

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BRASIL TELES DE MENEZES

DIÁLOGOS JUDICIAIS ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

Brasília (DF)
2019

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BRASIL TELES DE MENEZES

DIÁLOGOS JUDICIAIS ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) da Escola de Direito de Brasília / Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para obtenção do grau de mestre.

Linhas de Pesquisa:

I. Direito do Estado, direitos fundamentais e teoria do direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília (DF)
2019

MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de.

Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais / Paulo Roberto Brasil Teles de Menezes – Brasília, 2019.

___ f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019.

1. Teoria Constitucional. 2. Direitos Fundamentais I. Título

CDU _____

PAULO ROBERTO BRASIL TELES DE MENEZES

DIÁLOGOS JUDICIAIS ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília / Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para obtenção do grau de mestre.

Aprovado em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor **Gilmar Ferreira Mendes** (Orientador)

Instituto Brasiliense de Direito Público

Catedrático **Francisco Balaguer Callejón** (Coorientador)

Universidade de Granada / Espanha

Prof. Doutor **Georges Abboud**

Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Doutor **José dos Santos Carvalho Filho**

Instituto Brasiliense de Direito Público

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as maravilhas e conquistas que proporciona em minha vida, além de ser, sem dúvida, a principal fonte de inspiração e orientação.

Aos meus pais, Dorian Riker Teles de Menezes e Maria Ivani Brasil de Menezes, por todas as suas virtudes, principalmente, pela grande fidelidade, amor, esforço e dedicação que sempre zelaram na minha criação.

Aos meus irmãos, Carlos Henrique Brasil Teles de Menezes, Diana Sissi Teles de Menezes Brito e Dorian Riker Teles de Menezes Júnior, pela cooperação em minha formação pessoal e acadêmica.

À Raquel Araújo Castro Teles de Menezes, minha esposa, namorada e companheira eterna, pelo valioso apoio em todos os momentos e pela paciência de saber lidar com alguns instantes subtraídos de sua preciosa presença, além de grandiosa mãe, que me proporcionou os melhores encantos da vida, ser pai das três bênçãos divinas: Davi Castro Teles de Menezes, Débora Castro Teles de Menezes e Daniel Castro Teles de Menezes.

Aos meus colegas do curso do mestrado, pelos momentos de companheirismo e enriquecimento pessoal e acadêmico que compartilhamos ao longo destes anos de formação.

Ao professor, orientador e Ministro da Suprema Corte brasileira, Gilmar Ferreira Mendes, a quem deposito grande respeito pelos vultosos compromissos assumidos na academia jurídica nacional e internacional, assim como na representação do Judiciário pátrio e, por fim, pela confiança e credibilidade depositadas em mim, configurando uma segura orientação profissional, acadêmica e de vida.

Ao querido e estimado professor e Coorientador, Francisco Balaguer Callejón, profissional a quem entrego as maiores insígnias de reconhecimento pela simpatia em me receber na Universidade de Granada, na Espanha, para me acompanhar nos trabalhos que desenvolvi como pesquisador visitante naquela histórica Instituição de Ensino Superior, além

da seriedade, compromisso e cuidado para que a presente pesquisa pudesse trazer contributos originais para o ensino jurídico.

Ao primoroso Professor Georges Abboud, pelas diversas contribuições e discussões jurídicas enriquecedoras durante esse tempo de academia jurídica, dentro e fora de aula, sempre recebendo minhas insipientes inquietações jurídicas com brilhantismo, humildade e encorajamento para crescimento abalizado enquanto crítico do direito e seguidor de seus ideais jurídicos.

Ao Professor José dos Santos Carvalho Filho, pelo exemplo de determinação e compromisso para com os alunos desta Instituição, e pela notória prestatividade de se dispor a contribuir com seus sofisticados ensinamentos e conselhos acadêmicos.

Ao amigo e professor Ney de Barros Bello Filho, a quem dedico os aplausos por sempre ter confiado em meus pensamentos acadêmicos e por todo esforço de ter me ensinado os primeiros “passos constitucionais”, estimulado e projetado no cenário da pesquisa jurídica desde as antigas e nostálgicas primaveras vividas na Universidade Federal do Maranhão e na Seção Judiciária Federal do Maranhão.

Aos colegas de magistratura, do *parquet* e servidores que vivenciaram comigo a ousadia e vontade de elaborar argumentos acerca de um tema tão desafiador para o panorama jurídico brasileiro.

Aos amigos, que nas horas difíceis, souberam compreender minha falta de tempo.

A todos aqueles que contribuíram para minha formação acadêmica e para a confecção deste trabalho.

*“Tu, ó Senhor Deus, és tudo o que
tenho. O meu futuro está nas tuas
mãos; tu diriges a minha vida.
Como são boas as bênçãos que me dás!
Como são maravilhosas!”*

(Salmos 16: 5-6)

APRESENTAÇÃO

A conversação entre Cortes é um mecanismo de sofisticação da jurisdição constitucional contemporânea. O crescente aumento das informações no presente século tem proporcionado conflitos complexos, dificultando o oferecimento da resposta constitucional com base apenas no contexto interno de uma nação. Assim, surge a tendência entre os juízes constitucionais de buscarem outras experiências para sintetização dos seus impasses, uma atividade dialogada, uma troca de raciocínios jurídicos entre tribunais, uma vocalização capaz de promover a redução da margem de discricionariedade do intérprete constitucional e a proteção dos direitos fundamentais.

A escolha do tema “Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais” analisa a atividade difusa de influências internacionais somente entre tribunais encarregados de resguardar a ordem constitucional. Essa especificação se justifica, dentre outros motivos, pelo fato de o contexto brasileiro não ser caracterizado por um modelo organizado de ordenação supranacional, bem como em razão da existência de elementos particulares que envolvem a comunicação horizontal, típica entre Cortes Constitucionais que trabalham de maneira equivalente. Por isso, o intercâmbio jurisprudencial entre juízes constitucionais precisa ser estudado de modo contextualizado, com regramentos próprios e com um procedimento distinto.

RESUMO

O constitucionalismo contemporâneo tem sofrido os efeitos deletérios da globalização, que, com o aumento da propagação das informações, produzem conflitos cada vez mais complexos ao redor do mundo. Assim, tem-se por objeto geral de pesquisa a análise crítica do atual cenário da mundialização e os seus riscos na sociedade moderna, intensificados com a crise do Estado e com o crescimento dos grandes blocos econômicos na arena política, que, além de deslocar a Constituição para a periferia do sistema jurídico-político, propiciaram o distanciamento entre direitos e democracia e o enfraquecimento dos direitos fundamentais. A implicação do fenômeno da globalização se verifica com a diminuição das fronteiras estatais e do mundo, passando a introduzir na ordem constitucional o seu efeito propagador, exigindo dos tribunais uma postura cooperada para solucionar conflitos globais. Dessa forma, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, a presente dissertação analisa o diálogo judicial internacional como instrumento de aprimoramento da jurisdição constitucional. Com o intuito de restringir o âmbito de estudo, fixa-se como proposta acadêmica a conversação internacional em sentido estrito, ou seja, diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais. Após a particularização temática, avalia-se os aspectos metodológicos aplicáveis a essas vocalizações, explicitando, em geral, suas condições, características, modalidades, objeto, hipóteses e finalidades para, no tópico seguinte, abordar os pressupostos e bases legitimadoras do diálogo judicial, de maneira a comprovar como a teoria constitucional serve de arrimo para a construção dessa rede de interação jurídica, destacando em especial a perspectiva do constitucionalismo como processo dinâmico, os contributos da hermenêutica constitucional, a postura contramajoritária da Corte e a improbabilidade de construção de uma Constituição Global no mundo. Ao final, intenta-se prospectar uma sistematização dos diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais, sugerindo uma procedimentalização de como uma decisão estrangeira pode ser internalizada na realidade nacional de uma Suprema Corte, enfatizando a possibilidade de um passo a passo com o fito de contextualizar ordens constitucionais inseridas em conjunturas distintas, principalmente utilizando a comparação como um método interpretativo. Nesse contexto, o trabalho é fruto de uma organização reflexiva acerca das trocas de influências entre os juízes constitucionais, os quais possuem papel proeminente na cooperação da racionalização e controle do poder com o intercâmbio de experiências horizontais, haja vista que as difusões de entendimentos jurisprudenciais entre Cortes Constitucionais são instrumentos capazes de reduzir a margem de discricionariedade do intérprete e de proteger os direitos fundamentais vulneráveis pelo nível de entrincheiramento dos paradoxos e de sua projeção global na jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Globalização. Diálogo Judicial Internacional. Cortes Constitucionais. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The contemporary constitutionalism has suffered the deleterious effects of globalization, which, with the increasing spread of information, produce increasingly complex conflicts around the world. Thus, the general object of research is the critical analysis of the current scenario of globalization and its risks in modern society, intensified with the crisis of the state and the growth of the major economic blocs in the political arena, which, in addition to displacing Constitution to the periphery of the legal-political system, led to the distancing between rights and democracy and the weakening of fundamental rights. The implication of the phenomenon of globalization is verified by the diminishing of the state and world borders, introducing its propagating effect in the constitutional order, demanding from the courts a cooperative posture to solve global conflicts. Thus, based on bibliographic and documentary research, this dissertation analyzes the international judicial dialogue as an instrument of improvement of constitutional jurisdiction. In order to restrict the scope of study, the academic proposal is the international conversation in the strict sense, that is, judicial dialogues between Constitutional Courts. After the thematic particularization, the methodological aspects applicable to these vocalizations are evaluated, explaining, in general, their conditions, characteristics, modalities, object, hypotheses and purposes in order to address, in the following topic, the fundamentation and legitimating bases of the judicial dialogue, of this is a way of proving how constitutional theory serves as a support for the construction of this network of legal interaction, highlighting in particular the perspective of constitutionalism as a dynamic process, the contributions of constitutional hermeneutics, the counter-majoritarian position of the Court and the improbability of building a Global Constitution in the world. At the end, we intend to prospect a systematization of judicial dialogues between Constitutional Courts, suggesting a proceduralisation of how a foreign decision can be internalized in the national reality of a Supreme Court, emphasizing the possibility of a step by step in order to contextualize constitutional orders inserted in different conjunctures, mainly using comparison as an interpretive method. In this context, the research is the result of a reflexive organization about the exchange of influences among constitutional judges, who have a prominent role in the cooperation of rationalization and power control with the exchange of horizontal experiences, given that the diffusion of jurisprudential understandings between Constitutional Courts are instruments capable of reducing the interpreter's margin of discretion and protecting vulnerable fundamental rights by the level of entrenchment of paradoxes and their overall projection into constitutional jurisdiction.

Keywords: Globalization. International Judicial Dialogue. Constitutional Courts. Fundamental Rights.

RESUMEN

El constitucionalismo contemporáneo ha sufrido los efectos nocivos de la globalización, que, con la creciente difusión de información, produce conflictos cada vez más complejos en todo el mundo. Por lo tanto, el objeto general de la investigación es el análisis crítico del escenario actual de globalización y sus riesgos en la sociedad moderna, intensificado con la crisis del estado y el crecimiento de los principales bloques económicos en el ámbito político, que, además de desplazar la constitución a la periferia del sistema jurídico-político condujo a la separación de los derechos y la democracia y al debilitamiento de los derechos fundamentales. La implicación del fenómeno de la globalización se verifica mediante la disminución de las fronteras estatales y mundiales, introduciendo su efecto propagador en el orden constitucional, exigiendo a los tribunales una postura cooperativa para resolver los conflictos globales. Así, basándose en la investigación bibliográfica y documental, esta disertación analiza el diálogo judicial internacional como un instrumento de mejora de la jurisdicción constitucional. Para restringir el alcance del estudio, la propuesta académica es la conversación internacional en sentido estricto, es decir, los diálogos judiciales entre los tribunales constitucionales. Luego de la particularización temática, se evalúan los aspectos metodológicos aplicables a estas vocalizaciones, explicando, en general, sus condiciones, características, modalidades, objeto, hipótesis y propósitos para abordar, en el siguiente tema, los fundamentos y bases legitimantes del diálogo judicial, de forma a probar cómo la teoría constitucional sirve de apoyo para la construcción de esta red de interacción legal, destacando en particular la perspectiva del constitucionalismo como un proceso dinámico, las contribuciones de la hermenéutica constitucional, la posición contramayoritaria de la Corte y la improbabilidad de construir una Constitución Global en el mundo. Al final, tenemos la intención de prospectar una sistematización de los diálogos judiciales entre los tribunales constitucionales, sugiriendo una procesalización de cómo una decisión extranjera puede ser internalizada en la realidad nacional de una Corte Suprema, enfatizando la posibilidad de un paso a paso para contextualizar órdenes constitucionales insertados en diferentes coyunturas, principalmente utilizando la comparación como método interpretativo. En este contexto, el trabajo es el resultado de una organización reflexiva sobre el intercambio de influencias entre jueces constitucionales, que tienen un papel destacado en la cooperación de la racionalización y el control del poder con el intercambio de experiencias horizontales, dado que la difusión de entendimientos jurisprudenciales entre los tribunales constitucionales son instrumentos capaces de reducir el margen de discreción del intérprete y proteger los derechos fundamentales vulnerables por el nivel de atrincheramiento de las paradojas y su proyección general en la jurisdicción constitucional.

Palabras Clave: Globalización. Diálogo Judicial Internacional. Cortes Constitucionales. Derechos Fundamentales.

LISTA DE ABREVIATURAS

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

CF – Constituição Federal

Cf. – Conforme; Confrontar

DJI – Diálogo Judicial Internacional

DPU – Direito Público

ELTE – *Eötvös Loránd Tudományegyetem* (Universidade Eötvös Loránd)

IJRAR – *International Journal of Research and Analytical Reviews* (Revista Internacional de Pesquisa e Estudos Analíticos)

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

n. – Número

NYULR - *New York University Law Review* (Revista Acadêmica da Universidade de Nova York)

pp. – Páginas

PDJ – Processo do Dialogismo Judicial

REVUS – *Revija za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava* (Revista de Teoria Constitucional e Filosofia do Direito)

STF – Supremo Tribunal Federal

Trad. – Tradutor; Tradução

UNO – *Unidentified Normative Objects* (Objetos Normativos Não Identificáveis)

USSC – Suprema Corte dos Estados Unidos

v. – Volume

ZaöRV – *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Revista de Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional)

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 18 |
| CAPÍTULO 1: GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO | 26 |
| 1.1 A Lógica do Mercado na Sociedade Contemporânea..... | 26 |
| 1.2 A Crise de Identidade e a Desmonopolização do Poder Estatal..... | 31 |
| 1.3 A Transformação do Espaço Público na Sociedade Complexa..... | 37 |
| 1.4 O Trilema Político da Economia Mundial: entre a resistência e a flexibilização no espaço democrático..... | 43 |
| 1.5 Regramentos Globais e a Fragmentação de Objetos Normativos..... | 48 |
| 1.6 A Democracia Pluralista no Contexto de Crise..... | 53 |
| 1.7 A Projeção Global do Direito Constitucional..... | 58 |
| 1.8 Notas Conclusivas..... | 62 |
| CAPÍTULO 2: GLOBALIZAÇÃO E DIÁLOGO JUDICIAL INTERNACIONAL | 65 |
| 2.1 Construindo uma Visão Emancipatória aos Problemas Complexos..... | 65 |
| 2.2 Diminuindo as Fronteiras da Comunicação Jurídica entre Cortes..... | 68 |
| 2.3 Por um Significado ao Diálogo Judicial Internacional..... | 72 |
| 2.3.1 O que não é Diálogo Judicial Internacional? Delimitando o ponto de partida..... | 73 |
| 2.3.2 O que é Diálogo Judicial Internacional em Sentido Amplo? Restringindo o Campo de Atuação..... | 76 |
| 2.3.3 O que é Diálogo Judicial Internacional em Sentido Estrito? Fixando o Objeto de Estudo..... | 78 |
| 2.4 O Diálogo Judicial Internacional entre Cortes Constitucionais..... | 80 |
| 2.5 Diferenças do Diálogo Judicial entre Cortes Constitucionais e Supranacionais..... | 85 |
| 2.6 Notas Conclusivas..... | 92 |
| CAPÍTULO 3: METODOLOGIA DO DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS | 94 |
| 3.1 Condição para Realização do Diálogo Judicial..... | 94 |
| 3.1.1 Identificação da Fonte do Diálogo..... | 94 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.2 Homogeneidade de Conteúdo Temático..... | 96 |
| 3.2 Características do Diálogo Judicial..... | 98 |
| 3.2.1 Horizontalidade..... | 99 |
| 3.2.2 Intencionalidade..... | 100 |
| 3.2.3 Dinamicidade..... | 101 |
| 3.2.4 Institucionalidade..... | 103 |
| 3.2.5 Pluralidade..... | 104 |
| 3.2.6 Conformidade..... | 104 |
| 3.3 Categorias do Diálogo Judicial..... | 105 |
| 3.3.1 Categorias Regulares do Diálogo Judicial..... | 106 |
| 3.3.1.1 Quanto ao Grau de Relacionamento Comunicativo: diálogo direto, monólogo e diálogo difuso..... | 106 |
| 3.3.1.2 Quanto à Maneira de Legitimação: diálogo universal, diálogo genealógico e diálogo propriamente dito..... | 107 |
| 3.3.1.3 Quanto ao Órgão de Julgamento: diálogo leve, diálogo moderado e diálogo forte (<i>weak, moderate and strong judicial dialogues</i>)..... | 108 |
| 3.3.1.4 Quanto à Quantidade de Jurisprudências Dialogadas: diálogo unitário, diálogo binário e diálogos múltiplos..... | 110 |
| 3.3.2 Categorias Especiais do Diálogo Judicial..... | 111 |
| 3.3.2.1 Monólogo ou Diálogo Indireto?..... | 111 |
| 3.3.2.2 Um Possível Diálogo Judicial <i>On-line</i> ?..... | 112 |
| 3.3.3 A Visão Americana e os “Quase-diálogos”..... | 113 |
| 3.3.3.1 O Suposto Diálogo Silencioso..... | 113 |
| 3.3.3.2 O Hipotético Diálogo com o “Não-Diálogo”..... | 115 |
| 3.4 Natureza Jurídica da Decisão Dialogada e a <i>Back-Fertilization</i> | 118 |
| 3.5 Objeto do Diálogo Judicial: qual a sua proposta?..... | 123 |
| 3.6 Hipóteses do Diálogo Judicial: quando ocorrem?..... | 125 |
| 3.6.1 Hipóteses Gerais..... | 127 |
| 3.6.2 Hipóteses Específicas..... | 129 |
| 3.7 Finalidades do Diálogo Judicial: para que servem?..... | 131 |
| 3.7.1 Finalidades Jurídicas..... | 132 |
| 3.7.2 Finalidades Políticas..... | 134 |
| 3.7.3 Finalidades Sociais..... | 137 |

| | |
|--|-----|
| 3.7.4 Finalidades Institucionais..... | 141 |
| 3.7.5 Finalidades Interpretativas..... | 147 |
| 3.8 A Regulação da Discricionariedade da Corte e o Diálogo Judicial..... | 150 |
| 3.8.1 Identificação de Princípios Constitucionais..... | 152 |
| 3.8.2 Delimitação do Alcance dos Princípios Constitucionais..... | 154 |
| 3.8.3 Explicação e Integração da Norma Constitucional..... | 155 |
| 3.8.4 Desestímulo à Prática do <i>Cherry Picking</i> | 158 |
| 3.8.5 Limites à Experiência do <i>Nose Counting</i> | 161 |
| 3.8.6 Risco da <i>Constitutional Bricolage</i> | 165 |
| 3.9 Desmistificando o Diálogo Judicial..... | 169 |
| 3.9.1 A Querela da Colonização do Direito Estrangeiro..... | 169 |
| 3.9.2 O Incorreto Raciocínio da Jurisdição sem Contexto..... | 172 |
| 3.9.3 O Discutido “Fetiche” e a Controvertida Imprecisão..... | 173 |
| 3.10 Notas Conclusivas..... | 177 |

CAPÍTULO 4: PRESSUPOSTOS DO DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS.....

| | |
|--|-----|
| 4.1 Constitucionalismo: um processo dinâmico..... | 181 |
| 4.1.1 O Direito Constitucionalizando o Poder..... | 181 |
| 4.1.2 O Poder Transconstitucionalizando o Direito..... | 185 |
| 4.1.3 Um Olhar Reflexivo sobre o Poder..... | 190 |
| 4.1.4 O Espaço das Verdades Transitórias..... | 194 |
| 4.2 Hermenêutica Constitucional: de instrutora à construtora da Corte..... | 197 |
| 4.2.1 O Processo de Abertura Constitucional..... | 199 |
| 4.2.2 Decisão Jurídica Estruturante: do programa ao âmbito normativo..... | 202 |
| 4.2.3 Força Normativa: uma questão de vontade constitucional..... | 205 |
| 4.2.4 Tópica: argumentação jurídica para os paradoxos..... | 207 |
| 4.2.5 Criação do Direito e Diálogo Judicial: a interpretação dos paradoxos..... | 208 |
| 4.2.6 O Diálogo Judicial como Diálogo Hermenêutico..... | 215 |
| 4.3 Contramajoritariedade: o pêndulo de Foucault na jurisdição constitucional..... | 218 |
| 4.3.1 Suprema Corte: entre a ficção e a fixação jurídica e política..... | 219 |
| 4.3.2 Governabilidade Constitucional Cooperada..... | 224 |
| 4.3.3 O Tribunal Constitucional no Corte e Recorte de Políticas Públicas..... | 232 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.4 <i>Judicial Review</i> e “dificuldade contramajoritária”..... | 237 |
| 4.3.5 Motivação das Decisões: a função restrigente do diálogo..... | 246 |
| 4.3.6 A Natural Legitimidade do Tribunal Contramajoritário..... | 251 |
| 4.4 A Improvável Constituição Global: uma realidade ainda feliz..... | 263 |
| 4.4.1 Multiculturalismo: várias identidades, várias respostas..... | 266 |
| 4.4.2 Pluralismo: o consenso do diálogo e o diálogo do consenso..... | 270 |
| 4.4.3 Das Identidades Democráticas aos Diálogos Contextualizados..... | 274 |
| 4.5 Notas Conclusivas..... | 278 |

CAPÍTULO 5: SISTEMÁTICA DO DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS.....

| | |
|---|-----|
| 5.1 Proposição dos Diálogos Judiciais: sistematização ou teorização?..... | 281 |
| 5.2 Procedimentalizando o Diálogo Judicial: como ele deve ser feito?..... | 282 |
| 5.3 O Processo do Dialogismo Judicial (PDJ)..... | 285 |
| 5.3.1 Fases do Diálogo Judicial..... | 288 |
| 5.3.1.1 Fase da Identificação..... | 289 |
| 5.3.1.2 Fase da Correlação..... | 293 |
| 5.3.1.3 Fase da Aplicação..... | 298 |
| 5.3.1.4 Fase do Desenvolvimento..... | 301 |
| 5.3.2 Graus do Diálogo Judicial..... | 308 |
| 5.3.2.1 Nível Imaginário (Diálogo em Perspectiva)..... | 308 |
| 5.3.2.2 Nível Comparado (Pré-diálogo ou Diálogo Transitivo)..... | 312 |
| 5.3.2.3 Nível Recepcionado (Diálogo Incompleto)..... | 315 |
| 5.3.2.4 Nível Interpretado (Diálogo Completo)..... | 319 |
| 5.4 A Dinâmica do Dialogismo Judicial: relacionando as suas fases..... | 323 |
| 5.4.1 Da Impossibilidade de Progressão <i>Per Saltum</i> ou <i>Hopping</i> | 324 |
| 5.4.2 O Efeito <i>Jump</i> e os Diálogos Incompletos..... | 326 |
| 5.4.2.1 Os Diálogos Incompletos Provocado e Espontâneo..... | 330 |
| 5.4.2.1.1 Os Diálogos Incompletos Provocados Anômalo, Acidental e Casual.. | 332 |
| 5.4.3 O Diálogo Inexistente e o Diálogo Incompleto Espontâneo..... | 341 |
| 5.4.3.1 O Diálogo Inexistente, a “Liberação Constitucional” e o Efeito Transcendental do Julgado Externo..... | 343 |
| 5.4.4 Os Diálogos Completos e as Regularidades Formal e Material..... | 346 |

| | |
|--|------------|
| 5.4.5 O Efeito <i>Jumble</i> e os Diálogos Completos..... | 348 |
| 5.4.5.1 Os Diálogos Completos Diretamente Convergente, Indiretamente Convergente e Divergente..... | 349 |
| 5.5 Diagnóstico Constitucional do Processo do Dialogismo Judicial..... | 352 |
| 5.5.1 O Diálogo Inexistente como Perspectiva de Direito Comparado..... | 352 |
| 5.5.2 Os Diálogos Incompletos como Recepção do Direito Comparado..... | 353 |
| 5.5.3 Os Diálogos Completos e os Arranjos Constitucionais..... | 356 |
| 5.5.3.1 O Diálogo Completo Divergente como Inadaptação do Direito Comparado... | 356 |
| 5.5.3.2 O Diálogo Completo Indiretamente Convergente como Complemento da Norma Dialogada e o “Escape Constitucional”..... | 357 |
| 5.5.3.3 O Diálogo Completo Diretamente Convergente como Criação do Direito..... | 359 |
| 5.6 Notas Conclusivas..... | 362 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 365 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 376 |

DIÁLOGOS JUDICIAIS ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

INTRODUÇÃO

Não raras vezes se pronuncia de forma indiscriminada que “*tudo vale a pena se a alma não é pequena*”¹ ou que “*todos os caminhos levam a Roma*”², em um típico e imediatista comportamento do ser humano, como se em um jogo de palavras pudessem ser justificadas situações por vezes desconexas de contextos sociais.

Não obstante a expertise e conhecimento racional e, principalmente, o dom de propagação de valores imanentes ao estudo poético, parece crível aceitar que ao transportar tais ideais do plano metafísico para o estudo do mundo contemporâneo, percebe-se que as imaginações nem sempre guardam consonância com o desenrolar dos acontecimentos, dependendo, portanto, de uma transição, de uma questão de paradigma³.

E nessa linha de raciocínio pode-se perceber que a culpa não é do poeta, mas de uma sociedade que tenta buscar legitimações para atitudes que, sob o álibi de serem úteis e necessárias para a humanidade, acabam por propiciar comunidades desagregadoras em um cenário desconstrutivo. Ou talvez esteja a sociedade moderna imersa em um plano metafísico, quando, na verdade, deveria estar arraigada em inventos concretos de desenvolvimento social.

Seja de uma ou outra vertente construtivista, o ser humano tem se preocupado em conquistar espaços, desfrutar de apoderamentos estratégicos e desenvolver novas maneiras de relacionamento. Os caminhos para novas desafios e perspectivas seguem para “algum ou

¹ O trecho faz parte do poema “Mensagem”, que canta a *possessio maris* do “Mar Português”, de autoria atribuída ao poeta lusitano Fernando Pessoa, publicado em 1934.

² *Omnes viae Roman ducunt*. A Roma Antiga era o centro de um vasto Império, o qual era constituído, no século 1, da Bretanha (Inglaterra atualmente) à Pérsia (Irã na contemporaneidade) e sendo interligada por aproximados 80 mil quilômetros de *cursus publicus* (estradas em que mantimentos eram transportados e ordens imperiais encaminhadas entre as Províncias e a capital mais importante da época). O conjunto de estradas constituía a *abula Peutingeriana* (mapa viário do Império Romano).

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000. p. 58.

qualquer lugar”.⁴ E esta esperada ou repentina localidade, a depender de como é estigmatizada, pressupõe marcos que podem trazer liberdade e cosmopolitanismo ou até mesmo retraimento e nacionalismo.

Ao longo dos anos, a sociedade tem experimentado um crescimento assustador sem saber ao certo para qual prognóstico se ancorar. O desiderato de desenvolvimento é deveras inimaginável a ponto de se entender eventuais palpites de conquista como meros prenúncios de outras tantas novidades que poderão surgir.

Quando o próprio ser humano parece ter se superado, novos desafios são alcançados, demonstrando um sem-fim de possibilidades e imergindo a sociedade em uma incerteza que causa efeitos imprevisíveis. A cada recente e difícil etapa de crescimento, o ser humano parece se reinventar e alcança nível posterior mais complexo e em tempo recorde, caricaturando uma coletividade em estágios fragmentados⁵, tecnocientíficos⁶ e individualistas⁷, uma sociedade multinível.

O que dizer desse círculo de crescimento, em que novidades implicam desafios e metas denotam disparidades, fazendo com que a sociedade caminhe em uma corrida infatigável de cooptação de conquistas e desagregação de valores tão caros para a humanidade, a qual transita para o efeito diametralmente oposto ao de uma desdiferenciação.

Tais características remetem à reflexão de que a mundialização, mais conhecida como fenômeno da globalização, tem sido o palco desse cenário, que de poético não possui muito – ou mesmo quase nada – e que de preocupações está repleto. Uma delas, em bom tom exemplificativo, pode ser considerada a possível instabilidade da democracia e restrição nos espaços de participação da sociedade na política interna da sua comunidade ou de seu Estado Nacional.

À medida que o conjunto de práticas econômicas, sociais e políticas se internacionaliza, o Estado decresce e os mercados se desenvolvem de forma entrelaçada com

⁴ Cf. GOODHART, David. **The Road to Somewhere**: the populist revolt and the future of politics. London: Hurst & Company, 2017.

⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

⁶ KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 35.

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Ed. Manole Ltda, 2005. p. 38.

as grandes corporações, corroborando a sua própria crise, interferindo tal desordem nas práticas democráticas que passam – como em um efeito dominó – a se distanciar e propiciar o fraquejamento da política doméstica, desestabilizando a união democrática e mitigando espaços de participação social. O pluralismo encontra aqui um alentado obstáculo.

Tal inquietação alcança maior relevo quando se observa a volubilidade da soberania nacional, a qual pode adentrar em anormalidade ou se afastar do conjunto de dissabores emblemáticos da política econômico-social. A depender da forma de atuação do Estado⁸, da possibilidade de afinamento das raízes democráticas e da maneira de condução do efeito globalizante, o pêndulo pode se mover para várias possibilidades.

O modelo edificado pelo efeito da atomização global caracteriza-se por um paradoxo. O padrão na modernidade é não tê-lo. Desenvolvimento de informação, tecnologia e economia não se amoldam a medidas predefinidas, quando muito, arriscam-se palpites ou suposições muitas vezes repousados em altercadas informações ou pelo menos não confiáveis⁹.

A evolução da comunicação digital e os efeitos da tecnologia direcionada para articulação dos interesses dos grandes agentes globais durante as últimas décadas influenciaram sobremaneira o direito constitucional, produzindo permutas de experiências relacionadas aos pilares do próprio constitucionalismo, e este não se manteve infausto a esse dinamismo impetuoso, ocasionando abalos significativos aos avanços conquistados pelas constituições normativas e pela democracia pluralista.

Percebe-se, assim, que o termo globalização, apenas aparentemente desgastado ou empregado de forma inconsistente¹⁰, relaciona-se com vastas áreas do poder político,

⁸ Já se pode observar o Poder Público transferindo a tarefa de gestão para a sociedade, sob a sua supervisão. Na autorregulação regulada, assim, o Estado diminuiu seu poder de estipulação e eleva seu poder de fiscalização, supervisionando a auto-organização. Como exemplo desse efeito autorregulado na contemporaneidade, pode-se citar o *compliance* e o *accountability*, o que eleva o pensamento de Schuppert, para quem a teoria da regulação parece ganhar contornos avantajados em detrimento da teoria da legislação (Cf. SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Governance und Rechtsetzung**: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft. Baden-Baden, 2011). Em sentido correlato, surgem também os *next steps* e *neues steuerungsmodell*, compondo o que se convencionou chamar de *new public management*. Sobre a nova gestão pública, Cf. REHBINDER, Manfred. **Sociologia do Direito**. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 293.

⁹ Cf. VAIDHYANATHAN, Siva. **Antisocial Media**: how facebook disconnects us and undermines democracy. Oxford University Press, 2018.

¹⁰ STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. Coord. Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018. p. 245. Ao analisar o significado da globalização, o autor afirma que o termo “*tornou-se um dos mais empregados e, na mesma proporção, desgastados, nas últimas décadas. Ele pode se referir à densificação espacial, às interdependências políticas e*

econômico, social e até da humanidade como um todo¹¹. Com o orbe jurídico não poderia ser diferente, principalmente quando se analisam as finalidades precípuas do constitucionalismo contemporâneo como controlador do poder, bem como canalizador e solucionador de maneira pacífica dos conflitos sociais e políticos, contribuindo, assim, para a devida garantia dos direitos fundamentais¹².

Mais que isso. Não só o constitucionalismo não se mostra ausente à globalização como o é por ela desafiado. Não obstante as cooperações e interpenetrações em múltiplos níveis, que causam dependências a atores globais, caberia ao Estado ser o orientador e protetor dos seus governados, mas tal característica tem se mostrado instável, haja vista a elasticidade perimetral estimular um lugar consentido de gestão a instituições externas, registrando, assim, uma estatalidade menos hermética e mais colaborativa.

O ceticismo impregnado no cenário da contemporaneidade promove, portanto, veredas perigosas ou, talvez, promissoras. A depender de como a abertura estatal se processa ou venha a ocorrer – já que é um processo dinâmico e de resultados prospectivos – a democracia poderá ser tecnológica, a sociedade civil organizada poderá sofrer um fenômeno planetário e a soberania poderá caracterizar-se pela virtualidade.

Assim, quanto maior o grau de flexibilidade estatal para o compartilhamento de gestão com agentes globais, maior poderá ser também a assimetria entre os direitos e o próprio estado democrático de direito. O corolário desse espectro passa a ser o de incerteza, complexidade e indeterminação¹³, características não convidativas para a lucidez dos direitos fundamentais.

A obsolescência do estático modo de gerenciamento vertical entre Estado e indivíduos para o desbravamento da execução de tarefas transversas, e em rede, mediante a junção de

econômicas, à população mundial e ao ecossistema como um todo, bem como, recentemente, à humanidade como categoria. Igualmente variáveis são os enunciados, e isso em tal medida que o termo coletivo “globalização” passou a ser considerado como fórmula vazia”.

¹¹ STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. p. 245. No entanto, mais a frente o autor ressalta a importância do termo ao narrar que “*as possibilidades humanas de identificação vão desde a comunidade de vilarejos, passando pela paisagem, pela nação e pelo continente, até chegar à comunidade global. Cada ser humano vive em papéis múltiplos, e para cada um desses papéis existe um ordenamento jurídico correspondente*”.

¹² CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.); VILLAR, Gregório Câmara; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. **Introducción al Derecho Constitucional**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018, p. 40.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009. p. 21.

interesses agora não mais exclusivamente públicos, mas de uma gama de atores privados, amortece a democracia interna e alarga a indeterminação de garantia dos direitos revolucionariamente conquistados no período entre guerras.

A questão ganha relevos mais densos e tensos quando, em meio ao embate do provável com o improvável, faz-se a reflexão de como se protegerá direitos fundamentais conquistados mediante revoluções civilizatórias ou como o Poder Judiciário será capaz de solucionar problemas implexos advindos da sociedade global complexa.

A modernidade após as etapas revolucionárias trouxe uma inquestionável aceleração das relações sociais, colocando em contratempo a atuação do Estado enquanto garantidor de direitos e protetor dos indivíduos. A resposta imediata para problemas prementes e atuais torna-se não raras vezes impraticável de ser estabelecida pelo Direito, que acostumado na rigidez burocrática da vida pública de alguns séculos, prende-se na abstratividade de suas postulações resolutivas.

Diante disso, observa-se que a rigidez estatal precisa ceder espaço para uma flexibilização que seja conectada com o pragmatismo do Estado moderno, no sentido de se comunicar e se interconectar em intercâmbios de informações globalmente integradores e que colaborem para respostas constitucionais, ainda que sejam apenas transitórias, mas protetoras do arcabouço fundamental dos direitos.

Se os mecanismos tecnológicos de aproximação rápida de informações e que retiram a noção de espaço físico estão sendo utilizados por *global players* para a consecução de interesses privados a custo da involução democrática interna e das bases do constitucionalismo erigido mediante conquistas históricas, este mesmo processo constitucional necessita se utilizar de conceitos e atitudes compatíveis com tal momento para que direitos fundamentais não sejam frustrados e desrespeitados.

O paralelismo das formas sugere que a mesma via que restringe pode ser apta a ampliar resultados. Como, então, contingenciar os efeitos deletérios que a globalização produz na sociedade contemporânea? Como estabelecer proteção mínima a direitos fundamentais conquistados pelo avanço civilizatório da humanidade e assim trazer a constituição de volta ao centro do mundo jurídico-político?

O tom provocativo dessas reflexões sugere que a jurisdição constitucional precisa ser

jungida por elementos de sofisticação. Com a troca de vivências e dados, o direito constitucional e o constitucionalismo contemporâneo estão a desbravar possibilidades de soluções para estabelecer, no mínimo, um convívio equilibrado com os conflitos e paradoxos da comunidade reticular. Em meio à sociedade de diferentes níveis de performance e tendo em vista a permuta de semelhantes informações transmitidas pelas Cortes Constitucionais, pontuais formas de respostas aos impasses sociais¹⁴ merecem fazer incidir no constitucionalismo moderno, espaço estratégico para produção de crescentes conversações e conexões entre magistrados constitucionais.

Assim, a internacionalização de experiências vivenciadas por outros juízes constitucionais, sejam eles inseridos em democracias emergentes¹⁵ ou consolidadas¹⁶, faz brotar a percepção de que os problemas ao redor do mundo são semelhantes, sensibilizando sobremaneira a necessidade de diálogos judiciais, de análises compartilhadas de conflitos e estudos cooperados sobre os paradoxos da modernidade, a fim de serem geridos pelo direito constitucional e por sua projeção global no sistema jurídico.

A incidência temática não se estanca apenas nesse patamar de possibilidade. Após desproblematizar as implicações não benévolas da mundialização na sociedade atual e utilizar-se dos diálogos judiciais entre juízes constitucionais como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, resta elevar a discussão para uma disposição não mais de probabilidade, mas de pragmaticidade. Como efetivamente pode ser executada uma conversação entre Cortes Constitucionais ensartadas em diferentes contextos?

O presente trabalho busca, portanto, cooptar essas possibilidades e sistematizações, sugerindo reflexões úteis para um possível convívio harmonioso e dialético entre as Cortes Constitucionais¹⁷⁻¹⁸ nesse arranjo intrincado que a modernidade impôs, ou seja, instituir a

¹⁴ Para efeitos desta obra, os descontentamentos sociais, não obstante serem graduados por complexidades tênues e robustas, serão individualizados para significações com sentido único. Assim, quando apostos no texto vocábulos referenciando “conflitos”, “impasses”, “problemas”, “lide”, “litígio”, “paradoxos”, dentre outros, devem ser assimilados como expressões sinônimas. Sobre a nomenclatura “paradoxo”, Cf. TEUBNER, Gunther. “Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”. In: PEREZ, Oren e TEUBNER, Gunther (Org.). **On Paradoxes and Inconsistencies in Law**. Oxford, 2006. Sugere-se, ainda, a observação relatada na nota n. 101.

¹⁵ Cf. O'DONNELL, Guilherme. “Democracia Delegativa?”. In: **Novos Estudos**. CEBRAP. n. 31, out. 1991. pp. 25-40. Disponível em: <<http://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019; ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: contested power in the era of constitutional courts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

¹⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

¹⁷ ACKERMAN, Bruce. “The Rise of World Constitutionalism”. In: **Virginia Law Review**. Charlottesville/VA:

análise do diálogo judicial como meio para que as Cortes Constitucionais sejam criadoras efetivas da réplica constitucional, capaz de concretizar direitos fundamentais no contexto mundial.

Para tanto, a primeira parte do texto será composta pela análise da globalização e sua relação com a sociedade marcada pelo risco, abordando, ainda, a crise do Estado e sua repercussão no cenário de transformação do crescimento dos blocos econômicos, demonstrando como o fenômeno globalizante tem redimensionado as relações sociais no constitucionalismo, evidenciado a lógica do mercado e modificado o antigo e estreito espaço público para o moderno e alargado ambiente de constelações.

Nesse sentido, ainda na seara inaugural da obra, pretende-se discorrer sobre a sociedade complexa, que, diante de tantos avanços comunicativos, tem adentrado em processos de adaptação e de aprimoramento relacional das incertezas que a modernidade produz, culminando no tenso cenário entre globalização-democracia-soberania e na consequente vulnerabilidade dos direitos fundamentais.

Virginia Law Review Association. v. 83. n. 04, 1997. p. 794. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1073748?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 15 jul. 2019. Para o professor da Universidade de Yale, o direito comparado, considerado relativamente recente no mundo jurídico, abre possibilidade para eventuais equívocos, como os “nominalismos”, que podem propiciar entendimentos rotulados, muitas vezes inaugurando premissas falsas, a exemplo do significado de “Cortes Constitucionais”. No original: “*Comparative constitutional law is in its infancy, opening up many possibilities for a false start. One mistake is nominalism: many institutions call themselves 'constitutional courts', but this hardly makes them similar. Important differences are frequently obliterated by loose talk invoking a common label*”.

