contato com decisões estrangeiras ou internacionais, podem atribuir-lhes relevância no contexto de descoberta de suas decisões – o que nos parece positivo, visto que o contato com outros pontos de vista pode provocar uma reflexão mais apurada por parte dos juízes e, conseqüentemente, reduzir eventuais impulsos solipsistas – mas não as podem utilizar como fontes do direito no respectivo contexto de justificação¹¹.

2.3 "As decisões estrangeiras surgem em outro contexto"

O terceiro argumento de Posner (2008, p. 351) contra o cosmopolitismo judicial é o seguinte: as decisões estrangeiras surgem de contextos sociais, políticos, históricos e institucionais complexos, aos quais a maioria dos magistrados são

¹⁰ A tal respeito, Schiemann (2005, p. 286), demonstrando ter consciência da distinção entre os dois tipos de contexto, chega a afirmar que mesmo os juízes isolacionistas são influenciados pelo direito estrangeiro, ainda que, eventualmente, não percebam isso e, conseqüentemente, não façam menção a suas fontes ao fundamentarem uma decisão.

¹¹ Posner (2008, p. 353) parece corroborar essa segunda alternativa ao ressaltar que não tem a pretensão de propor que os juízes estadunidenses sejam provincianos e ignorem (contexto de descoberta) o que se pensa e se faz em outros países – os quais, nesse contexto, podem, segundo ele, ser vistos como laboratórios de experimentação social com os quais os magistrados dos Estados Unidos podem aprender – mas apenas de se opor à assunção de decisões judiciais estrangeiras como materiais autorizados (contexto de justificação) para a resolução de problemas referentes à ordem jurídica nacional, como se existisse uma comunidade jurídica cosmopolita (POSNER, 2008, p. 353). A tal respeito, as seguintes palavras de Peczenik (2008, p. 261 – tradução nossa) são bastante ilustrativas, ainda que não tenham sido proferidas no contexto do debate sobre o cosmopolitismo judicial: "Stig Strömholm [...] considera a expressão 'textos que um jurista está vinculado a [must], deve [should] ou pode [may] apresentar' menos adequada do que 'textos aos quais um jurista está vinculado a [must], deve [should] ou pode [may] prestar atenção'. Certamente, a primeira formulação tem um cariz formalista. Muitos sociólogos certamente considerariam mais importante um certo fator afetar a tomada de decisão do que ser citado. No entanto, o conceito "fonte do direito" é normativo, adaptado ao contexto de justificação, e não sociológico. Nesse cenário, dificilmente se pode imaginar uma norma justificatória que prescreva ao juiz: 'Você pode permitir que este texto afete sua tomada de decisão, mas nunca pode citá-lo'. Uma norma como essa promoveria a desonestidade. Qualquer coisa que efetivamente possa afetar a tomada de decisão também pode ser citada."

alheios¹². Posner (2008, p. 351) apresenta dois exemplos para fundamentar sua afirmação:

a) a recusa europeia à pena capital não revela propriamente, ao contrário do que os abolicionistas estadunidenses afirmam, um consenso internacional sobre a matéria, visto que deve ser compreendida à luz do histórico de abuso de vários europeus no que concerne a essa prática (vejam-se o "Reino do Terror" na França, as execuções por furto na Inglaterra e os casos da Alemanha nazista e da União Soviética), bem como do caráter "menos democrático" da política naquele continente, em que as leis conseguem ignorar com mais tranquilidade a opinião pública; e

b) atribuir relevância a uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o aborto pressupõe dominar a forma como os seus membros são eleitos, o modo como concebem o seu trabalho e as peculiaridades da história alemã, especialmente o entendimento do Judiciário sobre a matéria na época da República de Weimar, muitas vezes apontado como inspiração para a eutanásia involuntária e outras medidas violentas típicas da Alemanha nazista.

Um único contra-argumento parece-nos suficiente para neutralizar o entendimento de Posner. Senão, vejamos.

Posner parece, em uma espécie de particularismo à la Savigny (1946, p. 45),

¹² O argumento de Posner parece assemelhar-se àquilo que Mark Tushnet (2008, p. 11 – tradução nossa) chamou de abordagem contextualista do direito constitucional comparado, conforme se pode depreender do seguinte excerto: "O contextualismo, um terceiro modo de abordar o direito constitucional comparado, enfatiza o fato de que o direito constitucional está profundamente inserido nos contextos institucional, doutrinário, social e cultural de cada nação, bem como a tendência a errar se tentamos pensar sobre alguma teoria ou instituição específica sem avaliar o modo como ela está estreitamente vinculada a todos os contextos de sua existência. Os estudos comparativos contextualistas assumem diversas formas – etnográficas e históricas, por exemplo. [...] [...] limito minha discussão sobre a abordagem contextualista ao seu foco nos contextos institucional e doutrinário de teorias específicas. As constituições combinam normas substantivas, como os compromissos com a liberdade de expressão e a igualdade, com arranjos institucionais, como o federalismo e o parlamentarismo. As normas substantivas estão implementadas no contexto de arranjos institucionais, sendo que arranjos institucionais específicos, às vezes, são mais compatíveis com algumas interpretações de normas substantivas do que com outras." A preocupação de Posner e, de modo geral, dos contextualistas ecoa Fuller (1964, p. 232), para quem um tribunal, ao aplicar o direito oriundo de outro feixe de jurisdição, precisa ler os textos respectivos como este seria lido pelos juristas nativos, os quais compartilham pressupostos tácitos do funcionamento da ordem jurídica de que tais disposições fazem parte. O autor ilustra sua afirmação ao mencionar uma decisão do Tribunal Distrital dos Estados Unidos que exigiu a aplicação de normas estaduais de Massachusetts (e não apenas, como de costume, a aplicação de normas federais) nascidas via precedentes. O tribunal distrital, ao avaliar se seria viável estabelecer exceções às *rationes decidendi* obtidas com base nas decisões da Suprema Corte de Massachusetts, considerou ser necessário ater-se não apenas ao texto das decisões, mas também ao estilo decisório e interpretativo do tribunal que as concebeu, em respeito à tradição jurídica da localidade. Assim, Fuller (1964, p. 232 – tradução nossa) arremata: "muito do nosso direito escrito é, na verdade, direito não-escrito; ele nos ajuda a ver que um entendimento sobre o 'law in books' exige uma compreensão dos pressupostos compartilhados envolvidos em sua elaboração e interpretação".

enxergar o direito como um produto de uma cultura específica, o que o caracteriza, tal qual um idioma, como um elemento que encontra vida em uma espécie de consciência jurídica coletiva¹³. Assim como Savigny tinha receio de que a adoção de novidades (como a codificação do direito) produzissem efeitos nocivos em uma dada tradição jurídico-comunitária, Posner considera que o reconhecimento de precedentes oriundos de outros países como materiais autorizados seria uma espécie de inovação ameaçadora à tradição jurídico-cultural estadunidense. Posner, ao mencionar exemplos como o da visão geral sobre o aborto na Alemanha, está, em outras palavras, a destacar a existência de uma diferença entre o "espírito do povo" daquele país e o "volksgeist" estadunidense, sem perceber, contudo, que o aprendizado desta comunidade jurídica com outras não seria necessariamente desnaturado pelo mero fato do reconhecimento de precedentes estrangeiros como fontes do direito.

