

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E INTERAÇÕES TRANSNACIONAIS II: RACIONALIDADE, ARTICULAÇÃO ADEQUADA E LIMITES¹

JUDICIAL REVIEW AND TRANSNATIONAL INTERACTIONS II: RATIONALITY, PROPER ENGAGEMENT AND LIMITS

Vitor Soliano²

Resumo: O trabalho se insere na ampla discussão sobre as consequências do processo de transnacionalização para o direito constitucional. Como recorte temático, foca-se no estudo das consultas e referências, realizadas por juízes e tribunais vinculados a uma determinada ordem jurídica, a decisões sobre matéria constitucional tomadas por juízes e tribunais de outras ordens jurídicas. O objetivo central é examinar e apresentar um modelo de racionalidade, as formas de articulação adequada e os limites do referido fenômeno, assumindo a fenomenologia hermenêutica como marco teórico. Defende o modelo hermenêutico heterorreflexivo como adequado para este desiderato, aponta para a doutrina e a jurisprudência como mecanismos sistêmicos de articulação adequada e sugere limites para o expediente das interações judiciais transnacionais. Conclui que o fenômeno pode ser positivo para o desenvolvimento de um constitucionalismo para além do Estado, respeitadas as condições e limites epistemológicos.

Palavras-Chave: Jurisdição constitucional; Transnacionalização; Hermenêutica; Identidade. Alteridade.

Abstract: The essay is part of the extensive discussion of the consequences of transnationalization process to constitutional law. As a thematic focus, it focuses on the study of consultations and referrals, carried out by judges and courts linked to a particular law order, decisions on constitutional matters taken by judges and courts of other jurisdictions. The main objective is to examine and present a model of rationality, the forms of proper articulation and the limits of that phenomenon, taking the hermeneutic phenomenology as a theoretical framework. Defends the heteroreflexivityhermeneutic model as suitable for this goal, points to the doctrine and jurisprudence as systemic mechanisms of proper articulation and suggests limits to transnational judicial interactions. It concludes that the phenomenon can be positive for the development of constitutionalism beyond the state, subject to the conditions and epistemological limits.

Keywords: Judicial review; Transnationalization; Hermeneutics; Identity; Otherness.

1. Introdução

¹ Artigo recebido em 3 de setembro de 2016 e aprovado em 24 de setembro de 2016.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pelo JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador. Professor e pesquisador da Universidade Salvador (UNIFACS). Advogado.

Os processos de transnacionalização³ afetam sobremaneira o direito, de forma geral, e o direito constitucional, de forma específica. Hoje são recorrentes os trabalhos científicos que advogam pela necessidade de revisitação conceitual do direito tendo em vista que resta evidente o fato de que o fenômeno jurídico não conhece mais delimitações territoriais (Cf. ROCHA, 2013, p. 42; CAMPILONGO, 2011, p. 140; CARNEIRO, 2011b, p. 146), ainda que o direito estatal mantenha uma importância fundamental.

Ao mesmo tempo em que o mundo e o direito se transnacionalizaram, mais Estados se tornaram constitucionais. A segunda metade do século XX foi palco de uma revitalização e de uma expansão do constitucionalismo ao redor do mundo (Cf. ACKERMAN, 1996, p. 1-14; TUSHNET, 2008, p. 1-23; KRISCH, 2012). O constitucionalismo contemporâneo fortalece a normatividade da constituição, deontologiza os princípios constitucionais, fortalece o controle de constitucionalidade e reafirma a importância do Poder Judiciário na preservação da constituição. Diversos Estados do mundo ocidental promulgam novas constituições ou reformulam substancialmente as antigas, adequando-se a esta nova fase do constitucionalismo. Ao mesmo tempo, embalado pelo ideário constitucional, o direito internacional público se altera, fazendo surgir um novo ramo: o direito internacional dos direitos humanos. Ambos os movimentos demonstram o compartilhamento de tradições e referenciais sistêmicos entre diversos Estados e organizações supraestatais ao redor do mundo.

Atrelada a esta resignificação e expansão global, é possível constatar o surgimento de um fenômeno que se pode chamar de constitucionalismo transnacional (Cf. TEIXEIRA, 2012, p. 9-31; PETERS, 2009, p. 397-411; TEUBNER, 2012; CANOTILHO, 2008). Defende-se que esta nova fase do constitucionalismo se desenvolva de forma fluída, descentralizada, a partir de uma rede de instituições criadas para a preservação do núcleo do constitucionalismo moderno. Dentro desta rede estão os diversos textos constitucionais estatais, os tratados e convenções sobre direitos humanos e os diversos juízes, tribunais e cortes responsáveis por zelar por estes instrumentos. Este “novo” constitucionalismo se desenvolve sem a necessidade de uma constituição global, prescindindo de um Estado

³ Para evitar tendência à ideologização e à caracterização da globalização como globalização econômica, este estudo deixa de usar esta expressão. O processo que se vive hoje tem outras faces e acarreta consequências que não tem relação imediata com a economia global, ainda que esta seja a mais visível. Com base em NEVES, 2010, p. 10, se recorrerá à ideia de transnacionalidade e transnacionalização. Ambas derivam da palavra “transnacional”. Todas as expressões são entendidas, aqui, em sentido amplo, ou seja, referem-se a processos que ocorrem para além do Estado nacional, mas também com e nele. No caso do direito, por exemplo, “problemas jurídicos transnacionais” são aqueles que surgem a partir de relações entre ordens jurídicas estatais, internacionais, suprarregionais etc. Portanto, quando se fala em processo de transnacionalização quer-se referir a qualquer tipo de processo que acarrete problemas que transcendem as limitações territoriais do Estado nacional.

mundial e sem pretender se substituir ao constitucionalismo estatal. Rompe, portanto, com o trinômio que fundou o constitucionalismo moderno (constitucionalismo-Constituição estatal-Estado nacional). Ele funciona, portanto, como um mecanismo reflexivo e retroalimentador do constitucionalismo estatal.

Uma das manifestações mais evidentes da emergência de um constitucionalismo transnacional é a consulta e referência, realizadas por juízes e tribunais vinculados a uma determinada ordem jurídica, a decisões sobre matéria constitucional tomadas por juízes e tribunais ligados a outras ordens jurídicas, fenômeno que, na presente investigação, opta-se por chamar de interações judiciais transnacionais.

Referido fenômeno não é apenas uma hipótese ou sugestão acadêmica. Ao contrário, é um expediente que já é empiricamente observado em vários sistemas jurídicos ao redor do mundo⁴ e já vem sendo examinado por autores nacionais e estrangeiros (JACKSON, 2013; TAVARES, 2012; SUNSTEIN, 2011, p. 187-209; NEVES, 2009; WALDRON, 2005, p. 129-147).