¹⁸ Com a finalidade de evitar os “nominalismos” de Ackerman, bem como retirar eventuais rótulos, premissas falsas, equívocos, dúvidas ou imprecisões acerca deste trabalho, convém registrar neste texto o significado da expressão “Cortes Constitucionais”, informando ao leitor que se trata de tribunais surgidos, em especial, no período pós-revolucionário do século passado, incumbidos de controlar o poder estatal, reafirmar liberdades e proteger grupos vulneráveis. As Cortes Constitucionais, de acordo com essa temática, possuem o sentido semanticamente estrito, ou seja, não são consideradas Tribunais Nacionais (como Cortes de Apelações internas de cada país), Internacionais (como a Corte Interamericana de Direitos Humanos) nem Supranacionais (como o Tribunal de Justiça da União Européia), mas, sim, são entendidas como Cortes Constitucionais garantidoras das funções do constitucionalismo, a exemplo do Supremo Tribunal Federal (STF), a Suprema Corte dos Estados Unidos (USSC) e a Suprema Corte da Alemanha, também chamada de Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfGE*). Sabe-se que uma das funções das Cortes Supremas, em geral, é a efetivação do controle de constitucionalidade. No entanto, nem todas elas exercem especificamente este desiderato, em razão das organizações políticas e jurídicas de cada Estado Nacional. Portanto, ainda que se possam extrair ideias não tão convergentes sobre suas funções, como o caso citado do controle de constitucionalidade, que, no direito francês, a título de informação, é exercido pelo *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), e não pela Suprema Corte francesa, assim como referenciar em alguns países a existência de tribunais com nomenclaturas dúbias e de competências diversas, a exemplo de Portugal, que possui o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional, sendo a última equiparada à Corte responsável por organizar, dirigir e tutelar a ordem constitucional portuguesa, conclui-se que expressões como “Cortes Constitucionais”, “Supremas Cortes”, “Juizes Constitucionais”, “Tribunais Constitucionais”, “Tribunais Supremos”, “Magistrados Constitucionais”, “Órgãos Judiciais”, “Órgãos de Instância Superior”, “Órgãos Máximos de Justiça”, “Ordens Constitucionais”, “Jurisdições Constitucionais” ou simplesmente “Corte”, dentre outras, são utilizadas, para efeito desta proposta teórica, como vocábulos sinônimos.

No segundo capítulo, por sua vez, convida-se o leitor a perceber o diálogo judicial como instrumento colaborativo para acomodação dos processos anacrônicos da mundialização, expondo que os efeitos desse fenômeno também atingem o direito constitucional interno e suas relações transnacionais.

Assim, propõe-se clarificar o sentido do diálogo judicial neste trabalho, delimitando o campo da pesquisa e explicando as diferenças relacionadas entre as vocalizações judiciais alinhavadas entre Cortes Constitucionais daqueles circulados entre tribunais inseridos no contexto de supranacionalidade, além de justificar os motivos pelos quais esta pesquisa se restringe apenas ao estudo dos diálogos judiciais perante os órgãos encarregados de resguardar a ordem constitucional.

Em uma terceira vertente capitular, dentre outros elementos, demonstram-se os aspectos metodológicos sobre os diálogos entre as instâncias judiciais supremas, explanando sobre as condições de sua realização, as suas características, explicando categorias especiais de conversação, demonstrando a natureza jurídica de uma decisão dialogada e relatando o seu objeto, quais as suas hipóteses de cabimento e quais as suas utilidades e finalidades.

Nessa fração da pesquisa, em razão de serem consideradas comunicações entre órgãos judiciais defensores dos direitos fundamentais e da Constituição, busca-se arrazoar peculiaridades dessa modalidade pretoriana de informação, reforçando a sugestão de participarem de uma metodologia específica e voltada para estilos horizontais de discursos jurídicos integradores.

Na parte consecutiva, procede-se à explanação das bases legitimadoras do diálogo judicial entre magistrados constitucionais, explicando quatro fundamentos capazes de demonstrar que a difusão de jurisprudência entre as Cortes Constitucionais pode se estabelecer de maneira sólida: o constitucionalismo, a hermenêutica constitucional, o caráter contramajoritário dos tribunais constitucionais e a improbabilidade de um regramento único global.

A abordagem desse tópico tem intento em sedimentar as raízes teóricas que sustentam as atividades comunicativas entre as Cortes Constitucionais, demonstrando de qual parte da teoria da Constituição são retirados os preceitos que contribuem para a formação de legítimos diálogos judiciais e como justifica-los na atividade sintetizadora da ordem jurídica.

Por fim, na última seção, com o intuito de estabelecer um trabalho propositivo, e principalmente relacionar a contribuição dos ensinamentos da metodologia e das bases legitimadoras do processo de conversação entre os tribunais, sugere-se uma sistematização de como realizar um diálogo judicial entre Cortes defensoras do sistema constitucional.

Nessa demonstração sistêmica de como o diálogo pode ser efetivado para que as juízes constitucionais sejam participantes de interações voltadas para a proteção da ordem constitucional, sugere-se o processo do dialogismo judicial dividido em etapas e estágios de concretização, em que o desenrolar normal ou não de suas fases pode produzir nova espécies de comunicações jurídicas, cada uma com repercussões para a prolação de decisões constitucionais protetoras dos direitos fundamentais no contexto global.

Sem a intenção de esgotar o tema, mas de apenas fomentar o debate acadêmico para provocar o leitor a reflexões relevantes acerca da necessidade de atuação compartilhada entre as Cortes Constitucionais na realização de um diálogo integrativo diante dos conflitos oriundos do contexto da globalização, é que se propõe a leitura desta obra.

CAPÍTULO 1: GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

1.1 A Lógica do Mercado na Sociedade Contemporânea

Com o processo de globalização e junção de mercados ocasionado pelo avanço tecnológico e científico, as sociedades contemporâneas tornaram-se mais consumistas e mercantilistas, voltadas para a cultura da efemeridade financeira, tornando o mundo mais capitalista, utilitarista e econômico do ponto de vista normativo.¹⁹

Surgem, assim, as facilidades de comunicação, de inter-relacionamento, de confiança

¹⁹Sem adentrar ao tema específico do “utilitarismo” e da “economia normativa”, relevante se faz analisar a observação feita por Richard Posner, ao afirmar que: *“utilitarismo e economia normativa frequentemente se confundem. O utilitarismo, no sentido mais comum do termo e também o que usarei aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade (‘o superavit do prazer comparativamente à dor’), acumulada por todos os habitantes (todos os seres sencientes, em algumas versões do utilitarismo) da ‘sociedade’, a qual pode representar uma única nação ou o mundo inteiro. Por outro lado, para a economia normativa, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social, termo não raro definido de forma tão abrangente que se transforma em sinônimo do conceito utilitarista de felicidade, exceto pelo fato de que geralmente não se inclui, no conceito de bem-estar social, a satisfação de outros seres que não os humanos”* (POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 59).

entre comunidades e de aplanamento do consumo. As redes, com seu crescimento reticular e cada vez mais entrelaçado, são responsáveis pela curiosa aproximação e invejável convivência de pessoas tão diferentes entre si.

Indivíduos dessemelhantes no sentido de opiniões produzidas, convicções explanadas, ideologias vividas, religiões profetizadas, ambições pretendidas, mas criaturas humanas formalmente iguais em um sistema argentário calcado na intenção ímpar de circulação de riquezas e de promover o crescimento do consumo, elevando, portanto, a condição humana à categoria de típicos consumidores.

Sabe-se que a ampliação de espaços de consumo em uma sociedade desigualmente fulcrada no ganho de abastanças fomenta as relações mercantis, gerando um crescimento das atividades de compra e venda de mercadorias e produtos e por conseguinte propiciando um consumo mais robusto até atingir um patamar de “confusão” entre pessoas e mercadorias, as quais acabam por se “fundir” ou se “integrar” num processo autêntico de vendas e de economia inclusiva (de abertura de participação econômica) e ao mesmo tempo exclusiva (incentivadora de desigualdades sociais).

Se o próprio ser humano está naturalmente inserido na sociedade capitalista, a ponto de se unir em um processo dinâmico com mercadorias, pode-se concordar com Zygmunt Bauman que o “objetivo crucial, talvez decisivo, do consumo na sociedade de consumidores” seja o de “elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis”, ou seja, “os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade”.²⁰

A condição de mercadorias vendáveis, a seu turno, é o liame vivenciado para inauguração do encurtamento de caminhos talvez não produtivamente intrafegáveis, aptos a abrolhar um emaranhado de possibilidades e de alternativas viáveis. O recrudescimento das comunicações e informações suavizam as fronteiras que resguardavam a tradicional hegemonia estatal, tornando irrelevante as distâncias físicas. Aliado a isso, a economia e meios de produção passam a não apenas serem sistemas de trocas, mas, sim, fenômenos interdependentes entre os componentes.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2008. p.76.

Neste contexto, revelam-se os blocos econômicos, que não mais se ocupam apenas do desenvolvimento econômico dos países integrantes, pois afetam sobremaneira a realidade social e humana, haja vista a dita interligação em rede.²¹ A distância geográfica²², nesta sociedade contemporânea, perpassa por analisar encurtamentos nunca antes verificados, sendo o interessante, assim, não mais a distância de localização terrestre, mas a facilitação ou aproximação das pessoas com os aparatos tecnológicos que vão tonificar uma relação que, antes, era atônica.

Entre a atonomia e a antinomia dos grupos sociais de outrora e de agora constrói-se uma densidade facilitadora dos meios comunicativos e, com estes, intensificam-se as propagações do conhecimento, da linguística e da lógica de mercado volvida para a flexibilização de tesouros e de contrapartidas que, de um lado, impõem grandes renúncias – como o tempo exagerado de exposição aos fatores tecnológicos em detrimento da busca pela fraternidade e crescimento da solidariedade no seio familiar – e, de outro, sobreposição de desafios e de concretização do alargamento de fronteiras mercantis e de lucros.

Mas, afinal, o que vem a ser o lucro? O lucro é acréscimo financeiro e aumento de capital de determinada pessoa?²³ É um sucesso profissional de melhoria nas condições de empregabilidade governamental ou empresarial? É a busca da felicidade ou a perquirição de um valor social?²⁴ Ou é um simples estado de espírito ou sensação de tranquilidade em confrontação com a desgastante guerra do convívio com as tarefas diárias de todo e qualquer cidadão nacional e, por que não, global?

O ponto chave desses questionamentos amolda-se na forma em que o mundo é observado. Encaixa-se na maneira de encarar o desenrolar pausado ou acelerado dos acontecimentos prementes do “leva e traz” de responsabilidades e desafios convividos na

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1426.

²² CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venâncio Majer. v. 1. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 496. Para Castells, os limites geográficos não são mais barreiras às relações econômicas.

²³ Nesse sentido de lucro como ganho de riquezas e fomento pelas práticas utilitaristas, Zygmunt Bauman afirma que “*a curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem)*”. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**. p. 31.

²⁴ Richard Posner pretende vincular a maximização da riqueza à maximização da utilidade, para quem “*a felicidade é um dos principais bens a que a maximização da riqueza conduz*”. Exercendo crítica veemente, Ronald Dworkin revela haver uma obscuridade na relação entre riqueza e utilidade, na medida em que afirma que a riqueza não representa “*um componente do valor social*” e nem constitui “*um elemento que, entre outros, compõe o valor social*” (POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. pp. 129-130).

sociedade mundializada, que tem, inclusive, emergido o pensamento comodizista de Bauman, para quem a comodificação “são déficits causados pela exposição do capital nativo à competição cada vez mais intensa resultante da globalização dos mercados de capitais, trabalho e mercadorias, e pela difusão planetária das modernas formas de produção e comércio, assim como dos déficits provocados pelos custos, em rápido crescimento, do ‘Estado de bem-estar social’”.²⁵

É bem verdade que esse “agora” pode conduzir as relações interpessoais e empresariais para um túnel obscuro de um futuro marcado por maiores riscos e perigos. É improvável prever as condições de sobrevalência e de sobrevivência de uma sociedade que já em tempos atuais beira um abismo de descontrolar-se pelo controle que acredita incipientemente ter.²⁶

O pseudo comando e conturbado domínio daquilo que é propulsor ou não para o crescimento global da sociedade faz sentido no mundo de incertezas e de eventuais desastres dos ares da (des)inclusão atual. E assim a crise financeira vai desestabilizando o sentido constitucional e estabelecendo limites externos para a democracia pluralista.

O paradoxo latente do mundo global estrutura e tonifica a palidez de valores existentes – ou que simplesmente sobraram – na sociedade mercantilista. A subsidiariedade das axiologias calcadas na exaltação e reconhecimento daquilo que é perene como a moral humana e a ética emancipatória parece regular o irregular reconhecimento de que a sociedade precisa de cuidado, proteção. Mais que isso, cooperação, fraternidade²⁷ e diálogo.

Em meio aos desejáveis avanços dos sistemas de rede mundial de comunicação surgem os indesejáveis sem-número de atitudes incongruentes de uma falta de solidificação

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**. p.15.

²⁶ Não é sem razão que Günther Anders afirma sobre a incapacidade humana de prever as implicações de atitudes concretizadas no presente porque são “ações cujos efeitos estão além do horizonte de nossa imaginação; ações essas que talvez não aprovássemos se pudéssemos imaginá-las”. Por isso, Anders afirma que somos todos “inocentemente culpados” (ANDERS, Günther; EATHERLY, C. R. **Burning Conscience: the Case of the Hiroshima Pilot**, Claude Eatherly, Told in His Letters to Günther Anders. New York: Monthly Review Press, 1962. p.1)

²⁷ Assim como Max Weber, é relevante pensar no ser humano, “pois todos podemos chegar a uma situação na qual necessitemos a urgente ajuda dos demais” (WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica. p.294). Para uma compreensão mais aprofundada da “fraternidade”, recomenda-se o estudo: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance** (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

do respeito popular. Notícias fundadas em inverdades assolam a mobilidade tecnológica adentrando no misterioso refúgio humano pela própria naturalidade de seu invento.

E assim vai se construindo e desconstruindo o devaneio das redes sociais²⁸ como se tivesse num eterno passe de bolas marcado pelo recheio de benefícios e valores, de um lado, e de malefícios e desvalores, de outro. Desta feita, a crise política vai afetando as condições internas da democracia participativa.

O anacronismo indelével do ritmo frenético dos usos e abusos consubstanciados pelas classes sociais e econômicas ocasionados pela aproximação assintomática de uma sociedade desigual²⁹ mas que parece se igualar por caminhos sombrios travestidos de promissores ou até mesmo por passagens alucinadas como se estivessem em uma “cegueira diante do apocalipse”³⁰ parece progredir para uma (des)organização de paradigmas democráticos e plurais.

Em uma perspectiva simplista, a globalização econômica leva o comércio à escala internacional, gerando crescimento do poder das empresas transnacionais em detrimento dos Estados Nacionais e dos trabalhadores. O avanço tecnológico e a revolução nos meios de informação e comunicação universalizam os direitos humanos e a democracia.

Noutro giro, se o desenvolvimento econômico escapa do controle do Estado nacional, suas consequências, como desemprego, pobreza, imigração, violência urbana, têm o seu equacionamento exigido do Estado social, iminentemente frágil para atender a essa crescente demanda, o que gera crises políticas que colocam em risco o futuro da democracia³¹.

²⁸ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”. In: **Nomos**. Le attualità nel diritto. n. 4, 2018. Disponível em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wpcontent/uploads/2018/09/Callehon.-conv-11.05.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

²⁹ Em uma de suas principais obras (“Política”), Aristóteles ensina que existem três binômios hierárquicos naturais: grego/bárbaro, homem/mulher e livre/escravo (ARISTÓTELES. **Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. I. 5, 1225a e 1254b e I. 6, 1255a). Norberto Bobbio, a seu turno, aponta que “*as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de um modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social*” (BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.43).

³⁰ ANDERS, Günther. **L’Obsolescence de l’homme**. Sur l’âme à l’époque de la deuxième révolution industrielle. Tradução de Christophe David. Paris: Éditions Ivrea, 2002. p.11. Para Anders, a cegueira apocalíptica guarda estreita relação com o progresso da humanidade, uma vez que em razão da onipresente ideia de desenvolvimento, grande parte da população mundial não se tornou apta em perceber a possibilidade de seu próprio extermínio.

³¹ Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. “Globalização, Sociedade de Risco e Segurança”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 246, p. 267-287, set. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41660>>. Acesso em: 08 nov. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v246.2007.41660>.

Se os Estados Nacionais adotam medidas para a proteção de seus cidadãos da livre atuação das empresas transnacionais, o fluxo de capitais acaba afugentado, gerando mais desemprego e miséria. Lado outro, o desenvolvimento econômico gerado pelos investimentos transnacionais não se apresenta como solução ao crescimento da exclusão social e da concentração de renda³².

Assim, ao mesmo tempo em que a mundialização dos mercados traz segurança, a insegurança caminha a passos largos nessa sociedade volátil, reflexiva e líquida. A busca pelo equilíbrio e pela manutenção da estabilização econômica, política e social perpassa, não raras vezes, por um argumento dual e anfibológico: a utopia.

Será que a utopia aqui narrada assemelha-se mais ao molde dado pelo iluminismo de Immanuel Kant³³ ou mais estruturada para a compatibilização do neopragmatismo de Richard Rorty³⁴? Com tais confrontações, a escolha por uma ou outra atitude utópica conduz a situações bastantes distintas entre si.

Independentemente de qual sentido adotar ou caminho a prosseguir, observa-se com clarividência que a globalização deve ser enfrentada como um processo, e não como um estado final e acabado. E, ainda, como um processo que possui estreita relação com o constitucionalismo contemporâneo e que traz em seu bojo potenciais situações de vulnerabilidade aos direitos fundamentais. Há, portanto, uma intrínseca complexidade envolvida.³⁵

1.2 A Crise de Identidade e a Desmonopolização do Poder Estatal

Registre-se que desde o início do século XX discussões sobre a instabilidade do

³² Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. “Globalização, Sociedade de Risco e Segurança”. In: **Revista de Direito Administrativo**. pp. 267-287.

³³ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. Importante informar, nesse particular, que “utopia” para o ensinamento iluminista de Kant significa algo inalcançável, distante, quimera, impossível de ser concretizado.

³⁴ RORTY, Richard. **Contingência, Ironia e Solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. No entanto, para o neopragmatismo rortyniano, “utopia” possui sentido de busca por algo, objetivo, *target*, algo que se pode concretizar, desiderato.

³⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. “Globalização, Direito Constitucional, Democracia e Sociedade: uma ‘breve reflexão’ no ‘pano de fundo’ da modernidade ou da pós-modernidade? Do estado nacional ou pós-nacional?”. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 56, pp. 63-100, jan./jun. 2010. ISSN Eletrônico: 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/112/104>> Acesso em: 08 nov 2018.

Estado são articuladas. O que antes era uma eventual crise consagrou-se em um visível declínio das bases estatais. E conjuntamente a esse reducionismo veio a lume um crescimento de instâncias de governança não propriamente públicas.

O Estado, anteriormente alçado à categoria de soberano, dotado de uma hipertrofia de mando e de imposição, de controle sobre os administrados e de superposição sobre a vontade do povo, deixou de atuar de cima pra baixo, como se em um movimento vertical de poderes incontestes, e passou a possuir uma relação coordenada e por vezes compartilhada.

Essa coparticipação ativa, caracterizada pela congregação de atitudes, deve-se ao surgimento das grandes corporações que deixaram de receber ordenações estatais e passaram a galgar voz e mando na sociedade, haja vista o crescente poderio social e financeiro dos grupos econômicos em razão dos efeitos da globalização e da retórica dos agentes mercantis, tão preocupados em difundir explicita ou implicitamente as suas propostas empresariais focalizadas na aquisição de lucro³⁶.

O poder de atuação do Estado parece se dissociar do poder político. Aquele, poder de agir estatal, começa a se inclinar em um direcionamento de práticas mercantis. Este, poder político, embora ainda continue sob a orientação do Estado, inicia um marco de decadência, de erosão de sua soberania, permitindo que tal condição suprema seja acomodada com um certo preenchimento de participação dialética do mercado.

A soberania a cargo do Estado, isoladamente considerada e no rigor clássico de seu termo de imposição de vontades, submerge para um fundo cinzento e nebuloso de intranquilidade, fazendo surgir uma improbabilidade de ações políticas e de forma diretamente proporcional uma possibilidade de condutas econômicas.

O mercado e o Estado inauguram, portanto, uma nova fase, uma etapa de interpolação de ordens, de influência e, principalmente, de posicionamento, o que, em tese, não significa – ou não deveria significar – entender tal interação como uma aliança contraproducente em seu todo, pois ao mesmo tempo que o Estado adentra em crise, renascem múltiplas oportunidades e opções de crescimento gradual, coordenado e de cooperação econômica.

³⁶ A despeito, ver: CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 16. O autor assim revela seu pensamento sobre a crise do Estado: *“Estabelece-se, assim, um entrelaçamento entre direitos, interesses e procedimentos refletem uma forte interrelação entre as economias – chamada de globalização – e visa recuperar os limites dos Estados quanto a essas interrelações por causa de sua jurisdição territorial”*.

No entanto, a esfinge central cinge-se ao fato de que o crescimento paulatino, relacional e de colaboração econômica, que deveria ser um renovador de esperanças para uma melhor tessitura protetiva de direitos, cede espaço para a relevância e velocidade da influência negativa de tal conjuntura, em especial para desestabilização e desrespeito dos direitos fundamentais.

A procura pelo poder e participação da agenda estatal por parte dos conglomerados é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada de uma ordem baseada e alimentada para a consecução de rentabilidades, mesmo que garantias constitucionais sejam, de certa maneira, brandamente aplacadas. E nesse palco de interações desiguais, o Estado desperdiça a oportunidade de embrenhar-se novamente no cíclico movimento da história, organizando, dessa forma, um típico “entrincheiramento político-econômico”.³⁷

Há uma correlação de forças. Ou melhor, na verdade, deveria haver tal arranjo organizatório. Mas nesse cenário o que mais parece se estabelecer é a sobreposição do realismo da nova geração cosmopolita sobre o ceticismo do Estado providência. Não se trata mais de analisar isoladamente o Estado e o indivíduo no contexto verticalizado, como outrora. A evolução dos “fatores reais de poder”³⁸ nos espaços de condução de orientações e regras exigiu uma atuação mais enérgica que a sua própria base estrutural não poderia mais permitir ser possível fazê-lo.

A globalização impõe aos integrantes do processo uma descontinuidade de tempo. A atemporalidade do próprio critério temporal, em razão disso, traz repercussões sobre o papel do Estado na modernidade. As formas de sua atuação já não são efetivas como eram em tempos pretéritos e, a depender da ótica, saudosas. A instabilidade estatal é uma perquirição que do ponto de vista tradicionalista não traduz dificuldades de apontamento, basta verificar a concentração exagerada de imposições vis a agente único para se examinar a impossibilidade

³⁷ O termo “entrincheiramento” aqui utilizado tem o condão de chamar atenção do leitor para a sincronia entre a “Guerra de Trincheiras” ou “Guerra de Posição”, principal tipo de estratégia militar da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) – que proporcionou um redesenho do mapa político da Europa e do Oriente Médio, assim como marcou a queda do capitalismo liberal e o desenvolvimento econômico e político dos Estados Unidos – com um “posicionamento de ‘inter-relação’ entre o Estado e os grupos econômicos”, que, nesta oportunidade, não sobreveio por meio de revolução combatente, mas por uma consequência de transpasse de paradigma paulatinamente edificado ao longo da história, culminando não em uma desgraça sem proporções, mas em uma esperança de possibilidades para a graça humana, abrindo espaço para o pluralismo político e para a cooperação global. Verifica-se, assim, que tais eventos assemelham-se ao fato de serem marcados por uma legítima mistura de atitudes fleumáticas e parcimoniosas em comum apoio a ações de regulação de estratégia e aglomeração de grupos para obtenção de mútua proteção.

³⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2014.

de isoladamente transfigurar paradigmas ou invenções.

Soma-se a isso o fato de o panorama de guerras travadas para conquista de espaços contribuiu para a fragilidade do corpo social. O crescimento industrial no início do século passado era pautado por atuação tênue das forças populares. O rancor e o poderio bélico iniciaram seu período de determinação. Enigmas constantemente eram desenvolvidos em cada participante do corpo comunitário. O déficit de valores e rupturas na forma de pensar, incongruências em posturas culturais e religiosas eram emergentes. E assim o indivíduo ia se dissociando do Estado e este se distanciando do dever assistencial e colaborativo³⁹.

O cenário se transforma quando a indagação se reveste de um tom liberal e progressista, para quem o avanço civilizatório não encontra amarras nem critério funcional, muito menos de temporalidade. A importância das atitudes é não ter relevância para a ociosidade. A frenética tentativa de superar as próprias conquistas está fazendo do Estado um “quase-fim” de si mesmo.

Neste quadro de estratégias dominadoras, a guerra não é somente bélica, mas se reveste de tons espalhados por várias estratosferas do aparato tecnológico existentes do avanço científico. Os inventos da cientificidade parecem agir de forma autofágica, alimentando-se de todo tipo de conteúdo que permeia a sociedade moderna.

Os fatos heroicos, nestas duas primeiras décadas do século XXI, já não são barulhentos como as armas de antigamente, mas atuam de forma silenciosa, vil e dissimulada, na tentativa de suavemente influenciar indivíduos, atingir instituições e colocar-se ao lado do próprio Estado, assumindo um posto, um comando. Investido em uma crise existencial, também provoca em si mesmo uma crise de identidade⁴⁰, diminuindo os seus gráficos referenciais de poder, desestabilizando o mundo social e causando intranquilidade aos governados.

A existência do Estado passou a ser indagada de maneira excludente. As bases de sua sustentação deslocaram-se para situações de vulnerabilidade, tornando-se tão sutis a ponto de se construir um espaço coletivo de participantes, incorporadores que adentraram no recôndito

³⁹ Basta refletir na afirmação de Georg Lukács quando em tempo da primeira guerra mundial afirma “*Quanto mais os fatos da arma são heróicos, pior é a guerra*” (LUKÁCS, George. **La Théorie du Roman**. Paris: Éditions Gonthier, 1963. pp. 05-06).

⁴⁰ HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2005.

estatal a um custo altíssimo, colocando em xeque as características soberanas e, por que não dizer, a autoridade potestativa do Estado?

Aludir que o Estado se estabeleceu em crise existencial não é, portanto, referenciar estar o aparelho estatal imerso, em proporções e níveis iguais, em declínio identitário. Mesmo considerando o Estado como partícipe desse colapso em sua unidade, a crise de identidade possui característica própria, pois não é estanque, mas dinâmica, evolutiva. Os vários protótipos edificados e constantes formas de relação do Estado vivenciadas ao longo da história possibilitaram uma penosa exploração das diferentes maneiras de se comportar às exigências sociais e econômicas de cada época.

Ao lado da influência inspirada dos movimentos políticos, a atuação do Estado era mutante, cambiária e flexível a ajustes e compromissos contributivos de toda sorte, a depender de qual meta de gestão estava sob a pendência de decisão. Muito embora tal elasticidade estatal se fizesse presente, não se poderia desconsiderar sua atitude rígida e hermética para certas transformações econômicas.

Durante novas gerações, olhares diferenciados eram feitos do Estado para si mesmo. E a cada reflexão nascia um novel aparato estatal, às vezes mais sensível à economia e inflexível à política dominante de cada época. As diferentes transfigurações da postura estatal propiciavam os desgastes de suas bases sólidas, a instabilidade de suas relações e a fragmentação do seu desempenho no poderio majoritário das relações sociais.

As alusões ao Estado, assim, propiciaram reveses na maneira de relacionamento com a política e com os avanços econômicos. A falta de regularidade desse processo e a possibilidade de se firmar como agente autônomo aos poucos foi sendo quebrantada, despedaçando-se gradualmente por gerações ou fatos históricos das civilizações.

Com os efeitos do processo de globalização, mais visíveis após as grandes guerras mundiais, despontaram no cenário mundial formas mais sofisticadas de controle de poder⁴¹,

⁴¹ As formas sofisticadas de poder podem ser refinadas pelo conjunto elitizados de pessoas físicas ou jurídicas ao redor do globo, que se reúnem basicamente para tratar de assuntos relacionados a indústria, finanças, educação, meio de comunicação, tecnologia, meio ambiente, ou seja, temáticas que envolvem política, economia internacional e desenvolvimento sustentável. Pode-se citar como os principais integrantes desta arena o Clube de Roma, o Clube de Bilderberg, a Comissão Trilateral, o Conselho das Relações Exteriores e o Fórum Econômico Mundial. A propósito do tema, Cf. MISCAMBLE, Wilson D. "George Ball: Behind the Scenes in U.S. Foreign Policy". *In: Journal History: Reviews of New Books*. v. 26, issue 1. 1997. pp. 38-39, DOI: 10.1080/03612759.1997.10525325. Disponível em:

ditados pela regra acelerada da conquista de mercados, da proliferação de discursos sócio-econômicos, da sinecura negocial, de perspectiva política e com as facilidades de mecanismos tecnológicos vultosos de atuação.⁴²

O fato é que o Estado tem sofrido essas duas crises que possuem concepções semelhantes, porém, distintas. Enquanto a crise de existência coloca em dúvida as bases constitutivas do Estado, questionando seu poder soberano, a crise de identidade ataca, além disso, a sua legitimidade de atuação na sociedade. A falta de legitimação, o sentimento de impotência e tolerância aos fluxos globais marcam o colapso institucional moderno.

Assim, pode-se inferir, mesmo que em nuança perfunctória, que apesar de estar enlaçado nas crises existencial e identitária, o Estado não deixou de ser Estado e ainda continua a sê-lo, no entanto, com força restringida e mitigada por uma série de correlações de forças que gravitam em nível semelhante ao dele, os atores globais da nova fase da estatalidade alargada da contemporaneidade.⁴³

Em outros termos, com a crise deflagrada nos ramos estatais e diante de sua fragilidade de isoladamente ditar os rumos e prognósticos do desenvolvimento social, os grandes controladores econômicos de mercados globais foram se inserindo paulatina e silenciosamente nas veias da sociedade consumista e mercadológica, atraindo consumidores, curiosos e autoridades do próprio Estado, surgindo, assim, parcerias entre os setores do governo e entidades privadas.

Em razão disso, verifica-se a faticidade do poder dos agentes econômicos no contexto governamental e para além de suas fronteiras, tendo em vista que seus centros emanadores de decisão, por vezes, são exteriores e com poder de influência global. A relação estatal deixa de ser isolada e soberana e adentra em um compartilhamento de ordenações. O Estado não comanda mais sozinho e “liderar” deixa de ser o vocábulo apropriado para fazer nascer um

<<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03612759.1997.10525325>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴² Sobre a relação dos efeitos da globalização e o surgimento dos novos arranjos geopolíticos, Cf. SETHI, S. Prakash. **Globalization and Self-Regulation**: the crucial role that corporate codes of conduct play in global business. London: Palgrave Macmillan, 2011.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. “La Construcción de un Derecho Común Iberoamericano: consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Trad. Mariana Rodrigues Canotilho. n. 11, Año 6, 2009. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/03GilmarFerreiraMendes.htm>>. Acesso em 12 jul. 2019. O autor destaca que “*el fenómeno de la internacionalización intensa en las relaciones multilaterales termina teniendo un efecto irradiante sobre todo el sistema constitucional*”. Em tradução livre: “o fenômeno da intensa internacionalização nas relações multilaterais acaba tendo um efeito irradiante sobre todo o sistema constitucional”.

sentido cooperado e de harmonização de atuações.

Nesse sentido, desponta o pensamento de Jan Klabbbers, para quem a “fragmentação, verticalização e constitucionalização formam a santa trindade do debate jurídico internacional no início do século XXI”.⁴⁴ É bem verdade que referida trindade pode ser versatilizada, a depender do fim perseguido, ou restrita, com o quebrantamento do monopólio estatal, a aspectos singulares da vontade plural da arena cosmopolita. Qualquer uma dentre essas opções é suficiente para entender que a trindade pode não ser tão santa como deveria ser.

A hierarquia estatal sublima e faz brotar em ato contínuo uma relação reticular, associativa, solidária, muito embora nem sempre o interesse de tais grupos seja o melhor para democracia ou esteja de acordo com as Constituições. O desafio se estabelece na forma como o Direito Constitucional e, em especial, o constitucionalismo contemporâneo pode equalizar e fazer frente ao contexto globalizado e de risco em que se está inserido, atuando em prol do respeito aos direitos fundamentais.

1.3 A Transformação do Espaço Público na Sociedade Complexa

O ser humano, em razão de sua natural imputabilidade, possui características positivas e negativas, qualidades e defeitos que o erigem em uma anacrônica disposição de capacidade construtiva de paradigmas racionais e potencialmente destrutiva de desigualdades decorrentes dessa postura desbravadora.

A biografia da humanidade é elucidativa desse citado paradoxo, o qual tem pouca relação com eventual tautocronia de uma ou outra atitude, mas, sim, grande pertinência com o perfil precursor. Nessa esteira de pensamento, vem a lume os relevantes avanços do poder bélico existente atualmente no mundo e a consecutória crise de identidade humana, instaurando visível temor de desavenças incalculáveis. A seu turno, pode-se citar também a inovação

⁴⁴ KLABBERS, Jan. “Setting the Scene”. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford, New York: Oxford University Press. 2009. p. 01. “Fragmentation, verticalization, and constitutionalization form the holy trinity of international legal debate in the early 21st century”. Para aprofundamento do discurso de Klabbbers, Peters e Ulfstein, Cf. SCHWÖBEL, Christine E. J. “The Holy Trinity of International Legal Debate”. In: **Leiden Journal of International Law**. v. 24, issue 4, 2011. pp. 1035-1056. doi:10.1017/S0922156511000495. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/issue/E177AD743101AEDE044EA2F475FA5E1E>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

tecnológica referente à utilização da inteligência artificial⁴⁵ e sua implicação na proteção do trabalho.⁴⁶

Não se pode olvidar das afamadas comunicações das mídias sociais, as quais em lapso temporal recorde disseminam um sem-número de noticiários, sendo importantes instrumentos da liberdade de opinião e difusor de informação, vetores de democracia quando sopesadas como elementos aglutinadores de pessoas que pensam de forma semelhantes e com ideias tuteladas pelo ordenamento constitucional, ainda que, em situações peculiares, sejam instrumentos de involuções em um simples clique.

A ascensão industrial e tecnológico emerge de forma degenerada na vida da comunidade global, que entre os enredos de um sistema horizontal de redes se entretém invariavelmente em tendências que aproximam, unem e até embaraçam pessoas, Estados e blocos econômicos. A civilização que antes era específica, regional e nacional passa a se caracterizar contextualmente como global. O foco das relações sociais descentraliza-se em fragmentos que se interligam em objetivos reticulares, trazendo uma noção de congregação de valores entre diferentes culturas⁴⁷, povos e nações.

A segurança e insegurança, portanto, convivem curiosa e paradoxalmente em um mesmo sentido, em um significado simultâneo de leva e traz, de vai e vêm, de construção e desconstrução, de verticalização e de horizontalização, de unicidade e de fragmentação, de vontade de Constituição⁴⁸ e, na mesma toada, na instituição de Constituições sociais parciais⁴⁹.

A volubilidade acima evidenciada sugere, então, uma arremate lógico: o ser humano possui dificuldades na compatibilização da sua capacidade laborativa com as relações nela desenvolvidas, de acordo com os adiantamentos existentes na sociedade, sejam eles políticos, administrativos, econômicos, jurídicos, enfim, entre os progressos copiosos podem ser

⁴⁵ Importante citar como exemplo da inteligência artificial no Judiciário brasileiro a adoção pelo Supremo Tribunal Federal do programa “Victor”, capaz de ler os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral.

⁴⁶ JASANOFF, Sheila. **The Fifth Branch**. Harvard University Press, 1994. *passim*.

⁴⁷ Sobre o tema multiculturalismo e sua relação com o pluralismo, vide SARTORI, Giovanni. **Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei**. Trad. Ruiz de Azúa e Miguel Ángel. Madrid: Taurus, 2001.

⁴⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. pp. 18-20. A Constituição é uma ordem legitimada e relegitimada de forma perene, e essa ordem jurídica só é eficaz com a vontade humana em concretizar a Constituição e a garantir o seu exercício – o que Hesse denomina de vontade de Constituição.

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. p. 47.

encontrados alguns regressos inapagáveis⁵⁰.

Ademais, a impossibilidade de explicar o presente com base no passado ocorre em razão da velocidade em que muda a forma de agir das pessoas, mais rápida que o necessário para a sua consolidação em hábitos e rotinas. É a vida líquida de Bauman, na qual as estratégias para a solução dos problemas tornam-se obsoletas antes que possam ser apreendidas pelos seus agentes⁵¹.

O panorama de crise do Estado e da impossibilidade de administrar e comandar as relações com seus administrados, nesse cenário de velocidade global, tolera a administração dos blocos econômicos. Um deles é o gerencialismo emanado da *new public management*, o qual concentra as suas forças na boa administração e na eficiência e efetividade das condutas de gestão. A nova gestão pública e os contemporâneos mecanismos de descentralização promovem a “autonomização da administração inferior”⁵², mas com a participação em algumas medidas dos gestores públicos.

É bem certo que tal panorama de novas inserções de grupos economicamente poderosos nessa relação entre o Estado e indivíduo brotou em razão de uma grande ajuda daquele, enquanto instituição incapaz que foi de possibilitar um crescimento vertical, sendo forçado para exacerbações horizontais de suas atitudes, o que fez proliferar grupos capitalistas desejosos de medidas políticas tendenciosamente dominadoras, restringindo, por conseguinte, seu poder soberano.⁵³

Inaugura-se, portanto, a passagem da bipolaridade para uma transição tripolar, em que Estado, indivíduos e as empresas multinacionais, ao tempo que possuem interesses aparentemente escusos e diferenciados entre si,⁵⁴ agregam-se para se cooperarem,

⁵⁰ Sabino Cassese ensina que “muitos problemas ultrapassam os limites do Estado, porque houve expansão de fenômenos sanitários, econômicos, meteorológicos etc; expansão denominada globalização” (CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. p. 25).

⁵¹ Para Bauman, “a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante” (BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p.8).

⁵² REHBINDER, Manfred. **Sociologia do Direito**. pp. 293-294.

⁵³ Nos dizeres de Zygmunt Bauman: “Muito mais revolucionária (e potencialmente fatal para o Estado, já que foi moldada durante a era moderna) é outra tendência que mina a soberania do Estado de modo muito mais profundo: a inclinação do Estado enfraquecido a passar muitas de suas funções e prerrogativas para os lados, e não para cima, cedendo-as aos poderes impessoais dos mercados. Ou a rendição cada vez mais abrangente do Estado à chantagem das forças do mercado, contrariando as políticas preferidas e endossadas por seu eleitorado e tomando dos cidadãos o status de ponto de referência e árbitro final das propriedades políticas”. (BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o Consumo**. p. 87).

⁵⁴ Coerente a afirmação de Adam Smith para quem o indivíduo “não pretende, em geral, perseguir o interesse público, nem está consciente da medida em que o persegue (...); visa apenas seu próprio lucro e é conduzido por

vivenciando um poder político e econômico globalizante e anacrônico. O design estratégico de poder afeiçoa novos arranjos funcionais. O desenho institucional tem se reinventado frente à transição civilizacional oitocentista.⁵⁵

A orientação geopolítica e espacial do mundo moderno, ao tempo em que sinaliza a crise estatal também demonstra sua relevância. Mesmo que em processo de declínio de suas arestas, o Estado tem se auto-organizado em meio a uma subpolíticação, na permissão de que agentes externos ao sistema político compartilhem do planejamento social. Crise e deficiência nem sempre significam fracasso e decadência, basta analisar que o declínio estatal promove acomodações negociais, mais adaptativas à modernidade, fazendo surgir um Estado dialogista.

A diminuição de parcela da soberania estatal, de um lado, propicia a auto-organização social, em outra perspectiva. O cerne da política atual é estabelecer a convivência salutar da reunificação de forças da sociedade. As arenas da política solidificam-se com organização social. O simbolismo político, assim, delega suas ocupações à sociedade organizada. Esse palco de interpenetração de atores globais de desenvolvimento econômico faz emergir um paradigma científico⁵⁶, um típico espaço de incremento da atividade política intercambiária entre Estado, sociedade e corporações⁵⁷.

Se em uma primeva análise observa-se o definhamento estatal, em uma verificação mais acurada percebe-se que o Estado está se reinventando. Portanto, delinear que a crise não é desgastante por inteiro e se caracteriza como um momento de bonificação, de louros prognósticos, não seria um exagero, muito embora seja um contrassenso, um conflito e um paradoxo característico de uma ordem idealmente global.

A contradição entre crise e bonança faz iniciar a transformação do panorama do Estado moderno. Mesmo que perdendo certa margem de atuação, tem encontrando comportas de crescimento. Como proposto por Ulrich Beck, “talvez isso não seja tão absurdo quanto parece à primeira vista. Reduzindo a uma fórmula: definhar mais inventar igual a

uma mão invisível (...) para perseguir um fim que não faz parte de suas intenções” (SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Oxford: Oxford University Press, 2008).

⁵⁵ Cf. GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da Incerteza**. 9. Ed. São Paulo: Pioneira, 1998. Galbraith assevera a interação as empresas modernas e a burocracia governamental.

⁵⁶ Como verificado pelo economista e filósofo austríaco Friedrich August von Hayek, a ciência jurídica não se resume somente à ciência normativa, sendo importante em sua construção um ordenamento fático como fundamentador ou balizador paradigmático (HAYEK, Friedrich August von. **Droit, Législation et Liberté: règles et ordre**. Paris: PUF, 1983. pp.127-137).