Observa-se uma tendência crescente de cortes constitucionais de diferentes países exercerem alguma influência no desenvolvimento da jurisprudência umas das outras, inclusive por meio de citações recíprocas¹⁴. Apesar de cada nação possuir seu contexto e suas peculiaridades, a globalização traz diversos problemas que permeiam várias ordens jurídicas, de modo que, cada vez mais, os povos aprendem com os outros e os problemas jurídicos apresentam-se como comuns em diversos países. Nesse cenário, certo grau de abertura para o aprendizado com outras ordens jurídicas quando há problemas jurídico-constitucionais similares não equivale a adotar sempre uma solução idêntica, como se não existissem contextos próprios. Ora, cada ordem jurídica se desenvolve em um contexto social, político, histórico e institucional. É esse contexto específico que vai delimitar até que ponto a solução adotada por outra ordem é adequada para servir como uma inspiração decisória. É viável, portanto, a

¹³ Como Bobbio (2005, p. 51) explica, o Historicismo Jurídico de Savigny defende as seguintes ideias: 1) a variedade das sociedades implica a inexistência de um direito único, igual para todos os tempos e lugares; 2) o direito, como produto da história, nasce de sentimentos irracionais de justiça nutridos no contexto de uma tradição comunitária particular; e 3) e deve-se desconfiar de tentativas de inovação que ameaçam a organicidade do direito nascido dos costumes e, mais especificamente, de um sentimento jurídico popular (o "espírito do povo"). Vejamos as palavras de Savigny (1946, p. 47 – tradução nossa) no que concerne à a noção de "espírito do povo": "O direito vive no comum conhecimento do povo [...]. O direito aperfeiçoa-se do lado da linguagem e assume um ar científico, e o que antes vivia na consciência popular converte-se, então, em matéria de competência dos juristas, que, em tal conceito, representam o povo. A existência do direito, então, torna-se cada vez mais complicada, sem deixar de viver a vida do povo, se produz, ao mesmo tempo, outra vida, como obra especial da ciência, na mão dos juristas. No influxo simultâneo deste duplo princípio de vitalidade, [...] designarem com a expressão 'elemento político do direito' a dependência que tem da vida social do povo, designando, por sua vez, sua vida dissociada e científica como 'elemento técnico'".

¹⁴ Para um panorama sobre a matéria, ver Neves (2009).

subscrição de um "modelo de articulação", uma espécie de transconstitucionalismo dialógico, como uma hipótese intermediária entre a busca radical por uma convergência internacional denunciada por Posner e certo provincianismo temperado que o autor parece propor como alternativa – provincianismo este que, obviamente, apresenta pontos cegos, os quais podem ser revelados justamente por meio do contato com uma perspectiva estrangeira^{15 16 17}.

Em um modelo de articulação, os tribunais funcionariam como pontes entre ordens jurídicas que, mesmo enfrentando problemas constitucionais comuns, relacionam-se heterarquicamente (e não hierarquicamente, como Posner parece supor a respeito da relação entre o Judiciário estadunidense e tribunais estrangeiros) no contexto do sistema jurídico mundial (com o respectivo código binário lícito/ilícito) e manifestam a pretensão de reafirmar suas respectivas identidades¹⁸. De tal maneira,

¹⁵ Como explica Onora O'Neill (1996, p. 11 e ss.), é tradicional uma polarização teórica (ainda que a autora manifeste veemente oposição a essa tradição) entre o universalismo – perspectiva segundo a qual certos princípios são válidos para todos os casos – e o particularismo – concepção ética que não se orienta por princípios universais, e sim por práticas, tradições ou padrões de julgamento de comunidades particulares. Os defensores do universalismo acreditam que as circunstâncias modernas são incompatíveis com o particularismo, dados os problemas atuais de pluralidade ética, crenças cambiantes e deslocamentos de fronteiras. Em outras palavras, o modo particularista de pensar não daria conta de problemas práticos que envolvessem pessoas de tradições distintas. Por outro lado, os particularistas acreditam que a abstração de pensamento e a uniformidade de tratamento características do universalismo ignoram a dimensão situacional das relações sociais. A despeito de afirmar que o cosmopolitismo judicial não está relacionado ao cosmopolitismo filosófico, a relevância atribuída por Posner à história e às tradições comunitárias nos exemplos sobre o aborto e a pena capital parecem indicar uma preferência do autor por uma perspectiva particularista em detrimento de uma postura universalista. É verdade, contudo, que esse particularismo apresenta certos temperamentos, como se pode depreender da afirmação do autor de que sua pretensão não é propor que os juízes estadunidenses sejam provincianos e ignorem o que se pensa e se faz em outros países – pois outros Estados podem funcionar como laboratórios de experimentação social com os quais os estadunidenses podem aprender – e sim “tratar as decisões judiciais estrangeiras como materiais autorizados em casos surgidos nos Estados Unidos, como se o mundo fosse uma única comunidade jurídica” (POSNER, 2008, p. 353 – tradução nossa).

¹⁶ Vicki Jackson (2005) adota uma distinção entre modelo de resistência e modelo de convergência e alerta que a postura dialógica não equivale a uma mera convergência entre, de um lado, o direito estrangeiro e internacional, e, de outro, o direito de um Estado específico. A professora propõe, então, um modelo de articulação, descrito da seguinte maneira: “[...] o direito constitucional pode ser compreendido como um espaço de articulação [*engagement*] entre, de um lado, o direito doméstico e, de outro, as fontes do direito e as práticas jurídicas internacionais ou estrangeiras. Segundo esse ponto de vista, os intérpretes da Constituição não tratam os materiais estrangeiros e internacionais como vinculantes ou como algo a ser presumivelmente seguido, tampouco colocam viseiras para não verem as fontes do direito e a experiência jurídica estrangeiras. As fontes transnacionais são vistas como interlocutoras que oferecem um meio de testarmos a compreensão das nossas próprias tradições e possibilidades ao examiná-las à luz de outras” (JACKSON, 2005, p. 114 – tradução nossa).