Situando-se entre posturas ou modelos de afirmação absoluta da identidade (repulsa, resistência, indiferença, irrelevância) e posturas ou modelos de entrega total ao transnacional (submissão, reverência, convergência, harmonização), as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional devem funcionar a partir de modelos ou posturas de articulação, engajamento, entrelaçamento, interlocução ou diálogo. Através delas, os precedentes transnacionais não são ignorados, mas também não são vistos como vinculantes. A estrutura que se desenvolve a partir destes contatos é horizontal, heterárquica. A abertura problemática à sabedoria prática acumulada em precedentes transnacionais, a partir das fundamentações (*ratio decidendi*) destas decisões, possibilita a reflexão, a revisitação de sentidos e à expansão de horizontes compreensivos sobre a própria ordem que se abre. As interações permitem o desvelamento de sentidos e possibilidades decisórias ainda não enxergadas. Por elas, o raciocínio e a argumentação dos julgadores também são aprimorados, passando eles a ter que enfrentar questões que ainda não haviam sido levantadas, ou tendo que enfrentá-las a partir de

⁴ Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. HC nº 82424/RS, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento: 17/09/2003; DJ 19/03/2004; ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento 02/05/2007, DJ 26/10/2007; ADI nº 3.999/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE 17.04.09; RE nº 349703/RS, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 03/12/2008, DJ de 05/06/2009; RE nº 466343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 03/12/2008, DJ de 05/06/2009; ADPF nº 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, DJ de 06/11/2009; ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 29/04/2010, DJ de 06/08/2010; ADPF nº 132/RJ, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011 e ADI nº 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011, DJ de 14/10/2011; MC-ADPF 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/09/2015, DJ de 19/02/2016. Outros exemplos na jurisprudência nacional são analisados em SILVA, 2013. Os exemplos na jurisprudência estrangeira são inúmeros. Cf. NEVES, 2009 e JACKSON, 2013.

novos pontos de observação. A rearticulação e reconstrução de sentidos sedimentados através do contato com o outro (alteridade) em nível reflexivo amplia possibilidades sem a destruição da identidade. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, feitas adequadamente, nem legitimam a adoção um isolacionismo provinciano inadequado à complexidade da sociedade em progressiva transnacionalização e que ignora a existência de uma tradição compartilhada, nem recai em um universalismo autoritário ou em um cosmopolitismo ingênuo, capaz de promover a desintegração de identidades normativas e culturais.

As interações judiciais transnacionais ocorrem, portanto, na tênue tensão existente entre a afirmação absoluta da identidade (defendida pelas posturas de resistência, repulsa ou indiferença), e a abertura total à alteridade (defendida pelas posturas de submissão, convergência ou harmonização). Um modelo de diálogo, articulação, engajamento, interlocução ou entrelaçamento precisa contar com um aparato teórico que aponte para a resolução desta tensão, ciente de que ela só poderá ser resolvida casuisticamente, nunca de forma definitiva. A decisão judicial, construída a partir das interações, sempre correrá o risco de tender mais para um lado (afirmação da identidade) ou para o outro (abertura à alteridade).

Por isso, pode-se dizer que existem ao menos duas exigências que devem ser feitas para a construção de um modelo consistente de interações judiciais transnacionais em matéria constitucional: um modelo de racionalidade, que dê conta, ao mesmo tempo, da existência de uma identidade atrelada a uma tradição, e da abertura reflexiva à outra identidade (alteridade); mecanismos sistêmicos e pragmáticos que apontem a forma adequada de articular a preservação da identidade, e a abertura para a alteridade. Evidentemente, estas duas exigências estão ligadas uma a outra.

O presente trabalho, tomando como paradigma de análise a fenomenologia hermenêutica e realizando ampla revisão bibliográfica, se divide em três partes. Em primeiro lugar, sugere um marco teórico-filosófico apto a fundamentar e dar racionalidade às interações transnacionais. Este marco deve ser buscado em concepções e paradigmas voltados, precipuamente, para a atuação judicial e compreensão/interpretação/aplicação do direito. Igualmente, precisa dar conta das exigências de funcionamento adequado das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Em seguida, apresenta quais mecanismos sistêmicos estão aptos a aprimorar a articulação da ordem jurídica que se abre com a ordem jurídica consultada através de decisões judiciais. Por fim, indica quais os limites e critérios que devem balizar o julgador no momento de buscar contribuições no cenário transnacional.

2. Hermenêutica e alteridade reflexiva: um modelo de racionalidade para as interações judiciais transnacionais

A pergunta pela fundamentação paradigmática e de operacionalização metodológica é corrente entre os autores que se debruçam sobre a questão das interações judiciais transnacionais (NEVES, 2009, p. 277 e TAVARES, 2012, p. 120). Conforme referido acima, o presente tópico visa apontar para um modelo paradigmático apto a lidar com – e fundamentar as – interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Opta-se por fazê-lo a partir das reflexões sobre a teoria hermenêutica contemporânea e seus mais recentes desenvolvimentos epistemológicos.

A compreensão contemporânea sobre a hermenêutica é caudatária das contribuições iniciadas por Martin Heidegger e levadas a cabo por Hans-Georg Gadamer. A partir delas, a hermenêutica deixa de ser uma técnica específica para a compreensão de textos ou para a operação geral das ciências humanas. Com esses autores, a hermenêutica e a interpretação passam a fazer parte da própria existência do ser humano. A própria filosofia se torna hermenêutica. A interpretação passa a ser, cada vez mais, “uma característica essencial de nossa presença no mundo” (GRONDIN, 2012, p. 33; SCHMIDT, 2012, p. 14). Luiz Rohden afirma ser possível, inclusive, falar em um *hermeneutic turn*: o questionamento metodológico e epistemológico é substituído pelo ontológico. A hermenêutica se volta para as condições de possibilidade qualquer compreensão, entendida agora como um modo de ser do ser humano e não algo derivado de um esforço lógico-matemático. A historicidade e o tempo assumem posição de destaque (ROHDEN, 2005, p. 65-75).

Como se deixará claro na sequência, é possível fundamentar e colocar em movimento as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional a partir da hermenêutica filosófica e seus desenvolvimentos reflexivos na medida em que ela, ao mesmo tempo em que compreende e explica os limites de qualquer decisão, aponta para a forma como ampliar os horizontes compreensivos a partir da alteridade.

Em primeiro lugar, o paradigma hermenêutico, embora supere a filosofia da consciência e sua confiança nas capacidades do sujeito, não abre mão deste. Ou seja, todo o aparato conceitual descoberto e desenvolvido pelo referido marco teórico, não pretende substituir as preocupações e prescrições envolvendo o sujeito. Ao contrário, a hermenêutica contemporânea demonstra cabalmente as limitações compreensivas que todo ser humano possui. Através da descrição de como se dá a compreensão (HEIDEGGER, 2005a, p. 200;

CARNEIRO, 2011a, p. 70), a hermenêutica filosófica adverte para as fraquezas dos métodos de interpretação e abre caminho para modelos reflexivos e não constitutivos de sentido (CARNEIRO, 2011^a, p. 64; GADAMER, 2012, p. 354-356). Para o direito e a teoria da decisão judicial, este paradigma passa a exigir um constante esforço autorreflexivo e uma vigilância constante para com as pré-compreensões que informam a construção do *decisum* (HEIDEGGER, 2005a, p. 204 e 210; CARNEIRO, 2011a, p. 88-89).

Em segundo lugar, a hermenêutica contemporânea se insere no que se convencionou chamar de giro linguístico⁵. A filosofia contemporânea sofreu uma grande alteração no século XX, passando, agora, a dedicar seus esforços e análises no fenômeno da linguagem. As filosofias heideggeriana e gadameriana se inserem neste giro. A primeira através da constatação da intrínseca relação entre ontologia e linguagem: a linguagem hermenêutica é a casa do ser, do sentido, enquanto a linguagem apofântica (fala, texto)⁶, é o local do ente. A segunda ao demonstrar que todo fenômeno compreensivo, e, portanto, hermenêutico, é um fenômeno linguisticamente articulado⁷.