⁵⁷ Sabino Cassese cognominou esse espaço de “arena política” (CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. p. 90).

metamorfose do Estado. É assim que se pode esboçar e completar a imagem de um Estado que, como uma cobra, está perdendo a pele de suas tarefas clássicas e desenvolvendo uma nova ‘pele de tarefas’ global”⁵⁸.

Inserese, nesta seara, alguns desafios para serem transplantados por novos paradigmas contemporâneos, como os ideais de estatalidade aberta para garantia de defesa a direitos fundamentais.⁵⁹ O conjunto dessas tarefas globais se relacionam com o Estado de negociação, possibilitando alternativas de aberturas de mercados globais e impondo ordenações aos próprios sistemas sociais. Assim, a “arena política” de Cassese⁶⁰ e a “constelação pós-nacional” de Habermas⁶¹ são pensamentos compostos por redes de atores globais, tais como organismos internacionais, blocos econômicos, tribunais e sociedade civil.

A mundialização se projeta e provoca alterações em entendimentos considerados *standards* sobre nação, soberania popular e democracia. Por certo que não se está a defender uma sobreposição dos direitos sobre tais conceitos clássicos, mas, sim, uma novel revisitação de ideais inovadores diante da transformação espacial de poder na sociedade pós-revolucionária.

Os avanços da contemporaneidade vivem no antagonismo de criação e destruição. A sociedade moderna tem rematado suas bases e estruturas. O progresso se transforma em uma espécie de autofagia, um tipo de modernização desconstrói a outra e, ao mesmo tempo, a transforma. O processo de criação e destruição é etapa da modernidade reflexiva⁶².

Percebe-se, assim, que a modernidade reflexiva tem significado uma reforma da

⁵⁸ GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. 2.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p.66.

⁵⁹ Sobre o tema, Flávia Piovesan discorre: “*Dai a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível*” (PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 250).

⁶⁰ Remete-se o leitor à nota anterior.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera mundi, 2001. p.112. Dito de outra forma e utilizando os argumentos cognitivos de Habermas, só se pode confrontar de modo razoável as provocações da globalização se a sociedade conseguir desenvolver “*novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional*”. A constelação nacional se refere ao declínio estatal e à tendência de união políticas de Estados, ou seja, seria o transpasse das funções do Estado para organismos políticos da economia transnacionalizada. O teórico alemão inaugura, assim, uma perspectiva de pensamento de cunho mais político que propriamente científico mais observado na sua teoria comunicativa do agir.

⁶² Ulrich Beck ensina que a “*sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico*” (GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. p.13).

racionalidade, no sentido de participar de um processo de abolição das categorias de ordenação. O que era ordem vira desordem, os riscos tornam-se autocríticos, a normalidade sai de cena em prol de uma ambivalência histórica. É a modernização superando a modernização.

Esse conjunto de significados transformativos, baseados na desincorporação de formas tradicionais de modernidade e reincorporações de formas mais avançadas, fundem-se em um processo de modernização da modernização, cuja baliza orientadora encontra respaldo na individualização como forma social, ou seja, desintegração de certezas da sociedade industrial e invenção de novas verdades para toda a sociedade. Por tal razão, Ulrich Beck afirma que “a individualização e a globalização são, na verdade, dois lados do mesmo processo de modernização reflexiva”.⁶³

Diante disso, o constitucionalismo contemporâneo é desafiado pela identificação da função organizacional e integrativa desta nova ordem mundial globalizante, que desestabiliza a simetria entre direitos e democracia em uma sociedade pautada nas relações reticulares de decisão. A transformação da economia nacional de autodestruição em uma sociedade democrática e mundializada é um ponto de chegada para muitos duvidoso, o que faz aumentar o dissenso de que as atuais instituições arcaicas em sua forma de atuação serão capazes de concretizar tal desiderato.

O constitucionalismo atual precisa, dessa maneira, estabelecer novas formas de projeção de espaços participativos para simetrizar as relações entre direitos fundamentais e democracia, bem como propiciar um diálogo judicial internacional como captação de possíveis arranjos institucionais democráticos.

A solução do problema ainda se mostra um pouco distante. E enquanto a resolutividade parece distante, surge o momento de realizar um esforço idealizador, um embate discursivo de apriorísticas possibilidades equalizadoras dos efeitos indesejáveis da modernidade, mesmo que para tal finalidade sejam utilizados alguns exercícios de “imaginação institucional”.⁶⁴

⁶³ GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. p.31.

⁶⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. “A Constituição do Experimentalismo Democrático”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584>>. Acesso em: 04 Mai. 2019.

Não obstante as condições de resolutividade toem longínquas, é preciso desempenhar um contingenciamento dos efeitos deletérios da tensão decorrente da globalização e a concretização de direitos fundamentais para, pelo menos, propiciar uma administração coerente de suas implicações para a sociedade contemporânea.

Mesmo que vítima do seu próprio sucesso modernizador, a sociedade atual carece, com base nesse panorama, de prospectos constitucionais para inovar repensamentos propagadores do diálogo judicial como forma de procedimentalizar novos acordos morais. O constitucionalismo pode, portanto, criar novos contratos sociais na busca de controlar o descontrole da autocrítica da sociedade globalizante.

1.4 O Trilema Político da Economia Mundial: entre a resistência e a flexibilização no espaço democrático

A despeito dos desafios da sociedade contemporânea, as incertezas do mundo globalizado e as disparidades que conjugam o avanço sócio-econômico com o declínio de formas legitimadoras de participação democrática, de maneira consequencial, atingem aspectos da soberania interna do Estado Nacional. Enquanto os efeitos da mundialização econômica interferem na vida política e social do Estado de forma regulatória, as chances de tais políticas internas exercerem o seu papel democrático e emancipatório incidem proporcionalmente inversas.

A sociedade, ao invés de galgar espaços mais confortáveis e decisivos na busca da abertura de participação social, que pugnam pela elasticidade dos processos de opinião e decisão da vida político-econômica de sua comunidade, tem percebido efeito invertido, como entraves críticos de elevação democrática e dificuldades na exteriorização dos seus ideais plurais de progresso social. A impressão popular de crescimento impositivo das práticas econômicas reflexivas do processo de captação de espaços mercantis complexos têm restringido a prospecção de novas formas de liberação de uma sociedade em prol de um diálogo cooperativo e participativo.

Se, de um lado, a soberania estatal tem encontrado entraves para o estabelecimento e

progresso das raízes democráticas de seu povo, que, por meio de um pluralismo conjugado com a participação social, pode estabelecer uma sintonia interna em prol de um regramento capaz de restringir o processo desagregador liderado pela política de (des)inclusão de abrangência mundial, de outro, existe a soberania dos mercados que tem protagonizado um cenário de interdependência decisória e participativa, minimizando a democracia e elevando o domínio mercantil sobre a intenção do Estado, exercendo uma espécie de liderança consentida, na medida em que algumas de suas interessantes implicações se revertem para a comunidade.

Mas nem todos os efeitos são derivados e entregues à sociedade contemporânea de forma benéfica ou despreziosa. Atitudes consequencialistas derivativas de um “mal necessário” também se encontram impregnadas no seio social, principalmente quando se observa mais cristalinamente que para o alcance de um progresso desejado, malefícios são naturalmente perpetrados, colocando a sociedade em um risco incalculável, seja ele natural, de viés democrático, participativo, econômico ou político.

Tal efeito tem desnortado dissabores e o curioso enfoque ensinado é que o retorno de notícias negativas posteriormente a uma prática de atitudes positivas parece ser mais rígido e veloz como um movimento de um bumerangue⁶⁵, causando perplexidade e aprisionamento em um panorama em que prognósticos de efetivo progresso são intencionados, porém, não efetivamente assegurados.

Este embate entre os efeitos da globalização, os mecanismos de abertura democrática e a soberania do Estado Nacional sustenta, assim, um dos maiores desafios das sociedades contemporâneas, o qual Dani Rodrik descreve haver uma interdependência entre si chamada de “trilema político da economia mundial”.⁶⁶

⁶⁵ Ulrich Beck preconiza que: “em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente ‘latentes efeitos colaterais’ rebatem também sobre os centros de sua produção. Beck acrescenta: “os antigos ‘efeitos colaterais imprevistos’ tornam-se assim efeitos principais visíveis, que ameaçam seus próprios centros causais de produção. A produção de riscos da modernização acompanha a curva do bumerangue” (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. pp. 44-45).

⁶⁶ RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox**: democracy and the future of the world economy. New York and London: W.W. Norton, 2018. p. 184. Para Rodrik, “how do we manage the tension between national democracy and global markets? We have three options. We can restrict democracy in the interest of minimizing international transaction costs, disregarding the economic and social whiplash that the global economy occasionally produces. We can limit globalization in the hope of building democratic legitimacy at home. Or we can globalize democracy, at the cost of national sovereignty. This gives us a menu of options for reconstructing the world economy”. Em tradução livre, tem-se: “Como administramos a tensão entre a democracia nacional e os mercados globais? Nós temos três opções. Podemos restringir a democracia no interesse de minimizar os custos de transação internacional, desconsiderando o efeito econômico e social que a economia global ocasionalmente

Como o objetivo de unir tal cenário e demonstrar a relação da hiperglobalização com os espaços democráticos, o “trilema político” corrobora que o crescimento simultâneo de várias áreas de uma nação é tarefa não alcançável indiscriminadamente, precisando de certos arranjos para um caminhar mais coeso⁶⁷ da integração do Estado Nacional.

Nesse contexto de coesão, coerência e consistência integrativa, alargam-se as possibilidades de surgimento do embate entre democracia nacional e globalização profunda, uma vez que, entre as diretrizes desta última, tem-se o acessível fluxo de capitais, boas práticas de comércio e a exigência da redução da política interna calcada no pequeno governo e tensionada pelo isolamento dos tecnocratas das demandas populares, em nome dos grandes blocos econômicos multinacionais e investidores estrangeiros.⁶⁸

O choque de desígnios é verificado quando se insurgem conflitos internacionais entre os investidores alienígenas e os Estados nacionais soberanos, evidenciando, assim, por meio de diversas decisões de organismos internacionais⁶⁹, a proeminência do poder econômico conjugado em detrimento das soberanias e dos próprios investidores internos, os quais cedem espaço para o interesse globalizado, enfraquecendo seus objetivos de emancipação locais.

Nesse contexto de subversão, surge uma tarefa por demais severa e praticamente impraticável: a coexistência harmônica e compatibilizada, em um mesmo espaço, dos efeitos da globalização profunda, da democracia participativa e da soberania do estado-nação, principalmente porque, segundo Poul F. Kjaer, “o mundo é caracterizado por um nível plural de formação de estruturas, com várias lógicas distintas, mas entrelaçadas, que operam simultaneamente”.⁷⁰

Não obstante esse desiderato desafiador de tentativa de integração dos três pilares da

produz. Podemos limitar a globalização, na esperança de construir legitimidade democrática em casa. Ou podemos globalizar a democracia, ao custo da soberania nacional. Isso nos dá um menu de opções para reconstruir a economia mundial”.

⁶⁷ MacCormick estabelece a coesão como ausência de contradições entre normas de um sistema. (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 243). Transpassando esse entendimento para o contexto de integração do Estado Nacional, verifica-se a impossibilidade de significado contraditório entre a política interna e as outras balizas do sistema integrativo: globalização e democracia. Portanto, pode-se mencionar que não basta a mera coerência do trilema político de Dani Rodrik, mas, sim, a sua coesão em demonstrar que a decisão integrativa não contraria as normas democráticas e de crescimento econômico e político.

⁶⁸ RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox: democracy and the future of the world economy**. pp. 189-190.

⁶⁹ Como exemplo, tem-se a OMC (Organização Mundial do Comércio).

⁷⁰ KJAER, Poul F. **Constitutionalism in the Global Realm: a sociological approach**. London: Routledge, 2014. p. 01. Nas palavras do professor dinamarquês: “*The world is characterised by a plural level of structure-formation with several distinct, but interwoven, logics, all of which operate simultaneously*”.

sociedade contemporânea ser, por ora, na visão de Dani Rodrik, uma postura ainda de difícil alcance, existe uma possibilidade latente de se refletir a possibilidade de integridade mútua de ao menos dois desses alicerces, com a inferioridade do terceiro eventualmente não enfocado e, assim, iniciar uma maneira de administrar o choque existente entre os substratos da globalização, democracia e soberania interna.

Diante disso, Rodrik preleciona ser possível, a priori, a compatibilização entre a soberania do Estado-nação e os corolários da mundialização econômica, o que poderia ocasionar a preterição da democracia interna e pela determinação majoritária de domínio das relações da economia global⁷¹.

Em outro giro, ensina que ao se escolher por espaços democráticos e pelos efeitos da globalização, a soberania interna poderá restar enfraquecida a ponto de propiciar o eventual crescimento de uma governança global, a qual, diante da diversidade existente entre as nações, torna pouco provável o envolvimento dos Estados nacionais em regras comuns de mercado, aumentando a concorrência e as disparidades sociais.⁷²

Por fim, em um viés talvez mais promissor, a opção pela elevação da democracia e pela adoção de práticas de soberania, exsurge o controle da hiperglobalização, que poderia se caracterizar por meio de medidas protecionistas da economia e política interna, assim como restrições sobre os fluxos de capital. Tal perspectiva, portanto, corresponderia ao anseio de manutenção do Estado-nação como protagonista da política democrática.⁷³

Sabe-se que as democracias emergentes, acima de tudo, possuem o ideal de nação mais arraigado na busca de espaços de participação. Criam-se movimentos, inauguram-se manifestações e surgem uma quantidade pomposa de formas de participação muitas vezes desorganizadas entre si, o que acaba por propiciar um declínio que, no início, era bem intencionado e aparentemente controlado.

Organização democrática, dessa forma, brota como um parâmetro incondicional para a coerência⁷⁴ de uma soberania interna e dilatação de uma política doméstica de exploração de

⁷¹ RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox**: democracy and the future of the world economy. p. 201.

⁷² RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox**: democracy and the future of the world economy. p. 202.

⁷³ RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox**: democracy and the future of the world economy. p. 204.

⁷⁴ Analisando o pensamento teórico de Neil MacCormick, “*a lei conforme administrada nos tribunais deveria exibir coerência de princípios e não ser ‘uma selva de exemplos isolados’*” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. p. 243). Para ele, a coerência exige que as normas do direito

espaços plurais de inclusão social. O poderio interno de uma articulada política doméstica recebe a seu favor o benefício da sobrevalência frente às práticas de mundialização de mercados.

Assim, não se podem desprezar os arranjos sociais e as forças domésticas de participação, sob pena de o fenômeno da globalização não se compatibilizar com a política interna de um Estado-nação, o que faz convergir a conclusão segundo a qual a democracia nacional e a globalização profunda (hiperglobalização) são incompatíveis entre si, ou seja, quando a globalização entra em conflito com a política interna, esta possui tendência ao sucesso, fragilizando a conectividade e a integração econômica mundial.

Pensar sobre o crescimento e aprimoramento da soberania interna se torna excessivamente oneroso frente aos embates naturais criados com os efeitos da globalização profunda existente no mundo contemporâneo. Tolerabilidade e diferenciação são raciocínios conjugados, porém díspares um do outro. No processo inexorável da globalização, recomenda-se o uso da tolerância centrípeta frente às diferenças centrífugas do multiculturalismo dos povos.⁷⁵

Explanadas as possíveis situações e os eventuais caminhos que despontam nessa tentativa não usual de congregação de hipóteses de compatibilização entre pilares tão caros para a sociedade moderna, indaga-se: “é possível nesse contexto de tensão econômica, social e política a integração e instituição de uma economia globalizada em harmonia com a participação democrática da sociedade e, de forma simultânea, respeitando e tolerando a soberania interna de um Estado Nacional?”

A resposta a tal reflexão não está iminente mas flutua de modo eminente para um reconhecimento pelo menos preambular de que a resistência dessa interpolação entre as bases do trilema político pode ser relativizada a ponto de encontrar possibilidade de conjugação sob

vigente envolvam valores válidos para a sociedade. Assim, fazendo um paralelo do ensinamento de MacCormick com a soberania interna, pode-se entender que a coerência do mundo globalizado reside no fato de trazer valores agregadores para a comunidade, ou seja, buscar a integração do Estado-nação com a democracia, dentro de um contexto de inter-relação econômica, a fim de que tais elementos não ocorram de forma isolada, mas, sim, compartilhada.

⁷⁵ Influenciado pelos ensinamentos de Häberle e Habermas, Canotilho ensina que “*o papel integrador dos textos constitucionais implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas. A comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a ideia de constituição cultural e estado constitucional cultural*”. Na visão de Canotilho, a cultura é elemento essencial para que os participantes de uma determinada comunidade apresentem uma comunicação que seja cheia de interpretações, a fim de que se entendam sobre algo existente no mundo (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1427).

a forma de um “regramento global” ou “liberdade de atuação mitigada”, ou seja, de instituição de regras globais que possam redimensionar o regular funcionamento de democracias nacionais, destituindo eventuais possibilidades de contradições intrínsecas entre um regime global baseado em diretrizes de instrução e a democracia nacional.

Apesar desse início de possibilidade, não se pode colocar em oblióvio que as convenções da globalização profunda, especialmente quando se referem à redução de custos de transação na economia internacional, colidem com as ideias de democracia, uma vez que objetivam interesses financeiros de grandes grupos econômicos (empresas multinacionais, grandes bancos e investidores de acesso ao mercado por meio de custos diminutos), em possível detrimento de outras finalidades sociais e econômicas.

Portanto, as estratégias para a manutenção e fortalecimento de uma democracia nacional possuem seu ponto de partida, essencialmente, na ciência e no enfrentamento do “trilema” apresentado, demonstrando tal preocupação ser intrínseca ao paradigma contemporâneo da mundialização.

1.5 Regramentos Globais e a Fragmentação de Objetos Normativos

A globalização provoca um contexto de aceleração e transformação em áreas como a economia, cultura, política e tecnologia. Dentro dessa perspectiva multidisciplinar, surgem novos agentes de poder, tanto públicos como privados, razão pela qual se pode concluir que o Estado já não é o protagonista do cenário jurídico.

Aliás, esse processo de ser o figurante principal do espaço democrático de decisão ou o possuidor do monopólio da autoridade, de há muito, já não é mais o ponto forte do Estado. O *povero gigante scoronato* de Giuseppe Capograssi⁷⁶, portanto, cede sua posição de superioridade ao crescimento horizontal e emaranhado da sociedade multinível, a sociedade global.⁷⁷

Importante frisar que tal crescimento reticular, oriundo do processo da mundialização,

⁷⁶ CAPOGRASSI, Giuseppe. **Saggio sullo Stato**. Milano: Bocca, 1918. Capograssi se refere nessas palavras ao Estado como um “pobre gigante destronado”.

⁷⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

também possui implicações na área jurídica. O sistema jurídico não estaria nem está blindado a ela. A relação entre a globalização e a ciência do direito é uma realidade premente na sociedade implexa, haja vista a quantidade de regramentos globais que regulam casos jurídicos e não jurídicos.

Os diferentes atores do mundo globalizado, estruturados em associações ou grupos sociais segmentados, os quais surgiram em razão do emaranhado de relações praticadas com a inserção dos novos agentes globais no processo de opinião e decisão da arena pública, tem realizado um crescente movimento de produção de *codes of conduct*, regramentos abstratos, sem a legitimação típica do Estado, ou seja, por meio de processos internos de construção de regras abstratas com poder de imposição.⁷⁸

Sabe-se que a atividade de produção de normas legais abstratas e impositivas, função tipicamente legislativa, traz como requisito o devido processo legislativo, caracterizado pelo debate entre comissões e análises de projetos com amplas discussões, além de quórum específico para aprovação do Parlamento. Costumam, então, ser consideradas como normas de *hard law*.

No entanto, diante da plasticidade da estatalidade contemporânea e devido ao movimento globalizante, determinados grupos econômicos ao realizarem as suas atividades finalísticas, na maioria das vezes em caráter além das fronteiras do Estado, tem criado regulamentações de auto-organização, mas sem o crivo do sentimento político do Estado. Tais regramentos pertencentes à categoria do *soft law* tem sido cognominados de “objetos normativos não indenticáveis”.⁷⁹

A enxurrada de regramentos do *soft law* pode provocar uma enchente para o Estado, uma vez que com ordenamentos horizontais impositivos em escala global, a soberania estatal evidencia um certo naufrágio, já que o movimento de fora para dentro sofre o debelo de se comportar conjuntamente com os atores da novel arena política, envolvidos no que se pode

⁷⁸ Essa dimensão do espaço público tem na Europa, portanto, um exemplo palpável de numerosas vozes decisórias. O espaço público na União Européia possui uma governança política descentralizada e os atores transnacionais participam de decisões em um sistema marcado pela policentria, fragmentariedade, interdependência e caracterizado pela ausência de claras hierarquias. Eis a razão de ser considerado um sistema multinível de governação. Cf. MORATA, Francesc. **Gobernanza multinivel en la Unión Europea**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

⁷⁹ Nomenclatura utilizada por Benoit Frydman como UNO (*Unidentified Normative Objects*). Cf. FRYDMAN, Benoit. “A Pragmatic Approach to Global Law”. In: **Working Paper**. 2013. pp. 01-18. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 04 maio 2019.

chamar de um pluralismo jurídico transnacional⁸⁰.

Com efeito, despontam as assertivas de Pérez Luño, para quem a legalidade tem suportado modernas tendências de construção e desconstrução. A metamorfose da lei tem sido arquitetada para atender às necessidades deslocalizadas da atual sociedade fluida, caracterizada pela perspectiva transversa e multidimensional da desterritorialização e desnacionalização regulatória. As estruturas ordenativas acolhem um “transbordamento das fontes do direito” em escalas de supraestatalidade e infraestatalidade normativas.⁸¹

Os regramentos globais, portanto, caracterizados em termos genéricos como extensos emaranhados de normas, são exemplos de comunicação dos sistemas parciais globais, são constituições de instituições sociais, que com o aprimoramento e a exigência influenciadora dos mercados mundiais acabam por iniciar confusões jurídicas entre *soft* ou *hard law*.

É bem verdade que tais regramentos não possuem a devida promulgação do Parlamento nem apresentam raiz de matiz jurídica típica, haja vista que são ordenações internas, sem efeito vinculante, sem exigência de sanções jurídicas e destituídas do fundamento de validade dogmático das normas jurídicas por excelência.

Muito embora tais características sejam, em tese, de *soft law*, a vinculação intrínseca para os agentes envolvidos e coordenados por tais ordens regulamentares internas, com sanções específicas, principalmente verificáveis pelos crescentes mecanismos e departamentos orientadores de programas de integridade, com gradual aceitabilidade e até exigência em determinados procedimentos do setor público, fazem com que essa ordem se inverta paulatinamente e passem a considera-las em um novo patamar de aparente *hard law*.

As organizações não governamentais, organismos internacionais, empresas multinacionais e sua complexidade de redes estão, em termos práticos e além das fronteiras nacionais, forçando o aparato estatal a andar de forma paralela às finalidades de tais grupos, na medida em que cede suas forças para outras entidades mercantis. Dessa maneira, solidifica-se a fragmentariedade de regramentos de conteúdos singulares e em desconformidade com a

⁸⁰ TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State*, ed., Dartmouth, pp. 03-28, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 04 maio 2019.

⁸¹ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho**. Madrid: La Ley, 2011; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

autonomia do Estado nacional, uma nova tendência da chamada *lex mercatoria*⁸², entendida como “ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional”.⁸³

Uma nova realidade constitucional do mundo globalizado predicaliza-se por múltiplos regramentos coexistindo em paralelo, tanto estatais como oriundos de instituições sociais não estatais autônomas⁸⁴. As diferentes atuações e objetivos por vezes não complementares entre indivíduos, Estado e as associações ou grupos sociais segmentados promoveram um movimento de organização de regras com o desiderato de garantir soluções para os problemas globais.

Da mesma forma que a sociedade global é entrelaçada por agentes da arena política, os problemas também se mostram emaranhados por uma série de complexidades, como a diversidade social e cultural dos povos, que atingem níveis diferentes de organização, língua, participação, costumes e educação. Sabe-se que as dificuldades em nível global são intrincadas e implexas, capazes de interferirem em um sem-fim de comunidades espalhadas pelos limites geográficos do planeta. Problemas mundiais demandam soluções globais, que, por sua vez, exigem a criação de regramentos de mesma natureza.

De tal descrição já desponta a evidência de que os regramentos globais também são prolixos. E por mais paradoxo que seja, tal complexidade surge para minimizar ou reduzir a abstrusidade. O imbróglio, portanto, nasce do seu propósito de criação. Na tentativa de desdiferenciar os problemas, outro surge tão mais confuso quanto o primevo. E assim continua o desafio da mundialização jurídica. A busca por soluções faz brotar inconsistências.

Os problemas e temeridades da modernidade precisam ser contingenciados. E nesse particular se apresenta um outro aspecto dos regramentos globais⁸⁵, desta feita, mais convergente às finalidades do Estado, uma vez que visam à tutela de direitos potencialmente

⁸² Cf. MORAND, Charles-Albert. “Le Droit Saisi par la Mondialisation: définitions, enjeux et transformations”. In: MORAND, Charles-Albert (Coord.). **Le Droit Saisi par la Mondialisation**. Bruselas: Bruylant, 2001. Morand, mais precisamente entre as páginas 81 e 97, exemplifica a *lex sportiva* e a *lex informatica* como pertencentes ao *droit anational* (direito nacional).

⁸³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. pp. 166-167. A relevância da moderna *lex mercatoria* para a transnacionalidade negocial, que os Estados e os atores do comércio internacional têm adotado, pode ser resumida no uso das estruturas tecnológicas da economia digital, a exemplo das moedas virtuais, da uberização e do *Blockchain*.

⁸⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. p.107. Discorre o autor que “*no mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade*”.

⁸⁵ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. “La Producción Normativa en Tiempos de Globalización”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 11, año 6, enero-junio de 2009. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>>. Acesso em 15 ago. 2019.

em risco na sociedade contemporânea.

Imprescindível referenciar que a finalidade principal dos agentes globais relacionada ao repartimento do poder e obtenção de lucros, ao tempo em que mitiga a soberania estatal, provoca certa ampliação de possibilidades de controle protetivo aos direitos fundamentais. Materializa-se nesse argumento o caráter renovador do âmbito estatal, o qual em determinadas situações recebe colaboração das organizações privadas.

Como forma de exemplificar algumas dessas zonas de contato entre os agentes globais e o Estado, e, assim, demonstrar as interseções entre a globalização e o pluralismo de regramentos transnacionais, pode-se dizer, inicialmente, que as relações jurídicas entre os agentes da arena política não são isoladas e estanques, antes vinculam diversas partes do mundo e seus efeitos vão mais além do Estado, em verdadeira rede de conexões.

Tal assertiva ganha relevo quando se analisa que os conflitos em escala mundial dizem respeito aos principais problemas que afetam a humanidade, como o desmatamento, a engenharia genética e o terrorismo, cujos efeitos das condutas não se limitam ao local onde o problema surgiu e nem podem ser eficazmente resolvidos isoladamente.

Ademais, conforme já mencionado, no cenário de resolução dos problemas, aparecem diferentes e heterogêneos atores a interferir no Estado, os quais, de regra, dizem respeito à proteção da liberdade de expressão, do meio ambiente, do direito à saúde e do direito de defesa, imbricados em perspectivas de participação dos agentes de poder global.

Outrossim, a velocidade das informações também é um fator relevante e que precisa ser analisado com compromisso, em razão dos efeitos positivos ou negativos que, inevitavelmente, propagam no contexto interno e externo, principalmente consubstanciados pelo uso dos provedores de internet, verdadeiros instrumentos de estabilização ou de involução democráticos.

Contudo, não se pode negar seu papel como meio de possibilitar a participação mais enérgica do cidadão no seio social, que, atento aos rumos e cenários internos e externos, informa-se, manifesta-se e se comunica. A tônica negativa não é a internet em si, mas, sim, o estilo de como é empregada. É um processo de construção inacabado, tal qual a globalização também o é.

Por fim, registra-se que o estudo dos regramentos transnacionais e sua possível integração com as regulações abstratas e democráticas possuem proeminência para o sistema jurídico global, uma vez que direta ou indiretamente podem se vincular a normas jurídicas (princípios ou regras) presentes na Constituição do Estado nacional, galgando, portanto, âmbito constitucional e muitas vezes sendo *standards* referenciais para solução de problemas relacionados a eventuais inobservâncias dos direitos fundamentais.

1.6 A Democracia Pluralista no Contexto de Crise

A constante flexibilidade do Estado para convidativas práticas de agentes globais preencherem as lacunas que antes eram reservadas aos agentes estatais, por certo, desencandeou duas grandes crises do constitucionalismo contemporâneo.

Os efeitos da globalização e as implicações deveras comprometedoras da nova gestão pública propiciaram entraves significativos em duas searas da sociedade moderna e que tem causado uma involução democrática de proporções inimagináveis para o futuro do Estado democrático de direito. As agendas governamentais relacionadas aos planos financeiros e comunicativos tem sido a tônica da instabilidade ocasionada pelos agentes mundiais, trazendo reflexos de inconstâncias democráticas no ponto de vista externo e interno.

A crise do ponto de vista externo assim se caracterizou em decorrência dos efeitos que se produziram aos processos políticos do Estado, com imposições de condições econômicas limitadoras originadas de fora para dentro, resultando na exteriorização e vulnerabilidade do poder estatal, principalmente quando a Constituição passou a ser interpretada economicamente sob o argumento de que a crise econômica instaurada exigiria tal conduta dos agentes envolvidos⁸⁶.

Tal situação, dessa forma, ocasionou a debilitação da legitimidade das Constituições nacionais, as quais cederam espaço para as questões econômicas invadirem o cenário nacional, deslocando a Constituição para a periferia do espaço público, restringindo, por conseguinte, a sua força normativa, o pluralismo como valor imanente e a sua característica de reguladora da

⁸⁶ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”. In: **KorEuropa**. Enna. Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna. n.1, 2012. Disponível em <https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco_Balaguer_Callejon_numerato.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2019.

dinâmica social⁸⁷.

Sob o enfoque interno do Estado, a crise verificada, bem mais recente que a anterior, ocorreu em razão do uso dos veículos comunicativos de massa relacionados às redes sociais. Os agentes globais, utilizando-se dos serviços dos provedores de internet realizaram involuções nos processos de cidadania internos, mediante a utilização de aparatos tecnológicos nas propagandas realizadas na rede mundial de computadores, corroborando o que Frosini arquitetou de “horizonte jurídico da internet”.⁸⁸

A bem da verdade é que a gravidade de ambas as crises verificadas no século atual são vultosas e criam quadros de instabilidade democrática, atingindo sobremaneira a cidadania, as normas constitucionais e restringindo os direitos fundamentais. No entanto, não se pode negar que apesar da importância da crise financeira, que mudou o olhar da Constituição, iniciando uma fase de interpretação econômica das normas constitucionais, a crise de cunho interno ocasionada pela utilização das redes sociais com finalidade empresarial mostra-se mais ativa, haja vista afetar processos políticos de formação da vontade estatal.

A preocupação com as bases do constitucionalismo, diante dessa crescente situação de vulnerabilidade, aumenta em relevo e significância quando se analisa os fatores influenciadores da crise sob o ponto de vista do pluralismo democrático.

A crise econômica, externa⁸⁹, atinge a democracia a partir do momento em que o Estado inicia um processo de permeabilidade dos anseios dos blocos econômicos, os quais colocam a vontade estatal fora do centro jurídico e político de decisão. O pluralismo democrático, assim, sofre uma mitigação disfarçada de apoio econômico dos atores da arena política. Assim, o questionamento do discurso da interpretação econômica da Constituição não somente possui a finalidade de reconstruir as condições formais da democracia pluralista, como também dos próprios direitos fundamentais.

⁸⁷ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “Una interpretación constitucional de la crisis económica”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 19, 2013c. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE19pdf/15_FORO_BALAGUER.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁸⁸ Cf. FROSINI, Vittorio. “L'orizzonte giuridico dell'Internet”. In: **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, n. 2, 2000. pp. 271-280. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/08_FROSINI.htm>. Acesso em 12 jul. 2019.

⁸⁹ Pode-se elencar como fatores para crise econômica externa: crise do petróleo nos anos 70, desenvolvimento progressivo de grandes bolsas de capital financeiro e especulativo, a queda do muro, a integração dos países do leste europeu, a unificação alemã e a adoção e implementação do euro como moeda da União Europeia.

O panorama muda de situação quando a crise comunicativa, interna⁹⁰, subverte a lógica da participação social em um processo legitimamente democrático. Isto porque ela não somente causa uma mitigação do pluralismo, como também um retrocesso em sua forma de exercício, já que atinge a vontade estatal de dentro para fora, desestabilizando o sentido da própria cidadania.

As crises narradas não somente têm marcado a inserção das vontades dos conglomerados dentro do Estado como tem também ocasionado problemas estruturais, afetando o sustentáculo do constitucionalismo, logo no momento em que as constituições normativas galgavam maiores reconhecimentos de terem sido as ordenações com previsões aos direitos e garantias do cidadão conquistados mediante históricos eventos de revolução.

É de se dizer que economicamente as bases do Estado social estão se rompendo e sendo desgastadas as suas raízes culturais. No plano comunicativo, a sociedade tem sofrido um processo de enclausuramento e mudança nos padrões dos partidos políticos, dificultando os processos de consenso e aflorando dissensos sociais. O retrocesso civilizatório aufere, nesse sentido, contundência ativa.⁹¹

O constitucionalismo está perdendo suas forças, deslocando seu poder para as extremidades e marginalizando a sua atuação, vulnerabilizando direitos fundamentais face aos anseios dos atores globais. O auge do constitucionalismo em que os blocos econômicos necessitavam de políticas públicas e econômicas para a consecução de suas finalidades sob o aval do Estado não se faz mais presente.

Essas mudanças exigentes e árduas, a um só passo, demonstram a mutação na organização mundial, inserindo-se, nesse particular, o que Saskia Sassen intitulou de *tipping point* ou *jump tracks*, considerados como verdadeiros “pontos de inflexão” ou “saltos dos trilhos” gerados pelo processo globalizante e pelo seu processo fragmentário e transnacional. Tendo em vista esse panorama pouco estimulante, mas indubitavelmente presente, as rupturas no constitucionalismo acumulam específicas peças que formam o jogo do espaço estratégico,

⁹⁰ Elenca-se como exemplos da crise comunicativa interna: a intervenção de Cambridge Analytica / Facebook no referendo do Brexit e na eleição de Donald Trump para Presidência dos Estados Unidos, bem como a influência da internet nas eleições presidenciais do Brasil, França, Holanda e Turquia.

⁹¹ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”. In: **Nomos. Le attualità nel diritto**. 2018.

do poder global.⁹²

A globalização propiciou esse alargamento do Estado, iniciando uma fase de estatalidade aberta, em que a sua aprovação é relativamente despicienda, sem a importância de outrora. No paradigma financeiro, a influência é dos blocos econômicos. No plano político, o encargo encontra-se nas mãos dos agentes da comunicação global. O cenário das duas grandes crises do constitucionalismo contemporâneo assim se forma e se solidifica.

A crise econômica caracterizou-se pela lentidão e por condutas mais retardatárias, de passos mais cadenciados e, portanto, de proporções menores que a crise comunicativa, muito embora com efeitos indesejáveis para a democracia pluralista. Situação antagônica se reveste a crise da comunicação e dos espaços cibernéticos, em que a propagação de prognósticos incertos e de prospectos instáveis de progresso implicam desastres para a cidadania, ensejando polarizações digitalmente autoritárias, eufemizadas pelo populismo cibernético e pelas mudanças da “pós-política afetiva” na sociedade contemporânea.⁹³

A internet possui benefícios vultosos e que geram possibilidades de participação social e de crescimento institucional. A propagação de informações para aqueles que possuem déficits econômicos e culturais é apenas um exemplo da grandiosidade do espaço virtual. No entanto, não é sem razão o pensamento de Keen quando sustenta que a “visibilidade é uma armadilha”.⁹⁴

A sua utilização inclusiva e formadora de consensos tem cedido espaço para uma internet em tons anacrônicos aos da lógica democrática, principalmente quando se verifica o

⁹² SASSEN, Saskia. **Territory, Authority, Rights: from medieval to global assemblages**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006. pp. 08-09. A socióloga holandesa ensina que: “*the critical issue is the intermediation that capabilities produce between the old and the new orders: as they jump tracks they are in part constitutive and at the same time can veil the switch by wearing some of the same old clothes (...) A focus on the outcome rather than the tipping point is typical of much of the literature on globalization; this then leads to comparisons of the national and the global and easily falls into the trap of assuming that if the global exists it is in spite of the national. An analytics of capabilities and tipping points keeps us from having to posit that the ascendance of a new order necessarily means the end of the old order. But it also keeps us from having to accept the proposition that the national state is still doing what it has long done and the not much has changed*” (grifo nosso).

⁹³ KHOSRAVINIK, Majid. “Social Media Techno-Discursive Design, Affective Communication and Contemporary Politics”. In: **Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences**. v. 11, issue 4, 2018. DOI <https://doi.org/10.1007/s40647-018-0226-y>. p. 427. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40647-018-0226-y.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019. O professor da Universidade de Newcastle preleciona que o engajamento da informação na era digital passa a contemplar a visibilidade e popularidade como legitimidade, simbolizando influência, espaço e poder, em detrimento das monolíticas práticas de massa percebidas na política tradicional.

⁹⁴ KEEN, Andrew. **Vertigem Digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 76.

dilúvio das *fake news* no espaço virtual⁹⁵. Como criar prudência para a ousadia dos algoritmos lançados nas redes sociais com intenção de isolar grupos indeterminados de pessoas e com a ambição de deslocar a massa populacional para ilhas periféricas de entendimentos, filtrando perfis e afastando usuários das informações que lhe apeteçam ou que causam uma mudança positiva para a cidadania, o pluralismo e o Estado?

Por certo, a luta contra essa acelerada forma de propagação de informações é desiderato desafiador, principalmente quando aquela se utiliza de informações explícitas e até mesmo imperceptíveis para satisfazer interesses de agentes globais, conforme preconiza o estudo do fenômeno do *Filter Bubble*⁹⁶. Nesse anacronismo latente que a contemporaneidade brindou para a relação entre o constitucionalismo e o avanço de tecnologias, as indagações, dúvidas e inconsistência tem aumentado assustadoramente, enquanto as respostas e soluções ainda gravitam em um espaço nebuloso de meras possibilidades.

Os direitos fundamentais construídos sob a égide de lentas conquistas tem sofrido incompatibilidades de céleres desenvolvimentos tecnológicos. A coexistência de processos constitucionais e o aparato tecnológico das mídias sociais, portanto, está eivada de contrassensos significativos no momento histórico em que a formulação de consensos encontraria campo de atuação fértil.

Discorrendo sobre o conjunto de argumentos separatistas do relacionamento do constitucionalismo com a tecnologia, Balaguer Callejón estabeleceu um quadro comparativo argumentativo⁹⁷, iniciando sua visão no fato de que as Constituições normativas se baseiam no consenso fundamental da sociedade, os quais são processos complexos, enquanto as redes sociais, manejando procedimentos de polarização crescente do espaço público, tem elevado os empecilhos para a formulação de acordos morais sociais.

⁹⁵ FROSINI, Tommaso Edoardo. “Internet y Democracia”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 30, 2018, Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/03_FROSINI.htm>. Aceso em: 06 mai. 2019.

⁹⁶ PARISER, Eli. **The Filter Bubble: What the Internet is Hiding from You**. UK: Penguin Books Ltd, 2012. A “Bolha de Filtro” é um estado de isolamento intelectual ocasionado por algoritmos inseridos nos perfis de usuários da internet, os quais identificam os históricos de sites visitados e os tipos de notícias que estão sendo coletados, de forma a inserir o usuário da internet em contato volumoso com tais informações, afastando-o de anúncios concorrentes, de comunicações opostas às suas intenções e bombardeando de toda e qualquer notícia de acordo com a vontade dos grandes agentes econômicos globais. Assim, os utilizadores da rede mundial de computadores são separados de suas intenções, vontades, ideologias, formas de pensar e são apostos como se em bolhas estivessem, de forma a filtra-los de temas e assuntos que lhe são propícios.

⁹⁷ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”. In: **Nomos. Le attualità nel diritto**. 2018.

Não bastasse a consensualidade como ambiente emancipatório, as Constituições normativas também possuem vocação para a ordenação global da sociedade, são mecanismos de regulação das ação do Estado e de controle do poder público para garantia de direitos, enquanto as redes sociais caminham em tom oposto de fragmentação do espaço público, com diversidade de interesses setoriais.

Outrossim, a constituição define composições de convivência estável, algo semelhante a processos racionais de programação no tempo para as gerações sucessivas, enquanto as plataformas digitais são imediatistas e diretas, em que a noção de tempo e resultado se confundem em um processo comunicativo configurado. A instabilidade da era digital concede picos de progresso aos atores globais e oferece retos devaneios aos telespectadores do processo democrático.

Sob o ponto de vista da estrutura normativa, as constituições necessitam de técnicas jurídicas para a realização das funções constitucionais por meio de processos formalizados que promovam o discurso democrático de garantias jurídicas complexas, enquanto que o debate nas redes sociais, sob o pretexto de ser evolutivo e agregador, reveste-se de solipsismos evidentes, incentivando indivíduos a, sob a ilusão de estarem ocultos em perfis falsos, disseminarem discursos de ódio e exasperação de discussões político-sociais desagregadoras, dificultando acordos promissores entre os agentes políticos.