¹⁷ O potencial do direito estrangeiro para iluminar pontos cegos parece estar implícito no depoimento do juiz inglês Konrad Schiemann (2005, p. 284), que relata o hábito de, ao se sentir, eventualmente, insatisfeito com as soluções caseiras tradicionais, analisar o direito estrangeiro em busca de algum respaldo ou contra-argumento para suas preocupações e de alguma espécie de estímulo reflexivo.

¹⁸ “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. [...] Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto

quando uma decisão jurídica estrangeira é introduzida em uma cultura jurídica, o processo de tradução (“re-entry”) implica uma modificação do conteúdo recepcionado, da ordem jurídica que o recepcionou e do próprio ambiente (entorno) do sistema jurídico, o que deflagra uma dinâmica de irritações recíprocas entre o direito e o meio social e, conseqüentemente, um contínuo rearranjo dos dois lados dessa diferença. Assim, configura-se uma dinâmica estruturada que impede uma pura convergência entre a ordem jurídica receptora e aquela em que a decisão inspiradora teve origem¹⁹.

Diante do exposto, não é necessário o estabelecimento de uma dualidade entre o pensamento da existência de uma comunidade jurídica global e o isolamento total das cortes, dada a possibilidade de que se estabeleça racionalidades transversais parciais mediante aprendizado recíproco e intercâmbio criativo entre ordens jurídicas que se observam mutuamente e estabelecem uma conversaçãotransconstitucional (NEVES, 2009, p. 126)²⁰. Nesse sentido, para utilizarmos os exemplos do próprio Posner, as diferenças de tradição no que concerne ao aborto e a pena capital podem ser exploradas produtivamente no que concerne à revelaçãode pontos cegos da tradição jurídica receptora (no caso, a estadunidense), de modo a contribuir para que se evite um ensimesmamento provinciano.

2.4 “A postura de imposição de valores cosmopolitas caracteriza uma corte

da qual se desenvolvem formas de aprendizado [...], sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens [...]. [...] conversaçãotransconstitucional ([...] comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas) [...]. [...] toda ‘conversaçãotransconstitucional’ [...] carrega em si o potencial de disputa. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição top down na relação entre ordens.” (NEVES, 2009, p. 117-8).

¹⁹ Coerentemente com a linguagem sistêmica, Teubner (2005, pág. 155 e ss.) propõe que se deixe de analisar o tema sob a ótica da ideia de repulsa ou integração e que se realize uma abordagem que tenha como referência a noção de “irritação”, tendo em vista que os institutos jurídicos não podem ser retirados do contexto de uma ordem jurídica e introduzidos no contexto de outra sem que sofram modificações. Essas tentativas de transferência de conteúdos jurídicos de uma ordem jurídica para outra implicam recontextualizações tanto do lado do sistema quanto do lado de seu ambiente, visto que, nas palavras do autor, “parecem provocar uma dupla irritação no novo contexto. Elas irritam os “binding arrangements” do direito com a sociedade. Normas estranhas são elementos de estímulo não só em relação ao discurso jurídico de seu entorno, mas também em relação ao discurso social, com o qual o direito, em determinadas circunstâncias, é fortemente ligado. Como irritações jurídicas, elas forçam a ‘episteme’ específica do direito a uma reconstrução na rede de suas diferenças. Como irritações sociais, provocam um discurso social, com o qual o direito está fortemente ligado, a uma reconstrução própria. Assim se desenvolvem duas cadeias distintas de acontecimentos, cuja interação conduz a uma dinâmica evolucionária que possivelmente alcança um novo equilíbrio dos valores próprios dos discursos participantes” (TEUBNER, 2005, p. 179).

²⁰ Nas palavras do autor, a formação de uma racionalidade transversal viabiliza um “aprendizado recíproco entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor. [...]. todo âmbito de comunicações ao pôr-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos.” (NEVES, 2009, p. 49-50; 43).

arrogante e usurpadora”

Posner (2008, p. 352) questiona se os magistrados da Suprema Corte não estariam sendo arrogantes e usurpadores quando tentam impor seus valores cosmopolitas aos estadunidenses invocando a Declaração de Independência que resultou na Constituição do Século XVIII, mais especificamente o trecho segundo o qual respeitar a opinião da humanidade pressupõe que sejam declaradas as razões que conduzem os estadunidenses a proclamarem sua independência. O autor afirma que o trecho é frequentemente tirado de contexto pelos defensores do cosmopolitismo judicial, os quais parecem não perceber que, em verdade, os estadunidenses estavam querendo ensinar aos outros povos em um momento em que não havia respaldo na “opinião da humanidade” no âmbito do direito internacional para que se confrontasse um monarca soberano²¹. Ora, a monarquia, à época, era a forma de governo mais comum, o que significaria que os colonos, se houvessem considerado a “opinião da humanidade”, teriam se conformado com ela e aberto mão da tentativa de declararem a independência dos Estados Unidos.

O entendimento de Posner parece contradizer algumas das principais teses sustentadas pelo autor na mesma obra, o que constitui um argumento suficiente para neutralizar as suas alegações, como explicaremos a seguir.

Em "How Judges Think" (2008), Posner descreve alguns aspectos do modelo de julgamento assumido pelos tribunais estadunidenses e elabora algumas proposições normativas sobre esta base empírica. O problema que Posner (2008, p. 12 e ss.) se dispõe a abordar é o de como os juízes preenchem as zonas de indeterminação decisória e se devem ser estabelecidos limites para tanto, de modo que os magistrados não incorram em uma postura decisória aleatória, decisionista ou político-partidária. Nesse contexto, o autor: afirma que o legalismo prevalece apenas nos processos de menor impacto na sociedade, ou seja, decisões ordinárias e corriqueiras; rejeita um dualismo forte e maniqueísta entre direito e política; e

²¹ Exemplificativamente, Vicki Jackson (2004, p. 2 – tradução nossa) admite que o trecho da Declaração de Independência não se referia à tomada de decisão por tribunais, mas defende que “a geração dos fundadores demonstrou uma preocupação sobre como a atividade jurisdicional de nossos tribunais afetaria a visão de outros países sobre os Estados Unidos. Como a Suprema Corte, em sua fase inicial, destacou, o Poder Judiciário dos Estados Unidos foi concebido para incluir casos 'que nações estrangeiras tinham um profundo interesse que fossem julgados de maneira correta... e nos quais os princípios do direito e a civilidade entre as nações constituem, de modo geral, uma informação essencial'”.

reconhece que o material oferecido pelo legalismo não viabiliza que sejam concebidas respostas razoáveis para todos os conflitos. Para ele, a rigidez dos limites da atividade do juiz não chega a impedir que este assuma uma postura política, não no sentido partidário, mas no sentido de que tenha ligeiro interesse em guiar a direção do público. Em outras palavras, o juiz pragmático de Posner deve avaliar as consequências de suas decisões em sentido macro, ou seja, não apenas os resultados gerados para as partes envolvidas, mas também os efeitos sociais da decisão.