Contudo, é preciso demonstrar como esse marco teórico responde às exigências de racionalidade feitas no início deste trabalho. Afirmou-se que um modelo de racionalidade, precisa dar conta, ao mesmo tempo, da existência de uma identidade atrelada a uma tradição, e da abertura reflexiva à outra identidade (alteridade). É possível dizer que a hermenêutica contemporânea satisfaz estas duas exigências.

Conforme referido, Gadamer, com esteio em Heidegger, demonstra que o processo compreensivo sempre se desenvolve a partir de uma estrutura prévia. Ou seja, todo processo compreensivo se inicia por uma série de preconceitos e pré-compreensões. Isto é inescapável e qualquer proposta epistemológica deve partir desta constatação. Dito isso, a hermenêutica filosófica reabilita o conceito de tradição (GADAMER, 2012, p. 368-378 e 385-397; GADAMER, 2006, p. 57-71) (menosprezada pelo Iluminismo, especialmente o francês) para afirmar que é nela que os preconceitos legítimos serão encontrados. O intérprete, desta forma, em um esforço reflexivo, deve identificar, na tradição sedimentada, os preconceitos e pré-

⁵Cf. OLIVEIRA, 2006, p. 11-14. O autor realiza, ao longo da obra, um amplo estudo sobre o fenômeno da linguagem na filosofia ocidental e demonstra como e através de quais autores esta “virada” ocorre.

⁶Cf. HEIDEGGER, 2005b, p. 38; CARNEIRO, 2011a, p. 76. Afirma KUSCH, 2003, p. 237: “O pronunciamento de Heidegger de que a linguagem é a morada do Ser expressa claramente sua crença na universalidade e na inacessibilidade da semântica. O Ser é a condição transcendental da possibilidade de haver entes para nós; mais precisamente, o Ser é a condição transcendental de possibilidade do descobrimento dos entes na e pela linguagem”

⁷Cf. GADAMER, 2012, p. 612; STRECK, 2011, p. 211-229; ROHDEN, 2005, p. 227: “*Medium*, para o que Gadamer se propõe, não deve ser compreendido como meio (*Mittel*) no sentido instrumental – no sentido de nomear, p. ex., para dominar – mas como meio (*Mitte*) no sentido de lugar, espaço, meio-ambiente, circunstância, centro, modo de algo ser e realizar-se”;

compreensões autênticas a partir das quais está autorizado a refletir. Ora, a tradição possui uma relação imediata com a identidade de um sistema. É justamente ao longo do tempo que as sedimentações de sentido responsáveis por forma uma identidade se dão. Assim, o julgador que se colocar em contato com decisões tomadas em outras instâncias no cenário transnacional já está, desde sempre, ligado a uma tradição, sendo-lhe vedado ignorá-la ou perpassá-la. Seu dever é justamente o oposto: identificar e articular esta tradição de forma adequada com a alteridade representada por precedentes transnacionais.

A valorização dada à tradição como mecanismo compreensivo também aponta para outra fundamentação das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Este tipo de expediente ocorre, principalmente, entre juízes e tribunais ligados à tradição do constitucionalismo moderno. Ou seja, a tradição legítima e autêntica que o constitucionalismo representa para o mundo ocidental é o elo responsável por conectar diferentes instâncias judiciais do cenário transnacional.

Por fim, a valorização da tradição também aponta para a necessidade de abertura à alteridade. O respeito à pluralidade, a democracia e a necessidade de diálogo e conversação, são sentidos sedimentados ao longo da tradição ocidental (CARNEIRO, 2011, p. 127). Esta tradição exige o respeito e a consideração para com o outro e sua identidade. Exige que se reconheça no debate democrático como mecanismo mais adequado para a solução de problemas. Exige a abertura à alteridade e ao diálogo. Exige que, por se partir do pressuposto das limitações ínsitas a qualquer projeto compreensivo, procure-se no outro algo que ainda não se viu.

A teoria da verdade (HEIDEGGER, 2005a, p. 280-300; HEIDEGGER, 2008, p. 71-87, 111-128 e 159-167; HEIDEGGER, 2012, p. 97-271), somada à concepção do processo interpretativo/reflexivo da hermenêutica contemporânea, também aponta para a fundamentação e, principalmente, para a operacionalização das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional.

A verdade, na concepção heideggeriana, assume uma estrutura similar à do ser. Ou seja, ela se apresenta como desvelamento diante da apresentação do *ente* (HEIDEGGER, 2005^a, 292)⁸. Todos já carregam consigo, devido à construção compartilhada do mundo de sentido, a verdade que se apresenta quando do contato com o ente. Segundo Heidegger, a

⁸Cf. CARNEIRO, 2011a, p. 121; KUSCH, 2003, p. 240: “Como a linguagem [hermenêutica] é um meio universal, no qual e pelo qual vivemos em um mundo descoberto, a verdade como correspondência com um referente não-linguístico deve precisa ser rejeitada. Em vez disso, a verdade é o processo de descobrimento do mundo. E precisamente porque este descobrimento é um processo, ele não pode ser pensado sem uma área do oculto em constante mudança – partes da qual poderiam estar descobertas para uma outra linguagem”.

condição historial do ser humano na atualidade aponta para a luta pela verdade e contra a não-verdade (HEIDEGGER, 2012, p. 196-197 e 223-231). Desta forma, trata-se de condição necessária ao ser humano a busca pelo desvelamento e contra a ocultação de sentidos. Favorecer o desvelamento exige a consciência das próprias limitações compreensivas, bem como o saber de que todo ente, ao se mostrar, se mostra em um mar de entes e seu contexto de manifestação nunca é plenamente compreendido. Atrelado a isto, favorecer o desvelamento implica a exposição ao ente a partir de diversas perspectivas para que ele se mostre de forma mais clara e contextualizada possível. A manifestação da *verdade*, do *ser*, do *sentido*, é aprimorada através desta ampliação de contatos (HEIDEGGER, 2005a, p. 296; CARNEIRO, 2011, p. 122-123).

É justamente esta a função das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional: a maximização do desvelamento a partir da maximização de perspectivas e contextos sobre o ente. As decisões judiciais tomadas em outras instâncias no cenário transnacional são construídas a partir da resolução de problemas concretos e da articulação de princípios, regras, procedimentos e argumentos. Este trajeto, demonstrado na fundamentação das decisões, representa a entificação de sentidos desvelados ao longo do processo compreensivo dos julgadores. Como ente que é, a decisão (principalmente sua fundamentação), ao ser enfrentada por outro julgador, possibilita o desvelamento de novos sentidos. É certo que o processo de entificação ocorrido durante a construção da fundamentação representa uma perda de sentido, uma vez que a linguagem apofântica nunca representa a totalidade da linguagem hermenêutica. É certo também que os desvelamentos possíveis através do contato com outras decisões já estão limitados pelo horizonte daquele que lê a decisão. Não obstante estas inevitáveis perdas e dificuldades, o contato com decisões sobre problemas similares, resolvidos por instâncias que compartilham uma mesma tradição constitucional, tem o potencial de virar e revirar o ente, clareando os outros entes que estão em seu entorno e colocando-o no seu contexto adequado. Assim, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional trabalham a favor do desvelamento e contra o ocultamento, ampliando as perspectivas compreensivas daquele que deve decidir no presente um problema similar àquele resolvido no passado por outro juiz ou tribunal no cenário transnacional. Sentidos até então obscurecidos pelas limitações inerentes a todo indivíduo são retirados do ocultamento.