Diante desses quadro comparativo, pode-se extrair o repto do presente século: desenvolver novas estratégias para a recuperação das funções históricas do constitucionalismo como regulador e controlador do poder, que não se encontra mais limitado ao Estado, mas influenciado por agentes econômicos e comunicativos e, assim, canalizar os conflitos sociais mediante a articulação do pluralismo e promover consensos constitucionais.

1.7 A Projeção Global do Direito Constitucional

O processo de globalização não segue um desenvolvimento linear. Essa falta de unidimensionalidade se reverte para as imprevisibilidades de suas consequências nos âmbitos social, político, econômico e, portanto, reflete sua incidência assimétrica sobre o direito constitucional.

Argumentos não faltam para demonstrar que o processo globalizatório aceita como insuficientes certas intenções ou modelos de integração constitucional percebido na sociedade moderna, bastando invocar o déficit democrático dos regimes constitucionais estabelecidos na ordem mundial. Paralelo a isso, destaca-se a ausência de sistematização jurídico-constitucional, a inexistência de elementos materiais fortes para a realidade constitucional e a fragilidade de uma comunidade política robusta para a integridade constitucional.

Descobre-se com essa acepção um provável desafio ao constitucionalismo: resolver sua paradoxalidade. Em que pese sua áurea tarefa racionalizadora, o constitucionalismo limita e amplia integralizações pluralistas, a depender de como é processado e em qual molde constitucional é focado. “Este é o paradoxo do constitucionalismo: que uma constituição funcione como uma restrição à democracia, mas também, se essas restrições forem (formalmente) legítimas, como constitutivas da própria democracia”. Samantha Besson assim, de uma só vez, encoraja e corrobora a crítica ao processo constitucional.⁹⁸

Esses subsídios desestabilizadores da constitucionalização de uma democracia pluralista, no contexto mundial, evidenciam-se ainda mais quando aspectos econômicos em declive potencializam reduções de diferenças entre ordens financeiras, haja vista se encontrar mais instáveis as circunstâncias temporais e fáticas que os Estados emergentes necessitam para reordenar os seus posicionamentos mundiais.

Essas tendências globais fazem surgir para o direito constitucional dúvidas e incertezas sobre a sua funcionalidade em um marco mais ampliativo de direitos. O constitucionalismo e suas históricas funções, mediante a miscigenação típica da globalização, são postos em xeque e com eles as vantagens das Constituições normativas limitam-se. Os Estados passam a ter mais incapacidade de decisão sobre os direitos fundamentais como um todo, haja vista dependerem de outros poderes decisórios que se situam fora do seu âmbito de atuação.

Assim, o Estado tem prolongado uma vida artificial causando fatores impeditivos de desenvolvimento gradual de novas estruturas essenciais para o refrenamento do processo de globalização e conseqüente ampliação das garantias democráticas. As transformações sociais,

⁹⁸ BESSON, Samantha. “Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism and Democracy”. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Org.). **Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 389. “*This is the paradox of constitutionalism: that a constitution should work as a constraint on democracy, but also, if those constraints are to be (formally) legitimate, as constitutive of democracy itself*”.

políticas e financeiras⁹⁹ estão cada vez mais rápidas, a ponto de estabelecerem campo fértil para a projeção global do direito constitucional.

A desartificialização do Estado é prognóstico que move novos horizontes ao constitucionalismo. O papel da globalização nesse cenário colige com o desenvolvimento de práticas para naturalização estatal. O transpasse do Estado artificial para o Estado mais enérgico, ágil, instrumentaliza-se com com novos olhares constitucionais, com medidas interativas de observação e afinidade da ordem mundial.

Com efeito, a projeção global do direito constitucional tem sido qualificada mais como elementos consequencial da globalização que efetivamente uma mera opção do sistema jurídico. As relações complexas e os conflitos mais intrincados, juntamente com o cenário volúvel de crises, promovem uma magnetização do direito constitucional aos modelos externos, os quais necessitam de remodelações e reconformações para o aprimoramento das funções do constitucionalismo, atraindo preceitos diferenciadores e arrastando novas perspectivas.

Se por um lado o direito constitucional, no plano interno dos Estados, inevitavelmente se afeta com a globalização e com as restrições funcionais que ela impõe para as garantias fundamentais dos cidadãos, por outro viés, no plano externo, projeta-se mais internacionalmente gerando novos desenvolvimentos e consciências civilizatórias de que os desalentos aos direitos fundamentais se sofisticaram, exigindo, com isso, um esforço técnico e procedimental para a sua efetiva proteção, situação alcançável com essa proeminência em nível global.

A globalização, assim, demonstra sua via de mão dupla. Entre as visíveis assimetrias do direito constitucional interno frente a suas incapacidades de atingir o escopo para o qual foi historicamente erigido despontam simetrias notáveis do direito constitucional projetado para o âmbito internacional na construção de uma densidade mais intensa, na reconfiguração da

⁹⁹ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. "Crisis Económica y Crisis Constitucional en Europa". In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 98, Mayo/Agosto 2013, p. 92. ISSN: 0211-5743. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36648>>. Acesso em: 25 ago. 2019. O professor da Universidade de Granada, na Espanha, expõe que o discurso econômico que está sendo imposto na Europa visa o estabelecimento de certas opções como as únicas possíveis, dificultando o pluralismo constitucional e desnaturando o sistema constitucional. No original, adverte: "*el discurso económico que se está imponiendo en Europa pretende establecer determinadas opciones como las únicas posibles, cerrando así el cauce del pluralismo constitucional y desnaturalizando el sistema constitucional*".

ordem constitucional e na incorporação gradual de técnicas oriundas do próprio direito constitucional dos Estados.

Não é por outro sentido que Klaus Armingeon e Karolina Milewicz entendem que “a constitucionalização é um processo muito desigual, pelo qual as dimensões (formal, substantivo-positiva, substantivo-negativa), bem como regiões e países são cobertos de uma maneira muito diferente, criando uma ordem constitucional global heterogênea”.¹⁰⁰Essa ausência de homogenia autentica a falta de linearidade do direito constitucional insuflado pelo processo transfronteiriço.

Essa tendência de projeção do constitucionalismo para além de suas comportas nacionais introjeta consistências integrativas e convergências irremissíveis para o direito constitucional interno, que, a passos largos, aproxima-se da conjuntura global, contribuindo para o aprimoramento e facilitação de suas funcionalidades e intenções do constitucionalismo, sem dar notícias certas e definidas em que lugar encontrará repouso, se é que é possível conviver com tal possibilidade.

No entanto, a concordância dessa aptidão não pode perfazer um ideal de contrapeso entre ordens constitucionais. A busca pelo equilíbrio no constitucionalismo não é tarefa consagrada e estabelecida, principalmente quando a globalização reiventa institutos e acelera formas de vulneração a direitos. Dessa forma, discute-se a possibilidade de um “constitucionalismo compensatório”, como se o direito constitucional pudesse apresentar soluções equacionais para perdas que uma Constituição nacional sofre com a mundialização.

A apreciação de Anne Peters traz para a seara constitucional argumentos discutíveis sobre a possibilidade ou não de o déficit do direito interno ser compensado com ganhos oriundos da projeção global do direito constitucional. A abertura internacional para a Constituição dos Estados tráfegar suavizaria ou restituiria os prejuízos sofridos pela ordem interna. Para Peters, “se desejamos preservar os princípios básicos do constitucionalismo,

¹⁰⁰ ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina. “Compensatory Constitutionalisation: a comparative perspective”. In: **Global Society**. v. 22, issue 2, 2008. p. 188. DOI: 10.1080/13600820801887157. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600820801887157?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em 03 set. 2019. “*Constitutionalisation is a very uneven process whereby dimensions (formal, substantive-positive, substantive-negative) as well as regions and countries are covered to a very different extent, creating an heterogeneous global constitutional order*”.

devemos pedir a constitucionalização compensatória no plano internacional”.¹⁰¹

Não obstante a impossibilidade de aferir a certeza de tal compensação, pode-se referenciar pelo menos que a relação entre a globalização e o constitucionalismo não se produz, por ora, com aspectos essencialmente positivos. Talvez, os seus efeitos perniciosos obtenham sobressalência que podem ser sentidos com a extenuação e atonia gerados no direito constitucional interno e sua incongruência quando comparado ao objetivo de fortalecimento da compacidade constitucional no âmbito mundial.

No entanto, havendo ou não compensação no constitucionalismo, existindo ou não esmero no processo constitucional, usufruindo ou não de proteções versáteis aos direitos fundamentais, pressente-se que a projeção global do direito constitucional mostra-se irremediável.

1.8 Notas Conclusivas

A primeira parte da obra foi dedicada à explicação da relação entre a globalização e o constitucionalismo, abordando os efeitos do fenômeno da mundialização no espaço público, principalmente demonstrando que o Estado se encontra em profunda crise, porém, ainda oxigenado com apoio de novos atores globais, culminando em um alargamento da esfera pública.

Observou-se que os avanços ocasionados pela globalização, como as inovações tecnológicas, além de colaborarem para o crescimento da sociedade global, possui um efeito contrário de trazer a noção de risco e volatilidade no mundo moderno. A complexidade das relações atinge novo patamar e impulsiona o aparato estatal para novas acomodações.

Assim, a arena global se encontra pluralizada pela inserção das grandes corporações no contexto estatal, que visam o lucro e hiperbolizam os espaços estratégicos. Instaure-se a sociedade reticular. Coletividade, Estado e grandes blocos econômicos passam a conviver

¹⁰¹ PETERS, Anne. “The Merits of Global Constitutionalism”. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 16, Issue 2, Article 2, Summer 2009. p. 405. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=ijgls>>. Acesso em 19 ago. 2019. “Therefore, if we wish to preserve the basic principles of constitutionalism, we must ask for compensatory constitutionalization on the international plane”.

mutuamente. O monopólio estatal transmuda-se para a aceitabilidade, forçada ou não, mas inevitável, diante de acelerados aditamentos globalizantes, do elastecimento de atores na arena mundial.

O contexto de crise que envolve o Estado é ao mesmo tempo preenchido pela conjuntura de colaboração e crescimento da reticularidade, da comunidade digital, em rede. O entrelaçamento de pessoas públicas e privadas faz surgir, na modernidade, um redimensionamento do espaço democrático, que passa a contingenciar um trilema entre globalização, soberania e política interna.

Esses fatores, individualmente considerados, já denotam a importância que a vultosa propagação do efeito transfronteiriço proporciona no implexo global. Os limites geográficos diminuíram, as barreiras limítrofes se restringiram. O mundo ficou pequeno ou, melhor, conectou-se de maneira mais coordenada. O encolhimento do espaço geográfico passou a ser traduzido em conquista compartilhada do espaço público.

Nesse paradigma, verificou-se que as Constituições Nacionais foram deslocadas para a periferia do sistema jurídico, o qual recebeu uma enxurrada de objetos normativos não identificados. O inchaço da arena global proporcionou voz e comando para que regramentos privados setorizados fossem paulatinamente conquistando parcelas decisórias. O espaço internacional foi sendo preenchido não mais pela Constituição coordenando situações jurídicas, mas sendo compatibilizadas com ordenamentos privados que norteiam relações com a nova lei dos mercados mundiais.

Paralelamente a isso, a democracia cada vez adentrou em declínio. Gradualmente foi sendo influenciada negativamente e, em decorrência de dois fatores, pelo menos, consagrou-se numa bancarrota com implicações graves ao mundo moderno. As duas grandes crises do constitucionalismo contemporâneo enxertou entraves para o crescimento estatal e consolidou uma queda já sinalizada pela globalização. Com os avanços surgem os retrocessos. Contingencia-los é uma primordial função do atual século. Porém, como executá-la?

De um lado, a crise externa caracterizada pelo aspecto econômico, de outro, o declínio democrático desenhado pela eleição presidencial à *Casa Blanca* e pelo *Brexit* na Europa. Se o Estado estava com dificuldades de protagonizar-se na escala mundial, com as crises econômica e democrática, vividas no velho e novo mundo, respectivamente, aquele aquietou-

se e horizontalizou-se com regulações em parceria, compartilhadas. Definitivamente, o mundo encolheu-se, os horizontes se uniram, as fronteiras desapareceram, o espaço de poder se misturou e os direitos fundamentais refletiram vulnerabilidades.

Nesse ritmo, o direito constitucional, ao tempo que sofre com limitações na seara interna convive com aberturas internacionais para o incremento de suas funções. Se as Constituições dos Estados de certa forma se fragilizam, com a sua projeção global podem atingir um patamar mais obstinado.

Diante desse contexto de instabilidades, o primeiro capítulo se encerra, mas com a perspectiva de que novos meandros o constitucionalismo pode se municiar para desenvolver sua funcionalidade. É certo que a globalização também atinge o direito constitucional, mas isso, por si só, não pode ser visto apenas como um provável incômodo. A moeda cosmopolita apresenta outra face.

Portanto, no capítulo vindouro, pode-se descobrir seu viés positivo. O lucro econômico da mercantilidade muda o foco para o lucro institucional. A vantagem da propagação informativa atinge também as Cortes. Afinal, quem poderia pensar que a globalização poderia estreitar novas proveitosas formas de comunicações entre Tribunais? É o que se passa a demonstrar na próxima parte.

CAPÍTULO 2: GLOBALIZAÇÃO E DIÁLOGO JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1 Construindo uma Visão Emancipatória aos Problemas Complexos

Uma das reflexões mais importantes que permeia os estudos sobre o direito constitucional contemporâneo e que tem relacionamento intrínseco com jurisdições ao redor do mundo se refere à proteção dos direitos fundamentais diante das vicissitudes ocasionadas pelo progresso das relações interpessoais e tecnológicas do mundo globalizado.

Não é tarefa de pouca complexidade o estudo do tema. Saber como tutelar direitos fundamentais na atualidade reveste-se de cautela e parcimônia, não obstante sua visível tonalidade desafiadora, o que nem de longe significa ausência de prognósticos e experiências que justifiquem a busca de zonas de convergência para oferta de pelo menos um ponto de partida.

É certo que no túnel obscuro da modernidade encontram-se caminhos tortuosos, antagônicos, verdades aparentemente absolutas, dogmas construídos mediante transpasse de culturas seculares. E a cada nova tentativa de explicar fatos e acontecimentos o direito constitucional estimula o mimetismo cultural e normativo de outrora.

Dúvidas pairam sobre qual caminho proveitoso se deve seguir na busca de soluções para problemas tão complexos que a sociedade contemporânea contempla. À medida que o classicismo constitucional responde algumas premissas básicas do poder estatal, o conjunto de elementos responsivos carece de subsídios criativos para dar efetividade à gestão dos impasses, ao contingenciamento dos conflitos ou paradoxos¹⁰² globais, pelo menos.

O desiderato de quem adentra em um túnel é obter a claridade da luz. Ela costuma

¹⁰² TEUBNER, Gunther. “Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”. In: PEREZ, Oren e TEUBNER, Gunther (Org.). **On Paradoxes and Inconsistencies in Law**. Oxford, 2006. p. 51. Gunther Teubner, utilizando de parcelas teóricas sobre a proceduralização de Rudolf Wiethölter, a exemplo da ideia de que formas e procedimentos são requisitos para a materialização, sugere um paradigma de transformação do pensamento jurídico, em que conflitos são substituídos ou superados por paradoxos. Afirma Teubner: “*Behind it all, though, it became increasingly clear that what in the foreground is called conflicts of laws means paradoxes of law in the background. Conflicts of laws are nothing but epiphenomena of legal paradoxes. Ultimately, it is the antonym substitution already mentioned that is happening here: the pair of opposites, identity/difference, which appears in the relationship between identity-creating, theory-led decisions and difference-creating conflicts of norms, is converted into the pair of opposites, paradox/difference*”. Em tradução livre: “Por trás de tudo, porém, tornou-se cada vez mais claro que o que em primeiro plano é chamado de conflitos de leis significa em segundo plano paradoxos de lei. Conflitos de leis não são nada além de epifenômenos de paradoxos legais. Em última análise, é a substituição de antônimo já mencionado que está acontecendo aqui: o par de opostos, identidade/diferença, que aparece na relação entre identidade-criação, decisões conduzidas pela teoria e conflitos de normas que criam diferenças, é convertido para o par de opostos, paradoxo/diferença”.

orientar a direção desejada. Esta é a condição perquirida pelos roteiros de aventura. Seja no mundo cinematográfico ou na realidade de um estudo constitucional este alvo não se dissocia. No entanto, são tantos os implexos da modernidade que o direito constitucional, por ora, dá sinais de perplexidade. As incertezas são avassaladoras e parecem desnortear direitos conquistados mediante o avanço penoso de um processo civilizatório.

Nessa vereda anuviada, precisa-se obter luz. E luz, nesse caso, não necessariamente é chegar ao outro lado ileso, mas vivo em ideias e intenções para monitoramento regulado das imprevisibilidades do mundo global. Ou será que o centro do túnel ainda se faz presente?

Portanto, três escolhas podem ser adotadas pelos estudos constitucionais: não entrar nesse túnel incerto e quedar-se indene aos processos de regulação social; ser desafiado a adentra-lo mas não conseguir atravessa-lo, permanecendo no centro de uma zona cinzenta, opaca; ou aceitar o desafio de nele ingressar e findar o percurso chegando ao outro lado com ensaios e *insights* que possam iluminar o constitucionalismo a ser pelo menos um catalizador de respostas constitucionais aos paradoxos contemporâneos.

Evidente que a primeira opção é a mais trágica, pois diante da inescrupulosa imprevisibilidade de um futuro mais emancipatório, a mera permanência em um espaço constitucional hermético e incólume a tentativas de soluções mais criativas sobre proteção de direitos e cidadania, por si só, já configura retrocesso social.

A segunda alternativa, em tom semelhante ao da primeira, apesar da tentativa de procedimentalizar arranjos evolutivos, não conduz a um pensar retilíneo e integrador, contribuindo para o acúmulo de argumentações abstratas que mais preenchem o limbo contemplativo da retórica jurídica que efetivamente colaboram com o aprimoramento do pluralismo democrático.

Por certo, a terceira vertente, ao passo que agrega postura de abertura constitucional, sobrepõe-se às generalizações tópicas e compreende a dinamicidade das relações como premissas para trazer possibilidades de respostas propositivas a questionamentos sobre o retorno da Constituição ao centro do mundo jurídico,¹⁰³ a fim prospectar reforjamentos das

¹⁰³ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014, (série IDP: linha direito comparado). p. 77. Destaca-se: “Essa natureza normativa da Constituição implica, antes de tudo, sua condição de fonte do Direito: é o suporte das normas constitucionais que se incorpora ao ordenamento jurídico. Isto supõe uma transformação essencial, já que a própria Constituição se configura agora como Direito, situando-se no centro mesmo do ordenamento

bases do constitucionalismo contemporâneo e, assim, recompor o bem-estar constitucional.¹⁰⁴

Apriorísticos argumentos para possibilidade de construção não necessariamente dogmática, mas pragmática, na sociedade multinível, mais exigem formas descomplicadas e rápidas de manifestação constitucional que complexos e burocráticos instrumentos de controle. As mudanças precisam estar ao lado do direito constitucional e não o direito constitucional ao lado das mudanças. A ordem legitimadora dos objetivos do constitucionalismo precisa ser clara e definida. No entanto, nessa luta, as forças da globalização e de sua veloz raiz comunicativa levam vantagem diante da regulação técnica mais gradual do sistema jurídico.

Nesse contexto, as balizas do constitucionalismo deveriam ser primeiro concretizadas para depois as alterações surgirem e, assim, estabelecer um palco propício a influências de ordens influenciadoras do primeiro em relação ao segundo. Mas tal ordem tem sido reversa. Pensar ser correto a inicial ocorrência de deslocamentos no cenário jurídico-político do globo para depois o constitucionalismo surgir como possibilidade de controle regrado seria inverter o sentido constitucional.

Na tentativa de equacionar tal perspectiva, a visionária abertura constitucional para contextos compartilhados de possível monitoração de processos dialógicos de informação, consubstanciados no intercâmbio de argumentos, visão de mundo centrada no ordenamento jurídico, mediante a análise do contexto social democrático condicionante, entregam parâmetro de atuação, *standards* diretivos, racionalidade jurídica e legitimidade democrática para o respeito dos direitos fundamentais e construção de decisões constitucionais ao cenário de turvação ocasionados pelos problemas globais. Mas quem são os atores desse diálogo? A quem a conversação é dirigida?

A exposição acima não possui intenção de erudição muito menos de dificultar o processo de internalização do significado do diálogo, mas de exprimir que o termo, apesar de sua aparência autoexplicativa, não é de simples concretização, possuindo nuâncias que

jurídico. Essa troca pode explicar-se desde múltiplas perspectivas, sendo talvez a mais expressiva de todas elas a transformação do sistema das fontes, em cujo centro se deu a transição do Estado legal de Direito para Estado constitucional de Direito, notadamente nos países de Constituições normativas”.

¹⁰⁴ Cf. MATTHEWS, Felicity. “Whose Mandate is it Anyway? Brexit, the Constitution and the Contestation of Authority”. In: **The Political Quarterly**. v. 88, issue 4, October–December 2017. pp. 603-611. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-923X.12419>>. Acesso em: 03 out. 2019. O professor da Universidade de Sheffield, na Inglaterra, sustenta a atual crise constitucional como uma “miopia constitucional”, alimentada por reformas incoerentes e pela fragilidade em administrar o desengajamento democrático. Assevera, por fim, que o referendo da União Europeia e suas implicações demonstram até que ponto os fundamentos da Constituição têm sido eviscerados.

carecem de explanação sobre os atores envolvidos, suas balizas, fundamentos, limites, dentre outras características.

A demonstração de premissas e bases legitimadoras para a proposição de uma conversação constitucional no contexto da globalização se mostra recomendável para que direitos fundamentais detenham protecionismo compatível com os efeitos nefastos da relação entre globalização e cosmopolitanismo, pois como afirma Vlad Perju “o constitucionalismo é um lar acolhedor para o ideal cosmopolita do direito”.¹⁰⁵

2.2 Diminuindo as Fronteiras da Comunicação Jurídica entre Cortes

“A globalização do direito constitucional doméstico é inevitável”. Com essa expressão autoevidente, Mark Tushnet¹⁰⁶ encerra um de seus escritos dando gradações precisas e claras à relação contemporânea entre o direito constitucional e o fenômeno da mundialização. Tendo como base a profundidade de uma aparente sinóptica citação, dois direcionamentos teóricos podem influenciar os julgamentos das Cortes Constitucionais no contexto de instabilidade democrática atual.

Primeiro, verifica-se que o processo de internacionalização, não obstante parecer uma atividade pujante, de força, mostra-se mais compatível com uma conexão irresistível. Mas, seguramente, não se reveste de um simples entusiasmo. Não é, portanto, um fenômeno que possui raízes emotivas e dotado de cuidado e prudência ao se aproximar do direito constitucional. Não é uma simples mudança de postura, mas uma tendência da modernidade contra a qual não se consegue oferecer entraves intransponíveis de contenção. É algo que invade o cenário interno do direito constitucional, sendo maior que a própria vontade e deliberação.

Segundo, o que está em discussão não é nem de longe a formulação de intenções unívocas de ordenação global. Instituir uma constituição global, por ser deveras problemático

¹⁰⁵ PERJU, Vlad. “Cosmopolitanism in Constitutional Law”. In: **Cardozo Law Review**. v. 35, 2013. p. 768. Disponível em: <<http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/08/PERJU.35.2.pdf>>. Acesso em 22 out. 2019. “*Constitutionalism is a welcoming home for the cosmopolitan ideal in law*”.

¹⁰⁶ “*I end by saying that this is entirely understandable if, as I have sketched, the globalization of domestic constitutional law is inevitable*” (TUSHNET, Mark. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”. In: **Harvard Law School**. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. n. 09-06. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em 08 mai. 2019. p. 22).

coadunar complexidades de fatores autóctones, não é a intenção. O escopo é demonstrar que existem no mundo jurídico elementos paradoxais e vetores organizatórios que necessitam ser mundialmente atualizados e reorganizados.

O direito constitucional, portanto, é mais um dentre tantos outros atores que inexoravelmente estão abrangidos pela globalização. E não cessa por aqui. Para além da vontade deliberativa de modernização de temáticas jurídicas, o direito constitucional abre as suas portas para a interpolação global de conhecimento, com a finalidade de encontrar soluções para consecução dos objetivos do constitucionalismo, trazendo novas distingues para comunicações entre tribunais constitucionais.¹⁰⁷

O controle do poder político, o reposicionamento da Constituição no centro do poder, a formulação de consensos e a proteção dos direitos fundamentais são elementos, portanto, que necessitam de prospecções constitucionais para se afirmarem democraticamente no contexto da sociedade globalizada.

O pensamento emancipatório de Tushnet, mesmo com discussões mais altivas no âmbito dos doutrinadores norte-americanos e até australianos, os quais adotam um constitucionalismo de exceção,¹⁰⁸ como se blindados estivessem aos entendimentos estrangeiros, provoca certo enfraquecimento às manifestações excepcionalistas¹⁰⁹, já que admite no período pós-revolucionário um movimento de nações comprometidas em tutelar o

¹⁰⁷ Cf. BORK, Robert H. **Coercing Virtue: The worldwide rule of judges**. Washington: AEI Press, 2003. Como um típico originalista que foi, Bork se mostrou refratário ao diálogo entre Cortes como fenômeno global. Mesmo insurgindo ideias em sentido contrário, o teórico conservador admite em pequenos trechos a tendência mundial da aproximação discursiva entre os tribunais. Bork retratou que “*the internationalization of law is happening with phenomenal speed and comprehensiveness. With that development comes law's seemingly inevitable accompaniment: judicial activism*”. Em tradução livre: “a internacionalização do direito está acontecendo com rapidez e abrangência fenomenais. Com esse desenvolvimento, surge o acompanhamento aparentemente inevitável da lei: o ativismo judicial” (p. 15).

¹⁰⁸ SAUNDERS, Cheryl. “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 13, Issue 1, Article 2, 2006. p. 39. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol13/iss1/2>>. Acesso em 09 out. 2019. Não obstante o objeto de estudo da professora australiana seja especificamente o uso de leis estrangeiras no direito interno, e não propriamente a internalização de jurisprudências de Cortes Constitucionais de outros países na ordem constitucional nacional, merece destaque o seguinte pensamento refratário: “Referência dos tribunais ao direito estrangeiro na determinação de questões constitucionais é atualmente uma prática controversa nos Estados Unidos”. No original: “*Reference by courts to foreign law in determining constitutional questions is presently a controversial practice in the United States*”.

¹⁰⁹ Já dizia o sociólogo americano Seymour Martin Lipset que os Estados Unidos se desenvolveram à margem, não no sentido de ser uma nação superior, mas de sugerir uma nação qualitativamente diferenciada (LIPSET, Seymour Martin. **El Excepcionalismo Norteamericano: una espada de dos filos**. Trad. de Mónica Utrilla. México: Fondo de cultura Económica, 2000, pp. 04 e 09). Na mesma esteira de pensamento, o filósofo inglês G.K. Chesterton expressa os Estados Unidos como a única nação no mundo fundada em um credo levantado com clareza dogmática e teológica na Declaração da Independência (CHESTERTON, Gilbert Keith. **What I saw in America**. Nueva York: Dodd, Mead & Co., 1922. p. 07).

núcleo essencial dos direitos humanos, por meio de uma Corte Constitucional independente¹¹⁰.

Em tom semelhante, William Forbath e Lawrence Sager explicam que a prática constitucional moderna “oferece aos comentaristas americanos a chance de aprender com as experiências e reflexões de nossos vizinhos do mundo; e, esperançosamente, uma chance de compartilhar os benefícios de nossas experiências e reflexões”¹¹¹.

Tom Ginsburg, ao falar em estrutura e constantes perspectivas revisitantes sobre direitos, assevera que “uma ideologia de direitos, evidente em economias industriais avançadas desde a 2^a. Guerra Mundial e incorporada nos instrumentos internacionais de direitos humanos, espalhou-se globalmente. A propagação de uma cultura e ideologia de direitos, acompanhada por estruturas de apoio, leva a uma maior procura por constitucionalização”.¹¹²

A dinamicidade com que o constitucionalismo contemporâneo interage com fatores globais precisa ser diretamente proporcional à intensidade com que as implicações integradores dessa relação também interajam com o constitucionalismo. Dessa forma, não basta apenas um tangenciamento do direito constitucional interno com os processos globalizatórios, mas acima de tudo a comprovação de que o isolacionismo de experiências constitucionais de outros contextos formadores não se sustenta, principalmente em razão da teórica universalidade dos direitos humanos.

Para o convívio equilibrado com a globalização os mecanismos de atuação constitucional precisam ser contundentes, sob pena de tão somente posicionar o direito constitucional no retrocesso dos processos mundiais conglobantes, o que corroboraria o pensamento de que as mudanças têm primeiro alcançado o direito constitucional,

¹¹⁰ TUSHNET, Mark. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”. In: **Harvard Law School**. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. n. 09-06. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em 08 mai. 2019. pp. 01-02.

¹¹¹ FORBATH, William E.; SAGER, Lawrence. “Comparative Avenues in Constitutional Law: An Introduction”. In: **Texas Law Review**. v. 82, n. 07, june 2004. p. 1669. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3917267/mod_resource/content/2/Comparative%20avenues%20in%20Constitutional%20Law%20-%20Forbath%20and%20Sager.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019. “*This offers American commentators a chance to learn from the experiences and reflections of our world neighbors; and hopefully, a chance to share the benefits of our experiences and reflections*”.

¹¹² GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford University Press, 2008. pp. 88-89. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2487330>>. Acesso em 28 out. 2019. “*A rights ideology, evident in advanced industrial economies since World War II and embodied in international human rights instruments, has spread globally. The spread of a rights culture and rights ideology, accompanied by support structures, leads to greater demand for constitutionalization*”.

influenciando-o. Quando essa ordem se mantém indene, os compromissos democráticos se debilitam.

Na provável contramão da conduta refratária a decisões estrangeiras da Corte de seu país, a americana Anne-Marie Slaughter, em trabalho realizado na última década do século passado, mais precisamente no ano de 1994, em meio a acontecimentos internacionais relevantes¹¹³, expressiu o pensamento que inaugurava um novo passo para construções de bases argumentativas reciprocamente comungadas pelas jurisprudências de tribunais.

“Os tribunais estão falando uns com os outros por todo o mundo”¹¹⁴. Mesmo separados por aproximadamente duas décadas, as ideias manifestadas nos textos de Tushnet e Slaughter complementam-se e formam um núcleo convergente segundo o qual a globalização do direito constitucional e o diálogo entre Cortes parecem ser dois lados de uma mesma moeda.

Tal constatação é pressentida, portanto, quando Allard e Garapon lançam no mundo jurídico na primeira década do atual século, aproximadamente no meio do marco temporal das ideias de Tushnet e Slaughter, seu pensamento caudatário da mundialização: “os juízes passam, de agora em diante, a estabelecer entre eles, e através das fronteiras, relações cada

¹¹³ A análise dos principais acontecimentos mundiais ocorridos no ano de 1994 é importante para se verificar o contexto social e político da época em que Slaughter proferiu a célebre frase que marcou o estudo dos diálogos judiciais. Portanto, pode-se extrair: na história política: a) os Presidentes dos Estados Unidos, Rússia e Ucrânia (Bill Clinton, Boris Yeltsin e Leonid Kravchuk, respetivamente) assinaram, em Moscovo, um acordo para eliminar todos os mísseis nucleares estratégicos; b) é criada a Agência Europeia de Polícia (Europol), órgão de cooperação policial previsto no Tratado da União Europeia entre os seus Estados-membros e cuja missão é apoiar e reforçar a cooperação para combater o terrorismo, a criminalidade e a delinquência organizada; c) 45 anos após a sua fundação, a NATO (OTAN) executa a sua primeira ação militar, em que aviões de combate norte-americanos abateram quatro aviões sérvios em missão de bombardeamento e violação da zona protegida da Bósnia; na África do Sul são organizadas as primeiras eleições multi-raciais, sendo eleito o ex-prisioneiro político Nelson Mandela, o primeiro presidente negro da história do país; d) ataque à sede da Associação Mutualista Israelita Argentina deixa 83 pessoas mortas e 300 feridas; e) em Ruanda ocorreu um dos maiores genocídios da história da humanidade, ocasião em que durante 100 dias rebeldes hutus promoveram barbáries contra tutsis e o presidente do país foi assassinado, chegando a um saldo total do genocídio de mais de meio milhão de mortos. Na área economia e negocial: a) entra em vigor o Espaço Económico Europeu (EEE) que integra os países de União Europeia e da EFTA, com excepção da Suíça; b) Entra em vigor o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio que integra o Canadá, Estados Unidos da América e México. Informações disponíveis em: <http://knoow.net/historia/cronologia/1994-efemerides-acontecimentos-historicos-mundiais> e <http://contandohistoria1977.blogspot.com/2013/08/o-brasil-e-o-mundo-em-1994-um-ano.html>

¹¹⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Typology of Transjudicial Communication”. In: **University of Richmond Law Review**. v. 29. Issue 1, Article 6, 1994. p. 99. Disponível em: <<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

vez mais sólidas e confiantes”¹¹⁵.

O intercâmbio de elementos caracterizadores de um pré-compromisso democrático dá sinais de inicialização. Os juízes, mediante racionalidades jurídicas fulcradas na Constituição, com a função de solucionar impasses sociais de maneira também democrática, estão por usufruir da troca de contextos, para além das fronteiras de Estados nacionais, “conversando” de diversas formas e fazendo “referência a julgamentos estrangeiros em decisões de âmbito nacional, intercâmbio de argumentos, formações comuns, diálogo entre tribunais (...)”¹¹⁶.

A constatação acima ganha contornos mais ampliativos quando se verifica que a busca de resoluções judiciais em tribunais estrangeiros parece ser uma constante entre estudiosos de todo o mundo. Independentemente da nacionalização, a conversa entre Cortes não encontra mais barreiras tão intransponíveis assim. Tal diagnóstico pode ser verificado nas palavras de L’Heureux-Dube, quando expressou que: “mais e mais tribunais, particularmente no mundo do direito consuetudinário, buscam os julgamentos de outras jurisdições, principalmente ao tomar decisões sobre questões de direitos humanos”¹¹⁷.

Após a análise dessas informações, a fim de evitar complexidade de argumentações soltas e imprecisas que podem desconcentrar o leitor do foco essencial deste trabalho, relevante se faz esclarecer o que vem a ser diálogo judicial.

2.3 Por um Significado ao Diálogo Judicial Internacional

A saudável inquietação intelectual e a curiosidade acadêmica promovem a pretensão de encontrar um significado sobre o diálogo judicial internacional. A questão parece genérica e dotada de elasticidade semântica. Em respeito à didática e metodologia, sugerem-se três resumidos passos para responder tal perquirição e demonstrar, com limpidez, o objeto de estudo deste trabalho.

¹¹⁵ ALLARD, Jullie, GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Lisboa: Editora do Instituto Piaget. 2005. p. 09.

¹¹⁶ ALLARD, Jullie, GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. p. 09.

¹¹⁷ L’HEUREUX-DUBÉ, Claire. “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”. In: **Tulsa Law Journal**. v. 34, Issue 1, Art. 2, 1998. p. 16. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol34/iss1/2>>. Acesso em 12 out. 2019. “*More and more courts, particularly within the common law world, are looking to the judgments of other jurisdictions, particularly when making decisions on human rights issues*”.

Como primeiro estágio, pressente-se a necessidade de apresentar uma resposta sob um viés de exclusão, às avessas, explicitando primeiramente o que não vem a ser diálogo judicial internacional. Após o relato das ideias que não se coadunam ao diálogo judicial internacional pretendido, ainda que possuam certas zonas de interseção, propõe-se o segundo degrau, analisar o seu conceito em perspectiva ampla e genérica, para, ao final, explicar o terceiro nível, examinando o conceito de diálogo judicial internacional em sentido específico e estrito, fixando, com esse ponto de vista, o núcleo essencial pretendido neste texto.

2.3.1 O que não é Diálogo Judicial Internacional? Delimitando o ponto de partida

A primeira empreitada em busca da acepção do termo diálogo judicial internacional impõe a análise do todo para a parte integrante, do geral para o particular, do abrangente para o específico, isto é, utiliza o método dedutivo de pesquisa.

Assim, pode-se mencionar que não se caracteriza como diálogo judicial internacional julgamentos de tribunais sem a fundamentação em entendimentos jurisprudenciais de outras Cortes, isto é, a ausência de intercâmbios de informação jurisprudencial entre tribunais, sejam eles nacionais, internacionais, supranacionais ou constitucionais (ou supremos).¹¹⁸

No mesmo raciocínio, não se natura como diálogo as referências legais utilizadas na decisão interna, destacando leis estrangeiras, haja vista que o processo comunicativo entre juízes constitucionais se efetiva por meio de decisões e entendimentos consagrados em julgados. As referências a dispositivos de leis internacionais, conquanto sejam partes integrantes do estudo sobre direito comparado ou cosmopolita¹¹⁹, não se incluem na temática presente.

¹¹⁸ Para esclarecer a nomenclatura de tribunais exposta, convém ressaltar que todo tribunal que se encontra em contexto de supranacionalidade é considerado um tribunal internacional, mas nem todo tribunal internacional está contido em uma união supranacional. Como exemplo, pode-se citar a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que é considerada um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos, fazendo parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. No entanto, não significa dizer que as decisões de um tribunal internacional fora do contexto supranacional não possam ser utilizados por uma corte supranacional e vice-versa.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. “O Direito Constitucional e o Direito Internacional: Diálogos e Tensões”. In: ALVES, Cândice Lisbôa (Org.). **Vulnerabilidades e Invisibilidades: Desafios Contemporâneos para a Concretização dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. pp. 03-36. Daniel Sarmiento comenta que o diálogo internacional na interpretação constitucional, mesmo sendo considerado como princípio do cosmopolitismo, não é nem provincianismo constitucional nem imperialismo internacionalista (pp. 24-35).

Observação importante é revelar que o direito comparado possui sentido amplo, abarcando, dentre várias facetas da relação próxima entre o direito constitucional e o internacional, aspectos relacionados à abertura jurídica interna às influências de órgãos judiciais externos, sejam por meio de referências às leis estrangeiras, sejam por intermédio de conversações entre funcionalidades estatais e órgãos judiciais, por exemplo.¹²⁰

A análise da legislação externa e seus relevantes comentários sobre o direito regulatório internacional são comentários da ordem normativa e legal, e não um específico estudo sobre o entendimento da Corte e sobre os fundamentos jurídicos nos quais os juízes constitucionais têm se fundado para decidir o problema em um ou outro sentido.

Na mesma linha de raciocínio, as vocalizações travadas entre os poderes do Estado. As funções legislativa, executiva e judiciária, quando se aproximam em difusões discursivas, costumam agir para possibilitar resultados a problemas envolvendo liberdades públicas que guardam estreita sintonia com os objetivos republicanos. Apesar de serem chamados de diálogos, são entendidos como diálogos institucionais, entre poderes, e não diálogos efetivados entre órgãos jurisdicionais, muito menos quando se pretende especificar ainda mais a ideia para um intercâmbio jurisprudencial entre Cortes Constitucionais apenas.

Naturalmente, uma decisão internacional é resultado também da maneira como as Cortes observam as suas domésticas legislações, sendo quase inevitável que as jurisprudências sejam preenchidas indireta e conseqüentemente por entendimentos legais. O mesmo sentido pode ocorrer na conversação entre poderes republicanos, que, a depender do caso, podem tangenciar influências no diálogo judicial. Em um ou outro viés, estes não são o foco direto desta proposta científica.

Por questão de lógica, se não há a troca de experiências argumentativas entre as Cortes, então não tem como se estabelecer uma conexão comunicativa. Da mesma forma, se um determinado tribunal não utiliza em seus julgados jurisprudências de outras Cortes, o diálogo não se concretiza¹²¹.

¹²⁰ Em que pese respeito por eventual diferenciação técnica acerca dos termos “direito internacional” e “direito comparado”, esclarece-se que tal temática refoge ao âmbito deste trabalho. Assim, tais expressões juntamente com “direito global”, “direito cosmopolita”, “direito externo”, “direito alienígena” e outras no mesmo sentido são aqui compostas pelo mesmo significado.

¹²¹ Remete-se o leitor para o tópico “Categorias Especiais do Diálogo Judicial”, mais especificamente o item 3.3.2.1 (“Monólogo ou Diálogo Indireto?”).

Na esteira de pensamento, não se considera como diálogo judicial internacional a comunicação e compartilhamento de argumentações estabelecidas entre tribunais e pessoas físicas ou jurídicas que intervenham em procedimentos ou no próprio processo para fornecer subsídios argumentativos capazes de elucidar e esclarecer determinadas questões fáticas e jurídicas pendentes de julgamento, haja vista que, apesar de serem colóquios, não são efetuados entre Cortes, mas, sim, entre pessoas com qualificações distintas de tribunais¹²².

Outrossim, não se pode deixar de mencionar que o sistema de precedentes¹²³ e suas técnicas, assim como eventuais enunciados, súmulas e outras criações legislativas propulsoras de unificação de entendimentos¹²⁴, apesar de tangenciarem um eventual intercâmbio de dados em um certo sentido comunicativo, também não são considerados como diálogo judicial internacional, assim como também não o é a histórica e complexa prática do *stare decisis*.