Diante do exposto, se Posner (2008, p. 9) admite a existência de uma margem de discricionariedade judicial, bem como a relevância das opiniões pessoais e da experiência do juiz no momento da tomada de decisão; incorre em contradição ao não admitir que esse juiz, pragmaticamente, utilize decisões de outros tribunais como materiais autorizados que viabilizem a tradução (“re-entry”) de seus juízos políticos para o jogo de linguagem jurídico²².

2.5 “Tribunais estrangeiros são menos cautelosos”

Posner (2008, p. 252) indica ser mais fácil que os efeitos das decisões de tribunais constitucionais estrangeiros em suas respectivas ordens jurídicas sejam neutralizados (mediante uma emenda constitucional) do que nos Estados Unidos, devido à rigidez do desenho institucional deste Estado a tal respeito. Com base nessa premissa, ele afirma que os magistrados se sentem mais à vontade para defender pontos de vista pessoais de forma ostensiva (e, por conseguinte, que um tribunal constitucional se sente autorizado a ser menos cauteloso e respeitoso com a opinião pública) quando sabem que podem, com relativa facilidade, ser desafiados pelo Legislativo. De tal maneira, segundo Posner (2008, p. 353), os juízes constitucionais estrangeiros, ao contrário do que os magistrados estadunidenses parecem pensar, não teriam assumido certas posições progressistas se detivessem, em seus respectivos países, poder em grau equivalente ao que o Judiciário titulariza nos

²² Sobre a noção de jogo de linguagem, vejam-se as palavras de Wittgenstein (1999, p. 35; 68; 159) no seguinte excerto: "O termo 'jogo de linguagem' deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida. [...]. Nossos claros e simples jogos de linguagem não são estudos preparatórios para uma futura regulamentação da linguagem [...]. Os jogos de linguagem figuram muito mais como objetos de comparação, que, através de semelhanças e dessemelhanças, devem lançar luz sobre as relações de nossa linguagem. [...]. Nosso erro é procurar uma explicação lá onde deveríamos ver os fatos como 'fenômenos originários'. Isto é, onde deveríamos dizer: joga-se esse jogo de linguagem. [...]. Não se trata da elucidação de um jogo de linguagem pelas nossas vivências, mas da constatação de um jogo de linguagem."

Estados Unidos.

Um único contra-argumento parece-nos suficiente para neutralizar o entendimento de Posner, como explicaremos a seguir.

A premissa de que os membros de tribunais constitucionais se sentem mais à vontade para adotar uma postura intervencionista quando o desenho institucional viabiliza que o Legislativo confronte o Judiciário mediante emenda constitucional com relativa facilidade é contrariada pelo próprio comportamento de alguns membros da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos anos – e não apenas no que concerne à subscrição do cosmopolitismo, mas também, de modo geral, na assunção de uma postura intervencionista – o que significa que ela não apresenta lastro empírico. Em verdade, a questão é mais complexa, como mostra o debate entre os defensores da teoria da última palavra do Legislativo, os partidários da teoria da última palavra do Judiciário e os subscritores das teorias do diálogo interinstitucional. Ora, se a premissa empírica de Posner estivesse correta, o debate sobre as mencionadas teorias não faria sentido, por exemplo, em um país como o Brasil, no qual o desenho institucional viabiliza que o Legislativo, com certa facilidade, desafie o Judiciário mediante a criação de uma emenda constitucional²³.

A notoriedade do debate no Brasil encontra alternativas à polaridade Legislativo/Judiciário no modelo das teorias do diálogo. Ora, quando o Legislativo altera uma lei ou a própria constituição como forma de discordar da declaração de inconstitucionalidade tomada, em última instância, pelo Judiciário, ocorre, de certa forma, um diálogo interinstitucional, mesmo que este se apresente na forma de uma medição de forças, em um modelo adversarial. Nesse contexto, as teorias do diálogo defendem que os tribunais constitucionais podem assumir certos tipos de virtudes posturais ao enfrentarem problemas referentes ao equilíbrio de poder entre o Legislativo e o Judiciário. Tais virtudes podem ser classificadas como passivas ou ativas (MENDES, 2011, p. 108). Senão, vejamos.

No exercício das "virtudes passivas" (BICKEL, 1986, p. 112 e ss.), a corte assume atitudes parcimoniosas, autocontidas e, como quer Sunstein (1995), minimalistas – tanto em relação à extensão da decisão quanto à profundidade de sua

²³ Exemplo recente é o da Emenda Constitucional n. 96, a qual foi criada pelo Legislativo para tornar lícita a "vaquejada", prática que tinha sido qualificada como ilícita pelo STF em decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4983, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, publicada em out. 2016).

fundamentação – o que significa que a atividade decisória envolve juízos políticos prudenciais, ou seja, que, sem estarem ligados a um impulso, a um partidário ou a uma ideologia, viabilizem mudanças graduais e estáveis mediante uma acomodação entre razões de “princípio” e questões de conveniência e oportunidade (MENDES, 2011, p. 108 e ss.). Em contraposição a essas “técnicas de não decidir” mais do que o que se considere necessário em determinado momento – as quais permitem ao Judiciário deixar de impor, de modo drástico, regras rígidas contra práticas enraizadas até que as pequenas novidades introduzidas lentamente sejam testadas na experiência o suficiente para que o debate sobre as matérias correlatas amadureça o suficiente nos âmbitos legislativo e social – temos as virtudes ativas, assumidas pelas cortes quando se dispõem a atuar como líderes no contexto do debate interinstitucional, seja por meio do aconselhamento ao Legislativo, seja mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade^{24 25}. Por meio da adoção de uma postura da corte como conselheira, os juízes, para evitar os riscos de decisões amplas e interventivas, podem tomar decisões estreitas e adicionar conselhos de maior amplitude para o Legislativo ou Executivo nos *obiter dicta* (MENDES, 2011, p. 126)²⁶. Por sua vez, o uso da máxima da proporcionalidade pode constituir um código comum ao Judiciário e ao Legislativo, de modo a viabilizar uma comunicação interinstitucional que, a despeito de ser conduzida estritamente pelos tribunais, permitiria que os órgãos parlamentares os desafiassem nos moldes do jogo de linguagem do direito (MENDES, 2011, p. 129)²⁷.