Todo este processo ocorre no interior das revisitações dos projetos compreensivos do julgador. Como dito acima, a compreensão sempre antecipa a interpretação. Esta já é um esforço *reflexivo* frente àquilo que já foi compreendido (GADAMER, 2012, p. 474-478;

ROHDEN, 2005, p. 212-221). Assim, os processos de desvelamento de novos sentidos promovidos pelo contato com a alteridade (CARNEIRO, 2011a, p. 95) representada pelas decisões tomadas por outros julgadores, ocorrem como revisitação de projetos compreensivos. Eles se situam, em perspectiva gadameriana, no momento interpretativo (secundário, pois). O ponto central é que este procedimento não pretende saltar por cima das limitações do sujeito nem oferecer uma resposta racionalista, lógica e matematicamente correta, apenas uma resposta melhor dada as circunstâncias.

Outro contributo que a hermenêutica contemporânea traz para a compreensão das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional é a demonstração de qual deve ser o ponto de contato entre as ordens que interagem: o problema constitucional a ser resolvido. E faz isto de duas maneiras. Em primeiro lugar, a fenomenologia hermenêutica, iniciada por Heidegger e levada adiante por Gadamer, aponta para a busca das *coisas mesmas*, ou seja, do fenômeno mais originário do “objeto” de análise (HEIDEGGER, 2005a, p. 65-66). No direito a *coisa mesma* não é, ao menos a partir de uma preocupação voltada à decisão judicial, o texto jurídico (não obstante sua importância), mas o problema levado ao Poder Judiciário (CARNEIRO, 2011a, p. 236-241). Quando se vai a juízo não se vai em busca da melhor interpretação de um determinado texto, mas em busca da resolução de um problema. Mesmo quando a lide gira em torno da constitucionalidade abstrata de determinada lei ou ato normativo, a questão é muito mais complexa do que a mera compatibilidade de textos. O texto sempre remete a uma realidade concreta que lhe é condição de possibilidade. Como referido acima, a linguagem apofântica (texto, discurso, fala etc.) nunca é capaz de dar conta da linguagem hermenêutica (ligada ao *ser*, ao *sentido*).

Em segundo lugar, a dialética da pergunta e da resposta (GADAMER, 2012, p. 474-478), com primazia da primeira, na construção gadameriana, também aponta para o problema como ponto de estímulo às interações. Ora, sempre que algo é levado a juízo ele é, no fundo, levado como forma de pergunta: qual a solução para este litígio? Evidentemente, as partes apresentarão seus pedidos em forma de afirmação, mesmo quando se fala e controle abstrato de constitucionalidade (“a lei X é inconstitucional pelo motivo Y”). Contudo, pela própria natureza do Poder Judiciário como terceiro imparcial e não interessado, responsável por sanar os conflitos sociais e jurídicos, ele é o responsável por dar a resposta, ainda que sujeita a recurso e erros. A decisão judicial, portanto, é sempre uma resposta à pergunta pela solução de um problema.

Por tudo isso, o paradigma adotado aqui aponta para o problema concreto resolvido pelos juízes e tribunais no cenário transnacional como ponto de estofamento das interações judiciais

transnacionais em matéria constitucional. É a partir do contato com as respostas construídas a partir de problemas similares que a função reflexiva e desveladora das interações pode se dar de forma mais adequada. Se valer deste expediente sem levar em conta os problemas que ensejaram as respostas possibilita o uso meramente retórico e decorativo dos precedentes transnacionais.

Entende-se que se respondeu satisfatoriamente à exigência por racionalidade enfatizada no início do trabalho. Contudo, ainda é possível ir além e responder à outra exigência feita: a necessidade de parâmetros pragmáticos e sistêmicos para o funcionamento das interações. Estes parâmetros estão diretamente ligados com a tradição do sistema que se abre e, por isso, com sua identidade: a doutrina e a jurisprudência. No tópico seguinte analisa-se tal questão.

3. Articulação adequada: mecanismos sistêmicos e reflexivos de preservação da identidade

3.1. A importância da identidade

Como afirmado, as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional sempre ocorrerão na tensão que existe entre a entrega total à alteridade e a afirmação absoluta da identidade. No tópico anterior, foram esmiuçadas as condições de possibilidade para a abertura à alteridade. No presente, focar-se-á nas condições para a adequada preservação da identidade. Antes, porém, é preciso deixar claro o que se entende por identidade em um nível jurídico-constitucional e por que é importante preservá-la.

Afirmou-se que não há uma relação de necessidade entre direito e Estado nacional⁹. Isto não significa, porém, que o sistema jurídico de um Estado nacional não possua particularidades próprias e os sentidos atribuídos a ele não precisem apresentar qualquer tipo de pertencimento. O fato de o fenômeno originário que aponta para o direito (convivência intersubjetiva) ser universal (NEVES, 2002, p. 842; CARNEIRO, 2011a, p. 178-181), de haver uma demonstração empírica da ocorrência e manifestação de problemas comuns em diversas partes do globo, assim como de haver instrumentos e ideias similares no cenário transnacional, não significa que os diversos sistemas jurídicos não possuam uma identidade

⁹Supra, Introdução.

própria, que deve respeito às particularidades locais¹⁰. Desta forma, a transnacionalização do direito, o surgimento progressivo de um constitucionalismo transnacional e os questionamentos sobre a soberania nacional não apontam para a construção de um Estado global nem, muito menos, para a destruição dos Estados nacionais. O que se pretende é desenvolver mecanismos que articulem de forma adequada a identidade presente nos sistemas jurídicos estatais com a(s) alteridade(s) que emerge(m) em um mundo progressivamente mais transnacionalizado.

O direito, de forma geral, e o direito constitucional, de forma específica, têm o potencial de expressar ou mesmo constituir uma ideia de identidade nacional. Mesmo quando isto não ocorre, a Constituição, no mínimo, aponta para marcas da identidade nacional, como o hino, a bandeira, os símbolos, os limites territoriais, a importância da cultura etc. Além disso, a constituição nacional, seu constitucionalismo de sustentação e sua interpretação/aplicação modelam uma série de institutos, com relevância interna e externa, essenciais para o país. Entre esses estão a moldura institucional que baliza o funcionamento do governo e das relações entre os poderes e entre estes e os cidadãos; os direitos que os cidadãos, estrangeiros residentes e não residentes possuem em relação ao Estado; a forma e os mecanismos através dos quais o Estado interage com outros Estados e com a comunidade internacional; os instrumentos necessários para a preservação da própria constituição e das instituições democráticas. Enfim, a constituição está preocupada com uma série de complexidades valorativas, finalidades e institutos (JACKSON, 2013, p. 3)¹¹.