Três motivos explicam generalizadamente os pensamentos acima. Primeiro, porque se trata de regulamentação no âmbito interno da justiça nacional de cada Estado. Segundo, porque visam a uniformização de julgados e entendimentos, que não é o fim necessariamente colimado pelo diálogo judicial internacional.¹²⁵ Terceiro, porque possuem caráter mais

¹²² Pode-se citar como exemplos os organismos internacionais, instituições religiosas, empresas especializadas, assim como eventual participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas,

¹²³ Cumpre registrar que o genuíno sistema de precedentes, advindo dos padrões do *common law*, caracteriza-se, em linhas gerais e em apertada síntese, pela existência de uma decisão prolatada pela Corte e que, mediante a ocorrência de novos casos concretos, mostra-se como paradigma avaliativo e como teste resolutorio para paradoxos prospectivos, sendo que sua efetividade passa a ser mais visível com a quantidade reiterada de sua aplicação, de maneira não apressada, mas historicamente desenvolvida no bojo de suas comunidades. A decisão que percorre essas etapas consagra-se como um legítimo precedente. De posse disso, pode-se fazer uma pequena digressão crítica sobre a forma de operacionalização desse sistema jurídico em países que ainda não possuem a vasta experiência do *common law*. Como o sistema de precedentes não é um diálogo judicial internacional, é possível concretizar a conversação entre Cortes nessas situações em que não se tem a cultura de precedentes nos moldes em que estes foram criados, em que os magistrados ainda estão percorrendo etapas para solidificar e estabelecer internamente esse tipo de procedimento jurídico? A resposta afirmativa para essa provocação encontra ponto de partida no capítulo vindouro e implicitamente se extrai no sentido que se propõe a parte final desta obra. Além de o diálogo judicial não ser procedimento vinculativo nem mesmo quantitativamente reiterável, suas vantagens, em razão da celeridade transformativa do espaço constitucional, emergem como uma factual sofisticação da jurisdição constitucional, ainda que o paradoxo solucionado receba resposta diversa da decisão paradigmaticamente retratada, haja vista que a proteção a direitos fundamentais pode ser funcionalizada diferenciadamente, pois as ordens constitucionais globais não são iguais, mas jungidas por elementos particulares, subsídios autóctones, e que merecem constantes contextualizações. Por isso que não se pretende, na proposta do procedimento dialógico, vinculação teórica aos precedentes judiciais, mas, sim, destacar o importante realce da contundente e obrigatória força normativa da Constituição.

¹²⁴ “Sistema de Agregação de Causas” em Portugal. “*Class Action*” nos Estados Unidos. “*Group Litigation Order (GLO)*” na Inglaterra. “*Musterverfahren*” na Alemanha. Incidente Resolutivo de Demandas Repetitivas (IRDR) no Brasil.

¹²⁵ Como se analisará em momento oportuno, os diálogos judiciais internacionais possuem, dentre outros aspectos, o condão de intercambiar jurisprudências como trocas de experiências e pontos de vistas diferenciados para propiciar uma decisão constitucional em defesa de direitos fundamentais, mas que podem ser em sentidos distintos de cada país, a depender da realidade democrática, contexto social, nível político de atuação e até fator econômico envolvido em cada estado nacional.

fechado e potencialmente rígido, não sendo propícios a elasticidades próprias de contextos adaptativos cada vez mais crescentes na sociedade globalmente acelerada.

Cumprir registrar a existência da teoria transconstitucionalista desenvolvida por Marcelo Neves como um aporte doutrinário que guarda consonância relativa de aproximação com a temática sugerida, mas que não é considerada como diálogo judicial internacional, mas sim, em apertada síntese, forma de interpenetração de ordens jurídicas distintas.¹²⁶

O transconstitucionalismo é um método que admite a conversação e diálogo entre diversos centros de ordens jurídicas, constitucionais e anticonstitucionais, que se entrelaçam por trocas e influências mútuas, podendo ocorrer discreta sobreposição de uma em relação a outra.

Assim, baseado no pensamento luhmanniano¹²⁷, seu referencial teórico, Neves propõe que olhar para o outro e por meio deste é fundamental para se perceber que tudo não pode ser amplamente observado, haja vista existirem pontos cegos que uns não enxergam, mas que já foram objeto de debates ou até solucionados por outro. Portanto, tal fenômeno edifica reflexivamente a identidade do ordenamento interno, assim como fortifica pautas comuns ao direito internacional.¹²⁸

A análise breve dos argumentos de Marcelo Neves diagnostica, de plano, ser um método de resolução de impasses comuns e nucleares que se relacionam com diversos tipos de ordem jurídica e que, dessa forma, comunicam-se no entrelaçamento e na troca de experiências nos processos de decisão. Portanto, não podem ser entendido como diálogo judicial internacional porque este não possui relação de sobreposição e nem dialoga com ordens contrárias às funções do constitucionalismo, como eventual desrespeito a direitos fundamentais.

Diante disso, não com o intuito de esgotar todas as formas possíveis e imagináveis de construtos comunicativos, haja vista a diversidade de ordenamentos jurídicos mundiais e aliada à possibilidade de existir outras contribuições ao sistema jurídico, buscou-se apenas

¹²⁶ Não obstante expressivas digressões doutrinárias, e respeitados entendimentos em contrário, convém registrar que o objetivo desse tópico é apenas fixar o objeto de estudo para este trabalho, razão pela qual não se comentará concordância ou discordância a tais construções de forma descontextualizada, mas apenas explicitar, de maneira resumida, o sentido sugerido pelos autores e o motivo para não considera-los diálogos judiciais internacionais como objeto desta pesquisa.

¹²⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 1. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009.

¹²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. pp. 118 e 295-298.

demonstrar o ponto de partida deste trabalho, evidenciando o que não significa diálogo judicial internacional para esta teórica proposta.

2.3.2 O que é Diálogo Judicial Internacional em Sentido Amplo? Restringindo o Campo de Atuação

Antes de explanar o significado do diálogo judicial internacional em sentido elástico ou alargado, convém ressaltar que a construção doutrinária do interconstitucionalismo, teoria de ordem jurídica criada por Jorge Miranda e Canotilho, pode ser encarada, por si só, como um estilo de diálogo internacional amplo, em razão de oferecer conversação entre sistemas constitucionais e sobre o qual gira o âmbito de entendimento de alguns doutrinadores, a exemplo de Maurício Ramires¹²⁹.

Assim, para Jorge Miranda, interconstitucionalismo refere-se a comunicações entre ordens jurídicas no sentido de propiciarem interpolação de elementos argumentativos, diálogo, e não sobreposição entre elas. Trata-se, pois, de relações mútuas entre ordens constitucionais, a exemplo da dialética entre Cortes inseridas em contextos de supranacionalidade e tribunais nacionais.¹³⁰

No entendimento de Canotilho, interconstitucionalismo consiste em reconhecer a ideia de supraconstitucionalidade a partir dos fenômenos social, econômico e jurídico que se desenvolvem em perspectivas globais como redes de intercomunicação e trocas. Relaciona o autor a sua conexão reticular com a interculturalidade, ou seja, compartilhamento de culturas mediante inserção de conteúdos comunicativos comuns, tornando possível o diálogo e a estruturação de comunidades inclusivas (estado constitucional cultural).¹³¹

Irradiando as implicações da teoria interconstitucionalista para a doutrina mundial, percebe-se a gama de formas de comunicação e nomenclaturas utilizadas do diálogo judicial internacional pelos diferentes juristas.

À medida que os estudos sobre os intercâmbios entre tribunais se aprimoravam ao

¹²⁹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 206.

¹³⁰ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. v.1. Lisboa: Universidade Católica Ed, 2016. p. 127.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1427.

longo da história constitucional, novas nomenclaturas foram sendo criadas, mesmo que sem uma sistematização retilínea. Assim, sobre a temática do fenômeno da “conversação entre Cortes”, tem-se na doutrina italiana: Direito Constitucional Geral (*Diritto Costituzionale Generale*), de Santi Romano.

Na doutrina americana, os termos são mais numerosos e com variações também mais abrangentes: Transplantes Constitucionais (*Constitutional Transplants*), de Alan Watson; Empréstimos Constitucionais (*Constitutional Borrowings*); Migração de Ideias Constitucionais (*Migration of Constitutional Ideas*), de Sujit Choudhry; Diálogo Judicial Internacional (*International Judicial Dialogue*), de Andrew L. Strauss, Comunicação Transjudicial (*Transjudicial Communication*), de Anne-Marie Slaughter; Diálogo Judicial Transnacional (*Transnational Judicial Dialogue*), de Melissa A. Waters e Hélène Lambert e Diálogo Judicial Global (*Global Judicial Dialogue*), de Kenneth Anderson e Victor Ramraj.

Surgiram, de igual modo, terminações gerais como Direito Constitucional Global e Direito Constitucional Comparado, até o simples vocábulo Diálogo, para autores como Jorge Miranda, L’Heureux-Dubé e Markesinis & Fedtke.¹³²

Na doutrina pátria, surge a expressão Diálogo Judicial Internacional, encontrada no pensamento de Maurício Ramires¹³³ e Diálogos entre Jurisdições Constitucionais, para os estudos de Georges Abboud¹³⁴, citados como exemplos.

Da análise dos pressupostos do interconstitucionalismo e da autoreflexão que as nomenclaturas narradas propiciam no pensamento dos pesquisadores, pode-se extrair a conclusão de que os pontos de contato entre essas manifestações são: a) troca de informações jurisprudenciais entre tribunais; b) referidos tribunais receptores e emissores de jurisprudência devem ser de diferentes níveis de atuação.

Portanto, caracteriza-se como diálogo judicial internacional em sentido amplo

¹³² Todas as nomenclaturas foram extraídas da obra de Maurício Ramires, para quem remeto o leitor interessado em complementar informações sobre seus significados. Cf. RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional pp. 200-206.

¹³³ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. p. 199.

¹³⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1147.

julgamentos de tribunais com a fundamentação em entendimentos jurisprudenciais de outras Cortes, isto é, com a presença de intercâmbios de informação jurisprudencial entre tribunais diversos, sejam eles nacionais, internacionais, supranacionais ou supremos.

2.3.3 O que é Diálogo Judicial Internacional em Sentido Estrito? Fixando o Objeto de Estudo

Não há dúvidas de que o termo diálogo judicial traz ao mesmo tempo aparente impressão de simplicidade e autêntica amplitude de significado. Por isso, necessário se fez estabelecer delimitações para filtragem de ideias abrangentes, minimização de dimensões genéricas e, principalmente, implantação do sentido norteador desta proposta.

Para os fins sugeridos neste trabalho, o termo diálogo judicial internacional em sentido estrito é o intercâmbio de racionalidades jurídicas por meio de jurisprudências emanadas de Cortes Constitucionais, ou seja, um compartilhamento de motivações e argumentações apenas e tão somente entre tribunais constitucionais (Supremas Cortes) de cada país responsáveis por serem os guardiões da Constituição e dos direitos fundamentais.¹³⁵

De tal comentário, colige-se a conclusão de que as zonas de contato entre essas conversações são: a) troca de informações jurisprudenciais entre tribunais considerados como Cortes Constitucionais; b) referidos tribunais receptores e emissores de jurisprudência devem ser do mesmo nível de atuação.

Portanto, diz-se presente um diálogo judicial internacional em sentido restritivo quando ocorrem julgamentos de tribunais constitucionais com a fundamentação em entendimentos jurisprudenciais de outras Cortes Constitucionais, isto é, com a presença de intercâmbios de informação decisória advindas somente dos tribunais que possuem o dever de resguardar a ordem constitucional, via de regra, contidos no ápice da organização judiciária de cada Estado-nação.

Imperioso asseverar que restringir o objeto de estudo para diálogos somente entre Cortes Constitucionais e considerar tal limitação um diálogo judicial internacional em sentido estrito não significa mencionar que os demais órgãos de justiça presentes em diferentes nivelamentos estatais não realizem o fenômeno comunicativo, até mesmo porque “aqueles

¹³⁵ Ver notas n. 17 e 18.

que desejam estabelecer um sistema jurídico justo buscaram inspiração e exemplo de outras terras”¹³⁶.

Com a especificidade e delimitação referenciadas, portanto, passa-se a um novo estágio, qual seja, estabelecer os motivos pelos quais se limitou este estudo a analisar o diálogo realizado somente entre as Cortes Constitucionais ou Tribunais Supremos.

2.4 O Diálogo Judicial Internacional entre Cortes Constitucionais

As Cortes de justiça existentes no mundo são numerosas. Não obstante o aspecto quantitativo de tribunais e magistrados distribuídos ao redor do globo terrestre, os conflitos ou paradoxos¹³⁷ não param de crescer e se desenvolvem não somente em agilidade, senão em complexidade.

O aumento das inter-relações pessoais e sociais e seus impactos nas vicissitudes típicas e progressistas dos problemas globais proporcionaram, em um breve lapso temporal, a formação de tribunais internacionais e supranacionais que conhecem, processam e julgam matérias específicas correspondentes a lesões a bem jurídicos fundamentais distintos.

Considerar que cada região ou Estado nacional apresente bem jurídicos fundamentais diferenciados não é o mesmo que dizer que tais direitos sejam díspares ao redor dos continentes, mas, sim, que possuem variações coordenadas pelas particularidades culturais, individuais e até religiosas que cada país e povo congrega em suas bases constitutivas. Esses particularismos trazem possibilidades de mínimas conformidades de direitos fundamentais para a sua adequação constitucional na sociedade moderna.

¹³⁶ BAUDENBACHER, Carl. “Judicial Globalization: new development or old wine in new bottles?”. In: **Texas International Law Journal**. v. 38, parte 3, 2003. p. 525. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/36385843_Judicial_Globalization_New_Development_or_Old_Wine_in_New_Bottles>. Acesso em: 19 ago. 2019. Segundo o autor: “*from ancient times (...) those wishing to establish a just legal system have sought inspiration and example from other lands*”.

¹³⁷ Evidenciando um caráter de ambivalência nos paradoxos, Teubner adverte: “*real paradoxes are highly ambivalent. They contain destructive, paralysing potentials, but contain at the same time productive, creative possibilities. The alternative is open: paralysis, or provocation of structural innovations? It is not some sort of determinism that prevails, but sheer contingency. The catastrophe, or the productive new order that is in turn threatened by catastrophe – both are equally likely. This ambivalence gives a plausible explanation for the oft-noted enormous pressure of innovation bearing upon today’s societies*”. Nesse trecho, Teubner retrata que o caráter ambivalente dos paradoxos destroem e neutralizam e simultaneamente são criativos e vantajosos, fato que explica a grande pressão que a inovação exerce sobre a sociedade contemporânea (TEUBNER, Gunther. “Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”. In: **On Paradoxes and Inconsistencies in Law**. p. 54).

Em tempos de governança global, articulam-se, então, proposições para identificação do significado de direitos fundamentais, quais os seus elementos essenciais e seu alcance, o que torna imperativa a sua realização e qual compromisso do Estado para sua proteção. Decerto, a complexidade temática não nutre consensualidade. A maior conquista jurídica contemporânea não se trata da caracterização em si do que seja o conteúdo dos direitos fundamentais, mas a firmação do entendimento segundo o qual tais direitos serão primários diante dos paradoxos modernos.

A singularidade dos direitos fundamentais provoca adaptações em conceitos clássicos sobre nação, pluralismo, Estado e induz a reinvenções nas formas de proteção, diante da hiperbólica transformação espacial de poder que a contemporaneidade proporciona. Os sistemas jurídicos não se organizam ordenadamente apenas em sua Constituição, mas em constante referência a normatizações internacionais e supranacionais e até mesmo em fragmentações constitucionais oriundas da difusão do poder para governanças não estatais.

Paralelamente a essa intensificação social, não se pode olvidar de referenciar a formação da União Europeia como contexto supranacionalizado de destaque, o que proporcionou a criação de tribunais internacionais e supranacionais relevantes, haja vista a grande quantidade de relações jurídicas transpostas entres os países que compõem esse contexto formador unificado.¹³⁸

A questão se torna deveras complicada quando se verifica que soberania, na sociedade atual, tem sofrido alusões da reflexividade da mundialização. O Estado soberano não possui mais a força de outrora e não mais consegue, isoladamente, solucionar insatisfações locais que se relacionam com repercussões globais. Em contexto de globalização, portanto, a soberania sofre coarctação, confinamento, transformando-se em soberania compartilhada ou “quase-

¹³⁸ WEILER, Joseph H. H. “The Transformation of Europe”. In: **The Yale Law Journal**. v. 100. 1991. p. 2405-2483. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol100/iss8/5/>>. Acesso em: 13 jun. 2019. União Europeia é uma combinação singular de confederação no plano político e de federação no plano jurídico. Isto porque os países que compõem a união supranacional decidem conjuntamente situações sem a chancela democrática do debate público nacional e, em momento posterior, obriga o seu cumprimento por todos ao inserir tais decisões no contexto jurídico doméstico por meio do princípio da primazia. Weiler, em um primeiro momento, conjuga o ponto de vista político com a confederação: “*from the political, but not legal, point of view the Community is in fact a confederation*” (p. 2472). Após, em um segundo momento, continua abordando o déficit democrático e associa a ideia de federalismo na seara jurídica: “*Pulling all the threads together, the conclusion provides at least food for thought: in a formal sense, majority voting exacerbates the Democracy Deficit by weakening national parliamentary control of the Council without increasing the powers of the European Parliament. But even increasing the powers of the European Parliament (to full co-decision on the most ambitious plan) does not wholly solve the problem. It brings to the fore the intractable problem of redefining the political boundaries of the Community within which the principle of majority voting is to take place*” (p. 2473).

soberania”.¹³⁹

E nesse ritmo frenético os direitos fundamentais crescem em vulnerabilidade, a ponto de sofrerem restrições drásticas sem a devida consideração jurídica de proteção. A quantidade de regramentos normativos constitucionais, legais, convencionais, pactuais, e até não-estatais, mas que guardam ainda que indiretamente sintonia com as normas constitucionais, propiciam uma desnaturalização circunspecta do que vem a ser direitos fundamentais, dificultando a sua especificação e definição.

Esse contexto de incerteza e intranquilidade sobre como solucionar os paradoxos coevos pode se aperfeiçoar e ser entendido como forma de sobrepor um novo olhar emancipatório para a sua resolução. Fazer da dificuldade uma oportunidade não é retórica frágil ou de balizas movediças, é acima de tudo concretizar a ambivalência dos próprios paradoxos, é retratar que eles destroem e neutralizam ações, mas também criam e produzem resultados.

Diante disso, as Cortes Constitucionais possuem função acentuada na concretização de um fulgente mínimo essencial de direitos, isto é, na construção de um núcleo existencial que conceda segurança, legitimação e proteção constitucional, além das fronteiras do Estado. Não se trata de tentativa de uniformização de direitos e muito menos de promover julgamentos padronizados, e sim na homogeneização e densificação para sua proteção constitucional.

A universalidade dos direitos fundamentais não induz garantia de tutela nem de democratização de espaços participativos. A universalização de tais direitos possui caráter eminentemente teórico, carecendo de elementos e de viés decisivo na solidificação de circunstâncias concretas e individuais contidas nos contrassensos que a modernidade entregou aos julgadores dos Supremos Tribunais.

Os tribunais de um modo geral possuem a cátedra de transformar o atual contexto

¹³⁹ Vide nota n. 101. Cf. PETERS, Anne. “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”. In: **Leiden Journal of International Law**. v. 19, 2006. pp. 579–610. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1564125>>. Acesso em 25 out. 2019. A professora da Universidade da Basileia, na Suíça, ensina sobre constitucionalismo compensatório: “*Overall, state constitutions are no longer ‘total constitutions’.* In consequence, we should ask for compensatory constitutionalization on the international plane. Only the various levels of governance, taken together, can provide full constitutional protection”. Em tradução livre: “No geral, constituições estatais não são mais 'constituições totais'. Em consequência, devemos perguntar pela constitucionalização compensatória no plano internacional. Somente os vários níveis de governança, tomados em conjunto, podem fornecer proteção constitucional completa”. (p. 580). Anne Peters parte da ideia de que a projeção global do direito constitucional permite compensar as perdas que as constituições nacionais estão sofrendo como implicação do fenômeno da globalização.

destrutivo em possibilidade construtiva de direitos fundamentais, formando um núcleo mínimo essencial de proteção. Os tribunais internacionais e supranacionais, de um modo geral, por estarem mais afetos aos percalços que assolam as fronteiras territoriais, possuem mais de perto esta oportunidade, mesmo que ainda não consigam concretizá-la por completo, exatamente por lhe faltarem certas competências iminentes a Cortes Constitucionais.

No entanto, o órgão judicial que pode exercer esse papel emancipatório em um contexto macro é a Corte Constitucional. E isso se deve a três básicas argumentações: a) ser a detentora precípua e exclusiva do exercício do controle de constitucionalidade;¹⁴⁰ b) caracterizar-se como a última instância judicial capaz de consolidar um posicionamento jurídico-político em sua sociedade; c) ser o órgão garantidor do equilíbrio na tensão existente entre as poderes estatais cujos representantes são eleitos.

As Cortes Constitucionais, as quais representam a instância responsável pela manutenção da ordem constitucional, são consideradas órgãos de fechamento do sistema jurídico, a porta-voz do pacto constitucional, o vetor de consolidação do círculo democrático e definidor interpretativo do texto da Constituição.

É certo que existem tribunais que se caracterizam pelo excepcionalismo no modo de julgar interesses e conflitos. A postura da Corte americana, por sua relevância no cenário jurídico mundial, em que o *judicial review* esboçou sua gênese enquanto controle difuso de constitucionalidade, merecia ser mais flexível quanto ao compartilhamento de entendimentos jurisprudenciais, não obstante a adoção do originalismo visivelmente venerado por Antonin Scalia¹⁴¹.

Quanto mais agregador for o diálogo, mais proteção obterão os direitos fundamentais.

¹⁴⁰ Convém esclarecer que existem países, a exemplo do Brasil, em que o controle de constitucionalidade pode ser desempenhados por outros tribunais ou magistrados singulares. Trata-se da modalidade de controle difuso. Nesse sentido, a alusão ao controle de constitucionalidade neste tópico se refere à categoria concentrada, por via de ação ou de tipo abstrato, típico de análise perante as Cortes Constitucionais. Outrossim, há nações em que o controle judicial de atos legislativos não é de competência de um órgão judicial, mas de um órgão político, a exemplo do *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), que, na França, executa o controle de constitucionalidade, e não a Suprema Corte. Vide notas n. 17 e 18.

¹⁴¹ RAMSEY, Michael D. “Beyond the Text: Justice Scalia’s Originalism in Practice”. In: **Notre Dame Law Review**. v. 92, April 17, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2954078>>. Acesso em 09 out. 2019. pp. 102 e 128. Discorrendo sobre a postura originalista de Antonin Scalia, D. Ramsey adverte: “sem dúvida, suas opiniões fizeram isso; elas estão repletas de referências às palavras da Constituição e aos significados dessas palavras (...) As opiniões de Scalia muitas vezes celebravam a democracia e repreendiam os tribunais que interferiam nas decisões dos ramos políticos”. No original: “*undoubtedly his opinions did that; they are replete with references to the words of the Constitution and the meanings of those words (...) Scalia’s opinions often celebrated democracy and chided courts that interfered with decisions of the political branches*”.

Os Estados Unidos, além de emissor de entendimentos, poderiam contribuir para a interpolação de vozes constitucionais sendo receptores de pontos de vista estrangeiros em maior escala. “A prática e a teoria americanas têm-se movido na direção de um enfático provincialismo”¹⁴². Aqui, Ackerman demonstra a preocupação aludindo estar a Suprema Corte americana seguindo na contramão da cooperação da modernidade.

Mas qual a relação entre o excepcionalismo americano e o diálogo entre Cortes Constitucionais? A continuar a manutenção na postura hermética e tímida quanto ao recebimento de racionalidades jurídicas de outros tribunais constitucionais, os Estados Unidos enfraquecem ou pelo menos retardam o processo de construção do núcleo mínimo essencial aos direitos fundamentais.

Com a riqueza de informações internas e com a influência jurisprudencial que exerce no mundo jurídico, a Corte americana (USSC), caso se desobrigasse dessa postura refratária ao diálogo¹⁴³, contribuiria grandemente para a fortificação da homogeneidade desse conjunto de direitos, pois argumentos e fertilizações de outros tribunais também seriam levados em consideração para a prolação de decisões americanas, divulgando novos olhares que o próprio tribunal constitucional estadunidense pode não possuir em razão de seu contexto democrático flutuar em estágio mais consolidado.

Registra-se que tal fator não diminuiria ou retiraria o patriotismo jurídico da Corte da América do Norte. Ao revés, contribuiria para maior engrandecimento de seu sentimento cívico, haja vista que em tempos paradoxais a desparadoxização coloca os atores jurídicos em oscilação, em constante revisitação de seus atos, e o tribunal constitucional ianque não está imune a esse movimento pendular.

O diálogo no estilo proposto, portanto, pode resgatar a parcela do poder político em benefício de sua cidadania. A troca de informações entre tribunais supremos é a materialização dos direitos fundamentais. O contexto globalizado induz que as decisões

¹⁴² ACKERMAN, Bruce. “The Rise of World Constitutionalism”. In: *Virginia Law Review*. p. 773.

¹⁴³ LAW, David S. “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”. In: *University of Pennsylvania Law Review*. v. 163, n. 04, march 2015. p. 932. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9474&context=penn_law_review> . Acesso em 18 out. 2019. Como mais uma demonstração do excepcionalismo americano, tem-se a glosa de David S. Law, no sentido de “tão distintiva quanto a presença do originalismo, porém, é a ausência do comparativismo. É difícil identificar um tribunal superior nacional que preste menos atenção à jurisprudência constitucional estrangeira do que o Supremo dos EUA”. Na versão original: “*as distinctive as the presence of originalism, however, is the absence of comparativism. It is difficult to identify a national high court that pays less attention to foreign constitutional jurisprudence than the U.S. Supreme Court*”.

judiciais em matéria de direitos fundamentais sejam de igual modo construídas de forma compartilhada por meio da vocalização jurídica.

De posse dessas considerações, o diálogo entre Cortes Constitucionais contextualiza demarcações significantes, amortiza os inflexos a ingerências externas, fortalece elementos de proteção a direitos fundamentais, sugere visão constitucional compartilhada e retira a diferenciação sem critério na aplicação de normas assecuratórias que versem sobre direitos fundamentais, além de exercer o controle de constitucionalidade e estabilizar um posicionamento racional para uma resposta constitucional aos conflitos ou paradoxos.

2.5 Diferenças do Diálogo Judicial entre Cortes Constitucionais e Supranacionais

Conforme observado, o estudo do diálogo entre Cortes Constitucionais apresenta elementos diferentes e próprios que alargam as diferenciações com a análise da troca de informações entre tribunais inseridos no contexto de supranacionalidade. Nessa perspectiva, recomenda-se um exame distintivo, com explanações sobre as variáveis que segregam essas duas modalidades dialogais, cada uma com suas primitivas abordagens e objetivos.

Após o período revolucionário do século XX, a sociedade mundial vivenciou a etapa de fortificação de direitos fundamentais, os quais, em razão de certa insuficiência às necessidades humanas, cada vez mais prementes, impulsionaram o direito constitucional a um processo de internacionalização, surgindo a previsão de direitos em documentos internacionais, os quais, por sua vez, tem sido incorporados aos ordenamentos constitucionais nacionais. A projeção global do direito constitucional aproximou tribunais e o espaço jurídico que separava os juízes internacionais e constitucionais paulatinamente encontrou regressão.

Para quem entende ser a projeção global do direito constitucional de maneira inversa, isto é, um processo de constitucionalização do direito internacional, criou-se recinto para o surgimento do controverso¹⁴⁴ controle de convencionalidade, responsável por fiscalizar e

¹⁴⁴ No Brasil, o controle de convencionalidade tem sido questionado quanto a sua utilização prática. Georges Abboud assevera que: “no nosso entender, a questão, na sua maior parte, é meramente um ‘enfeite terminológico’. Tratados aprovados nos termos do § 3º. do art. 5º. da CF serão, pura e simplesmente, texto constitucional, e, portanto, parâmetro de controle de constitucionalidade das leis. Querer nomear controle de convencionalidade (concentrado ou difuso) aquele controle cujo parâmetro seja um texto constitucional que um dia foi tratado internacional é uma opção meramente linguística, sem efeitos práticos relevantes” (ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. p. 561).

garantir a implementação de direitos pelos países signatários de tais documentos internacionais, podendo ser realizado de forma concentrada por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou de maneira difusa quando realizado por juízes nacionais dos Estados que aceitaram a jurisdição desta Corte internacional.

Assim, em razão de sua função é que o controle de convencionalidade se depara como um instrumento relevante ao diálogo entre Cortes nacionais e internacionais. A abrangência dessa permuta argumentativa e a quantidade de normas internacionais existentes, por vezes, podem propiciar algumas situações de instabilidades relacionadas à aplicação das normas. Por isso, o controle de convencionalidade pode ser compreendido como “uma expressão ou aspecto da recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional (ou supranacional)”.¹⁴⁵

Na mesma esteira de pensamento, mas com algumas singularidades¹⁴⁶, nasceu o controle de comunitariedade, presente no contexto europeu em razão da integração da comunidade europeia. Por esse controle, a legislação internacional passa a ser um prognóstico regulatório para os Estados nacionais que compõem a comunidade europeia, assim como para os cidadãos que neles residem.

Convém ressaltar que, mesmo nesse contexto comunitário, a doutrina majoritária considera que os ordenamentos constitucionais internos possuem valor normativo diferente aos regramentos comunitários, havendo uma espécie de núcleo rígido nas Constituições nacionais, o que impediria a sobreposição absoluta de normas comunitárias sobre regramentos domésticos, o que desestabilizaria por completo a soberania jurídica dos Estados membros.

Não obstante essas possibilidades, não se pode confundir os chamados controles de convencionalidade e comunitariedade com controle de constitucionalidade. Apesar da

¹⁴⁵ RAMÍREZ, Sergio García. “El Control Judicial Interno de Convencionalidad”. In: **IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**. Ano V, n. 28, jul./dez. México, 2011. p. 127. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007>. Acesso em: 08 jul. 2019. No original, “*una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)*”.

¹⁴⁶ Na Espanha, por exemplo, o sistema jurídico não dispõe de mecanismo para controle de comunitariedade das normas internas. Em razão disso, há vozes doutrinárias elevando a importância do Tribunal de Justiça da União Europeia: “*El reconocimiento de una competencia al Tribunal de Justicia para declarar la nulidad de las normas nacionales contrarias al derecho comunitario vendría pues a salvar esta situación, introduciendo un cauce judicial para la eliminación de cualquier norma nacional contraria al derecho comunitario*” (RODRÍGUEZ, Javier Díez-Hochleitner. “La respuesta del TUE al Incumplimiento de las Sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Miembros”. In: **Revista de Instituciones Europeas**. Vol. 20, n. 3, 1993, p. 865).

importância dos dois primeiros, principalmente para os contextos de supranacionalidade, o terceiro se refere ao tipo de controle que, geralmente, uma Corte Constitucional¹⁴⁷ pode exercer de maneira direta, legitimando sua soberania interna, diferentemente do que ocorre com os dois primeiros, em que os tribunais internacionais e supranacionais competentes, mas não supremos, podem pratica-los.

Com efeito, a primeira diferenciação entre essas modalidades se refere à *finalidade do diálogo*. O fato de Cortes supranacionais não serem agentes originais do controle de constitucionalidade direto e nem instância definitiva no Estado nacional para consolidação e irradiação do entendimento jurídico, controlando poderes eleitos, o diálogo perante tais órgãos se mostra mais penetrante e flexível, no sentido de ser propício a aplicações principiológicas na busca da convergência de práticas constitucionais direcionadas a vários países que se encontram unidos em contextos de comunidade e com elos de respeitabilidade a tribunais outros, em uma relação mais abrangente, haja vista que os tribunais supranacionais possuem competências mais organizativas que as Cortes Constitucionais.

No panorama da comunicação entre Cortes Constitucionais, em que a supranacionalidade não se faz presente, mas sim uma relação paralela e equivalente de debates jurisprudenciais no âmbito de soberania de cada Estado, o compartilhamento de considerações jurídicas é realizado em perspectiva não de convergência em si, mas de criação de um núcleo mínimo essencial para facilitar a prolação de julgamentos hábeis a proteger direitos fundamentais em uma escala mais efetiva, ainda que as decisões intercambiadas sejam prolatadas com dispositivos em sentidos diferentes.

Dessa maneira, o contato permutativo de influências argumentativas se torna menos abrangente, mais setorizado e especificado no ponto de contato referente à respectiva proteção ao direito que se intenta tutelar, e não com uma preocupação de procedimentalizar normas para aplicação em tribunais diversos, haja vista que cada Corte Constitucional tem a sua autonomia de julgamento por não se encontrar internalizada em contextos não equivalentes de organização e estrutura.

Diante disso, a carga principiológica neste tipo dialogal – entre Cortes Constitucionais – é mais focada em aspectos relacionados a como os juízes constitucionais devem proceder em julgamentos de casos semelhantes pertencentes a uma mesma temática de forma a que os

¹⁴⁷ Veja-se, a propósito, as notas de n. 17 e 18.

direitos fundamentais sejam protegidos, e não com qual norma se deve julgar um caso e qual proteção conceder aos direitos que possuem, via de regra, mais de uma proteção legal.

Nesse sentido, as Cortes Constitucionais costumam controlar outros eventuais agentes que participam do processo decisório, atuando sobre um marco de competências definidas pelos preceitos da Constituição e de responsabilidade política e jurídica. Os magistrados constitucionais detêm, por meio da obediência às normas da Constituição, a imperiosa fixação dos limites participativos dos atores integrantes de um processo judicial.

Um outro fator determinante na diferenciação de tais diálogos reside na *quantidade de tribunais envolvidos no diálogo*, nas conversações supranacionais e constitucionais. No cenário supranacional, a pluralidade de Cortes que possuem relações próximas e que necessitam se harmonizar em entendimentos é crucial para um diálogo mais organizatório, de determinação, ou seja, tem caráter mais resolutivo, deliberativo e de gestão. Tal estilo de conduta, no entanto, não retira da vocalização supranacional um relativo espelhamento para os tribunais domésticos.

Como registra Johanna Kalb, “a crescente prevalência de tribunais supranacionais coloca pressão de harmonização nos tribunais nacionais”.¹⁴⁸ Estes, quando exercitam as difusões jurisprudenciais, o fazem com número essencialmente menor de Cortes quando comparados à conjuntura supranacional. Eis uma primeira razão para se entender que a “pressão” intitulada por Kalb possui significação de possibilidade, probabilidade, e não certeza.

Convém destacar como segundo argumento para a “pressão” comentada por Johanna Kalb o apregoamento da conduta dialogada não como imposição extrema de gestão, mas, sim, em tom de exemplo pragmático de conduta,¹⁴⁹ haja vista que, nesse tipo de diálogo, existem

¹⁴⁸ KALB, Johanna. “The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation”. In: **The Yale Journal of International Law**. v. 38, issue 2, article 4, 2013. p. 448. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol38/iss2/4>. Acesso em 22 out. 2019. “*Additionally, the increasing prevalence of supranational courts puts harmonization pressure on domestic courts*”.

¹⁴⁹ A propósito, basta verificar o art. 27 do Decreto n. 7.030/2009, de 14 de dezembro de 2009, que promulgou no Brasil a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), para perceber a clara proibição de utilização do direito interno como pretexto para não obediência a tratado internacional. A respeito da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, interessante alentar que possui como um de seus objetivos a harmonização dos procedimentos de elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados. O aludido dispositivo assim se encontra redigido: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. (BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em:

postulados próprios e inerentes ao contexto supranacional que regem as relações entre as Cortes participantes como a “questão prejudicial” (*preliminary reference*), a “primazia do direito supranacional” e o “efeito direto”¹⁵⁰, situações, via de regra, não existentes nas interlocuções entre Cortes Constitucionais.¹⁵¹

No caso da conversação supranacional, os tribunais envolvidos possuem uma margem procedimental mais ampliada ao se desvincular dessas competências específicas e fixações impositivas, haja vista ser mais alargado o leque normativo que disciplina a conduta dos tribunais supranacionais. Essa desvinculação pode ser salutar para o contexto integralizado, pois se mostra mais evasivo às pressões dos outros agentes que normalmente opinam e também concedem argumentos decisórios aos impasses analisados.

A difusão jurisprudencial entre Cortes de níveis múltiplos (internacionais e supranacionais), em razão dos vários atores jurídicos envolvidos em escalas de atuação em diferentes ordens, mas entrelaçadas entre si por assuntos correlatos, na visão de Slaughter, não proporciona um constante pensamento cooperativo entre ordenações jurídicas, uma vez que conflitos costumam ser perceptíveis entre visões diversas de jurisdição.¹⁵² Já para a opinião de David Law, mostra-se como um desafio que consiste em “desvendar as formas complexas e

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 24 out. 2019).

¹⁵⁰ Para estudos mais aprofundados sobre essa temática principiológica, Cf. GÁSPÁR-SZILÁGYI, Szilárd. “The ‘Primacy’ and ‘Direct Effect’ of EU International Agreements”. In: **European Public Law**. v. 21, issue 2, forthcoming, 2015. pp. 343-370. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EURO2015017>>. Acesso em 24 out. 2019; CRAIG, Paul. “Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law”. In: **Oxford Journal of Legal Studies**. v. 12, n. 04, 1992. pp. 453-479. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/764608>. Acesso em 24 out. 2019.

¹⁵¹ Como exemplo, pode-se citar o princípio da primazia da realidade aplicado no direito europeu. Sobre os princípios fundamentais do direito da União Européia, vide: BOGDANDY, Armin von. “Founding Principles of EU Law: a theoretical and doctrinal sketch”. In: **Revus**. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava. Trad. Temeljna načela prava Unije, v. 12, 2010, pp. 35-56. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revus/131>>. Acesso em: 09 out. 2019. O jurista nascido na cidade de Oberhausen (Alemanha) preleciona que “o esforço doutrinário construtivista parece ser particularmente premente no que diz respeito ao direito primário europeu. Sua qualificação como “caos constitucional” é provavelmente sua descrição mais conhecida (...) Consequentemente, o O TJE utiliza a conformidade com o direito primário como método de interpretação”. Na versão original: “*the doctrinal constructivist endeavour appears to be particularly pressing with regard to European primary law. Its qualification as ‘constitutional chaos’ is probably its best-known description (...) Accordingly, the ECJ uses the conformity with primary law as a method of interpretation*”. Para maior aprofundamento, Cf. CURTIN, Deidre. “The Constitutional Structure of the Union: a europeu of bits and pieces”. In: **Common Market Law Review**. v. 30, Issue 1, 1993, pp. 17-69. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA1993003>>. Acesso em: 09 out. 2019. Por fim, convém registrar que o termo “caos constitucional” referenciado por Armin von Bogdandy foi idealizado por Habermas. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

¹⁵² SLAUGHTER, Anne-Marie. “Global Community of Courts”. In: **Harvard International Law Journal**. Cambridge. Publications Center – Harvard Law School. v. 44., n. 1, 2003. p. 204. Disponível em: <<https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/slaughter/files/globalcourts.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

sobrepostas pelas quais as estruturas federal e supranacional promovem a homogeneização constitucional”.¹⁵³

Acrescente-se, ainda, o ceticismo de Neves para quem “toda ‘conversação’ entre Cortes carrega em si o potencial de disputa”.¹⁵⁴ Nessa perspectiva, e sem intenção depreciativa, mas apenas reflexiva, parece fazer sentido Habermas ter concebido o sistema jurídico europeu como “caos constitucional”¹⁵⁵. O potencial semântico restritivo, nesse caso, pode ser trasladado ao diálogo judicial internacional em sentido amplo¹⁵⁶ o desafio de organizar e coordenar as influências entre os tribunais supranacionais e seus contextos internamente soberanos. Prontamente, pode-se assentir que o diálogo supranacional se processa em um espaço público redimensionado, em que vozes judiciais nacionais convivem com falas jurídicas supranacionais.

Esse soslaio mais tenso pode ser assimilado na relação do antes chamado Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) com os Estados-membros europeus em matéria de direitos fundamentais. No pensamento de Dieter Scheuing “era agora necessário não apenas garantir aos Estados-Membros o direito ao direito comunitário de ser válido e de aplicação primária e uniforme, mas também harmonizar o direito comunitário com os direitos fundamentais comunitários. É verdade que o TJCE não reconheceu o impacto total, mas limitado, dos direitos fundamentais comunitários também nos Estados-Membros”.¹⁵⁷ O ideal de inconsistências e certa discordância é compreensível.

A terceira distinção cinge-se ao estilo da *instrumentalidade do diálogo*. A rede interativa de contextos supranacionais, à medida que se complexiza com ajustes, de um lado,

¹⁵³ LAW, David S. “Generic Constitutional Law”. In: **Minnesota Law Review**. v. 89, 2005. p. 716. Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper n. 11-04-04. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=593645>>. Acesso em 21 out. 2019. “A particular challenge is to unravel the complex and overlapping ways in which federal and supranational structures foster constitutional homogenization”.

¹⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 117.

¹⁵⁵ Orienta-se a leitura da nota n. 150.

¹⁵⁶ Vide capítulo n. 2 desta obra, no tópico “O que é Diálogo Judicial Internacional em Sentido Amplo? Restringindo o Campo de Atuação”, item 2.3.2.