²⁴ “Eu proponho tentar revelar de modo ilustrativo alguns dos mecanismos de decidir não decidir” (BICKEL, 1986 p. 133 – tradução nossa).

²⁵ Sunstein (1995) defende que o Judiciário, na maioria das vezes, deve praticar o minimalismo tanto quanto à extensão do que deve ser decidido como em relação à assunção de compromissos, para fins de fundamentação decisórias, com teorias mais abstratas e profundas. Em outras palavras, os juízes não deveriam oferecer maiores explicações do que as estritamente necessárias para decidir um caso. Com decisões estreitas e rasas, o Judiciário evitaria a realização de amplas reformas sociais – matéria em relação à qual não tem expertise – e colaboraria para uma boa convivência entre pessoas com concepções de mundo diferentes, visto que seria possível que elas convergissem sobre resultados particulares mesmo que divergissem a respeito de princípios abstratos (SUNSTEIN, 1995, p. 1752).

²⁶ Como exemplo de defensor do caráter virtuoso do papel de aconselhamento das cortes, ver Katyal (1997).

²⁷ Conrado Mendes (2011, p. 127 e ss.) ressalva que não é comum que a técnica da proporcionalidade seja abordada no contexto das teorizações sobre o diálogo interinstitucional, visto que, por dar grande margem de atuação ao Judiciário, muitos a consideram um instrumento de supremacia judicial. É o caso do próprio Posner (2008, p. 355 e ss.), que menciona a proporcionalidade como um “standard” frequentemente utilizado por tribunais estrangeiros e pelo Juiz Breyer, qualificado pelo autor como o mais cosmopolita dos membros da Suprema Corte. Nesse contexto, Posner critica Beatty (2004), autor que, para sustentar sua tese sobre a viabilidade do uso da proporcionalidade como linguagem jurídica comum a diversas ordens jurídicas, registra a existência de menções a tal “standard” em decisões de tribunais constitucionais de 15 países, de 2 Tribunais Europeus e de 1 Tribunal das Nações Unidas.

Diante do exposto, o manejo das virtudes passivas e ativas permitiria ao Judiciário encontrar um equilíbrio entre os extremos da deferência ao Legislativo – que, em alguma medida, Posner parece defender precisar ser maior do que o que vem ocorrendo nos Estados Unidos – e da supremacia judicial. Nesse sentido, se o que Posner defende não é a última palavra do Legislativo, mas apenas uma postura de autocontenção, os riscos de utilização intervencionista da proporcionalidade denunciados por ele podem ser neutralizados por uma combinação prudente entre essa estratégia e o exercício das virtudes passivas – ainda que, como o próprio autor afirma, fique óbvio que, no tipo de “diálogo socrático” proposto por Bickel, o Judiciário assume o papel de professor, enquanto o povo e os seus representantes eleitos figuram como discípulos^{28 29}. Desse modo, no caso de introdução de uma novidade interpretada baseada em direito estrangeiro, o tribunal poderia, à la Bickel, fazer sinalizações a tal respeito no âmbito de “obiter dicta”, de modo que a sociedade e o Legislativo (por meio da criação de uma nova lei sobre o tema jurídico em questão)

Segundo Posner (2008, p. 357), a proporcionalidade não pode ser considerada a norma jurídica em torno da qual a comunidade judiciária global convergiu, até mesmo porque a amostra apresentada por seu opositor não é representativa, notadamente pelo fato de que 11 dos 15 países presentes nos registros de Beatty são historicamente vinculados à Grã-Bretanha.

²⁸ "A separação entre virtudes passivas e ativas pode ecoar outra dicotomia parecida do direito constitucional, entre autocontenção e ativismo. A primeira, porém, está no contexto do diálogo. A segunda no contexto da supremacia judicial" (MENDES, 2011, p. 129).

²⁹ "[...] Bickel percebeu que a Suprema Corte precisaria se movimentar com cuidado ao se impor à nação porque outras instituições a confrontariam. Para Bickel e seu avatar judicial, Guido Calabresi, a Suprema Corte não é (totalmente) política (é 'baseada em princípios'), mas está envolvida em uma acirrada competição política com as instituições eletivas. Há um tom de condescendência no "Prefácio" de Bickel: a Corte tem uma 'função educativa', a qual é cumprida por meio do 'engajamento em um diálogo socrático com outras instituições e com a sociedade como um todo no que concerne à necessidade de dado(a) compromisso ou medida'. É patente nesta abordagem quem é Sócrates e quem são os seus discípulos; quem é o professor de direito e quem são os estudantes. [...] há muitas referências de admiração ao juiz Frankfurter, o único professor da Suprema Corte à época (Bickel foi assessor de Frankfurter). [...]. Bickel [...] queria tornar os Estados Unidos mais civilizados [...] mas percebeu que a Corte, por ter poderes limitados, alcançaria tal objetivo apenas se fosse politicamente hábil. Isso exigiria que a Corte evitasse atribuir uma chancela de constitucionalidade à legislação 'ruim' que ainda não ousasse condenar [...] e engajassem os legisladores em um diálogo 'coercivo'. [...]. A legislação ruim deveria ser invalidada com base em fundamentos pouco abrangentes que dessem aos estados a ilusão de que se eles articulassem melhor as questões concernentes ao que está por trás da legislação ou, ao menos, expressassem seu desejo de modo mais veemente, a legislação poderia sobreviver. Porém, uma corte bickeliana teria a esperança de que seu tutorial abrisse os olhos dos legisladores ou de que os esforços para uma reedição da lei fracassariam por conta das dificuldades intrínsecas à aprovação de leis. [...]. A escola da vanguarda moral da teoria constitucional [...] de Bickel (que efetivamente se referiu, em tom de aprovação, à 'função da Corte de definir os objetivos morais do governo'), ainda que use todos os truques da linguagem jurídica para materializar sua vontade, concebe a Suprema Corte, implicitamente, como um corpo legislativo livre, por não estar vinculado a compromissos partidários, para pregar [...] para a multidão. Contudo, sendo mais iluminada do que os 'verdadeiros' legisladores, a Corte precisa trazer os agentes públicos eleitos e a opinião pública para o seu lado mediante manobras sutis. [...]. A Corte é uma professora de uma turma composta por alunos que aprendem devagar: as pessoas e seus representantes eleitos. [...]. A vanguarda moral tem que suspender a sua marcha se ninguém a está seguindo." (POSNER, 2008, p. 307-10 – tradução nossa).