Dito isso, é possível afirmar que a identificação/construção e preservação de uma identidade constitucional são, em verdade, condições para interações judiciais transnacionais que não pretendam recair em modelos de submissão ou de convergência. A forma mais adequada para não permitir que o engajamento, interlocução, entrelaçamento ou reflexividade se transforme em convergência ou submissão, é colocar as interações em curso tendo por ponto de partida uma sólida tradição/identidade constitucional. As interações são mecanismos aptos a colocar em outras perspectivas aquilo que já vem, de alguma forma, sendo construído pela ordem que se dispõe a interagir. Desta maneira, elas atuam como fonte reflexiva e não corrosivas de uma tradição que já existe. As interações sem preservação da identidade significam uma ab-rogação da própria coisa que torna possível a interação, ou seja, a

¹⁰ De forma mais incisiva: ROSS, 2007, p. 126: “As normas jurídicas, tal como toda outra manifestação objetiva da cultura são incompreensíveis se as isolarmos do meio cultural que lhes deu origem. O direito está unido à linguagem como veículo de transmissão de significado e o significado atribuído aos termos jurídicos é condicionado de mil maneiras por tácitas pressuposições sob forma de credos e preconceitos, aspirações, padrões e valorações, que existem na tradição cultural que circunda igualmente o legislador e o juiz”.

¹¹ Para uma análise mais profunda sobre a relação entre direito constitucional e cultura vide HÄBERLE, 2008.

autonomia dos envolvidos (SCRUTON, 2015, p. 171). Para que haja contato com a alteridade, portanto, é necessário que haja identidade. Se o sistema jurídico-constitucional de um Estado não se encontra suficientemente desenvolvido, ou seja, se ainda não se pode falar, verdadeiramente, de um sistema jurídico próprio, com identidade, a aposta nas interações judiciais transnacionais pode ser um empecilho a este propósito¹².

Caso juízes e tribunais de Estados com pouca ou nenhuma tradição constitucional passem a se valer das interações judiciais transnacionais, é altamente provável que uma tradição constitucional própria tenha grandes dificuldades de emergir. Se não há uma identidade para ser aprimorada reflexivamente através da alteridade não haverá, de fato, identidade, apenas alteridade. O que acabará acontecendo é a adoção, ainda que não pretendida, de posturas de convergência ou submissão¹³. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, portanto, devem ser realizadas por juízes e tribunais que compõem os quadros do Poder Judiciário de Estados com, ao menos, alguma tradição constitucional própria, alguma identidade.

Abandonar a identidade, ou vê-la suprimida de forma impositiva, é um convite à desestruturação, não só do sistema jurídico, mas também do sistema político, do sistema econômico e, enfim, do sistema social como um todo de um Estado (KIRK, 2014, p. 280-284). Contudo, a ideia de identidade de um sistema jurídico, ligado à identidade de um Estado e de um povo, não significa, evidentemente, a defesa de um nacionalismo cego e, por vezes, perigoso. Significa apenas a afirmação de que deve existir uma “primeira pessoa do plural da comunidade”. Identidade “é aquilo que não muda enquanto as diversas opiniões se modificam e entram em choque. Uma identidade comum abranda a divergência. É o que torna possível o antagonismo e, conseqüentemente, a discussão racional” (SCRUTON, 2015, p. 57-58)¹⁴.

Enfim, a preservação da identidade e a sua adequada articulação com a alteridade contribui, inclusive, para que eventuais reformas pelas quais o sistema deva passar ocorram de

¹² Adota-se, aqui, posição inversa a de SUNSTEIN, 2011, p. 208-209.

¹³ NEVES, 2014, p. 199-200: “É bom [...] que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de ‘colonialismo’ no campo da cultura jurídica. Passaríamos, então, da ‘importação’ acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam ‘feitas as devidas adaptações’, para que não caiamos no velho rótulo das ‘ideias fora de lugar’, ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só consta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da comunicação. E disso pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado”.

¹⁴ E prossegue o autor: “Oposição, discordância, livre manifestação e a solução conciliatória como regra, tudo isso pressupõe uma identidade comum. Tem de haver uma primeira pessoa do plural, um ‘nós’, se os muitos indivíduos existem para ficar juntos, aceitando as opiniões e os desejos dos demais, independentemente das divergências”.

forma prudente e parcimoniosa, não de forma radical e abrupta. As mudanças são necessárias; as mudanças radicais não¹⁵. É indispensável preservar algo que para que se possa mudar, ao mesmo tempo em que é necessário mudar para se poder preservar (KIRK, 2014, p. 111-112).

O papel de identificação, construção e preservação da identidade jurídico-constitucional cabe, prioritariamente, a dois mecanismos jurídico-sistêmicos: a doutrina e a jurisprudência.

3.2. O papel da doutrina

No âmbito da teoria do direito, a pergunta pela doutrina costuma girar em torno dos questionamentos sobre a sua qualidade de fonte do direito e sua força normativa ou seu papel e função na atuação judicial. Respostas diversas podem ser encontradas tanto em concepções tradicionais sobre a teoria geral do direito (REALE, 2006, p. 140-141 e 176; FERRAZ JR. 2003, p. 247), quanto em abordagens positivistas normativistas (KELSEN, 2006) e realistas (ROSS, 2007, p. 102-103), quanto em abordagens argumentativas¹⁶.

Não obstante, sugere-se um outro tipo de visão sobre: a questão do papel da doutrina que se coloca aqui diz respeito ao *potencial reflexivo* que esta desempenha para o funcionamento do sistema jurídico e para a decisão judicial.

A doutrina deve ser entendida como o saber desenvolvido principalmente no âmbito acadêmico atento à conexão que existe entre o fenômeno jurídico e a vida em comunidade (extensão). Ela desempenha um importante papel democrático e legitimador, na medida em que funciona como um elo entre o Estado e a sociedade, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento democrático da decisão judicial (CARNEIRO, 2011, p. 258 e 264). Não pode, portanto, ser confundida com o saber mecânico, instrumentalizado e estratégico, produzido para a indústria do concurso público. Assume-se que a doutrina é o local por excelência do teste de sentidos possíveis para a atividade judicial. Nela é possível “ensaiar” decisões, estabilizar perspectivas legitimadoras das decisões judiciais e corrigir erros

¹⁵ OAKESHOTT, 1967, p. 170-171: “De facto, a mudança é uma ameaça à identidade, e toda a mudança significa extinção. No entanto, a identidade do homem (ou da comunidade) não é mais do que uma contínua repetição de contingências, cada uma à mercê das suas circunstâncias e cada uma importante em relação à sua familiaridade. Não é uma fortaleza para a qual possamos retirar-nos; a única forma que temos de defender a nossa identidade (ou seja, de nos defendermos a nós mesmos) contra as forças *adversas* da mudança encontra-se no conhecimento da nossa experiência; *apoiando-nos naquilo que mostre maior firmeza, aderindo àqueles costumes que não estejam imediatamente ameaçados e assimilando assim o novo sem nos tornarmos irreconhecíveis para nós mesmos*” (destaques acrescentados).

¹⁶Cf. ALEXY, 2011, p. 247-267, tratando a doutrina como ônus argumentativo que deve ser enfrentado pelo julgador.

(CARNEIRO, 2011a, p. 258-259). E isto se faz tanto através de inovações quanto através da análise crítica de precedentes ou mesmo jurisprudência consolidada.