¹⁵⁷ SCHEUING, Dieter H. “Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten”. In: **EuR-Europarecht**. Heft 2. März/April. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005. p. 163. Disponível em: <<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0531-2485-2005-2-162/zur-grundrechtsbindung-der-eu-mitgliedstaaten-jahrgang-40-2005-heft-2?page=1>>. Acesso em: 30 abr. 2019. “Doch galt es, vor dem Hintergrund spezifischer Verflechtungen zwischen Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht nunmehr gegenüber den Mitgliedstaaten nicht nur den Anspruch des Gemeinschaftsrechts auf Wirksamkeit sowie vorrangige und einheitliche Geltung zu sichern, sondern dabei auch die Ausrichtung des Gemeinschaftsrechts an den Gemeinschaftsgrundrechten zum Tragen zu bringen.6 Deshalb hat der EuGH zwar nicht auf eine umfassende, wohl aber auf eine begrenzte Verpflichtungswirkung der Gemeinschaftsgrundrechte auch für die Mitgliedstaaten erkannt”.

entre respeitabilidades com a ideia de união e comunidade, de outro, coexiste com pontuais cessões e acolhimentos a conjunturas fora dos limites nacionais, abrindo mão de parcelas de competências e funções. O incremento institucional de um diálogo supranacional pressupõe, portanto, um sistema estrutural de coordenação. Os Estados Nacionais passam a ser elementos de uma engrenagem formadora de uma consociação, de uma coletividade.

No caso do diálogo entre Cortes Constitucionais ocorre um caráter mais de orientação que de organização, tipicamente sugestivo como um vetor para prolação de decisões. Em outros termos, cinge-se ao fato de ser indicativo para práticas constitucionais tendo como paradigma situações estrangeiras, sendo considerado uma espécie de arquétipo para aplicação em outros Estados nacionais, logo, mais remanescente. Aqui, o diálogo se torna mais linear, cooperativo e parametrizado como comparação de linguagem judicial, sem intenção altercada.

A quarta diferenciação que pode ser levantada diz respeito à *jurisdição constitucional do diálogo*. Em outros termos, o seu campo de atuação, se na jurisdição constitucional estatal (interna ou nacional) ou na jurisdição constitucional comunitária (externa ou supranacional). Não se discute que uma das missões da jurisdição constitucional é o controle das outras funcionalidades estatais com foco na respeitabilidade dos direitos fundamentais.

Nesse intento, a pretoriana forma de argumentação entre Cortes, quando realizada na jurisdição constitucional estatal, nacional ou interna, não se perfaz por meio de um único tribunal, mas é aceitável que outras Cortes detenham regramentos internos que envolvam direitos em situações semelhantes. Logo, as Cortes Constitucionais possuem capacidade para configurar normativamente os direitos em sede jurisprudencial, em rede, em interações dialogadas, mas com preceitos normativos oriundos de seus domésticos ordenamentos que, geralmente, são similares e miméticos entre si.

No caso da jurisdição constitucional externa ou supranacional, a diversidade de instrumentos normativos pertencentes a cada sistema jurídico interno e especificamente a tribunais em situações externas, que ditam normatizações comunitárias, em sentido coletivo, a exemplo dos tratados, acordos e convenções internacionais, trazem proteções igualmente diversas a direitos fundamentais, ainda que estes sejam lineares e equivalentes ao redor do globo. A diferença pode estar não no tipo do direito subestimado, mas na maneira como ele é protegido e tutelado pela jurisdição constitucional.

Diante disso, pode-se inferir que a jurisdição constitucional nacional detém, assim, uma capacidade limitada de configuração normativa dos direitos fundamentais, enquanto externamente essa configuração se amplia e se diversifica. O contexto supranacional é responsável, em razão de sua coletividade e primazia, por uma fragmentariedade normativa que caminha coordenadamente com cadeias de normas mais extensas e originárias de ordenamentos diversos, situação bastante dessemelhante quando se invoca a conjuntura nacional.

2.6 Notas Conclusivas

A segunda parte deste trabalho ao tempo que resgata os ideais conglobantes do espaço público estatal, estreita a aresta do ambiente jurisdicional. A globalização não se finda com a protagonização da vida econômica das empresas multinacionais no cosmopolitanismo. Mais que isso, demonstra sua notoriedade com a institucionalização universal de uma vocalização entre ordens constitucionais.

O direito constitucional que leva a fundo os detalhes do constitucionalismo é polinizado pelos efeitos interconectivos da avalanche informativa intrínseca ao processo de modernização. Os juízes constitucionais, a passos largos, hermetizam espaços, criam afinidades argumentativas, ligam-se uns aos outros em tons construtivistas e, dia menos dia, conversam entre si, fundem-se a uma rede interativa de compartilhamento decisório. A globalização também atinge o direito, os juízes, as Cortes.

Se essa é uma visão emancipatória aos problemas complexos ou paradoxos de Teubner, tal capítulo demonstrou que, no mínimo, fazem parte de uma sociedade que comunga problemas similares. As lesões ou desrespeitos a direitos fundamentais ocorrem em escalas semelhantes pelo globo. A mundialização, que adentrou ao direito constitucional, também quebrou barreiras entre sistemas constitucionais. Cada Estado passa, então, a ter significados compartilhados, e não explicações técnicas isoladas.

Nesse ritmo, os Tribunais iniciam trocas de informações, Cortes travam comunicações umas com as outras, magistrados desenvolvem influências entre si. E cada vez mais se observam limites sendo derrubados pela globalização jurídico-institucional. Definitivamente, os juízes estão conversando, procurando respostas a conflitos duros, prospectando espaços para preenchimento do direito crescentemente universalizado.

Se as Cortes instauram processos de difusões de entendimentos ao redor do globo, como se pode entender o diálogo judicial? Essa elevada forma de informação cruzada fertiliza campos obscuros e intensifica claros terrenos discursivos em prol da tutela de direitos fundamentais, que, a exemplo dos intercâmbios mundiais, possuem integridade nuclear ao redor de democracias, ou não, espalhadas nas mais diversas ordens sistêmicas.

Nesse contexto, conveniente se mostrou exigir uma acadêmica definição ou especificação do tema deste trabalho. A máxima doutrinária de que um tema mais enxuto certifica maior probabilidade de consentimento faz nascer a necessidade de sua particularização. Assim, de fora para dentro, resolveu-se explicitar o que não se configura como diálogo judicial, para, após, estreitar argumentos sobre o significado do diálogo judicial internacional em sentido ampliado, a fim de, demonstradas as razões, iluminar o cerne deste trabalho como sendo diálogo judicial internacional em sentido restrito, ou seja, difusões somente entre Cortes Constitucionais.

Para tal desdobramento doutrinário, surgiu a necessidade de diferenciar a conversação entre esses Tribunais Supremos e as Cortes consideradas internacionais, ou seja, evidenciar as características que separam os diálogos entre juízes constitucionais e magistrados inseridos em Cortes supranacionais. Tal disparidade se mostrou necessária para aclarar eventuais dubiedades ou imprecisões funcionais, assim como para consolidar o mote desta obra como sendo apenas difusões jurisprudenciais entre Cortes Constitucionais.

Esta especialização temática, ao tempo que define a amplitude da pesquisa, por suposto, faz emergir a necessidade de mais especificações sobre seus institutos. Nesse medida, no capítulo vindouro, tratar-se-á do diálogo judicial internacional em sentido estrito. Para isso, imprescindível se torna iniciar tal análise pelas explanações relacionadas a seus aspectos metodológicos. Como se sabe, geralmente, os esclarecimentos técnico-científicos partem dos elementos da metodologia analítica. Este trabalho não se mostra indiferente a este percurso e, assim, convida o leitor a desbravar a próxima seção.

CAPÍTULO 3: METODOLOGIA DO DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

3.1 Condição para Realização do Diálogo Judicial

Estabelecer condições para determinado procedimento é etapa imprescindível para o êxito de suas atividades. Funcionalizar a estrutura de institutos é o mesmo que operacionalizar fragmentos dentro de um sistema, otimiza-los e deixa-los executáveis.

Para essa tarefa prática e metodológica, condições precisam ser informadas previamente para guiar os rumos da realização daquilo que se pretender expor e para retirar do âmbito de sua aplicação qualquer fragor que desvirtue o sentido do que se intenta divulgar.

Com o diálogo judicial não poderia ser diferente. Por ser um procedimento capaz de materializar proteções para direitos fundamentais, merece importância a análise de alguns requisitos para a sua realização, de forma a ser efetivado perante as Cortes receptoras e emissoras das jurisprudências, bem como para ser organizado aos jurisdicionados, a ponto de ser límpido o suficiente para a compreensão da sociedade.

Portanto, para o diálogo se concretizar, é necessário: a) identificação da sua fonte; b) homogeneidade de conteúdo temático.

3.1.1 Identificação da Fonte do Diálogo

O diálogo precisa ser identificado. Uma das maiores premissas de um diálogo coerente e acoimado em suas finalidades democráticas e protetivas de direitos é a ausência de dubiedades. Ele é direto, sem rodeios e divagações que generalizem situações e que instaure incertezas quanto à fonte utilizada.

Os tribunais supremos que emitem e recebem jurisprudência por meio do intercâmbio realizados por seus magistrados necessitam ser inteiramente identificados. Isso precisa ser evidente e destituído de ambiguidades. A límpida caracterização e especificação de qual Corte foi extraído o pensamento propagado não pode ser encoberto ou esquecido pelo tribunal que se propôs a investigar as soluções jurídicas estrangeiras.

Scott Stephenson comunga do mesmo entendimento ao admitir expressamente essa premissa. “Como em todas as outras formas de engajamento comparativo, embora deva haver

uma fonte identificável, não é necessário identificar um único antecedente - várias jurisdições podem expressar amplamente a mesma ideia - ou rastrear a ideia até a primeira vez em que foi expressa no direito constitucional”.¹⁵⁸

O tribunal não pode ter embaraço argumentativo nem timidez de buscar raciocínios jurídicos estrangeiros quando a salvaguarda de direitos fundamentais encontra-se em discussão. Na Corte não pode haver espaço para vergonha de fomentar um debate jurídico e ampliar as arestas na busca de *topos*¹⁵⁹ fundamentadores, muito menos construir obstáculos para evitar a conversação salutar com outra Corte a fim de angariar *standards* legitimadores para uma decisão constitucional.

Importante ressaltar que a interação comunicativa não significa dizer que a receptora da jurisprudência não saiba aplicar o direito ao caso concreto e julgar com motivação jurídica. O cerne da questão aqui se amolda ao pensamento de Slaughter, pois é “menos pegar emprestado do que beneficiar-se da deliberação comparativa”¹⁶⁰. Dessa forma, se não houver identificação por parte do tribunal supremo receptor da fonte, informando de qual órgão supremo se está retirando o entendimento jurídico, o diálogo não se processa.

A atividade de dizer o direito obedece a parâmetros de consenso. Dessa forma, chega a ser inimaginável construir uma verdade baseada em concordâncias se o argumento reforjador é comungado em uma Corte constitucional indefinida ou escondida. Não há construção de respostas em recônditos discursivos. Ambiguidade e ambivalência são sentidos de conflitos e paradoxos. Clareza e retidão são patamares de argumentos e diálogos.

Assim, a ausência de citação da fonte pode conduzir a algumas justificativas e conclusões. Se não há referência à Corte suprema de onde se retirou o julgado alienígena, este meio utilizado restringe a sua força comparativa, diminui o ímpeto normativista e reduz a

¹⁵⁸ STEPHENSON, Scott. “Constitutional Reengineering: dialogue’s migration from Canada to Australia”. In: **International Journal of Constitutional Law**. v. 11, Issue 4, October 2013. p. 874. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mot041>>. Acesso em 10 jun. 2019. “As with all other forms of comparative engagement, while there must be an identifiable source, it is not necessary to identify a single antecedent—multiple jurisdictions may express broadly the same idea—or to track the idea back to the first time it was expressed in constitutional law”.

¹⁵⁹ A expressão *topos*, plural de *topoi*, também conhecida como *loci*, é analisada como pontos de vista de caráter pragmático de justiça e consiste em meios de argumentação sobre uma determinada dificuldade, sendo utilizados para o intento de proporcionar debates acerca do problema. Em outros termos, Viehweg considera a tópica como “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa contextura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de imprensa Nacional, 1979. p. 17).

¹⁶⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 75.

integração da decisão prolatada pelo tribunal. O oculto não consegue integralizar fatos e postulados legais, nem exercícios de troca de discursos jurídicos fundamentadores.

A ausência da identificação da fonte pode fazer nascer o entendimento de que o intercâmbio é apenas aparente, sendo então uma possível perspectiva de direito comparado, mas não um diálogo. A utilização de julgados sem sua especificação pode se tornar apenas uma possibilidade de entender que outros tribunais possuem soluções relevantes, mas não podem ser elementos decisivos para compartilhamento de consideração jurídica.

3.1.2 Homogeneidade de Conteúdo Temático

A circulação de informações requer prática, pois nasce em uma atividade e não em construções abstratas, como se tese fosse. Assim, para uma práxis iniciar e ser bem sucedida, requer-se dinamismo intencional e busca de subsídios para coadunar informações angariadas ao seu propósito.

O aprimoramento se torna diferente quando as informações versam sobre conteúdos divergentes, porém, plenamente possível. Para a comunicação se processar, tanto o receptor quanto o emissor precisam estar conectados em um ponto comum: entendimento coeso, mas não necessariamente rigorosamente equivalente. É necessário haver uma autocompreensão. E somente existe o mútuo raciocínio quando o sentido da linguagem é homogêneo, ainda que os dispositivos dos julgados difundidos sejam diferentes.

Diante disso, o diálogo entre Cortes não refoge a tais direcionamentos. Os tribunais, para iniciar um processo comunicativo e de difusão de elementos justificadores para uma decisão, precisam tratar de temas que sejam parecidos. Não se costuma haver transmissão de ideias em temáticas totalmente diferentes entre si. Dessas ponderações, extrai-se que para o diálogo entre órgãos supremos existir faz-se imprescindível que a matéria jurídica objeto do que se pretende fertilizar seja assemelhada ao assunto posto em apreciação para o tribunal receptor decidir.

Não obstante, é conveniente registrar que homogeneidade temática não significa igualdade de assunto e de casos jurídicos propostos, muito menos exigência para se instituir

uma “isomorfia fático-normativa”¹⁶¹. O diálogo entre Cortes Constitucionais materializa-se na matemática de universalização, na soma de elementos definidores que irão formar um todo, que, na linguagem jurídica, seria a norma para o paradoxo, a criação judicial.

O diálogo judicial não é sinônimo de uniformização nem de uma necessária similaridade. A vocalização entre Cortes permite técnicas argumentativas e hermenêuticas mais complexas. Uma temática pode abranger vários argumentos, o que autoriza a difusão de entendimentos jurisprudenciais poder ocorrer fora das “similitudes fático-normativas”¹⁶². Logo, o diálogo vai além disso, possui espectro interpretativo que transcende aspectos singulares.

Convergência de matérias refere-se a mesmo assunto central, é a questão de fundo sobre a qual gira o problema, é o espaço argumentativo em que os pontos de vista do intérprete podem transitar sem que haja dispersão jurídica. Encontra, pois, delimitação no próprio conflito. Ao tempo que o conflito pode sugerir o diálogo ele também exerce poder de influência para limita-lo.

Assuntos específicos, causas adjacentes, elementos tangentes, argumentos secundários que gravitam as margens limítrofes da tomada de decisão, de um modo geral, podem ser utilizados ou constituírem o diálogo judicial, desde que interligados à temática centralizadora

¹⁶¹ A Suprema Corte dos Estados Unidos se deparou, em 2018, com o caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. O resumo fático refere-se ao casal homossexual David Mullins e Charlie Craig, que tentou fazer uma encomenda de um bolo para o seu casamento na loja de Jack Phillips, a Masterpiece Cakeshop, que fica em Lakewood, no Colorado. Contudo, o confeitiro se recusou a fazer o pedido, alegando motivos religiosos. Após acusações de discriminação por se recusar a fazer o pretendido bolo para um casamento gay por motivos religiosos, a USSC julgou o pedido favorável ao empresário sob o fundamento de que a Primeira Emenda da Constituição norte-americana lhe garantia direitos religiosos. Verifica-se, portanto, que a anulação da decisão da Comissão de Direitos Civis do Colorado se deu porque não foi analisada a objeção de consciência religiosa que o dono do estabelecimento alegou para não confeccionar o pedido do casal homossexual, o bolo para o seu enlace matrimonial, e não propriamente eventual discriminação por opção sexual.

¹⁶² Imprescindível revelar que as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos relacionadas ao fato da aposição de tatuagens entre seus nacionais, redefinindo o significado de obscenidade, não estavam abordando diretamente a temática sobre os desenhos na pele humana, mas, sim, elencavam discussões sobre o direito fundamental à liberdade de expressão. Trata-se do caso *Miller vs. Califórnia* 413 U.S. 15, de 1973, o conhecido “teste de Miller”. Não obstante tal discussão na USSC, temática correspondente adentrou o palco de debates da Corte Constitucional brasileira, mas em outro viés. No Recurso Extraordinário 898.450/SP, em 2016, as tatuagens voltaram a ser analisadas por um Tribunal Supremo, contudo, não com o obrigatório intuito de demonstrar congruência com a Suprema Corte americana, pois no Tribunal Constitucional brasileiro as tatuagens não versaram sobre a liberdade de expressão em si, e sim sobre a possibilidade de candidatos a cargos públicos serem impedidos de prosseguir no certame se ostentarem os desenhos em certos locais do corpo e com determinadas características e conteúdos. Tal fato é claro para demonstrar que em se tratando de diálogo entre Cortes Constitucionais não há necessidade de isomorfia ou precisa similitude fático-normativa, bastando homogeneidade de matéria e conteúdo, que, nesta hipótese, cingiu-se a tatuagens, mas para serem fontes argumentativas para escopos diferentes.

do caso em apreciação. Pontos diferenciados entre as comunicações das Cortes também não possui o condão de desnaturalizar o diálogo, se individualmente considerados, sendo indispensável que sejam conexos com o núcleo profundo da temática debatida.

Quanto aos impasses e hipóteses fáticas sobre as quais o diálogo incide, pelo mesmo fato de se entender que cada região do globo possui particularidades específicas que dão um relevo diferenciador e até mesmo desdiferenciador aos estilos de conflitos, não se pode exigir igualdade de casos jurídicos para a concretização do diálogo, bastando, portanto, que sejam casos em que as informações a serem intercambiadas digam simultaneamente respeito a ambos.

A vocalização não é mecanismo de unificação de respostas jurídicas. Não é sua função construir um catálogo unificado de respostas constitucionais, as quais exigem comparação dos contextos múltiplos da sociedade complexa¹⁶³. E exatamente por isso não há falar em homogeneidades plenas de condições para sua ocorrência. Imperioso, portanto, é reconhecer situações que versam sobre o mesma temática para que o diálogo seja exitoso, ainda que oriente ou determine o intérprete para soluções diferentes.

3.2 Características do Diálogo Judicial

O diálogo judicial internacional em sentido estrito possui características singulares que exigem de seus agentes executores organização na forma de verificação, análise, troca e alocação dos entendimentos jurídicos balizadores da decisão.

Convém registrar a interessante manifestação de Robert B. Ahdieh, para quem o parâmetro do diálogo judicial, em relação ao espaço global, manifesta-se com três distinções complacentes: prospectividade, bidirecionalidade e voluntariedade¹⁶⁴.

¹⁶³ Por esse motivo que não se considera como diálogo judicial institutos processuais com escopos vinculantes ou tendencialmente uniformes. Vide capítulo n. 2, mais precisamente o tópico “O que não é Diálogo Judicial Internacional? Delimitando o ponto de partida”, item 2.3.1.

¹⁶⁴ AHDIEH, Robert. B. “Between Dialogue and Decree: international review of national courts”. *In: New York University Law Review (N.Y.U.L.R.)* v. 79:2029, 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2210&context=facscholar>>. Acesso em 13 mai. 2019. pp. 2051-2052. Robert. B. Ahdieh assim se pronuncia quanto às três características do diálogo judicial: “*To begin with, intersystemic judicial dialogue is ordinarily prospective rather than retrospective (...). A second*

Sem embargo da quantidade de digressões sobre as peculiaridades do diálogo judicial, procurou-se sugerir, com base em estudos doutrinários, nomenclaturas próprias sobre seus atributos: a) horizontalidade; b) intencionalidade; c) dinamicidade; d) institucionalidade; e) pluralidade; f) conformidade.

3.2.1 Horizontalidade

O diálogo judicial entre Cortes Constitucionais possui relação comunicativa caracterizada por sua horizontalidade. Os tribunais supremos são os órgãos judiciários incumbidos de resguardar a ordem constitucional de cada Estado nacional, não havendo, via de regra, outro colegiado semelhante em posição equivalente e que detenha as mesmas funções constitucionais.¹⁶⁵

Em razão da provável ausência de Supremas Cortes em níveis assimétricos, haja vista cada país possuir órgãos judiciais com funções típicas de uma Corte Constitucional, mesmo que nesses termos não sejam cognominados, os intercâmbios de entendimento ocorrem geralmente entre tribunais que representam o judiciário nacional de cada nação. Como não há, em tese, relação de subordinação entre si, diz-se que a difusão de entendimentos ocorre de maneira retilínea, em sentido paralela e em tom equivalente.

Pensar em comunicação de textura isomorfa denota correspondência entre sistemas jurídicos, entre universos jurisprudenciais, e assume relevância no “olhar ao redor”¹⁶⁶, em uma observação circundante, um circuito de percepções, um giro contemplativo dos entendimentos jurídicos das Cortes Constitucionais.

A ausência de hierarquia entre tribunais constitucionais retira a intenção de influência e de sobreposição de uma Corte à outra. O objetivo do diálogo passa a ser altruísta, de colaboração e de favorecimento para melhor proteção da ordem constitucional que os tribunais têm a determinação de resguardar. Possui sentido benevolente e não de obrigação de atividades ou troca de benefícios.

important characteristic of judicial dialogue-and a point of contrast with appellate review-is its bidirectionality (...). Finally, judicial dialogue is characterized-unlike appeal-by some dimension of voluntariness”.

¹⁶⁵ Pela relevância informativa, mais uma vez, remete-se o leitor às notas n. 17 e n. 18.

¹⁶⁶ GARLICKI, Lech. “Universalism v Regionalism? The role of the supranational judicial dialogue”. In: GARCIA ROCA, J; FERNANDEZ, P. A.; SANTOLAYA, P.; CANOSA, R. (eds.). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 58.

O diálogo horizontal¹⁶⁷ se processa entre tribunais pertencentes à mesma classe jurídica, sem intenção concorrencial ou de vinculação, o que permite aprimoramentos discursivos para melhor prosperidade das respostas constitucionais aos problemas postos em apreciação. Uma Corte ajudando a outra a estabelecer o direcionamento jurídico segundo padrões constitucionais entre contextos diferenciados promove o entrelaçamento do direito constitucional.

É uma conduta ética e amigável entre tribunais de mesma hierarquia e nível constitucional, protagonizam atuações semelhantes a um *fair play* judicial, ou seja, sem disputas e sem intenções prejudiciais ao tribunal enquanto instituição jurídica.

3.2.2 Intencionalidade

O diálogo entre órgãos institucionais necessita de intencionalidade. A Corte Constitucional tem o direito de permanecer “em silêncio”, ou seja, evitar o intercâmbio de jurisprudências com outro tribunal constitucional. Não há comunicação entre tribunais se algum deles não possui a vontade de entender os fundamentos que o outro se utiliza para embasar decisões. Tal fato precisa ser respeitado e ser entendido não como uma forma de conduta pretensiosa, mas uma questão de opção.

O tribunal pode evitar o diálogo em razão de vários argumentos. Primeiro, por ser excepcionalista e ter uma posição alheia aos entendimentos estrangeiros, a exemplo da

¹⁶⁷ Atribuir ao diálogo judicial entre Cortes Constitucionais a qualificação de horizontalidade não significa admitir que a conversação judicial entre tribunais que se inserem no contexto de supranacionalidade, ou seja, pertencentes ao sistema de diálogo judicial internacional em sentido amplo, seja verticalizado. Uma afirmação não induz necessariamente a outra. Para corroborar tal afirmação, basta relembrar o caso *Kiyutin vs. Rússia*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Para melhor compreensão, explica-se os fatos à época: em 2010, o requerente, Viktor Viktorovich Kiyutin, um cidadão do Uzbequistão, da Ásia Central, que vivia na Rússia, casado com uma russa, com quem teve um filho, teve seu pedido de autorização de residência negado pelas autoridades daquele país, sob o fundamento de que tais autorizações não seriam concedidas a estrangeiros portadores do vírus HIV. O A recusa foi confirmada pelo Tribunal Distrital Sovetskiy, em Oriol. Convém assinalar que em 2006, a Corte Constitucional da Rússia, analisando outro caso, teria rejeitado um pedido apresentado por um nacional ucraniano que também era detentor do vírus HIV e que morou em solo russo com sua esposa e uma filha russa (decisão n. 155-O). De posse desses acontecimentos, instado a se manifestar, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em 2011, considerou que pessoas portadoras do soropositivo poderiam ser consideradas abrangidas pelo conceito de deficiência a partir da subsunção à expressão “outra situação”, prevista no art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na Rússia, até então, havia legislação que determinava a deportação imediata de estrangeiros portadores com HIV. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, órgão supranacional, decidiu que eventual restrição ao direito à moradia com base no fato de que o seu titular sofria de tal enfermidade era discriminatória, caso não empregada nenhuma fundamentação pertinente para justificar a sua restrição. Portanto, desse caso, extrai-se que um tribunal supranacional discurtiu matéria também analisada por uma Estado Nacional que não é membro da União Europeia (FRANCE. Strasbourg. **European Court of Human Rights. Cour Européenne des Droits de L’homme**. First Section. Case of Kiyutin v. Russia. Application n. 2700/10. 10 March 2011. Final 15/09/2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:[%22HIV%20Russia%22]>. Acesso em 10 out. 2019).

suprema Corte americana e australiana. Segundo, o sistema jurídico interno pode ser suficiente para solução do impasse. Terceiro, mesmo não sendo suficiente o sistema jurídico doméstico dispõe de outras ferramentas para complementação do raciocínio jurídico aplicável ao caso. Quarto, simplesmente o tribunal não se sentir confortável ou não desejar a troca de experiências jurisprudenciais. Assim, a Corte precisa querer conversar. Essa vontade de comunicação, portanto, tem um caráter inteiramente espontâneo.

Por óbvio, não se pode obrigar um órgão a dialogar com outro, ainda que de igual porte. O diálogo é um instrumento disponível para ser utilizado, não imposto. Se determinados magistrados nas Cortes Constitucionais possuem mecanismos suficientes para soluções de casos, não lhes interessando aperfeiçoar os votos, o diálogo não se processa.

No entanto, importante registrar que o diálogo tem grandes chances de ser uma alternativa sólida para proteção de direitos. Conforme Jenny S. Martinez preleciona, o diálogo tem caráter “antiparoquial” e a postura contrária ao “paroquialismo dos tribunais”¹⁶⁸ aproxima as Cortes ao cumprimento do direito internacional e, por conseguinte, intensifica a garantia de tutela jurídica compartilhada de direitos.

A facultatividade deve operar sem pressão. Não existe vontade quando há obrigação. É difícil encontrar algum tipo de técnica, por mais adequada que seja, assim como algum outro fator externo que possua determinação ao uso do diálogo. Este deve, portanto, partir de dentro para fora, ter leveza, ser volitivo.

3.2.3 Dinamicidade

O diálogo, por natureza, não é estanque. A dinamicidade das relações automaticamente propicia a enérgica busca por vontades jurídicas complementares. O diálogo é ativo, e não isolado. Ele ocorre em uma atividade interpretativa concreta, alheia a processamentos abstratos.

¹⁶⁸ “For now, until evidence to the contrary emerges, it seem a reasonable working hypothesis that prodialogic, antiparochial behavior by courts is more likely to lead to compliance with international law than the alternative of parochial, isolationist behavior”. Sobre a relação do antiparoquialismo das cortes com o diálogo, vide MARTÍNEZ, Jenny S. “Towards an International Judicial System”. In: **Stanford Law Review**. v. 56, 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229613?seq=4#metadata_info_tab_contents>. Acesso em 13 mai. 2019. pp. 477. A ideia de antiparoquialismo de Martinez refere-se ao fato de que o excepcionalismo dialógico não seria, por ora, até que situações contrárias tragam contrapontos, uma maneira moderna e interessante para estabelecimentos de argumentações construtivas sobre o tipo adequado de sistema judicial internacional.

A conversação entre Cortes supremas é instrumento de conquistas de espaços de participação e de quebras de paradigmas ou entendimentos que com o transpasse do tempo parecem ter galgado o conceito de verdades absolutas ou dogmas jurídicos, formando na comunidade alguns *performative utterances*, os quais precisam obter redimensionamento de significados.¹⁶⁹

Convém aqui destacar que a quantidade de casos jurídicos muitas vezes parecidos em estrutura social e conteúdo podem produzir o que se chama de petrificação do direito, propiciando estabilizações de demanda, a qual não mais são debatidas teorias ou situações práticas que possam iniciar uma releitura de alguns institutos ou até soluções.

Com a intensificação acelerada de novos conflitos sociais, os quais requerem respostas modernas e rápidas por parte do Estado, a estabilização de demandas não pode mais subsistir perante a quantidade de soluções mais viáveis e legítimas para os cidadãos. Ao passo que os arranjos sociais amadurecem, as adaptações jurídicas aos casos da mesma forma necessitam evoluir. Nesse particular, o efeito ativo do diálogo instrumentaliza inovações e amplia espaços constitucionais de discussão.¹⁷⁰

O diálogo operacional, então, descobre espaços democráticos, tem perspectiva de futuro, desenvolve o tribunal para olhares prospectivos, a qual possui sentido apenas para exemplificar ou servir de paradigma de evolução para novas descobertas jurídicas de níveis assemelhados com as exigências sociais da contemporaneidade.

Como bem explicitou Amir Pichhadze, “os juízes puderam melhorar a racionalidade de suas decisões ou fornecer confirmação para suas decisões”¹⁷¹. Um diálogo dinâmico promove esse envolvimento de comunicação, sofisticada suas bases argumentativas e ratifica seu posicionamento jurídico.

¹⁶⁹ Cf. AUSTIN, John L. **How to do Things with Words**. New York: Oxford University Press, 1962. p. 32. Segundo Austin, *performative utterances* são enunciados performativos utilizados para descrever determinada forma dos atos da fala ou da linguagem. Para ele, a linguagem é considerada uma ação e a discussão sobre eventual performatividade de vocábulos abre a possibilidade para diferentes interpretações para a mesma expressão.

¹⁷⁰ Para uma leitura aprofundada do caráter ativo do diálogo judicial, vide KEETON, Robert E. **Venturing to Do Justice: Reforming Private Law**. Harvard University Press, 1974.

¹⁷¹ PICHHADZE, Amir. “Making a Case for Increased ‘Judicial Globalization’ in Consumption Tax Law. In: **Canadian Tax Journal**. Revue Fiscale Canadienne. v. 56, n. 2, 2008. pp. 371. Disponível em: <<https://www.ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2008ctj/08ctj2-pichhadze.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019. Do original: “By referring to the views of judges in foreign jurisdictions, judges have been able to either enhance the rationality of their decisions or provide confirmation for their decisions”.

3.2.4 Institucionalidade

O advento das informações impulsiona a busca de soluções adaptativas ao momento de intensa modernização. A perspectiva de novos caminhos e soluções para os paradoxos de hoje impõem a mudança de atitude sob o ponto de vista institucional. Deixa-se o classicismo da decisão isolada em direção ao seu compartilhamento difuso. A experiência encontrada em outra Corte suprema produz novos horizontes para enxergar e entender conflitos implexos.

Assim, o diálogo, de um lado, proporciona a edição de decisões privilegiando experiências externas que podem produzir efeitos relevantes no sistema jurídico interno e, de outro, cumpre o dever de respeitabilidade aos direitos fundamentais e valoriza a Corte enquanto instituição republicana de Poder.¹⁷² É o tribunal se organizando em meio à desorganização da modernidade.

Os atributos institucionais e sociais interpolam-se de maneira a, simultaneamente, prestigiar a Corte com a abertura de pensamentos e quebras de paradigmas, valorizando cada sua atuação, ainda que contramajoritária, e fortalecendo as garantias fundamentais conquistadas pelos cidadãos que necessitam de novos arranjos ou adaptações consistentes e democráticas frentes aos impasses incertos e imprevisíveis do agora.

Eis, portanto, uma premissa fundamental para a harmonia social de um Estado nacional: o caráter contramajoritário da suprema Corte concede respeitabilidade e confiança na salvaguarda de direitos fundamentais. A institucionalização do diálogo, tanto no tribunal quanto na sociedade, sedimenta tal alicerce e lhe concede legitimidade democrática peculiar, de maneira indireta.¹⁷³ Indireta por não ser a Corte totalmente política e por receber legitimidade social por meio da direta conformação de suas decisões com as normas constitucionais.

Assim sendo, a institucionalização do diálogo apresenta caráter dúplice, pois, a um só tempo, constrói um mínimo essencial de proteção a direitos fundamentais e delinea a

¹⁷² Pensar em diálogo entre supremas Cortes é refletir na forma de legitimação social. Diante disso, ensina Antoine M. Hol a existência da legitimidade em duas perspectivas, a “legitimidade de entrada” (*input legitimacy*) e a “legitimidade de saída” (*output legitimacy*). A primeira diz respeito à autoridade formal do julgador, oferecida pelo sistema jurídico. Por outro lado, a segunda se refere à aceitabilidade da decisão pelas partes e pelos cidadãos para os quais ela pode ser importante no futuro (HOL, Antoine M. “Internationalisation and Legitimacy of the Decisions by the Highest Courts”. In: MULLER, Sam; LOTH, Marc. **Highest Courts and the Internationalisation of Law**: challenges and changes. The Hague: Hague Academic Press, 2009. p. 79).

¹⁷³ Em momento oportuno, no capítulo próximo, será abordada a relação entre a postura contramajoritária da Corte Constitucional e sua legitimação democrática social.

autoafirmação do Poder Judiciário enquanto garantidor de direitos conquistados durante a evolução civilizatória da humanidade.

À medida que os direitos fundamentais se elevam em proteção, prestígio e respeitabilidade, de forma diretamente proporcional e implícita, as Cortes supremas iniciam um processo de valorização de seus trabalhos, crescimento do respeito institucional e consagração da autoafirmação coerente para os fins propostos na Constituição.

3.2.5 Pluralidade

O estudo do diálogo pressupõe uma análise diligente de compartilhamento de entendimentos entre tribunais supremos. Tal cooperação discursiva tem maior relevo nas sociedades democráticas, em que suas Cortes possuem viés republicano mais intenso. Dessa análise, pode-se perceber que diálogo sem pluralidade não é comunicação propriamente dita.

A pluralidade é característica praticamente imanente ao processo comunicativo. As arenas de ideias diferenciadas mas convergentes para proteção de direitos conjugam-se para proporcionar participação social e abertura dos canais comunicativos na sociedade. Os tribunais também não estão defesos a essa prática e buscam exercer as suas pluralidades para atingir a resolução dos problemas complexos.

Além disso, o pluralismo é um elemento que caracteriza a impossibilidade de construção de uma Constituição única, de nível global, exatamente porque o espaço público é miscigenado e atormentado por pensamentos de toda sorte vindo de vários lados, sendo necessário a filtragem das retóricas de cada voz com os anseios do regime jurídico constitucional.

O diálogo não pode ser restritivo. Ele amplia possibilidades, aproxima tribunais supremos de contextos diferenciados, provoca uma rede iterativa de conhecimento e propicia a expansão e concretização de pré-compromissos constitucionais, formando, por conseguinte, laços jurídicos calcados pelo pluralismo. É da essência do diálogo a sua pluralidade.

3.2.6 Conformidade

O diálogo edifica paradigmas e constrói relações institucionais, agrega significado jurídico e aprimora os tratos sociais. O destinatário direto das consequências do diálogo é a

sociedade, com a proteção mais efetiva dos direitos fundamentais. O indireto, as próprias Cortes supremas, com a sua autoafirmação de respeito no seio social.

Não se estabelecem legitimações com ofensas. O diálogo não pode ter preconceito ou juízo de valor depreciativo frente a situações que se quer decidir ou em relação sobre as quais se debruçam as Cortes para comparar e integrar o significado da resposta jurídica. A decisão anterior de outro tribunal não pode ser criticada pelo tribunal receptor da informação¹⁷⁴.

Todavia, não significa dizer que preconceitos não devam ser analisados como objeto decisório do conflito. O estudo e o intercâmbio de ideias preconcebidas é, portanto, viável para melhor compreensão da *ratio decidendi*, mas a sua forma de especificar e fundamentar as perspectivas e balizas discursivas não podem ser ofensivas, negativas.

As conversas entre tribunais não se sobrepõem entre si, não exercem papel de superioridade de uma Corte suprema em relação a outra. Tal fato não leva a crer, por certo, serem tais órgãos semelhantes e com mesmo sentido elucidativo, haja vista os diferentes contextos sociais e políticos de cada Estado nacional, não sendo legítimo que as distinções de cada tribunal sejam justapostas, mas sim dispostas de maneira compartilha.

Não existe diálogo com preconceito e injunção, da mesma maneira que contra forças argumentativas não há discursos integradores. Imposições geram contestações contextualizadamente nocivas, conflitos fundamentadores desestabilizadores e tentativas de manipulações jurídicas, situações alheias ao sentido de proteção de direitos fundamentais. O diálogo, portanto, é auspicioso, gera conformidade e evidencia paridade argumentativa.

3.3 Categorias do Diálogo Judicial

Não se pretende neste trabalho instituir uma teoria geral sobre diálogos judiciais entre Cortes supremas. Além do tema ser novo em doutrina pátria, ainda o é também entre os agentes protagonistas de tais ensaios. As especificidades e particularidades são demasiadamente complexas para uma pretensão de estabelecer teoria geral em assunto

¹⁷⁴ “*In judicial dialogue, a court does not seek to critique the prior decision of another*”. Com essas palavras, Ahdieh confirma a desnecessidade de um caráter retrospectivo e cético do diálogo (AHDIEH, Robert. B. “Between Dialogue and Decree: international review of national courts”. *In: New York University Law Review*. p. 2051).

dinâmico e delicado da jurisdição constitucional. A teoria da Constituição, a própria jurisdição constitucional e o direito constitucional têm passado, juntamente com o constitucionalismo contemporâneo, momentos de inflexos severos.

A tentativa de somente ofertar metodologia de entendimento sobre os diálogos judiciais tem o desiderato de contribuir com o ensino e aprender um pouco mais dessa técnica intercambial de informações jurisprudenciais, sem estabelecimento de contornos herméticos com definições presas a conceitos que se transpassam a cada aprendizado. No entanto, como forma de colaborar com a exegese e fomentar o debate dogmático, sugere-se uma classificação para este tipo comunicativo.¹⁷⁵

3.3.1 Categorias Regulares do Diálogo Judicial

3.3.1.1 Quanto ao Grau de Relacionamento Comunicativo: diálogo direto, monólogo e diálogo difuso

O diálogo direto ocorre quando os tribunais participantes da relação comunicativa se direcionam de maneira expressa e específica com o escopo de edificar uma decisão judicial em colaboração um com o outro. É o diálogo judicial típico, direcionado.

Conforme visto em tópico precedente, umas das condições para a realização do diálogo é a indicação clara da fonte dessa relação argumentativa, ou seja, a designação de qual tribunal emissor a Corte receptora se refere. O diálogo direto é a forma mais simples de

¹⁷⁵ Para aprofundamento das classificações de diálogos judiciais internacionais em sentido amplo, e não somente entre Cortes supremas, invoca-se a leitura da obra de Maurício Ramires, mais precisamente o capítulo 3.3 da terceira parte de sua obra (RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. pp. 237-249), a quem reporto o leitor para um denso estudo sobre a analítica classificação oferecida pelo autor, o qual reuniu abalizados doutrinadores para a proposta classificatória dos diálogos, a exemplo de Anne-Marie Slaughter e Sujit Choudhry. Deixa-se de abordar, no presente trabalho, as classificações de Mark Tushnet, Taavi Annus, Ganesh Sitaraman e André Ramos Tavares, por entender que não se enquadram específica e totalmente na proposta de diálogo judicial entre tribunais constitucionais. A sugestão funcionalista de Tushnet sugere identificação de elementos oriundos do direito doméstico, dando ideia de um provável diálogo judicial interno e não internacional. A indicação do material estrangeiro de uso brando de Annus pretende o manuseio de leis ou práticas estrangeiras, o que deslocaria o sentido da proposta delineada de que o diálogo judicial entre tribunais constitucionais é de troca de jurisprudências contextualizadas e não de regulações gerais. Por sua vez, a intenção de Sitaraman de problematizações no diálogo aceita o uso de linguagens e ilustrações sem lhes conferir sentidos significativos, abrindo margem para entendê-lo com fito apenas de alegorizar a decisão e não imprescindibilidade ou reforço argumentativo para devida solução de paradoxos. Por fim, a ideia referente a modelos submissos de Tavares liga-se ao fato de facilitar a colonização de jurisprudências, contudo, entende-se que para ocorrer o diálogo são necessários alguns requisitos e tal risco não se afigura preocupante se a sistematização do intercâmbio jurisprudencial obedecer a algumas etapas necessárias.

constatar a expressão dessa condição, sendo observado, por exemplo, quando a suprema Corte brasileira (STF) internaliza em sua decisão julgado proferido pela suprema Corte americana (USSC).