tivessem tempo para se adaptar e reagir à pretensão judiciária de aplicar, em casos posteriores, um novo entendimento sobre dada matéria. Por sua vez, à la Sunstein e sua postura minimalista, seria viável que esse tipo de sinalização fosse realizado sem que se adentrassem níveis controversos de justificação, como o da utilização expressa dos precedentes estrangeiros como fontes do direito, o que permitiria que, como Posner deseja, o argumento colhido de decisões estrangeiras fosse avaliado pelo seu mérito, e não pelo seu "pedigree".

2.6 “Tribunais estrangeiros não têm legitimidade democrática dentro dos Estados Unidos”

Posner (2008, p. 352) sustenta que decisões de juízes de países democráticos ou de Tribunais internacionais estariam fora da órbita democrática dos Estados Unidos. Os fatos de a maioria dos juízes estaduais serem eleitos democraticamente e de os juízes federais serem nomeados pelo Presidente e pelos membros do Senado trariam legitimidade democrática, justamente aquilo que juízes de países estrangeiros não têm dentro dos Estados Unidos (POSNER, 2008, p. 352).

Um único contra-argumento parece-nos suficiente para neutralizar o entendimento de Posner, como veremos a seguir.

Posner, ao classificar os tipos de citação de decisões judiciais estrangeiras, afirma que elas podem figurar na fundamentação de julgados por serem vistas como fontes autorizadas em sentido forte (“controlling authority”), por serem compreendidas como fontes autorizadas em sentido fraco (“not controlling authority”) ou pelo mero fato de, independentemente de seu “pedigree”, apresentarem razões materiais persuasivas em suas fundamentações³⁰. Esta terceira modalidade de citação,

³⁰ A distinção entre “controlling authority” e “not controlling authority” é realizada pelo autor no seguinte excerto: “Precisamos distinguir [...] entre uma fonte autorizada vinculante (“controlling authority”) e uma fonte autorizada que não é vinculante (“not controlling authority”). Uma decisão de um tribunal superior no mesmo sistema judicial e, dependendo da doutrina de precedentes específica assumida por um tribunal, uma decisão anterior dele próprio devem ser seguidas independentemente de os seus membros a considerarem sólida. Ninguém supõe que decisões estrangeiras devam ter esse tipo de autoridade. Contudo, um tribunal, frequentemente, citará uma decisão que, por ter sido proferida por um tribunal de jurisdição diferente (pode ser a corte suprema de outro estado-membro ou de outro tribunal federal de apelação), carece de autoridade em sentido forte, mas será reconhecida pelo tribunal que a cita como dotada de algum peso em virtude de ter sido concebida por um tribunal irmão que, presumivelmente, tem valores, tradições e perspectivas similares. A despeito da persuasividade intrínseca à decisão, o mero fato de ser uma decisão de um tribunal desse tipo já lhe confere certo peso. Se vários tribunais irmãos convergiram a respeito de uma regra ou teoria específica, esta convergência impulsionará qualquer tribunal que se depare com a matéria pela primeira vez a adotar a

segundo o autor, equipara-se à citação de obras doutrinárias, as quais, para utilizarmos a terminologia de Peczenik (2008), podem ser compreendidas como “may-sources”, ou seja, materiais de uso permitido, mas desprovidos de vinculação³¹. Ora, mesmo não falando em “authority”, e sim em “information sources”, Posner (2004, p. 2) não deixa, ainda que sem perceber, de atribuir certo traço de autoridade formal às decisões estrangeiras, visto não chegar a sugerir que as razões materiais nelas presentes devam ser mencionadas sem que exista qualquer referência expressa aos julgados. Nesse contexto, ainda com Peczenik, podemos equiparar o que Posner chama de “controlling authority” à categoria de “must-sources” – fontes do direito vinculantes em sentido forte – bem como aquilo que o estudioso estadunidense qualifica como “not controlling authority” às “should-sources” – fontes do direito orientadoras, ou seja, vinculantes em sentido fraco³². De tal maneira, podemos afirmar que o incômodo de Posner se refere à citação de precedentes estrangeiros como se eles fossem “should-sources”, visto admitir apenas que eles sejam entendidos como

mesma posição, salvo se ele tiver fortes sentimentos em sentido contrário.” (POSNER, 2008, p. 349 – tradução nossa).

³¹ “Em um ou outro caso – o da fonte autorizada vinculante (“controlling authority”) e o da fonte autorizada não vinculante (“not controlling authority”) – o julgado é citado pelo fato de o tribunal o ter decidido de uma ou de outra forma, independentemente de quão persuasivo sua fundamentação tenha sido. Ele é citado por ser um precedente. É bastante diferente citar uma decisão de uma corte estrangeira ou internacional não como um precedente, mas meramente por ela conter uma fundamentação persuasiva (uma citação a uma fonte de informação), assim como se pode citar um livro ou artigo doutrinário por ele ser persuasivo, e não por se considerar que tem alguma força como precedente ou fonte autorizada.” (POSNER, 2004, p. 2).