A doutrina não deve ser encarada como a opinião de um ou outro doutrinador renomado. Ao contrário, ela representa uma rede plural de saber que congrega diferentes correntes, ainda que não dominantes, sujeita a constante produção e crítica (CARNEIRO, 2011a, p. 259 e 264). Ela deve ser compreendida como um mecanismo através do qual se ilumina aquilo que pode ser verdadeiro, se desvela sentidos ainda encobertos. Não é, assim, um repositório de verdades abstratas, desvinculadas de realidades concretas. Por este motivo, a pergunta que o julgador faz a ela não é conceitual, mas como referida ao caso problema concreto que se deve resolver¹⁷. Ou seja, “[d]ialogar com a comunidade acadêmica não é citar conceitos, mas enfrentar os elementos do caso concreto na perspectiva doutrinária” (CARNEIRO, 2011, p. 263). Tendo em vista que o direito não é algo dado, a *rede doutrinária* não pode ser ignorada e deve funcionar como mecanismo reflexivo.

Tendo isto em mente, a doutrina assume dois papéis altamente relevantes para o funcionamento das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional e, principalmente, para a construção e preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional.

Em primeiro lugar, a doutrina representa a ligação entre a comunidade, seus anseios, interesses, valores e princípios. É a doutrina capaz de identificar quais os sentidos com consequências jurídicas que estão dispersos na sociedade, quais as expectativas criadas pelos cidadãos a respeito de sua relação com o Estado e uns com os outros. É a doutrina que está apta a atribuir sentido jurídico a todas estas manifestações e, inversamente, introduzir no sistema jurídico, através da postura reflexiva que possui, sentidos possíveis às normas (legislativas e jurisprudenciais) que já circulam.

A doutrina, portanto, ao mesmo tempo em que, desde-já-e-sempre, se insere em uma tradição, é responsável por identificá-la e fazê-la avançar. O estudo doutrinário sério é capaz de preservar a identidade do sistema jurídico e sua necessária vinculação com aqueles que sofrerem com sua incidência. Ao mesmo tempo, ao identificar os anseios, interesses, valores e princípios presentes no corpo social e as modificações que este exige, é capaz de fazer desvelar novos sentidos verdadeiros sobre o sistema jurídico. Por ser o que liga a comunidade com o poder judicial, ela representa um *plus* democrático e de identidade ao sistema jurídico.

¹⁷CARNEIRO, 2011a, p. 277 e 291-292: “a *rede doutrinária* propõe leituras para o problema na tentativa de suprir as deficiências tecnológicas do sistema e, ao mesmo tempo, legitimar rupturas no quadro institucionalizado” (destaque do original).

Em segundo lugar, é a doutrina a responsável por fazer a primeira depuração do material estrangeiro. Justamente por seu caráter reflexivo e por representar a instância sistêmica responsável pela identificação, preservação e construção da identidade do sistema, bem como pela sua capacidade de desvelar sentidos novos e de pautar a jurisprudência e seu desenvolvimento íntegro, a doutrina tem o papel de entrar em contato e analisar criticamente as decisões judiciais tomadas em outras instâncias no cenário transnacional, apontando quais os benefícios que a *ratio decidendi* traz para a construção do sistema pátrio, o seu nível de aproveitamento pelos juízes e tribunais nacionais, como ela se relaciona com o sistema jurídico nacional, assim como indicar em que medida este material deve ser aproveitado ou rechaçado.

Tudo o que se disse anteriormente sobre o papel da doutrina é necessariamente aplicável à depuração do material estrangeiro com o agravante de ser a instância, por excelência, de preservação e desenvolvimento da identidade do sistema jurídico nacional. A doutrina, portanto, através de seu esforço reflexivo, tem o condão de impedir que a identidade local seja totalmente corrompida em nome de alguma alteridade, de evitar a recaída em um modelo de submissão ou convergência e, ao mesmo tempo, de estimular uma rearticulação benéfica entre identidade e alteridade, de possibilitar a construção de um modelo de interlocução, diálogo, aprendizado e engajamento.

Por tudo isso, é altamente aconselhável, para que as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional se desenvolvam de forma adequada, que a doutrina atue firme e construtivamente. O papel reflexivo e indicador que a doutrina exerce na atuação judicial é ainda mais relevante quando se está em jogo a preservação da identidade do sistema jurídico nacional. Desta forma, o julgador, quando assume uma postura de engajamento/interlocução/diálogo com o transnacional, deve dar maior importância àquelas decisões que já foram depuradas e analisadas pela *rede doutrinária*. De forma contrária, deve assumir uma postura de maior desconfiança e maior postura crítica quando este confronto doutrinário ainda não se deu. Assim, as interações desempenham seu papel de forma ótima e poderão, de fato, contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico-constitucional.

3.3. O papel da jurisprudência

Assim como a doutrina, a pergunta pela jurisprudência costuma girar em torno dos questionamentos sobre a sua qualidade ou não de fonte do direito e sua força normativa ou seu papel e função na atuação judicial. Diferentemente do que se afirma sobre a doutrina,

contudo, a perspectiva tradicional sobre o tema costuma atribuir à jurisprudência verdadeiro caráter de fonte do direito¹⁸. As correntes positivistas normativas (KELSEN, 2006) e realistas (ROSS, 2007, p. 104 e 111-117), assim como as correntes argumentativas¹⁹, atribuem explicitamente uma carga de importância aos precedentes (vinculantes ou não) e à jurisprudência. Não há como negar, portanto, que na atualidade os precedentes e a jurisprudência vêm assumindo importância cada vez maior para a compreensão do fenômeno jurídico no Brasil mesmo estando vinculado à tradição do *civil law* ou direito escrito. O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) dedica toda uma seção à regulamentação do uso de precedentes por parte dos julgadores.

Dentro dos limites do que se propõe no presente trabalho, como se deve entender os precedentes e a jurisprudência? Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a jurisprudência (mesmo dominante) ou um precedente nunca podem ser considerados pontos de partida. A sedimentação de julgados é uma manifestação de como o direito *vem sendo* aplicado e, por este motivo, não pode ter a pretensão de se autofundamentar. Deve-se compreender que a jurisprudência é uma rede circular de resoluções de *problemas*. Todo julgado se refere a um *problema concreto* que é resolvido através da interpretação/aplicação de princípios, regras e a incorporação de determinadas leituras doutrinárias legitimadoras (CARNEIRO, 2011a, p. 260). Portanto, a jurisprudência ou um precedente nunca são um *dado* isolado do seu contexto de formação (problema, princípios, regras e doutrina). Mesmo os precedentes vinculantes devem ser encarados desta forma. O texto de uma súmula vinculante, por exemplo, pode deixar escapar a realidade de fundo que a legitimou. Aplicá-la sem conhecer esta realidade é, no fundo, aplicá-la equivocadamente.

Nas trilhas traçadas por Ronald Dworkin na sua metáfora sobre o *romance em cadeia*, há uma sabedoria acumulada por traz da jurisprudência que requer do julgador atenção (2007, 275-276). Evidentemente, contudo, atribuir valor à coerência institucional e à continuidade de um projeto construído em conjunto não significa, necessariamente, submissão acrítica e automática à jurisprudência dominante ou a um precedente valioso. Em primeiro lugar, porque as condições que possibilitaram a formação da jurisprudência ou do precedente podem não estar presentes no caso em análise, ou seja, um caso concreto pode apenas *parecer* similar ao que fora decidido no passado. Em segundo lugar, é possível haver uma ruptura com a coerência, mesmo que o caso atual seja, de fato, similar ao passado. Para que isso ocorra,

¹⁸Cf. REALE, 2006, p. 141-142 e 166-169. Em sentido menos incisivo FERRAZ JR. 2003, p. 244-246.