O monólogo, embora essa nomenclatura receba críticas¹⁷⁶, ocorre quando um tribunal emite uma comunicação materializada em sua jurisprudência e outro tribunal recebe para finalidades específicas, não necessariamente com a ciência do emissor. Na oportunidade, é caracterizado por um centro de difusão e por um ambiente de recepção da influência, sem que a Corte emissora saiba que sua jurisprudência foi utilizada por outra ou não. É o diálogo judicial atípico, não direcionável. Como exemplo mais clássico, em razão do excepcionalismo americano, tem-se a USSC.

Por fim, o diálogo difuso ou comum, é aquele que é utilizado por Cortes supremas de maneira interligada, com compartilhamentos recíprocos de entendimentos jurisprudenciais, cada uma referenciando a outra, formando um cruzamento de informações. É a forma mais usual do diálogo e que produz citações mútuas. Difere-se do diálogo direto em razão da não intencionalidade em concretizar um intercâmbio informativo específico com algum tribunal constitucional.

3.3.1.2 Quanto à Maneira de Legitimação: diálogo universal, diálogo genealógico e diálogo propriamente dito

O diálogo universal ou universalista é a comunicação entre tribunais a partir da troca de informações oriundas do núcleo essencial de elementos garantidores de direitos. Advém da ideia de que as Constituições possuem tessitura de interseção em que a previsão de bens jurídicos e princípios é semelhante entre as leis fundamentais, legitimando as Cortes a identificar, correlacionar, aplicar e desenvolver tais argumentos. As zonas de contato e os assuntos comuns geram conversações entre os tribunais. A justificação é decorrente da universalidade de subsídios formadores.

Percebe-se que o pensamento dessa classificação guarda estreita sintonia com as características universais dos direitos fundamentais, os quais possuem um núcleo essencial

¹⁷⁶ Vide tópico sobre as categorias especiais do diálogo judicial, mais propriamente o item n. 3.3.2.1: “Monólogo ou Diálogo Indireto?”.

semelhante nas sociedades de cada Estado, restando mais límpida uma das funções do diálogo judicial em sentido estrito, a formação e proteção do núcleo de fundamentalidade de tais direitos.

O diálogo genealógico é aquele que é embasado nas situações históricas vividas por determinadas sociedades na construção de suas Constituições, privilegiando fatores autóctones e homenageando a importância da comparação como método de correlação entre decisões constitucionais. A sua legitimação decorre da origem da Constituição, como por exemplo analisar o contexto democrático ou cultural de uma determinada ordem constitucional.

O diálogo específico é o diálogo em que ocorre a construção das jurisprudências constitucionais em nível macro, ou seja, o reforjamento de entendimentos entre órgãos judiciais supremos. Concretiza-se com a busca de experiências compartilhadas entre juizes constitucionais. Tem seu mote no aprendizado de contextos externos, como elemento de aprimoramento da resposta constitucional. A legitimação vem do dialogismo entre as Cortes.

3.3.1.3 Quanto ao Órgão de Julgamento: diálogo leve, diálogo moderado e diálogo forte (*weak, moderate and strong judicial dialogues*)

É comum nos tribunais de um modo geral a existência de normas de coordenação internas que setorizam e dividem a Corte em órgãos procedimentais para melhor distribuição de processos e julgamentos. Trata-se de capacidade de auto-organização e de gestão de suas atividades.

Algumas Cortes Constitucionais possuem organização em turmas e plenário¹⁷⁷. Outras, estruturam-se em seções, turmas e plenário¹⁷⁸. E existem aquelas que apenas possuem o plenário como órgão único de decisão¹⁷⁹. Há, ainda, as que debatem a questão para se chegar a um voto que é construído por todos os magistrados da Corte, enquanto outras propiciam o debate com várias propostas de votos, por vezes com teses contrárias, sendo expressadas as

¹⁷⁷ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto pelo Tribunal Pleno, 1ª. e 2ª. Turmas. Não há disposição de Seções como normalmente ocorre em tribunais superiores.

¹⁷⁸ Como exemplos, na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto pelo Tribunal Pleno, 1ª. e 2ª. Salas (espécies de Turmas) e quatro Secções (*Secciones*). Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) é composto pelo 1º. Senado (*Erster Senat*) e pelo 2º. Senado (*Zweiter Senat*).

¹⁷⁹ É o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos.

opiniões de todos os seus membros, a fim de propiciar o voto vencedor e que decidirá o impasse.¹⁸⁰

Torna-se de pouca relevância adentrar na esfera da regulamentação interna dos tribunais para a referida sugestão de classificação dos diálogos, bastando, por ora, a compreensão do que seja um julgamento singular, colegiado com alguns membros da Corte e colegiado com todos os componentes do tribunal.

Muito embora em algumas Cortes supremas haja um magistrado que preside e relata o processo, emitindo voto decisório, a emissão de opiniões fundamentadas de outros magistrados em sessões de julgamento legitimam e concedem caráter majoritário ou unânime ao *decisum*. Importante evidenciar que mesmo que o intercâmbio de jurisprudências tenha sido providenciado somente pelo juiz relator do processo, com a aprovação dos demais componentes do tribunal, essa recepção de entendimentos estrangeiros é devidamente concretizada.

Nessa esteira de pensamento, quanto ao critério da intensidade de julgamento, os diálogos judiciais podem ser: leves (*weak judicial dialogue*), moderados (*moderate judicial dialogue*) ou fortes (*strong judicial dialogue*).

A depender de qual órgão judicial tenha analisado o processo, realizado os debates e construído a decisão publicada, a intensidade das trocas de experiências jurisprudenciais possuem relevos menos densos que alguns, mais firmes que outros e em alguns casos bem mais consolidados.

Diálogo judicial leve é aquele em que a troca de experiência jurisprudencial para fundamentação da decisão fora realizada por um órgão julgador unitário, decidindo de forma monocrática, quando permitido pelos regimentos internos dos tribunais, sem a obrigatoriedade de outros magistrados emitirem seus entendimentos. A decisão é formada por um órgão singular, sem a necessidade da chancela de outro agente decisório, ou seja, pelo magistrado que preside e relata o processo (*weak judicial dialogue*).

Diálogo judicial moderado, por sua vez, é aquele em que as trocas de experiências jurisprudenciais para fundamentação da decisão são realizadas por um órgão julgador plural,

¹⁸⁰ As nomenclaturas são variadas e o conhecimento de seus respectivos nomes ajuda para um complemento didático, porém, o que importa saber, por ora, é que existem órgãos plenos e órgãos setorizados.

porém, sem ser por todos os agentes decisórios pertencentes ao tribunal. Aqui, a decisão não mais é monocrática, pois há a necessidade de outros magistrados emitirem seus convencimentos sobre a questão objeto da discussão. A decisão é formada por um órgão não singular, e sim colegiado, mas não com a totalidade de membros reunida a um só tempo (*moderate judicial dialogue*).

Diálogo judicial forte, por fim, é aquele em que as trocas de experiências jurisprudenciais para fundamentação da decisão são realizadas por um órgão julgador plural em que todos os agentes decisórios pertencentes ao tribunal emitem as suas racionalidades jurídicas. Geralmente são considerados o órgão máximo da Corte. Aqui, a decisão também não é monocrática, e a necessidade de emissão de entendimentos sobre a questão objeto da discussão se estende a todos os integrantes do tribunal. Dessa forma, a decisão é formada por um órgão não singular, um colegiado, com a totalidade de membros reunida a um só tempo (*strong judicial dialogue*).

3.3.1.4 Quanto à quantidade de jurisprudências dialogadas: diálogo unitário, diálogo binário e diálogos múltiplos

O diálogo judicial entre supremas Cortes pode ser realizado com vários tribunais constitucionais simultaneamente. A quantidade dos órgãos judiciais participando do processo dialógico judicial define o tipo de diálogo.

Assim, tem-se o diálogo unitário quando uma Corte suprema realiza a troca de entendimento jurisprudencial somente com um tribunal constitucional. Nesse caso, o aporte jurisprudencial é restrito a um contexto jurídico somente.

O diálogo judicial passa a ser binário quando a difusão de entendimentos jurisprudenciais ocorrer entre dois tribunais constitucionais ao mesmo tempo. Não há empecilho que uma determinada Corte opte por conversar com dois tribunais. Por vezes, essa possibilidade se mostra útil ao caso quando, por exemplo, intenta-se verificar posicionamentos de diferentes vozes jurídicas vinculadas a contextos culturais diversos.

Por fim, diz-se ser um diálogo múltiplo quando o intercâmbio jurisprudencial acontecer entre três ou mais tribunais constitucionais, não havendo um limite determinado

para cessar a quantidade de Cortes em conversação, prevalecendo a racionalidade de que o diálogo se torna útil quando suas fases são cumpridas.

No entanto, é preciso ter cautela e cuidado para que um possível diálogo com uma grande quantidade de tribunais participantes não inviabilize ou desnature o seu procedimento em si, transformando o processo comunicativo em ruídos argumentativos, devido ao número de elementos a serem analisados e vocalizados em cada julgamento constitucional.

3.3.2 Categorias Especiais do Diálogo Judicial

3.3.2.1 Monólogo ou Diálogo Indireto?

Cumprir registrar que Anne-Marie Slaughter¹⁸¹, inaugurando abalizada doutrina, sugere a classificação de diálogo pelo grau de engajamento recíproco dos tribunais. Assim, nessa ótica, o diálogo pode ser: monólogo, diálogo direto ou diálogo intermediado. No Brasil, Georges Abboud¹⁸² segue a classificação da teórica americana, cognominando o último tipo como diálogo intermediário, enquanto Maurício Ramires¹⁸³ propõe adaptações para substituir o diálogo intermediado ou intermediário pelo diálogo cruzado.

Em que pese o considerável prestígio e apreciável autoridade acadêmica das propostas acima, pairam algumas incertezas estritamente sobre o que venha a ser considerado monólogo, para efeitos de um diálogo reciprocamente engajado.

Em se tratando de diálogo judicial, parece mais coerente entender que a bilateralidade não costuma abandonar a práxis argumentativa. Em uma perspectiva mais nítida: o diálogo costuma ser bilateral, sendo facultativo a forma como a bilateralidade se processa, se de maneira direta ou cruzada.

A unilateralidade de um diálogo, ou seja, um monólogo judicial é aparente, não sendo por isso menos relevante, haja vista acrescentar, por si só, legitimidade ao julgado que se deseja integrar à fundamentação, sendo, assim, suficiente para caracterizar o intercâmbio de

¹⁸¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Typology of Transjudicial Communication”. In: **University of Richmond Law Review**. pp. 112-114.

¹⁸² ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. p. 1150.

¹⁸³ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. pp. 240-242

informações jurisprudenciais.

Conforme orientação doutrinária aqui analisada com ponderações, a própria explicação dessa classificação aceita o caráter bilateral de tal acordo. Ora, se a classificação é realizada considerando o engajamento recíproco, é porque o diálogo é bilateral e não em forma de monólogo. As expressões reciprocidade e monólogo, salvo melhor juízo, não parecem ser convergentes.

A incerteza semântica ganha relevo mais atencioso quando se inicia a explicação de tal monólogo, informando que essa forma de comunicação é uma “fala” dirigida às pessoas envolvidas no conflito e talvez também perante os tribunais e ramos políticos de um determinado sistema jurídico nacional.¹⁸⁴

Se existe um centro irradiador e um tribunal receptor da jurisprudência, por mais que a Corte emissora não detenha conhecimento sobre a utilização de seu julgado, o diálogo tem o requisito da identificação da fonte preenchido, pois pelo menos o tribunal receptor especificou e identificou de onde a jurisprudência fora retirada. E se existem lados emissores e receptores é porque o diálogo é bilateral.¹⁸⁵

Portanto, questiona-se a existência das expressões “monólogo judicial” ou “diálogo unilateral”, sugerindo a conclusão de que o diálogo judicial costuma ser bilateral, o que muda é a forma de se proceder à bilateralidade do diálogo. Logo, com vistas a evitar desacordo de significado, adota-se, nessa hipótese, a expressão “diálogo indireto”.

3.3.2.2 Um Possível Diálogo Judicial *On-line*?

As formas de diálogo são vastas e com a velocidade de instrumentos capazes de sua realização não se pode falar em rol exaustivo, muito menos pretender esgotar o tema, senão sugerir uma conveniente proposta de estreitamento das principais maneiras de se proceder ao

¹⁸⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Typology of Transjudicial Communication”. In: **University of Richmond Law Review**. pp. 113. Afirma a autora: “*the originating court may indeed have little idea that its views have a foreign audience. It speaks to the litigants in the case before it and perhaps also to the courts and the political branches in a particular national legal system*”.

¹⁸⁵ No entanto, imprescindível advertir que, na hipótese vindicada, para o diálogo ser concretizado é necessário, segundo entendimento exarado no tópico referente à condição para se estabelecer o diálogo, que a corte receptora da jurisprudência especifique e cite a fonte do diálogo, ou seja, identifique a corte emissora dos argumentos jurídicos permutados, mesmo que esta não tenha conhecimento da sua utilização.

intercâmbio de jurisprudências entre Cortes Constitucionais, que de um modo geral são úteis a tribunais diversos.

Por fim, como os tribunais tem regramentos procedimentais internos próprios e suas decisões ocorrem em lapso temporal distintos, difícil se faz, por ora, prever um tipo de diálogo que ocorra no mesmo momento. Como a velocidade da modernidade é fugaz e as formas de inovação extrapolam barreiras, talvez em um futuro próximo seja possível vislumbrar um diálogo *online* entre tribunais constitucionais.

3.3.3 A Visão Americana e os “Quase-diálogos”

3.3.3.1 O Suposto Diálogo Silencioso

O diálogo é uma atividade que aparentemente não é tão complexa, mas, a depender de alguns elementos, pode-se extrair estágios multifacetados. Nem sempre uma conversação precisa ser proclamada ou falada. Há casos que podem ter comunicabilidade silente, pelo menos na análise de teóricos americanos. Será tal atividade um diálogo propriamente dito?

Judith Resnik, em recente estudo sobre o excepcionalismo americano, ofertou à doutrina respectiva ao tema um tipo de discurso que não é expresso, não é verbalizado, mas, sim, realizado de forma ligeiramente velada, ensinando, em outras palavras, como materializar um diálogo de forma paulatina e discreta.

O diálogo silencioso, dessa forma, tem sido estudado como forma de penetrar no estado nacional americano estudos argumentativos e interações de princípios que viajam além das fronteiras estatais e que são rechaçados pelos estudiosos do atlântico norte. Até que ponto se pode constatar um efetivo diálogo sem vocalização? Os *sovereignists*,¹⁸⁶ maneira como a autora cognomina os estudiosos refratários à interação dialética e de experiências vividas em outros países, tem realizado discursos cada vez mais imunes a intercâmbios jurisprudenciais alienígenas.

¹⁸⁶ RESNIK, Judith. “Law’s Migration: american exceptionalism, silent dialogues, and federalism’s multiple ports of entry”. In: **Yale Law Journal**. v. 115, 2006. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5017&context=yjlj>>. Acesso em 14 mai. 2019. p. 1612. Cita-se: “*Thus, while sovereignists hostile to foreign law repeat themes now hundreds of years old, they also have new targets*”.

Tais “soberanos”, assim, constituem uma parcela relevante que tem dificultado o caminho democrático de permuta de ideias, ocasionando estuações na sociedade, principalmente quando se refere a direitos fundamentais, restringindo sobremaneira a abertura ética de comunicação entre magistrados e limitando o “aplicador de sua arte sobre si mesmo”.¹⁸⁷ Também conhecido como “diálogo implícito”, Judith Resnik propõe um modelo tácito de comunicação, em que princípios, experiências e raciocínio jurídico se infiltram na jurisprudência americana de forma velada e regrada, sem alardes e ufanias.

O objetivo é evitar a colisão de ideias, o confronto preconceituoso de que o direito externo é mais coerente que o interno ou que a retórica jurídica de fora seja mais adequada que a dialética nacionalista americana. O fito não é, portanto, camuflar o intercâmbio de elementos comunicativos e entranha-lo por meio do entusiasmo do dever ser, senão proporcionar veredas mais equilibradas e seguras para que pensamentos integrativos trafeguem sem implicações contraproducentes, proporcionando legitimidade e solidez aos diálogos.

Diante disso, os debates acalorados sobre determinados regramentos e casos jurídicos, principalmente quando o objeto se refere a direitos fundamentais, possui polêmicas e pontos de vista em múltiplos níveis, dificultando a solução para o impasse e criando espaços internos de discussão que contribui para a fragmentação do entendimento e não para o seu fortalecimento enquanto solução otimizada.

Nesse contexto, o diálogo silencioso apresenta-se como um fator decisivo para juntar eventuais dissidências e congregar a homogeneidade do julgado, ao absorver entendimentos externos de maneira silente, restringindo a quantidade de referências e polinizando no intercâmbio algumas fontes estrangeiras, as quais, em razão da paulatina introjeção de dados, acabam por se infiltrar na tradução do pensamento, propiciando, assim, que novas vivências sejam consideradas elementos constitutivos de uma decisão.¹⁸⁸

Essa construção da “identidade americana” pode ser observada quando da modulação

¹⁸⁷ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 23. Para o autor, o homem precisa ser conservado incólume e as mudanças de suas circunstância não podem suprimir sua essência

¹⁸⁸ RESNIK, Judith. “Law’s Migration: american exceptionalism, silent dialogues, and federalism’s multiple ports of entry”. In: **Yale Law Journal**. p. 1564. Na oportunidade, a autora evidencia o diálogo silencioso: “*At times, through silent absorption rather than express citation, some of the ‘foreign’ sources become lost in translation, and the new rights become constitutive elements of ‘American’ identity*”.

implícita da absorção de elementos comunicativos estrangeiros no âmbito de construção da “da lei da dignidade”, principalmente nas discussões da Suprema Corte sobre a *Bill of Rights*.¹⁸⁹

Interessante observar que tal modalidade não se colide com o requisito do próprio diálogo: identificação da fonte comunicativa. O que ocorre aqui, no diálogo silencioso, é uma maneira circunspecta de envio e recebimento de experimentos jurisprudenciais e institutos adventícios, a fim de adentrar no seio da discussão judicial americana, que, caso adentrasse de maneira direta, certamente provocaria resistências quanto às iterações externas e estreitaria as possibilidades de *inputs* e *outputs* argumentativos.¹⁹⁰

Por fim, apesar de o diálogo implícito preencher a condição imprescindível para a concretização de um legítimo entrelaçamento de racionalidades jurídicas, pode-se admitir que, em alguns casos, a depender do conteúdo jurídico em discussão e da relevância concedida aos institutos comunicativos em análise, ocorram certas mitigações e restrições da informação da fonte emissora para que a sua percepção pela fonte receptora seja branda e exitosa.

3.3.3.2 O Hipotético Diálogo com o “Não-Diálogo”

Parece ser pouco crível que em tempos de modernidade, com diferentes possibilidades de circulação de influências cruzando fronteiras e fertilizando entendimentos entre supremas Cortes de diferentes conjunturas sociais no mundo, possa se admitir restrições severas a transmissões de entendimentos normativos, metodológicos e interpretativos, elementos típicos de uma práxis constitucional.

Contudo, não com tom de desgosto, e sim esperançoso, verifica-se que tais atitudes, em perceptível descompasso com a necessidade de integração de condutas para

¹⁸⁹ RESNIK, Judith. “Law’s Migration: american exceptionalism, silent dialogues, and federalism’s multiple ports of entry”. In: **Yale Law Journal**. p. 1579. Assim se manifesta a autora: “*One mode, ‘silent absorption’, can be seen through tracing the law of ‘dignity’ in the Supreme Court’s discussions of the Bill of Rights*”.

¹⁹⁰ TUSHNET, Mark. “Returning with Interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law”. In: **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**. v. 1. 1998. pp. 325 e 330. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/handle/1/12942293?show=full>>. Acesso em: 25 jul. 2019. Tushnet refere-se a essa característica de discrição como “modularidade”, ou seja, ainda que de forma paulatina é necessário haver contextualização, correlação de significados (*inputs* e *outputs* argumentativos). Cf. PERJU, Vlad F. “Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations”. In: **Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21.

contingenciamento de paradoxos, ainda permeiam a sociedade complexa e a formação de poucos tribunais constitucionais.

O panorama promissor encontra acoplamento quando emergem alternativas viáveis para a formação de arranjos mais efetivos de transmissão de mensagens, de migração de discursos constitucionais. Se, por motivos justificados ou não, o intercâmbio de jurisprudências e modelos jurídicos não pode ser feito expressamente, abre-se a possibilidade para serem realizados, pelo menos, no âmbito da imaginação, do pensamento.

Diálogo imaginário, portanto, são válvulas de escape para hipóteses em que ocorre o isolamento de ideias por parte de um agente jurídico emissor, acautelado em razão de imperativo legal ou de impedimentos éticos, que extirpa a possibilidade de contato dialogal entre órgãos judiciais sob o fundamento de preservação da garantia de imparcialidade do juízo.

Sabe-se que a coordenação e cooperação de conhecimentos aprimora a capacidade de juízes e tribunais supremos para desenvolver habilidades eficazes para instituição de um julgamento imparcial. Todavia, quando a lei veda a comunicação em prol da proscrição de parcialidades jurídicas, o diálogo não tem um fim em si mesmo e desbrava caminho para tal intento, ainda que de forma curiosamente imaginativa.

Dessa forma, existem magistrados que são ética¹⁹¹ e juridicamente¹⁹² proibidos de discutir casos pendentes fora de suas instâncias de julgamento, no entanto, poderiam prolatar decisões mais adaptadas ao seu contexto caso pudessem ser analisados problemas similares ocorridos em países outros.

O envolvimento com essa experiência externa, produzindo novas perspectivas e paradigmas de julgamento, mesmo que realizado em seu imaginário e na sua mente, ou seja, com distância crítica, utilizaria de suas concentrações reflexivas para catalisar seus próprios convencimentos para a solução do caso e assim prolatar decisões constitucionais.

¹⁹¹ Enquadram-se na proibição ética, por exemplo, os juízes que possuem competência de atuação nos Estados Unidos.

¹⁹² No caso da proibição legal, para exemplificar, são os juízes com competência de atuação no Brasil. A proibição decorre do Art. 36, inciso III, da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAM). Assim encontra-se previsto: “art. 36: É vedado ao magistrado: III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

Sabe-se que, nessas situações, o diálogo ocorre no pensamento, na imaginação, por meio do senso crítico do julgador e da verificação de experiências estrangeiras, por mais que proibido esteja de expressar tal pensamento. Na verdade, este só precisa ser expressado na hora do julgamento. Enquanto não ocorrem os debates ou oposições de fundamentações, o diálogo fica restringido ao próprio julgador, internamente, como se tivesse em um “diálogo com o não-diálogo”.

A lei pode proibir condutas a serem executadas pelos magistrados, mas não tem capacidade para proibir seu juízo crítico, seu pensamento, suas reflexões e suas correspondências com as práticas de outros juízos estrangeiros, quando internalizados em seu próprio sentir. Esse diálogo que tais magistrados, com o mesmo nível de proibição de suas falas, possuem uns com os outros, espelhando-se nas atitudes mútuas de difusão de entendimento forma o “diálogo com o não-diálogo”. E tal conduta pode ser caracterizada como efetivo diálogo?

Por determinada proibição legal ou ética, o agente judicial não possui a oportunidade de dialogar (não-diálogo), mas, mesmo diante de tal impossibilidade expressa, concretiza o diálogo em sua imaginação, por meio da comparação crítica de situações ocorridas no estrangeiro e que guarda peso e gravidade similares no seu contexto interno, sobre o qual a sua decisão judicial é aguardada.¹⁹³

As decisões de Cortes supremas externas podem ser um substituto intelectual parcial para conversas, um teste de fora que pode ser particularmente útil nas escolhas mais controversas e aparentemente carregadas de valor. A comparação reflexiva e imaginária, pode oferecer a consecução de mais imparcialidade no julgamento.¹⁹⁴

¹⁹³ JACKSON, Vicki C. “Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement”. In: **Federal Law Review**. v. 35, issue 2, 2007. pp. 180-181. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.22145/flr.35.2.1>>. Acesso em: 03 de jun. 2019.

¹⁹⁴ JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: convergence, resistance, engagement”. In: **Harvard Law Review**. v. 119. 2005. pp. 118-119. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr119&div=20&id=&page=>>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

3.4 Natureza Jurídica da Decisão Dialogada e a *Back-Fertilization*

A proliferação da difusão de entendimentos jurisprudenciais entre Cortes Constitucionais leva à reflexão de que tais órgãos judiciais não somente estão em constante processo de conversação por meio de seus julgados, como também têm contribuído para o aprimoramento e modernização da autonomia do direito.

Destacar o direito autônomo e evidenciar os alcances legislativos aplicáveis em conjunto com o contexto em que se insere cada tribunal constitucional significa instaurar uma trajetória que se inicia na Corte emissora da jurisprudência. De certo que, uma vez intercambiada pela Corte receptora, produz a comunicação dinâmica entre os juízes constitucionais, formando as idas e vindas do jogo democrático.

Para que esse desencadeamento possa se complementar e se contextualizar em prol da resposta constitucional, imprescindível se torna reconhecer a natureza jurídica da decisão dialogada. Nesse sentido, destaca-se que a decisão que serviu de paradigma para a influência jurídica interna passa a se caracterizar inevitavelmente como fonte do direito.

Nesse raciocínio, uma decisão interna, ao procurar espelhamento em um julgado exterior, analisa e estuda aspectos variados para que tal entrelaçamento seja efetivado. Essa busca por legitimação é um processo de reconhecimento de uma origem, de uma criação. A genealogia de uma decisão influente em um diálogo entre Cortes é essencial para autenticar seu posicionamento no direito.

Se uma decisão jurisprudencial entre juízes constitucionais fecunda entendimentos, institutos, orientações e eventualmente criam direitos em contextos diferentes, como se em uma cadeia de ramificações estivesse, materializando uma típica atividade de multiplicação de influências, então é salutar aquiescer que sua procedência advém de um ou de tantos outros determinados ambientes constitucionais. Portanto, a natureza jurídica de uma decisão dialogada é de fonte do direito.

O procedimento de aprendizagem com experiências internacionais e a pretoriana procedimentalização das articulações e arrazoados entre os juízes supremos pertencentes à jurisdição constitucional nacional produz direitos sob determinadas condições estruturais que favorecem uma limitação do seu próprio poder, inserindo um equilíbrio na internalização de julgados externos no conjunto dos poderes públicos. Trata-se, em linhas gerais, da restrição

adaptativa, contextual, verificada com a comparação entre ordens constitucionais.

Para a Corte Constitucional, no caminho traçado para solucionar o conflito complexo segundo o seu ditame normativo-constitucional, a Constituição e respectivas legislações internas continuam sendo os instrumentos normativos de conformação do convencimento interpretativo do magistrado com o ordenamento jurídico, expressando o regular funcionamento dos democráticos mecanismos de produção jurídica.

Para tais tribunais, na maioria dos casos, a jurisprudência possui um potencial corretivo, de repressão, atuando na constrição que surge somente no momento da resolução do paradoxo, do conflito. Na minoria das situações, a prevenção é pronunciada. A jurisprudência constitucional, assim, materializada nas decisões das Cortes e dinamizadas por meio do diálogo judicial é considerada fonte formal de produção complementar do ordenamento jurídico.

Sabe-se que o diálogo judicial entre Cortes que atuam no mesmo nivelamento jurídico e que se situam em estágios equivalentes não se reveste de vinculação nem obrigatoriedade. Por outro lado, as informações jurisprudenciais que migram entre variados sistemas constitucionais congregam construções jurídicas que possuem efeitos interna e externamente.

No primeiro caso, agrega fundamentação, orientação e até decidibilidade ao julgado receptor, difundindo consequências dentro do paradoxo analisado. No segundo, pode influenciar outras Cortes, prestando a mesma orientação e polinizando novos pontos de vista que, não obstante não serem vinculativos, caracterizam-se por visível direcionabilidade, notória capacitação, e com um certo quê de normatividade.

Nesse sentido, observa-se que a decisão dialogada inevitavelmente orienta, proporciona diretrizes ao intérprete conhecer soluções jurídicas emanadas em ordens constitucionais externas, demonstra como outras Cortes resolvem seus problemas semelhantes. Mas não somente isso. Naturalmente, trazem consigo, potencialidade criativa, modularidades institucionais, racionalidades jurídicas e normatizações.

Assim, para se entender o que uma decisão dialogada é para o direito, não importa tanto, por ora, extrair delas minudências técnicas sobre o nível de influência ao intérprete constitucional. O importante para a caracterização da sua natureza jurídica é a disponibilização do seu potencial em favor do aplicador da Constituição, o qual pode ou não

usufruir de seus irradiantes efeitos na solução de um conflito. O ponto em comum entre as ideias narradas é que os julgados estrangeiros permitem sofisticções e aprimoramentos para prolação de novos julgados, seja orientando ou criando. Logo, evidente instituir as decisões dialogadas como fontes formais do direito.

A fonte jurídica é irradiadora de dados e informações, de subsídios e institutos a serem complementados e por vezes redimensionado para justificar condutas, comportamentos e decisões. A busca pela autonomia do direito merece reconhecer seu ponto de partida, qual seja, identificar a sua fonte, o seu nascedouro, o difusor de decidibilidade informativa que, mediante fatores específicos de um conflito complexo, pode se tornar elemento jurídico de decisão.

E o que seria uma decisão dialogada senão a própria fonte do direito? Dela são provenientes estudos contextualizados capazes de promover a proteção dos direitos fundamentais. O olhar compartilhado de experiências outras relevantes para um trabalho de reforjamento de uma ordem constitucional interna produz o caminhar mais coeso e circular entre Cortes Constitucionais.

Afinal, o juiz constitucional precisa estar alinhado não somente com a Constituição, mas com o espaço constitucional democrático que o circunda, pois “idealmente, um juiz não deve apenas ser instruído na lei, mas também possuir um amplo entendimento dos efeitos políticos, sociais e culturais da lei na comunidade”.¹⁹⁵

Considerar as decisões dialogadas como fontes do direito possui conformidade com o fato segundo o qual os institutos jurídicos e prováveis soluções constitucionais trafegam em um procedimento de adaptação e também de reestruturação de acordo com a conjuntura interna e com a complexidade do paradoxo em análise pela Corte Constitucional receptora.

Esse raciocínio integrador e construtor encontra guarida no pensamento de John Bell que, a exemplo de Slaughter, também disserta sobre a fertilização cruzada – ainda que não utilize o mesmo termo –, informando ser “um estímulo externo que promove uma evolução dentro do sistema legal receptor. A evolução envolve uma adaptação interna do sistema

¹⁹⁵ KROTOSZYNSKI JR, Ronald J. “I’d Like to Teach the Each the World to Sing (in Perfect Harmony): international judicial dialogue and the musereflections on the perils and the promise of international judicial dialogue”. In: **Michigan Law Review**. v. 104, n. 6, May 2006. p. 1356. Disponível em: <HeinOnline>. Acesso em 04 out. 2019. O autor assim preleciona: “*Ideally, a judge should not only be learned in the law, but also possess a broad understanding of the political, social, and cultural effects of the law on the community*”.

jurídico receptor à sua maneira. O novo desenvolvimento é um produto distinto, mas orgânico, desse sistema, em vez de um adereço”.¹⁹⁶

O comentado efeito propagador de um novo viés, de um original significado jurídico, passa a ser fonte para outros tribunais realizarem também o que se pode chamar de “fertilização de retorno” (*back-fertilization*)¹⁹⁷, isto é, a Corte que outrora se caracterizou por ser emissora passa, nesse momento, a ser receptora, após o processo de diálogo ter sido concretizado pelo tribunal.

Em palavras diferenciadas, diz-se que ocorre a internalização de uma decisão na sua ordem constitucional por uma Corte que já efetivou o processamento do diálogo, em que a decisão já dialogada, utilizando como paradigma o seu julgado, volta ao seu âmbito constitucional anterior. É o retorno de sua própria decisão, após o diálogo já efetivado. É o regresso do seu próprio julgado depois de dialogada a decisão com a mesma Corte Constitucional. É, portanto, legítima fonte jurídica.

A dinamicidade desse movimento é que impulsiona e robustece as decisões dialogadas a serem entendidas como fontes do direito. Preserva-se a ordem constitucional, a autonomia

¹⁹⁶ BELL, John. “Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe”. In: BEATSON, Jack & TRIDIMAS, Takis. **New Directions in European Public Law**. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 147. No original, assim o autor define a fertilização cruzada: “*an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system. The evolution involves an internal adaptation by the receiving legal system in its own way. The new development is a distinctive but organic product of that system rather than a bolt-on*”. Em sentido semelhante, Stephenson trata da reengenharia constitucional como um processo igualmente adaptativo, mas inovador, em que institutos podem ser categoricamente reatualizados e propagados por meio do diálogo entre Cortes. Cf. STEPHENSON, Scott. “Constitutional Reengineering: dialogue’s migration from Canada to Australia”. In: **International Journal of Constitutional Law**. pp. 870-897.

¹⁹⁷ A expressão por nós sugerida neste texto (*back-fertilization*) baseia-se nas ideias de *cross-pollination*, de L’Heureux-Dubé, e *cross-fertilization*, de Slaughter, mas com elas não guarda igualdade de sentido, haja vista que se diferencia em um simples fato. Enquanto a *cross-pollination* e *cross-fertilization* propiciam a difusão de julgados entre Cortes diversas e não propriamente as que participaram do diálogo em si, a *back-fertilization* é a difusão especificamente ao mesmo Tribunal que foi anteriormente emissor do julgado, sendo o retorno à sua ordem interna de sua própria decisão, após o procedimento do diálogo realizado com a Corte que dele se fundamentou. Observa-se que à medida que os juízes constitucionais emitem e recebem entendimentos jurisprudenciais entre si criam uma zona de interseção, um ponto comum, um momento de contato em que as mesmas Cortes Constitucionais passam a ser emissora e receptora de seus próprios julgados de maneira simultânea. Ao internalizarem decisões estrangeiras, as Cortes receptoras adaptam e contextualizam a situação fático-jurídica à sua própria conjuntura, inclusive, acoplando, otimizando e por vezes recriando novos pensamentos e institutos que, em um movimento de volta, de retorno, passa a ser interesse da Corte originária, que realiza um novo diálogo judicial. Assim, o Tribunal emissor, em momento posterior, transforma-se em Corte receptora também. E o Tribunal que inicialmente foi o receptor do julgado promove a difusão de seu entendimento para a Corte de onde procurou a matéria jurídica, atingindo a natureza de tribunal emissor. Esse caminho de volta, em que a Corte emissora recebe e concretiza um novo diálogo com a Corte que outrora foi receptora, assemelha-se a uma migração de ideias, fertilização, polinização ou espelhamento de entendimentos jurisprudenciais. Como tal fertilização ocorre quando o Tribunal emissor passa a ser receptor da mesma decisão já ofertada e dialogada, o movimento é de volta, de retorno, de regresso, razão pela qual tal dinamicidade de atuação intenta-se chamar de “fertilização de retorno” (*back-fertilization*).

jurídica e concretiza a sua fonte, principalmente quando as Cortes Constitucionais costumam incorporar em suas decisões institutos relevantes do direito internacional, a exemplo da Corte Constitucional da Hungria, que, na análise de Nóra Chronowski e Erzsébet Csatlós, “declarou que o direito interno deve ser elaborado e interpretado de acordo com obrigações internacionais, não importando se as questões de obrigação são oriundas do direito internacional consuetudinário ou se são incorporadas por um tratado”¹⁹⁸. Eis um exemplo de entender e reconhecer a decisão dialogada como fonte do direito.

Dessa forma, pode-se entender que a globalização alentada no início deste trabalho, de certa forma, reestrutura as fontes do direito, a partir do diálogo entre Cortes. As decisões estrangeiras são, sem dúvida, origem juridicamente relevantes para novos caminhos igualmente jurídicos. A ascendência de uma decisão constitucional de uma Corte receptora que tenha optado pela participação em um procedimento de vocalização é justamente a decisão constitucional de outra Corte, desta feita, emissora.

O diálogo se mostra como uma ferramenta jurídica cada vez mais pesquisada e incentivada pelas vicissitudes da modernidade. Isso faz demonstrar que o processo de conversação entre Cortes Constitucionais não é obrigatório, senão facultativo. Não se pode pensar em imposição ao diálogo, uma vez que diálogo imposto extermina a própria ideia de uma comunicação horizontal entre Cortes. Quem busca uma determinada decisão internacional o faz com volição e por opção, e não por obrigação.

Nesse contexto de conversação calcado na oportunidade e facultatividade, insere-se a legitimidade do diálogo judicial e a sua qualificação como fonte estrangeira. Caso assim não fosse, e se existissem imposições entre juízes constitucionais, quebrando a espontânea procura por vocalizações jurídicas, em xeque se colocaria o procedimento dialógico, desjustificando a sofisticação e aprimoramento da racionalidade jurídica. Iniciaria, com isso, uma provável conduta desdiferenciadora das Cortes.

¹⁹⁸ CHRONOWSKI, Nóra; CSATLÓS, Erzsébet. “Judicial Dialogue or National Monologue?: the international law and hungarian courts”. In: **ELTE Law Journal**. Eötvös Loránd University Law Journal. 2013, pp. 22-23. Disponível em <https://issuu.com/eltelaw/docs/law_journal_i_lapszam_teljes>. Acesso em 04 out. 2019. Acesso em 04 out. 2019. Os autores destacam: “Regarding the available decisions, ordinary courts rarely invoke non-binding instruments of international law, except by referring to Constitutional Court decisions that analyse or refer to them. As such, direct citation of non-binding international legal instruments is not practiced” (...) “The Constitutional Court declared that domestic law shall be made and interpreted in the view of international obligations, no matter whether the obligation issues from customary international law or is incorporated in a treaty”.

O diálogo entre juízes constitucionais, portanto, é uma moderna fonte do direito, capaz de construí-lo por meio de espontânea vontade jurídica de solucionar paradoxos cujo núcleo é a proteção de direitos fundamentais. O diálogo não é força externa, é um procedimento voluntário hábil para fortalecer o bloco de fundamentalidade de direitos.

3.5 Objeto do Diálogo Judicial: qual a sua proposta?

O diálogo, como procedimento propulsor de experiências para salvaguarda de direitos e consolidação de um bloco homogêneo de fundamentalidade, tem escopos, alvos a alcançar. Além de sua precisa identificação enquanto mecanismo de interpolação de *cânones* interpretativos, há que se mover a um interesse imediato, a um *target* direto.

Este objetivo adjacente ao diálogo aparece em duas escalas. De um lado, é um procedimento que se propõe aplicar com altivez as normas constitucionais de forma a assegurar e privilegiar a força normativa da Constituição, criando a resposta constitucional concreta. Refere-se, em um primeiro momento, à aplicação do direito e do sentido da Constituição, propondo-se a ser imprescindível na solução dos impasses globais complexos oriundos do processo da globalização ou um mecanismo de auxílio na integração da fundamentação a casos desse jaez.

De outro, com o cumprimento protetivo da ordem constitucional, o estudo do diálogo se propõe a aproximar tribunais constitucionais em conjunturas diversas como forma de intercambiar experiências já analisadas por Cortes Constitucionais. Entende-se que órgãos judiciários investidos em sociedades emergentes e consolidadas, com sistemas democráticos em níveis diferentes e enquadramentos culturais, sociais e econômicos assimétricos, convergem para a consecução do bem comum e satisfação social.

No primeiro caso, a norma constitucional impõe e recebe respeito, sendo o diálogo um vetor de visibilidade da força normativa da Constituição. A aplicação com resultados da permuta difusa de entendimentos jurisprudenciais entre Cortes Constitucionais permite a análise da adequação das normas constitucionais em contextos formadores distintos. É a Constituição com efeitos de dentro para fora, irradiando situações jurídicas e também recebendo racionalidades do direito interpretado. O crescimento normativo com a consequente proteção de direitos fundamentais torna-se mais acelerado.

No segundo caso, a estabilização das relações sociais e a conformação comunitária da atuação compartilhada de decisões de tribunais constitucionais além de estimular o crescimento da homogeneidade cultural e social, propicia o efeito derivativo da norma constitucional de pacificar e alentar instabilidades quanto à legitimação da atuação das Cortes na tarefa central de “sintetizar a heterogeneidade social”.¹⁹⁹

O diálogo deve privilegiar a norma jurídica, a construção da norma constitucional enquanto resposta aos problemas complexos, assim como firmar a sociedade na proteção dos direitos fundamentais. Sociedade que vive o respeito a direitos é sociedade com ambição organizativa, é corpo social com vontade de Constituição, com identidade constitucional.

As condutas dialogadas dos tribunais supremos devem realizar difusões de métodos constitucionais e ser o farol para imersão de garantias em prol da sociedade marcada pela instabilidade dos riscos da modernidade e das involuções democráticas sofridas com o impacto paradoxal da celeridade transformativas do mundo.²⁰⁰

O diálogo, dessa forma, possui um interesse jurídico e social na solução do conflito. Se ele for realizado à margem desse direcionamento ocorre mutação no intercâmbio de informações, passando a permanecer confinante a interesses obscuros, político-institucionais, político-partidários ou até pessoais. Com razão Johanna Kalb, para quem a “citação estrangeira pode ajudar os tribunais a mobilizar apoio em maneiras de proteger a independência judicial, a responsabilidade democrática e legitimidade”.²⁰¹

A necessidade aqui é de aplicar o direito em favor da comunidade e da própria Constituição, e não repousar o direito como elemento retórico de afirmação de práticas secundárias que, em momento distinto pode ter relevância casuística, mas em tempos de interpretação e integração de direitos merece uma restrição parcimoniosa.