³² Peczenik (2008, p. 262-3 – tradução nossa) sintetiza sua classificação das fontes no seguinte excerto: “Algumas fontes do direito, mesmo não sendo vinculantes, têm uma autoridade específica, não muito menor do que a das leis. Elas orientam a prática jurídica. Precedentes, trabalhos preparatórios legislativos e algumas outras fontes cumprem exatamente esse papel na Suécia. [...]. Certamente, pode-se imaginar um sistema jurídico em que apenas duas categorias de fontes do direito existem, e. g., leis vinculantes e materiais de uso permitido. Esta categoria englobaria, entre outras coisas, os precedentes e a doutrina. Contudo, existem muitas razões para que se faça mais uma distinção entre as fontes do direito. É, exemplificativamente, bastante razoável que se atribua os precedentes e uma autoridade superior à das obras doutrinárias. Consequentemente, são necessárias, ao menos, três tipos de fontes do direito: as vinculantes, as orientadoras e as de uso permitido. [...]. 1. As ‘must-sources’ são mais importantes do que as ‘should-sources’, que, por sua vez, são mais importantes do que as ‘may-sources’. Uma maneira de tornar precisa esta hierarquia de relevância é a seguinte: a. As fontes mais importantes são razões mais fontes do que as menos importantes. b. Razões fortes o suficiente para justificarem a desconsideração de uma razão menos importante podem ser mais fracas do que aquelas exigidas para justificar a desconsideração de uma razão mais importante. c. Se uma razão mais importante é incompatível com uma menos importante – exemplificativamente, se uma lei é incompatível com uma perspectiva expressa nos trabalhos preparatórios legislativos – aquela tem uma prioridade ‘prima facie’. Deve-se [ought], pois, aplicar a fonte mais importante, não a menos importante, a menos que razões suficientemente fortes sustentem a conclusão oposta. d. Muitas razões fracas cumuladas frequentemente têm prioridade sobre uma quantidade menor de razões fortes. e. Quem deseja reverter a ordem de prioridade tem que se desincumbir do ônus de fundamentar tal raciocínio. 2. [...] os tribunais têm um dever em sentido forte de aplicar as ‘must-sources’ e um dever em sentido fraco de aplicar as ‘should-sources’.”

“may-sources”, o que fica explícito quando ele afirma não ter resistência ao produtivo aproveitamento das experiências jurídicas de outros Estados como resultados produzidos em “laboratórios sociais”, mas apenas ao reconhecimento de precedentes estrangeiros como “not controlling authority” (POSNER, 2008, p. 353).

De certo modo, é compreensível que Posner, ao recusar a utilização das decisões estrangeiras como “should-sources”, pretenda proteger a tradição jurídica estadunidense da moda decisionista vigente em diversos outros tribunais do mundo – a exemplo da supracitada Suprema Corte de Israel, liderada pelo ministro Barak. Contudo, o autor parece reconhecer que o pragmatismo judicial, a despeito de conservar certo espaço para juízos discricionários, não precisa e não deve abraçar um solipsismo radical. Para tanto, como ele nota, é necessário que as decisões sejam contextualizadas nas tradições jurídico-políticas em que sejam tomadas, as quais, obviamente, são mutáveis e demandam respostas diferentes de acordo com o momento histórico de seu proferimento. Nesse sentido, o autor não incorre no equívoco de negligenciar o potencial do aprendizado com outras tradições jurídicas no que concerne à mera qualidade persuasiva de suas razões materiais, e sim no erro de não perceber que o reconhecimento de dados tipos de fontes do direito por uma comunidade jurídica também é um fenômeno histórico-cultural e, portanto, pode sofrer modificações³³. Senão, vejamos.

Assim como, segundo a figura de Savigny (1946, p. 47 e ss.), uma língua evolui na história independentemente das regras postas pela gramática oficial, as regras do jogo de linguagem do direito podem ser alteradas se ocorrer a institucionalização de uma inovação em sua prática. Em outras palavras, as decisões estrangeiras, tradicionalmente compreendidas nos Estados Unidos como “may-sources”, têm paulatinamente se transformado, nos moldes da tendência transconstitucionalista

³³ A tal respeito, vejamos as seguintes palavras do autor, as quais explicitam o seu reconhecimento da relevância conteudística (“razões materiais”) – sem caráter de “pedigree” – dos fundamentos oriundos de precedentes estrangeiros: “Não era irrelevante, de um ponto de vista pragmático, para o resultado de *Brown v. Board of Education*, que a segregação racial oficial tivesse sido abolida fora do Sul e apresentasse uma perturbadora semelhança com as leis raciais nazistas [...]. Se eu estivesse escrevendo um voto que invalidasse a sentença em meu caso hipotético sobre a maconha, eu daria uma olhada nas punições para esta conduta em outros estados e países, como Inglaterra e França, que nós consideramos, em algum sentido, nossos pares. Se se pudesse afirmar a contrariedade de uma lei com a opinião pública mundial, eu consideraria isso uma razão não vinculante, tampouco desprezível, para considerar uma lei estatal inconstitucional, mesmo se o texto da constituição tivesse que ser um pouco estendido para englobá-la. O estudo [...] da opinião pública mundial cristalizada no direito e nas práticas estrangeiras é uma investigação mais lucrativa do que tentar encontrar alguma evidência oitocentista do que, talvez, os constituintes quisessem que os tribunais garantissem [...]” (POSNER, 1996, p. 13-4 – tradução nossa).

contemporânea, em "should-sources", algo que ocorre mediante a efetiva introdução de novas regras no jogo de linguagem jurídico. Ora, entendidas as fontes do direito como elementos efetivamente tomados em consideração pelos juristas, as normas sobre fontes ("source-norms") perpetuam-se no discurso de uma dada comunidade jurídica até que sejam empiricamente substituídas por outras, o que pressupõe o exercício de uma espécie de criatividade orientada por regras³⁴. Em outras palavras, as convenções (regras) presentes em uma tradição modificam-se justamente por atos de "vontade criativa", os quais, quando reproduzidos, resultam na institucionalização de uma modificação "por dentro" nas regras de comunicação do jogo de linguagem respectivo (NIMIS, 1986, p. 5; 8). É exatamente o que tem ocorrido: cada citação de decisão estrangeira com pretensão de ser assumida como "should-source" e cada correlata aceitação dessa pretensão pela comunidade jurídica constituem uma reprodução do primeiro impulso nesse sentido e contribuem para a institucionalização desse novo tipo de "not controlling authority" na comunidade jurídica estadunidense. Posner, nesse contexto, cumpre o papel de denunciar a modificação da tradição e tentar conter a pretensão de institucionalização da "vontade criativa" originária, o que, contudo, dado o cenário contemporâneo de comunicação em escala global, não tem sido suficiente para evitar a estabilização da nova tendência transconstitucionalista.

Diante do exposto, o fato de os juízes estadunidenses possuírem legitimidade democrática é mais um argumento a favor da liberdade para atribuírem ou não caráter de "should-source" às decisões estrangeiras ou internacionais no processo de tradução ("re-entry") de um "hunch" decisório para o jogo de linguagem típico do sistema jurídico e de seus programas normativos. Ora, são os próprios magistrados do Estados Unidos que, por meio de sua prática criativa, estão a modificar a lista de "source-norms" de sua comunidade jurídica e, conseqüentemente, o status das decisões estrangeiras como fontes do direito estadunidense³⁵.