¹⁹ALEXYS, 2011, p. 270-271, tratando a referência à jurisprudência como condição de garantia dos princípios da universalidade e da regra da carga de argumentação (ônus argumentativo).

contudo, é melhor que a rede doutrinária já possa legitimar tal mudança. Um juiz não está obrigado a julgar conforme a jurisprudência, mas a ruptura na coerência do sistema possui mais legitimidade se já foi apontada pela comunidade jurídica (CARNEIRO, 2011a, p. 264)²⁰.

Entender a jurisprudência como uma rede circular de sedimentação de sentidos exige que se afaste de uma concepção rasa da utilização dos precedentes, que já vem sendo denunciada no Brasil (STRECK; ABOUD, 2013; CARNEIRO, 2011a, p. 278). Verbetes jurisprudenciais, súmulas e ementas não constituem precedentes. Por trás deles existem problemas concretos, argumentações baseadas em princípios e regras e algum entendimento doutrinário que costura tudo isso. Os dois primeiros sequer têm a capacidade de, ainda que resumidamente, transmitir a *ratio decidendi*²¹ da decisão. Não é possível aprisionar os sentidos que originaram decisões passadas em uma pequena frase ou mesmo no resumo das razões de decidir que são transmitidos nas ementas dos julgados

Por tudo isso, fica bastante claro que a jurisprudência, assim como a doutrina, desempenha um papel fundamental na construção e preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional. Se entendidos de forma adequada, os precedentes representam a forma como o direito é construído, como os problemas são resolvidos pelo Poder Judiciário em determinado Estado. Pelo fato de toda decisão ter que estar relacionada com um caso problema concreto, ao se tornar precedente, a decisão informa aos demais julgadores os sentidos que vem sendo atribuídos àquele tipo de situação. A jurisprudência, entendida como rede de decisões acerca de problemas, é responsável pela construção e preservação da identidade do sistema.

Desta forma, o julgador que assume uma postura de diálogo, interlocução e engajamento com as fontes transnacionais, não pode fazê-lo rompendo de forma abrupta com os sentidos que vêm sendo sedimentados ao longo da tradição jurisprudencial. Os precedentes produzidos por juízes e tribunais em outras instâncias (estatais, internacionais, supranacionais) devem ser articulados de forma construtiva com os precedentes já existentes. No caso de eventual ruptura, a mesma deve estar plenamente fundamentada pelas circunstâncias dos casos em questão, demonstrada a necessidade de atribuição de novos sentidos. Ainda, a articulação, a adoção e a ruptura devem estar já legitimadas pelo esforço doutrinário nos moldes do que se disse no item anterior.

²⁰ REALE, 2006, p. 168, já tratava do dilema envolvendo continuidade e ruptura: “Se é um mal o juiz que anda à cata de inovações, seduzido pelas ‘últimas verdades’, não é mal menor o julgador que se converte em autômato a serviço de um fichário de arrestos dos tribunais superiores”.

²¹ Sobre o conceito de *ratio decidendi*, cf. STRECK; ABOUD, 2013, p. 43; MARINONI, 2010, p. 221-233 e 253-326; DIDIER JR.; BRAGA.; OLIVEIRA, 2009, p. 381.

Pode-se concluir que a preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional contra imperialismos e colonialismos depende da articulação adequada com os referenciais doutrinários e jurisprudenciais deste sistema. Ou seja, o afastamento de modelos de submissão ou convergência depende, de um lado, de uma doutrina atenta à problemática das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Para tanto, a teoria e a dogmática constitucional precisam ir além da mera relação de necessidade constitucionalismo-Estado nacional. De outro lado, é preciso que o julgador encare a jurisprudência do seu país como um mecanismo que parte de, ao mesmo tempo em que constrói, uma tradição de sentido do qual já faz parte e da qual não pode se afastar de forma abrupta, mas apenas de forma articulada.

4. Os limites: com “quem” (não) interagir?

Como dito na introdução, também faz parte das preocupações levantadas pela existência das interações judiciais os seus próprios limites. Deve-se dizer, contudo, que a preocupação com a identidade e o respeito aos critérios desenvolvidos no tópico anterior já constituem, por si só, limitações às interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Neste momento, avança-se um pouco mais na problemática sob outra ótica. Tendo por ponto de partida as premissas desenvolvidas acima, é possível apontar para algumas limitações aptas a balizar com “quem” interagir²².

Em primeiro lugar, deve-se evitar interações com sistemas jurídicos que negam explicitamente o constitucionalismo democrático contemporâneo. Se não há esta identidade básica entre as ordens envolvidas, a interação tende a ser destrutiva ou, ao menos, não construtiva. Estados que não subscrevem ou que são notoriamente violadores dos direitos humanos e fundamentais, ou que não possuem sua organização institucional de forma tal que o poder político seja limitado, não devem servir de parâmetro reflexivo para um Estado em que se pretende, explicitamente, possuir tais princípios.

Em segundo lugar, deve-se preferir interações com sistemas que sabida e explicitamente se guiam pelas premissas do constitucionalismo democrático contemporâneo. É sabido que existem ordens jurídicas que, apesar de formalmente possuírem uma constituição nos moldes da moderna, não são limitadas por tais princípios. Portanto, Estados com democracias constitucionais consolidadas devem ser preferidos.

²² As limitações sugeridas têm o potencial de minimizar o problema das capacidades institucionais e dos “custos” de operação nas interações. Toda vez que um magistrado se vale deste expediente existe um dispêndio de tempo. Assim, é valioso ter critérios de eliminação *a priori*. Sobre os “custos” das interações, cf. SUNSTEIN, 2011, p. 206-208; JACKSON, 2013, p. 26.

Em terceiro lugar, deve-se evitar interagir com sistemas jurídicos em que se sabe que o Poder Judiciário tem sua independência frente ao poder político fragilizada ou não garantida. Se o sistema jurídico não pode se desenvolver com a autonomia devida, e seu funcionamento é corrompido por fatores extrajurídicos, a possibilidade reflexiva-constitutiva é minimizada e, possivelmente, inviabilizada.

Em quarto lugar, é preciso, como dito acima, utilizar o caso concreto como redutor de complexidade²³ e como ponto de ligação das interações. É o caso concreto sob análise que tem o potencial de apontar para quais precedentes se deve olhar. Precedentes que cuidam do problema jurídico em questão apenas como *obiter dicta*, ou de forma superficial, devem ser preteridos em favor dos precedentes que cuidam do problema na sua *ratio decidendi* ou sua questão principal. Por exemplo: se o caso em análise trata do direito ao aborto, não se deve priorizar precedentes que tratam do direito à vida ou do direito à liberdade da mulher em outros contextos. A preferência deve recair sobre precedentes que trataram especificamente sobre o aborto. Se o caso diz respeito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não se deve priorizar decisões que tratam da liberdade sexual ou o conceito de família em outros contextos, mas exatamente no contexto do problema em questão. Esta “limitação” impede que haja uma utilização apenas retórica dos precedentes transnacionais, e impede desvios de significados sobre questões provenientes de problemas compartilhados.

Em quinto lugar, deve-se dar preferências aos precedentes transnacionais que já passaram por um processo de crítica e reflexão por parte da comunidade jurídica. Como afirmado acima, a doutrina jurídica e a ciência do direito possuem um papel fundamental na preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional de um Estado. Desta forma, precedentes que não foram examinados por esta rede de conhecimento tem um potencial maior de provocar situações de convergências e submissão do que precedentes que já foram devidamente recepcionados e analisados.