³⁴ "Pode-se discutir se uma dada norma sobre as fontes do direito ("source-norm") existe empiricamente ou não. [...] pode-se elaborar uma hipótese relativamente coerente sobre seu conteúdo. A hipótese deve ser testada mediante estudos sobre o raciocínio jurídico – exemplificativamente, o estudo de argumentos encontrados na fundamentação de decisões judiciais. Pode-se aceitar a hipótese até que tais estudos mostrem que as autoridades, os juízes e outros juristas não seguem as normas sobre as fontes ("source-norms"). Stig Strömholm sustenta que elas são uma fonte do direito de segunda ordem [...]. [...] ele define as fontes do direito como 'fatores' aos quais os juristas efetivamente prestam atenção. Ele, então, sustenta que eles efetivamente prestam atenção a (a) leis, precedentes, etc. e (b) normas de acordo com as quais eles devem prestar atenção a leis, precedentes, etc." (PECZENIK, 2008, p. 265 – tradução nossa).

³⁵ Não à toa, Peczenik (2008, p. 265-6) não apenas qualifica as "source-norms" como um direito costumeiro de segunda ordem, mas também explica que elas podem ser modificadas por fontes do

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, após avaliar as objeções apresentadas por Posner à postura de cosmopolitismo judicial assumida por alguns membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, obteve como resultado a ser destacado a percepção de que a crítica do autor diz respeito à qualificação das decisões estrangeiras, no contexto de justificação das decisões dos tribunais estadunidenses, como "should-sources", mas não como "may-sources". Esta premissa facilitou a confirmação da hipótese de trabalho assumida no início do escrito, segundo a qual as objeções de Posner à postura de cosmopolitismo judicial não se sustentam no cenário contemporâneo de inevitável comunicação entre ordens jurídicas envolvidas em controvérsias constitucionais similares.

Conclui-se que a tentativa de obstruir a troca de experiências entre cortes constitucionais é um esforço inútil contra os fatos da dinâmica social contemporânea, dado que a quantidade de pontos de contatos entre ordens jurídicas diversas integrantes do sistema jurídico mundial já é alta e tende a aumentar. O resultado dessa troca de experiências já faz parte da pré-compreensão dos magistrados, motivo pelo qual seria mais produtivo que Posner, no contexto de sua relevante preocupação com eventuais usos oportunistas e retóricos de decisões judiciais estrangeiras como "should-sources, formulasse uma proposta de abordagem adequada ao novo panorama das fontes do direito estadunidense. Nesse sentido, o autor equivoca-se ao não perceber que a abertura cognitiva típica de um modelo de articulação dialógico-transconstitucional não necessariamente produz resultados progressistas e/ou intervencionistas. Ora, juízes prudentes e reflexivos podem citar decisões estrangeiras mesmo contra suas próprias opiniões pessoais e ideologias, bem como manejar de modo equilibrado as virtudes ativas e passivas ao decidirem sobre controvérsias constitucionais comuns a outros países.

Diante do exposto, defendemos que o contato com os pontos de vista de outras ordens constitucionais integrantes do sistema jurídico mundial pode provocar uma

direito de primeira ordem. Em suas palavras, "'source-norms' podem ser alteradas mediante uma modificação de uma lei. Uma lei pode, por exemplo, proibir os tribunais de citarem precedentes. A modificação de 'source-norms' também pode resultar de alterações em outras fontes do direito, como precedentes, trabalhos preparatórios, etc." (PECZENIK, 2008, p. 366 – tradução nossa). Exemplificativamente, a força vinculante dos precedentes na ordem jurídica brasileira foi incrementada pelo Código de Processo Civil de 2015 (a tal respeito, ver, especialmente, os arts. 927 e 489, par. 1º, VI).

reflexão mais apurada por parte dos juízes sobre seus pré-conceitos e, conseqüentemente, reduzir eventuais impulsos solipsistas. O caráter heterárquico da relação entre as ordens jurídicas, portanto, pode configurar um estímulo à autocontenção judicial, entendida esta como uma alternativa intermediária em relação aos extremos da deferência do Judiciário perante o Legislativo e do intervencionismo daquele poder em relação às matérias de competência deste. Há, pois, bastante espaço para uma reflexividade reveladora de pontos cegos no intervalo entre a busca radical por uma convergência internacional cosmopolita denunciada por Posner e o provincianismo temperado que ele aparenta propor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven e Londres: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo, 1995.

EEMEREN, Frans H. Van and GROOTENDORST, Rob. **A systematic theory of argumentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1964.

HUTCHESON, Joseph. "Judgement intuitive: the function of the hunch in judicial decision".

Cornell Law Review, Vol. 14, Issue 3, April 1929.

JACKSON, Vicki C. "Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement". *In: Harvard Law Review*, v. 119, 2005, p. 109-28.

_____. "Yes Please, I'd love to talk with you". *In: Legal Affairs Magazine*, July, 2004.

KATYAL, Neal Kumar. "Judges as advicegivers". **Stanford Law Review**, vol. 50, 1998, p. 1709-1824

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian,

2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos**: as aporias vinculação/discricionabilidade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autopoiese e desconstrução. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NIMIS, Steve. "The language of Achilles: construction vs. representation". In: **Classical World**, vol. 79, n.4, 1986, p. 215 e ss.

O'NEILL, Onora. **Towards justice and virtue**: a constructive account of practical reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Dordrecht: Springer, 2008.

POSNER, Richard A. "Foreword". **Harvard Law Review**, V. 119, 2005, p. 32-102.

_____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. "Pragmatic adjudication". **Cardozo Law Review**, V. 18, 1996, p. 1-20.

_____. "No thanks, we already have our own laws". In: **Legal Affairs Magazine**, July, 2004.

REICHENBACH, Hans. **Experience and Prediction**: An analysis of the foundations and the structure of knowledge. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SCHIEMANN, Konrad. "A response to the judge as comparatist". **Tulane Law Review**, V. 80, p. 281-96

SUNSTEIN, Cass. **Incompletely theorized agreements**. In: **Harvard Law Review**, V. 108, p. 1733-1772, 1995.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

_____. **Justiça autosubversiva**: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, 2011.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Nova Cultural: São Paulo, 1999.

Recebido em 05/11/2018

Aprovado em 18/02/2019

Received in 05/11/2018

Approved in 18/02/2019