Evidentemente, estas limitações não devem ser enxergadas como um “check-list” ou uma receita. São, em verdade, critérios orientadores para o julgador imerso nas interações judiciais. Tentou-se elaborar critérios que possuam fundamentação direta nas condições e possibilidades das interações estudadas acima.

5. Conclusão

²³ Cf. supra ponto 2.

Por todo exposto, é possível elencar algumas conclusões.

A rematerialização e expansão global do constitucionalismo moderno, atrelado ao progressivo surgimento do que se pode chamar de constitucionalismo transnacional, coloca a teoria constitucional diante de novos problemas que devem ser seriamente encarados. Uma dessas novas questões é a constatação empírica das interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Vistas adequadamente, estas interações servem são capazes de expandir, através da heterorreflexão, os horizontes compreensivos das decisões judiciais e a qualidade e consistência dos sistemas jurídico-constitucionais que se abrem. Promovem, quando adequadamente operacionalizadas, um contato produtivo entre identidade e alteridade, funcionando como meio de evitar tanto um isolacionismo provinciando subcomplexo quanto um cosmopolitismo ingênuo ou um universalismo autoritário.

A consulta e referência a precedentes construídos no cenário transnacional precisam de um modelo de racionalidade que dê conta, ao mesmo tempo, da existência de uma identidade atrelada a uma tradição, e da abertura reflexiva à outra identidade (alteridade) e mecanismos sistêmicos e pragmáticos que apontem a forma adequada de articular a preservação da identidade, e a abertura para a alteridade. A hermenêutica filosófica contemporânea assume satisfatoriamente este papel. Este paradigma filosófico, apesar de superar a filosofia do sujeito, não retira este das preocupações teóricas. Ao contrário, examina profundamente o processo compreensivo e decisório, alertando para as naturais limitações e inevitável finitude do ser humano. Desta forma, indica como o processo de interpretação está intimamente ligado com a reflexão. Ao revitalizar o conceito de tradição, fundamenta as interações judiciais transnacionais em matéria constitucional na medida em que aponta para os critérios de identidade, para a percepção da tradição compartilhada representada pelo constitucionalismo moderno e para a abertura necessária à alteridade, marca da tradição legítima da pluralidade, democracia e diálogo. Ao mesmo tempo, através da tese da verdade como desvelamento, indica o papel das interações: a maximização do desvelamento a partir da maximização de perspectivas e contextos sobre o ente. As interações judiciais transnacionais em matéria constitucional, portanto, trabalham a favor do desvelamento e contra o ocultamento, ampliando as perspectivas compreensivas daquele que deve decidir no presente um problema similar àquele resolvido no passado por outro juiz ou tribunal no cenário transnacional. Sentidos até então obscurecidos pelas limitações inerentes a todo indivíduo são retirados do ocultamento. Por fim, a hermenêutica filosófica contemporânea permite a constatação do problema jurídico concreto como ponto de estímulo das interações a

partir da máxima fenomenológica (“ir às coisas mesmas”) e a dialética da pergunta e da resposta.

Arelados à tradição da ordem jurídica que se abre, a doutrina e a jurisprudência representam o marco a partir do qual deve ocorrer a articulação adequada entre identidade e alteridade. A doutrina, entendida como rede de doutrinadores voltados à identificação, construção e desenvolvimento da ordem jurídica e sua tradição, através de seu esforço reflexivo, tem o condão de impedir que a identidade local seja totalmente corrompida em nome de alguma alteridade, de evitar a recaída em um modelo de submissão ou convergência e, ao mesmo tempo, de estimular uma rearticulação benéfica entre identidade e alteridade, de possibilitar a construção de um modelo de interlocução, diálogo, aprendizado e engajamento. A jurisprudência, assim como a doutrina, desempenha um papel fundamental na construção e preservação da identidade do sistema jurídico-constitucional. Se entendidos de forma adequada, os precedentes representam a forma como o direito é construído, como os problemas são resolvidos pelo Poder Judiciário em determinado Estado. Pelo fato de toda decisão ter que estar relacionada com um caso problema concreto, ao se tornar precedente, a decisão informa aos demais julgadores os sentidos que vem sendo atribuídos àquele tipo de situação. A jurisprudência, entendida como rede de decisões acerca de problemas, é responsável pela construção e preservação da identidade do sistema.

O esforço material e o conseqüente dispêndio de tempo que a consulta e referência a precedentes transnacionais traz, levanta a questão das limitações necessárias às interações judiciais transnacionais em matéria constitucional. Estas limitações, contudo, não devem ser meramente arbitrárias, mas buscar fundamento nas próprias características e exigências das interações. Assim, deve-se evitar interações com ordens jurídicas que negam explicitamente a tradição do constitucionalismo democrático. Dentre os Estados que se filiam a esta tradição, deve-se dar preferência às democracias consolidadas e aquelas em que o Poder Judiciário é notoriamente independente. Além disso, deve-se usar o caso concreto a decidir como mecanismo limitador: dar preferência aos precedentes que decidiram casos similares aos que se vai decidir. Por fim, deve-se dar maior crédito aos precedentes transnacionais que já foram analisados pela doutrina produzida na ordem jurídica que se abre.

6. Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Occasional Papers**. 1996, p. 1-14. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ylops_papers>. Acesso em: 03 jan. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado. In: _____. **“Brancos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) **Hermenêutica e epistemologia: 50 Anos de Verdade e Método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. Tradução de Caroline Graeff. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas: 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 12.ed. Trad.: Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. Esboços dos fundamentos de uma hermenêutica. Trad.: Paulo Cesar Duque Estrada. In: GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). **O problema da consciência histórica.** 3.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica.** Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional.** Trad.: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HEIDEGGER, Martin. Da essência da verdade. In: _____. **Ser e verdade.** Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Introdução à filosofia.** Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Carta sobre o humanismo**. 2.ed. Trad.: Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. **Ser e tempo: parte I**. 15.ed. Trad.: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

JACKSON, Vicki. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Globalização e constitucionalismo cosmopolita. In: _____. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad.: José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Traduzido por João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIRK, Russel. **A política da prudência**. Trad.: Gustavo Santos e Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.

KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KUSCH, Martin. **Linguagem como caçulo versus linguagem como meio universal: um estudo sobre Husserl, Heidegger e Gadamer**. Trad.: Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Antonio Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito: ou as condições da emergência do direito como direito. In: _____. **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço**. Coimbra: Almedina, 2002.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, n. 201, p. 193-214, jan.-mar. 2014.

_____. Introdução. In: _____ (Coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in politics and other essays**. London: Methuen & Co., 1967.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2006.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. 6.tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Leonel. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2.ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, p. 137-160, 2012.

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

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. Tradução de Bruno Garschagen. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjustificacionalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e a súmula vinculante?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. O juiz constitucional perante a jurisprudência constitucional estrangeira. In: _____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação Em Direito da Unisinos**. V. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Trad.: Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TUSHNET, Mark. **The inevitable globalization of constitutional law**. Harvard Public Law Working Paper, n. 09-06, 2008, p. 1-23. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>. Acesso em: 17 abr. 2013.

WALDRON, Jeremy. Foreign law and the modern jus gentium. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, p. 129-147, 2005.

YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. **Penn State International Law Review**, v. 27, n. 1, p. 89-124, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163###>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. Trad.: Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.