Diálogo sem interesse não é diálogo. Importante frisar, mesmo de maneira

¹⁹⁹ MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. In: **Novos Estudos**. CEBRAP. Trad. Martonio M. B. Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. n. 58, 2000. p. 196. Disponível em: <https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SOCIEDADE>. Acesso em: 30 jul. 2019.

²⁰⁰ PERJU, Vlad F. “Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations”. In: **Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. pp. 1323 e 1326. Segundo o autor: “*The smallest unit of transplant can be a rule of constitutional structure*” (...). “*Constitutional method too can be the object of migration*”.

²⁰¹ KALB, Johanna. “The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation”. In: **The Yale Journal of International Law**. p. 452. “(...) *foreign citation may help courts mobilize support in ways that protect judicial independence, democratic accountability, and legitimacy*”.

perfunctória, que ser munido de interesse, por si só, não é elemento nada negativo. Interesse e falta de legitimidade não são lados de uma mesma moeda. Ao revés, possuir interesse é encher-se de possibilidades transformativas de um padrão estanque a protótipos dinâmicos de produção jurídica e social. Procedimento sem interesse não se sustenta, já nasce morto, condena-se à sua imanente decadência ou mesmo não vem à tona no mundo jurídico.

Portanto, extrai-se dessa observação que o interesse na realização do diálogo não apresenta malefícios e instabilidades na sua consecução. Inconstâncias e prejuízos são examinados não quando há interesses, mas quando tais desígnios são escusos e destituídos do fim proposto ou pelo menos quando não atingem a sua finalidade, ainda que com intenção benevolente.

A problematização está na sua forma de conduzir o processo comunicativo, na maneira pela qual é dirigido o enfoque racional pelas Cortes Constitucionais. A fragilidade floresce quando o olhar democrático cede espaço para a volição da Corte. Portanto, sem interesse jurídico-social na troca de jurisprudências não há falar em legítimo diálogo para efetivação da norma jurídica e proteção de direitos fundamentais.

Por último, sintetizando as ideias relatadas, o objeto de estudo dos diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais é permitir que os juízes constitucionais se associem em uma espécie de redes iterativas de novos espaços interpretativos, buscando circuitos secundários explicativos e integrativos para o processo de criação de respostas constitucionais. Propõem-se, portanto, ao estabelecimento de laços entre tribunais e normas constitucionais construídas em diferentes estágios de ascensão social.

3.6 Hipóteses do Diálogo Judicial: quando ocorrem?

Os diálogos judiciais são instrumentos à disposição da Corte para, entre outros motivos, auxiliá-la na difícil função de conceder respostas constitucionais em um mundo mais conturbado com a desorganização ocasionada pela modernidade. A complexidade dos impasses sociais cresceram exigindo dos órgãos judiciais um reforço qualitativo para desproblematizar paradoxos.

No entanto, o manejo dessa ferramenta cooperativa entre Cortes Constitucionais não

costuma ser efetivada em todas as situações, porém, em tese, obstáculos não são vislumbrados para que ocorram as boas viralizações de entendimentos jurisprudenciais protetores de direitos, muito embora se admita que os *easy cases* possam prescindir do diálogo como mecanismo resolutivo, uma vez que os conflitos sem tanta complexidade não se assemelham com os paradoxos de Teubner²⁰², mas um empecilho tecnicamente formal, por ora, não se contempla.

Os conflitos sociais são díspares e detentores de uma amplitude que o nível de complexidade ajuda a definir a incidência dos diálogos. Em razão disso, as situações possivelmente existentes para inserção da comunicação entre Cortes se mostra, em um aspecto, generalizantes e carentes de orientações mais objetivas. Alguns elementos específicos são invocados para essa tentativa de balizamento e demarcações sobre sua necessária utilização e principalmente para estreitar as arestas interpretativas e reduzir a margem de discricionariedade da Corte.²⁰³

Os diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais apresentam duas classes de hipóteses. A primeira integra a possibilidade de cabimento em seu sentido geral, abrangente, e a segunda se preza a atingir incidências específicas, privativas, mas que possuem intensa relação com a formação de jurídicas redes interativas.

Em um sistema de iteração, ou seja, de ciclos ou de etapas que compõem circuitos maiores, pressupõe-se necessidades naturais de realização de intercâmbios, isto é, mutualidade de condutas, procedimentos que trafegam um em relação ao outro. E, nessa emissão e recepção de dados comunicativos, algumas hipóteses de cabimento ou incidência vão sendo percebidas em escala mais abrangentes e outras em enquadramentos mais peculiares.

Pretende-se responder, nessa parte da obra, em quais situações os diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais possuem incidência. Quais as suas hipóteses de cabimento?

²⁰² Vide notas n. 102 e n. 136.

²⁰³ As hipóteses de cabimento previstas neste tópico foram derivadas do estudo realizado por Maurício Ramires, na terceira parte de sua obra, mais precisamente no capítulo 3.2, o qual se inspirou na doutrina de Markesinis & Fedtke. Na oportunidade, o autor informa os motivos por sua adaptação ao entendimento dos teóricos estrangeiros. Seguindo essa linha de entendimento, as hipóteses de cabimento demonstradas nesta parte do trabalho recebem nova adequação, em razão de o estudo ofertado ser especificamente de diálogo entre Cortes Constitucionais e não entre tribunais internacionais em sentido amplo. Para aprofundamento do tema, vide: RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. pp. 211-235. Para aprofundamento em doutrina estrangeira, Cf. MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jörg. “Judicial Recourse to Foreign Law: a new source of inspiration?”. In: MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jörg (Orgs). **Judicial Recourse to Foreign Law: a new source of inspiration?** New York: Routledge, 2006.

3.6.1 Hipóteses Gerais

Em patamar geral, a difusão de entendimentos jurisprudenciais ocorre no bojo dos paradoxos, quando há, portanto, complexidade de conflitos sociais, lacunas normativas para solução dos casos concretos, dúvidas sobre a melhor opção de resolução do problema e pluralidades de normas potencialmente aplicáveis a um conflito social.

A pomposa dificuldade em estabelecer direções jurídicas na construção da norma para um caso em apreciação pela Corte é por certo uma possibilidade de abrir o olhar do intérprete nacional para as decisões estrangeiras. A visão de mundo da Corte interna pode encontrar nos julgados dos aplicadores externos novas dimensões normativas e adaptativas para produzir a resposta constitucional.

No entanto, existem situações que movem a possibilidade de exercer o “direito vivente”²⁰⁴, como os italianos costumam afirmar, quando o ordenamento constitucional interno é silente ou possui espaços perigosos que podem levar a decisões não coadunantes para a tutela jurídica. E como os intérpretes dos tribunais supremos devem se espelhar nas normas constitucionais, com maior ou menor experiência jurídica existente, o *living constitutional*²⁰⁵ de Strauss talvez possa ser interessante, à medida que “qualquer um que tente entender a mudança no nosso sistema constitucional tem de ir além do texto para os precedentes, tradições e métodos do common law” e, assim, parâmetros podem ser correspondidos para uma solução do caso constitucional.

Outrossim, tendo em vista a complexidade dos problemas surgidos na modernização oriunda do efeito globalizante, torna-se normal surgirem imprecisões sobre quais caminhos a Corte deve seguir para oferecer a prestação jurisdicional respectiva. É possível definir a “solução correta para o paradoxo”? ou seria mais palpável encontrar “as soluções corretas”? Essas indagações provocativas insta salientar que a modernidade induz múltiplos caminhos a serem trilhados. Nessa tarefa, o intérprete, variadas vezes, precisa analisar os julgados de

²⁰⁴ RESTA, Elígio. **Diritto Vivente**. Roma: Laterza & Figli Spa, 2008. p. 92. O direito vivente é o direito animado, vivo, emancipado, disponível e ao mesmo tempo enclausurado pela ambivalência do próprio Direito. É o direito que almeja a incorporação da vida no Direito ou, como ensina Eligio Resta, é “a dimensão do Direito que emerge das complexas experiências de toda a modernidade e diz respeito ao que o Direito pode fazer e ao que com o Direito se pode fazer”.

²⁰⁵ STRAUSS, David A. “Do We Have a Living Constitution?”. In: **Drake Law Review**. v. 59, 2011. p. 984. Disponível em: < <https://drakelawreview.org/volume-59-no-4-summer-2011/>>. Acesso em 07 out. 2019. Strauss revela: “*But anyone who tries to understand change in our constitutional system has to look beyond the text to precedents, traditions, and the methods of the common law. Our living Constitution is a common law Constitution*”.

Cortes mais experientes ou que já tenham decidido conflitos semelhantes, a fim de adaptar ao seu contexto uma determinada circunstância e poder proporcionar a resposta constitucional.

David S. Law e Mila Versteeg comungam o argumento de que o constitucionalismo global injeta nas Constituições contemporâneas um sistema nuclearizado de direitos, os quais têm se firmado sob a pecha de “direitos constitucionais genéricos”. O fato de as Constituições nacionais serem palco de um conjunto regular e onipresente de direitos tem demonstrado duas tendências globais: um número significativo de direitos constitucionais genéricos, como a liberdade de religião, liberdade de expressão, direito à propriedade privada e garantias de igualdade; e uma crescente elevação na popularidade de tais direitos.²⁰⁶

Percebe-se, assim, que os direitos constitucionais genéricos são o bloco de direitos fundamentais e suas variações são decorrentes do núcleo mínimo de fundamentalidade. Além disso, a sua crescente convergência no constitucionalismo global emana das vocalizações expressivas do processo globalizatório. Nesse sentido, as Cortes Constitucionais têm procurado argumentações racionais com outros tribunais, promovendo difusões democráticas entre juízes constitucionais.

Com o alargamento da arena política, pluralidades de normas potencialmente aplicáveis a um impasse social tem sido editadas por pessoas jurídicas diversas, pertencendo a sistemas internos e guardando consonância semântica com as regras e princípios constitucionais. O diálogo judicial, nesse contexto, tem incidência ao ser relevante para estabelecer ao intérprete parâmetros de atuação e orientar qual normatividade seguir, quais princípios aplicar e em que medida merecem ser conectados como resoluções dos conflitos.

²⁰⁶ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”. In: **California Law Review**. v. 99, n. 05, October 2011, pp. 1199-1200. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=californialawreview>>. Acesso em: 22 out. 2019. “Another characteristic of global constitutionalism that is evident from our data is the existence of generic constitutional rights, or the fact that some rights are so ubiquitous that they can fairly be described as generic. (...) two global trends are immediately evidente (...). First, a significant number of constitutional rights are generic: they can be found in the vast majority of the world's constitutions and, in effect, form part of a shared global practice of constitutionalism. Tied for first place are freedom of religion, freedom of expression, the right to private property, and equality guarantees (...). Second, most rights are growing in popularity, with the result that the number of generic rights is increasing over time”. Em tradução livre: “Outra característica do constitucionalismo global que é evidente a partir de nossos dados é a existência de direitos constitucionais genéricos, ou o fato de que alguns direitos são tão onipresentes que podem ser descritos de maneira genérica. (...) duas tendências globais são imediatamente evidentes (...). Primeiro, um número significativo de direitos constitucionais é genérico: eles podem ser encontrados na grande maioria das constituições do mundo e, de fato, fazem parte de um prática global do constitucionalismo. Em primeiro lugar, estão a liberdade de religião, a liberdade de expressão, o direito à propriedade privada e as garantias de igualdade (...). Em segundo lugar, a maioria dos direitos cresce em popularidade, resultando no aumento do número de direitos genéricos ao longo do tempo”.

Por último, para enriquecer e ilustrar o debate, convém destacar resumidamente três hipóteses de cabimento para análise do entendimento jurisprudencial internacional propostas por David Law, a saber: hipótese de substituição, hipótese de habituação e hipótese de evasão. A primeira diz respeito ao preenchimento de um vazio deixado pela falta de jurisprudência interna referente a um problema. A segunda alude ao fato da conformação da troca jurisprudencial em razão da aceitabilidade influenciada pela modernidade. E a última, talvez mais criticada, refere-se à possibilidade de o juiz constitucional evitar ou contornar a aplicação de entendimento interno.²⁰⁷

3.6.2 Hipóteses Específicas

A atividade jurisdicional das Cortes Constitucionais é pautada pela análise de casos intrincados. Os conflitos de interesse quando assumem espaços nas instâncias supremas do judiciário nacional possuem geralmente como matérias de fundo desrespeitos a direitos fundamentais, os quais necessitam de circulação comunicativa mais particulares, próprias de sua estruturação, que refogem a aspectos meramente formais e gerais sobre situações que justificam o intercâmbio de entendimento com outros órgãos judiciais.²⁰⁸

Assim sendo, pode-se mencionar que os diálogos judiciais em sentido estrito ocorrem também quando existem padrões específicos de sistematização, quando há colaboração no desempenho da atividade de ponderação de princípios constitucionais em eventual colisão, quando surgem necessidades de fornecimento de balizas relevantes para diminuição de

²⁰⁷ LAW, David S. “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”. In: **University of Pennsylvania Law Review**. v. 163, n. 04, march 2015, pp. 927-1036. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9474&context=penn_law_review>. Acesso em 18 out. 2019. “*There are at least three distinct possibilities that point in different directions. The first possibility might be called the substitution hypothesis: to the extent that foreign law fills a void left by a lack of homegrown jurisprudence (...). A second possibility might be called the habituation hypothesis: comparativism is habitforming and becomes increasingly well accepted and difficult to dislodge over time. Yet another possibility might be called the circumvention hypothesis: judges engage in comparativism precisely because there is domestic law on point that they wish to avoid or circumvent.*” Em tradução livre: “Existem pelo menos três possibilidades distintas que apontam em direções diferentes. A primeira possibilidade pode ser chamada de hipótese da substituição: na medida em que a lei estrangeira preenche um vazio deixado pela falta de jurisprudência interna (...). Uma segunda possibilidade pode ser chamada de hipótese de habituação: o comparativismo está se formando e se torna cada vez mais bem aceito e difícil de desalojar. Ainda outra possibilidade pode ser chamada de hipótese da evasão: os juízes se envolvem no comparativismo precisamente porque existe uma lei interna que deseja evitar ou contornar”.

²⁰⁸ Para aprofundamento de questões relacionadas aos motivos pelos quais os juízes optam por se inspirar em materiais internacionais na solução de casos internos, principalmente abordando as conjunturas de países como Inglaterra e País de Gales, França, Alemanha, República Tcheca e Eslováquia, Cf. BOBEK, Michal. **Comparative Reasoning in European Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

discricionariedades, assim como na restrição de significados de princípios ou institutos que, por sua natureza alargada, costumam elastecer a sua semântica e proporcionar interpretações desconexas, formando enunciados de estilo performático.

Na atuação da Corte Constitucional, controlando e racionalizando as funcionalidades estatais, o diálogo judicial apresenta como hipóteses de incidência a necessidade de intensificar a sua postura contramajoritária e aprimorar a sua respeitabilidade social. O estudo comparado de jurisdições pode fornecer subsídios concretos colaborativos para materializar esse respeitável atributo do tribunal constitucional, até porque a atuação em favor do resguardo a direitos fundamentais depende da sua natureza contramajoritária.

Demais disso, considerando que as Cortes Constitucionais não se subsumem à vontade das urnas, sendo constituídas por membros não eleitos pela população, porém, não possuindo comportamento antidemocrático, o diálogo judicial pode ocorrer quando os tribunais são provocados a agir na defesa dos direitos se utilizando de condutas proativas e preativas, ora mais incisivas ora menos drásticas, sem, contudo, caracterizar a ocorrência do ativismo na jurisdição constitucional. Os diálogos podem oferecer métodos para regular os magistrados nessa tarefa constitucional.

Outrossim, o estreitamento de laços informativos com outros tribunais faz emergir o diálogo quando há a necessidade de ampliar canais comunicativos de participação social e oportunizar, de maneira ricocheteada, a interação entre cidadãos espalhados em diferentes culturas, haja vista serem os conflitos globais semelhantes nos rincões do planeta.

Na proteção de direitos fundamentais as Cortes Constitucionais se deparam com a possibilidade de avaliar atos legislativos contrários à Constituição, estabelecendo o controle de constitucionalidade. Em sentido amplo, portanto, o diálogo ocorre quando se está diante de assuntos sensíveis às funcionalidades estatais, a exemplo do *judicial review*, abrindo espaço para receber informações de como são tratadas essas relações em direito estrangeiro. A possibilidade de conhecer os provimentos jurídicos que analisaram legislações internacionais análogas para a tutela de direitos universais produz homogeneização interpretativa.

O diálogo judicial também possui âmbito de atuação quando ocorre a necessidade de mudança de paradigma de um protagonismo judicial desordenado para atitudes sistemáticas e positivas, e quando existe a imprescindível necessidade de garantir a imparcialidade e

independência da Corte, sem falar dos momentos em que as experiências externas podem ser úteis na avaliação das implicações de uma solução jurídica particular no meio social em que o tribunal se encontra jungido.

Observa-se, assim, que a amplitude das hipóteses de cabimento das fertilizações de entendimentos jurisprudenciais entre Tribunais Constitucionais traz à jurisdição constitucional contemporânea contributos relevantes para que direitos fundamentais sejam protegidos e fortificados, além de fornecer aprimoramentos para a forma de condução dos seus trabalhos jurídicos.

3.7 Finalidades do Diálogo Judicial: pra que servem?

O estudo de temáticas relevantes para elucidação e sistematização de determinados procedimentos possui interligação entre as suas hipóteses e suas finalidades. O momento necessário e propício para algum instituto jurídico ou forma de conduta se expressar é condicionado a escopos imediatos ou não.

Não se mostra crível elaborar estudo pormenorizado de temas complexos sem direcioná-los a consecuições de objetivos, de forma que o alcance dos alvos propostos ocorrem em razão da prévia oportunidade de terem tais elementos um campo de atuação denso. Em outras palavras, as ocasiões e oportunidades para surgimento de procedimentos são análises *a anteriori*, sendo as suas finalidades intenções *a posteriori*, mas ambos formam um espaço único de discursos integradores.

A lógica dessa ordem é aparentemente uma obviedade manifesta, mas quando o assunto é proveniente de conjunturas enredadas e que carregam conflitos de interesse sofisticados carentes de respostas constitucionais, em muitas circunstâncias, as finalidades podem se entrelaçar com as proposições de atuação, emergindo esclarecimentos similares a ambos e evidenciando que o assunto deve ser discutido de maneira conjuntural.

Nessa parte da obra, propõe-se a análise detalhada das vantagens do diálogo judicial entre Cortes Constitucionais, associando-as aos objetivos e escopos do uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional interna. Para melhor compreensão e em homenagem a elementos didáticos e metodológicos, sugere-se a análise de maneira subdividida em seis

classes de finalidades: jurídicas, políticas, sociais, institucionais e interpretativas.

3.7.1 Finalidades Jurídicas

A permuta de entendimentos entre Cortes Constitucionais possui como finalidade perceptível o aspecto jurídico consubstanciado em dois alvos essenciais para a racionalização do poder estatal, canalização dos conflitos e aprimoramento do constitucionalismo enquanto processo constitucional dinâmico e integrador. Assim, a primeira finalidade jurídica é a *efetiva proteção dos direitos fundamentais* os quais se relacionam a bens jurídicos universais e que possuem significados similares em todas as partes do mundo, mesmo que contextos sejam delineados com peculiaridades perceptivas.

Não se pode contrariar sem justificativas que o direito à vida e à liberdade, por exemplo, são conhecidos ao redor do planeta. Eventuais regramentos a tais direitos, dentro da ordem interna de cada país no exercício de sua soberania, podem até flexibilizar os estilos de serem vivenciados, mas não transmudam o significado consagrado para uma humanidade que cresceu a custas de sérias revoluções.

Diante disso, emerge como segunda finalidade jurídica dos diálogos judiciais a *construção de um bloco de fundamentalidade dos direitos*,²⁰⁹ um núcleo mínimo, um cerne essencial de direitos, a formação de um conteúdo homogêneo das garantias vitais dos cidadãos, de maneira a aprimorar um centro coeso de bens jurídicos e solidificar a sua integração como forma de respeitabilidade por parte das funcionalidades articuladas do poder público.

Como Andrew Friedman assevera, “a justificativa final para o uso de jurisprudência

²⁰⁹ Tendo em vista a necessidade de aclarar o leitor para o significado da expressão “bloco de fundamentalidade dos direitos”, e, principalmente, para retirar eventuais dúvidas ou imprecisões acerca de sua amplitude semântica, convém mencionar que referida nomenclatura se refere ao conjunto de direitos ou bens jurídicos a que se reconhecem características de direitos fundamentais e respectivas proteções constitucionais em um dado ordenamento jurídico ou ordem constitucional, seja nacional ou internacional. Assim, tais modalidades de direitos ainda que estejam dispostos ou previstos fora do texto de uma Constituição, podem ser avaliados como parâmetros para o seu exercício fundamental e tutela constitucional, independentemente da ordem jurídica ser interna ou externa. Outrossim, não obstante a teórica diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, tal tecnicismo não possui alento neste trabalho. Portanto, “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos complexos”, “direitos implexos”, “direitos globais”, dentre outros, nesta proposta acadêmica são termos sinônimos, assim como também os são, entre si, as expressões “bloco de fundamentalidade”, “núcleo mínimo de direitos”, “núcleo essencial de direitos”, “rol de direitos”, “conjunto de direitos”, dentre outras.

estrangeira nas decisões constitucionais que serão discutidas aqui é o crescente destaque de um ‘fio condutor’ de padrões que são aplicados universalmente”.²¹⁰ Diante disso, pode-se corroborar que os direitos fundamentais possuem uma zona central que merece proteção, eis que são indispensáveis para o homem, entendido este em sentido lato, universal²¹¹.

Em outras palavras, os direitos fundamentais contraem qualificações intangíveis, a exemplo do que Ferrajoli nomeia de “esfera do não-decidível”²¹², ou seja, um núcleo sobre o qual não há negociabilidade em sentido sacrificial de direitos em prol da manutenção do bem coletivo, o que não se confunde com flexibilizações dentro de um sistema constitucional demarcado por peculiaridades que autorizam certas relativizações a direitos. Os diálogos judiciais, assim, são relevantes para esse desiderato.

A mera proteção a direitos pode ser momentânea e temporal. Os efeitos podem durar durante circunstâncias específicas ou até onde outro desrespeito surgir. Mas o reforjamento de um bloco de fundamentalidade, a consagração de um catálogo de direitos indiscutíveis, os quais exigem sólidas interações entre poderes estatais apresenta-se como paradigma contra dissensos governamentais e produz tutelas eficazes e perenes.

A asserção desse pensamento coaduna-se com conformação e concretização dos direitos fundamentais, as quais ocorrem quando o seu âmbito de proteção permanece

²¹⁰ FRIEDMAN, Andrew. “Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence”. In: **Suffolk University Law Review**. v. 44, 2011. p. 874. Disponível em: <http://lawreview.suffolk.edu/wp-content/blogs.dir/9/files/2013/01/Friedman_Lead_PDF.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019. “*The final justification for the use of foreign jurisprudence in constitutional decisions that will be discussed here is the growing prominence of a “common thread” of standards that are applied universally*”.

²¹¹ Cabe aqui uma ressalva acerca da universalidade dos direitos fundamentais. A presente obra, ao tratar sobre aspectos universalizantes desses direitos, ora narrando uma certa congruência, com núcleos semelhantes ao redor do mundo, ora especificando existir diferenças entre eles, por certo, não se perfaz enquanto manifestação contraditória, senão convergente com o ideal de que os direitos fundamentais são a conformação interna que cada país, no exercício de sua soberania, concede aos direitos humanos uma pretensão mais universalizante, abrangente, porém, manifestamente respeitosa com as diferenças culturais do pluralismo social global. O fruto do exercício civilizatório da humanidade produz significação material e, com isso, sugere proteção conglobante, mais condizente com o ideal de W. Brugger, para quem reúne a autonomia, significação, responsabilidade, proteção da vida e condução de vida como compreensão dos direitos fundamentais em um sentido de uma procedência comum, que não necessariamente possuem o mesmo peso e importância no mundo jurídico, eis que a cultura se apresenta como elemento variante de tal protuberância valorativa. Assim, quando se aborda neste trabalho a ideia de que os direitos fundamentais são mundialmente congêneres não se está afirmando que são rigorosamente iguais ou formalmente invariáveis, mas, antes de tudo, chamando a atenção do leitor para o fato de que são comuns, com abordagens próximas, niveladas, equiparadas, mas venerando as disparidades típicas de seu exercício em cada nível cultural e social do povo, da humanidade. Portanto, a aparente sinonimização é apenas didática. A propósito dessa temática, Cf. BRUGGER, Winfried. “Das Menschenbild der Menschenrechte”. In: BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim; JOERDEN, Jan C. (Hrsg). **Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics**. Band 3. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

²¹² Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

incólume. Nessa situação, como lecionam Pieroth e Schlink, o Estado pretende “abrir possibilidades de conduta, para que o particular possa fazer uso do direito fundamental”.²¹³ Ora, o que seria o diálogo judicial entre Cortes incumbidas da tríade proteção dos direitos fundamentais, garantia das liberdades e respeito às minorias vulneráveis senão possibilidades de abertura para sofisticadas atitudes conformadoras e concretizadoras desses direitos? Por certo, a difusão jurisprudencial entre Cortes legitima o entendimento dos citados teóricos alemães.

Corroborando a esse pensamento o discurso de Häberle, para quem o estado constitucional está em fase gradual de articulação ao nível de raciocínio universal de seus elementos. Mesmo com as dificuldades da modernidade e exatamente por essa complexidade intrínseca, parece estar mais próxima a “interpretação de textos não ‘completos’ (na maior parte fragmentários) sobre as garantias dos direitos por referência à amplificação dos direitos fundamentais nos outros estados constitucionais, seja na forma de textos constitucionais, seja na jurisprudência constitucional ou simplesmente em relação à política de direitos fundamentais”.²¹⁴

3.7.2 Finalidades Políticas

O processo constitucional enquanto movimento jurídico-político que almeja garantir direitos fundamentais, dentre outros objetivos, não se dissocia de um elemento que sempre ocupa a sua agenda discursiva: a liberdade. E não é pra menos. Sem liberdade não se pode pensar em atitudes ou compromissos pré-constitucionais, muito menos em obtenção de resultados por meio da cidadania plural.

Sabe-se que o conceito de liberdade pública nas Constituições espalhadas ao redor do mundo, geralmente, não é exposto. A sua implícita definição decorre de interpretações muitas vezes originadas do significado de dignidade humana, as quais também permeiam acepções sobre cidadania. Eis, aqui, dois marcos relevantes para esse estudo: a) qual norma

²¹³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 (série IDP: linha direito comparado). p. 125.

²¹⁴ HÄBERLE, Peter. “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional: un catálogo de problemas”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 13, año 07, 2010. p. 391. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2019. “*Parece estar más próxima la interpretación de textos no «completos» (en su mayoría fragmentarios) sobre las garantías de los derechos por referencia al desarrollo de los derechos fundamentales en otros Estados constitucionales, sea en la forma de textos constitucionales, sea en la de jurisprudencia constitucional o simplemente por relación a la política de derechos fundamentales*”.

constitucional costuma abarcar a ideia de liberdade; b) quais os significados de liberdade, dignidade humana e cidadania.

Conforme aprendido no tópico precedente, observou-se que lacunas normatio-constitucionais e pluralidade de entendimentos semânticos sobre vocábulos constitucionais são hipóteses de quando eventuais diálogos judiciais podem ser efetivados. Sendo assim, insere-se nessa via a primeira finalidade política do diálogo entre Cortes Constitucionais, qual seja, *concretizar a garantia de uma liberdade pública*.

E materializar essa garantia perpassa por entender o diálogo como um instrumento útil e necessário para analisar como outras Cortes Constitucionais pensam e abordam as liberdades públicas de acordo com seus autóctones contextos. Entendendo a expressão liberdades públicas de maneira genérica, por ora, como direitos do homem, entende-se que a conversação entre Cortes contribui para uma modalidade de troca de experiências não impositivas, mas espontâneas, com a naturalidade agregadora de uma permuta horizontal, linear e equivalente entre juízes constitucionais.

Diante disso, por que se deve seguir a jurisprudência estrangeira? A resposta primeira que vem à tona seria entender o diálogo como um caminho melhor para o sistema comunicativo global e constitucional, e não porque ele seja obrigatório, até porque, conforme visto, o intercâmbio de jurisprudências entre Cortes Constitucionais é facultativo. Logo, é importante seguir o diálogo para garantir as liberdades públicas.

A garantia da liberdade pública, assim, aprimorada pelas constantes trocas de experiências jurisprudenciais estrangeiras, instiga a chegada da segunda finalidade política do diálogo, *o resgate de parcela do poder político em benefício da cidadania*. O preenchimento do espaço público também é atingido por meio de vocalização entre juízes constitucionais, haja vista que a Corte é a responsável pelo albergue da fundamentalidade de direitos e da veneração aos grupos minoritários.²¹⁵ Assim, desenvolve-se uma função de retroalimentação

²¹⁵ ROACH, Kent; SCHNEIDERMAN, David. "Freedom of Expression in Canada". In: **Supreme Court Law Review**. v. 61, 2d, 2013, p. 525. Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/Schneiderman/Chapter%2010%20Roach%20Schneiderman.pdf>. Acesso em 12 out. 2019. Segundo os autores: "Todas as proteções judiciais dos direitos humanos são, até certo ponto, cíclicas e sujeitas a mudanças judiciais, mas uma falha dos tribunais canadenses em apoiar a liberdade de expressão pode ter efeitos particularmente preocupantes, dada a relativa ausência de uma tradição de liberdade de expressão na cultura constitucional mais ampla do Canadá". No original: "*All judicial protections of human rights are to an extent cyclical and subject to judicial changes, but a failure of the Canadian courts to support freedom of expression, may have particular troubling effects, given the relative*

do sistema democrático que favorece a sua própria proteção.

A cidadania passa a ter mais espaço além fronteiras quando as Cortes Constitucionais se juntam para assegurar liberdades públicas e concretizarem ideias sustentáveis entre as diferentes ordens constitucionais de cada Estado Nacional. Quando isso ocorre no processo dialogal, desponta no cenário jurídico o terceiro escopo político do diálogo, *a sofisticação das reflexões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional*.

Corroborar tal assertiva o estudo de Tara Grove. “Uma comparação de duas outras decisões, uma pela Suprema Corte indiana em 1980 e outra pelo Tribunal Constitucional da África do Sul em 1995, ilustra a crescente complexidade e sofisticação do diálogo internacional”.²¹⁶ No primeiro caso, a Corte indiana se baseou nas jurisprudências dos Estados Unidos e Grã-Bretanha²¹⁷. No segundo exemplo, os juízes constitucionais sul-africanos

absence of a freedom of expression tradition in Canada's broader constitutional culture”. Como visto, a falta de apoio judicial quanto ao assunto “liberdade de expressão” no Canadá tem preocupado teóricos. O diálogo judicial, na sua finalidade política de resgate de parcela do poder político em benefício da cidadania, assim como receptor de entendimentos de outras Cortes, pode suavizar ou flexibilizar essa suposta falha e minimizar riscos na sociedade canadense e mundial.

²¹⁶ GROVE, Tara Leigh. “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”. In: **Harvard Law Review**. Faculty Publications. Paper 1226. v. 114, 2001. p. 2055. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1226>. Acesso em 30 out. 2019. “*A comparison of two other decisions, one by the Indian Supreme Court in 1980 and the other by the South African Constitutional Court in 1995, illustrates the growing complexity and sophistication of the international dialogue*”.

²¹⁷ Caso *Bachan Singh v. State of Punjab (1980) 2 SCC 684*. No julgamento realizado no dia 09 de maio de 1980, podem ser encontradas passagens fazendo alusão à Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo as mais evidentes especificadas nos itens 68, 124 e 169 da decisão indiana. Veja-se: “68. *A similar warning was echoed by the Supreme Court of the United States in Dennis v. United States in these terms: Courts are not representative bodies. They are not designed to be a good reflex of a democratic society. Their judgment is best informed, and therefore most dependable, within narrow limits (...)*”. “124. *Now, looking around at the world during the last decade, we may recall that in Furman v. Georgia (decided on June 29, 1976), the Supreme Court of the United States held by a majority, that the imposition and carrying out of the death penalty constitutes 'cruel and unusual' punishment, in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments. Brennan and Marshall, JJ. (differing from the plurality) went to the extent of holding that death penalty was per se unconstitutional as it was a cruel and unusual punishment. In so holding, these learned Justices purported to adopt the contemporary standards of decency prevailing among the enlightened public of the United States (...)*”. “169. (...) *It is submitted that soon after the decision in Furman, several States in U.S.A. amended their penal statutes and brought them in conformity with the requirements of Furman. Support has also been sought for this argument from Greg v. Georgia wherein the Supreme Court of the United States held that the concerns expressed in Furman decision that death penalty may not be imposed in an arbitrary or capricious manner could be met by a carefully drafted statute ensuring that the sentencing authority was given adequate guidance and information for determining the appropriate sentence, a bifurcated sentencing proceeding being preferable as a general proposition*”. No mesmo sentido, o órgão judicial indiano buscou informações na Corte britânica, como se observa nos itens 99 e 102. “99. *The British Royal Commission, after making an exhaustive study of the issue of capital punishment and its deterrent value, in their Report (1949-53), concluded. The general conclusion which we reach, after careful review of all the evidence we have been able to obtain as to the deterrent effect of capital punishment, may be stated as follows. Prima facie the penalty of death is likely to have a stronger effect as a deterrent to normal human beings than any other form of punishment, and there is some evidence (though no convincing statistical evidence) that this is in fact so (...)*”. “102. *Lord Justice Denning, Master of the Rolls of the Court of Appeal in England, appearing before the British Royal Commission on Capital Punishment, stated his views on this point as under: Punishment is the way in which society expresses its denunciation of wrong-*

analisaram julgados das Supremas Cortes dos Estados Unidos, Canadá, Hungria e da própria Índia.²¹⁸

Não é despidendo asseverar que a participação de Cortes Constitucionais no processo dialogal pode promover, ainda, ganhos significativos na influência de órgãos judiciais menos experientes na jurisdição internacional. A sofisticação do procedimento difusivo instaura no cenário mundial projeções benéficas capazes de promover respostas que estejam sendo predominantes ou comumente debatidas nos sistemas constitucionais contemporâneos. A dinamicidade na troca de jurisprudência aproxima tribunais e diminui o espaço entre a “resistência” e a “convergência” que Vicki C. Jackson costumou enfatizar²¹⁹.

A legitimação vem à lume, portanto, quando de maneira não obrigatória, mas naturalmente, processa-se a difusão de racionalidades jurídicas entre os órgãos judiciais constitucionais, ampliando os debates e reflexões críticas sobre institutos do direito comparado, a fim de evitar uma interpretação sem critérios e orientações.

doing; and in order to maintain respect for law, it is essential that the punishment inflicted for grave crimes should adequately reflect the revulsion felt by the great majority of citizens for them. It is a mistake to consider the objects of punishment as being deterrent or reformatory or preventive and nothing else (...)” (grifado). (Disponível em: <<https://indiankanoon.org/doc/307021/>>. Acesso em 30 out. 2019). A propósito, Cf. SINGH, Rachi. “Analysis of Bachan Singh and Machhi Singh and its Implication”. In: **International Journal of Research and Analytical Reviews (IJRAR)**. v. 5, issue 4, 2018. pp. 135-143. Disponível em: <<http://www.ijrar.org/papers/IJAR1944682.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

²¹⁸ Caso *The State v. T Makwanyane and M Mchunu (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1*. Em julgamento no dia 06 de junho de 1995, a Suprema Corte da África do Sul decide fazendo alusão às Cortes Constitucionais dos Estados Unidos, Alemanha, Canadá, Hungria e Índia, mais propriamente nos itens 15 e 38: “15. *In countries in which the constitution is similarly the supreme law, it is not unusual for the courts to have regard to the circumstances existing at the time the constitution was adopted, including the debates and writings which formed part of the process. The United States Supreme Court pays attention to such matters, and its judgments frequently contain reviews of the legislative history of the provision in question, including references to debates, and statements made, at the time the provision was adopted. The German Constitutional Court also has regard to such evidence. The Canadian Supreme Court has held such evidence to be admissible, and has referred to the historical background including the pre-confederation debates for the purpose of interpreting provisions of the Canadian Constitution, although it attaches less weight to such information than the United States Supreme Court does. It also has regard to ministerial statements in Parliament in regard to the purpose of particular legislation. In India, whilst speeches of individual members of Parliament or the Convention are apparently not ordinarily admissible, the reports of drafting committees can, according to Seervai, ‘be a helpful extrinsic aid to construction’. Seervai cites Kania CJ in A. K. Gopalan v The State for the proposition that whilst not taking ‘...into consideration the individual opinions of Members of Parliament or Convention to construe the meaning of a particular clause, when a question is raised whether a certain phrase or expression was up for consideration at all or not, a reference to debates may be permitted’ (...)*”. “38. *When challenges to the death sentence in international or foreign courts and tribunals have failed, the constitution or the international instrument concerned has either directly sanctioned capital punishment or has specifically provided that the right to life is subject to exceptions sanctioned by law. The only case to which we were referred in which there were not such express provisions in the Constitution, was the decision of the Hungarian Constitutional Court. There the challenge succeeded and the death penalty was declared to be unconstitutional*”. (grifado). (Disponível em: <<http://www1.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>. Acesso em 30 out. 2019).

²¹⁹ Cf. Vicki C. “Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement”. In: **Federal Law Review**. p. 171.

3.7.3 Finalidades Sociais

A origem das Cortes Constitucionais remete ao período pós-revolucionário marcado por conquistas relevantes para a história da humanidade. Os direitos fundamentais se solidificaram e ao mesmo tempo surgiram necessidades de maiores proteções. As Constituições normativas, na fase áurea do constitucionalismo, inauguraram normatizações democráticas e garantidora de direitos. E, em decorrência disso, reforçou-se a ordem constitucional com os tribunais supremos.

Essa blindagem constitucional evidenciou que o movimento de organização estatal agiu de fora para dentro, instituindo não só garantias como meios assecuratório delas. No mesmo passo, de maneira a acompanhar essa evolução, a sociedade mostrou-se mais aviltante, perseguindo direitos, recebendo deveres e robustecendo relações sociais, em uma organização de dentro para fora.

A união de tais intenções, Estado e sociedade, aprimorou os compromissos sociais na funcionalidade pública e com o fomento de práticas econômicas e políticas instabilidades se formaram e promoveram choques e conflitos de interesses de toda sorte. Os movimentos democráticos se intensificaram à medida que direitos eram solavancados pelo poder público e a sociedade aprimorou a sua organização, passando cada vez mais a contestar atitudes do Estado, em prol de mais espaço no processo opinativo e decisório de sua comunidade.

A evolução sucinta desses ideais é suficiente para perceber que a sociedade na modernidade participa intensamente das relações públicas, ora com menos fragilidade, ora com menos veemência. E o pluralismo diversificando campos de atuação congrega essa cooperação social dando cor e voz na democracia em plena reflexividade moderna.

Eis a primeira funcionalidade social do diálogo, a *ampliação dos canais comunicativos de participação social*. As formas de comunicação cresceram e com elas os espaços de participação social se aprimoraram. Os tribunais constitucionais em situações que demandam rigorismo analítico dos impasses passaram a debater com a sociedade explicações sobre detalhes em que técnicos com expertise temática e agrupamentos sociais com representações congêneres participam de opiniões, oferecendo subsídios e dados à Corte para proferir respostas aos complicados problemas.

Os canais de comunicação sociais, assim, auferiram importância ao redor do mundo a ponto de formarem uma rede de difusão de experiências não para sensibilizar julgados e confortar a Corte mas para fortalecer o pluralismo e procedimentalizar espaços interpretativos e participativos. As decisões dos tribunais refletem os contextos sociais aos quais estão inseridos, mediante a aplicação da norma constitucional.

Se as Cortes Constitucionais dos Estados nacionais ao decidirem paradoxos promovem participação social e asseguram esse pluralismo como consequência de suas deliberações, pode-se dizer que os diálogos judiciais entre si homenageiam a participação de cidadãos globais, haja vista serem os direitos fundamentais similares em todo o mundo. Cada sociedade representa a extensão de outra, pois o objetivo é a tutela dos direitos fundamentais por meio da Corte, que o faz dialogando com outros tribunais.

Além disso, merece destaque um outro ponto de vista vantajoso do diálogo judicial. A comunicação entre Cortes também possui uma faceta de antecipação, uma forma complementar de verificação das ordens constitucionais internacionais e avalia-las antes da pretensa realização do diálogo. Nessa análise antecedente, a Corte Constitucional interna leva em consideração as implicações da decisão que se dejesa internalizar, exercitando um típico estudo consequencialista dos julgados estrangeiros.

Diante dessa fatores, pode-se mencionar que a segunda finalidade social do diálogo é *evitar consequências que repercutem negativamente na sociedade*. A análise antecipada dos consequentes efeitos da decisão estrangeira na ordem constitucional externa pode restringir e impedir que, na ordem interna, tais consecutórios sejam mais perturbadores ou maléficos, obstaculizando a resposta constitucional para o paradoxo ou, ainda, propiciando uma nova dificuldade.

Diante dessas assertivas, pode-se refletir no quanto é imprescindível entender o consequencialismo jurídico como racionalidade determinante para bloquear entendimentos jurisprudenciais divergentes e não conformadores com o contexto da Corte receptora. Esse exercício de precocidade reflexiva não é curial para filtrar argumentos acopláveis e condizentes com a conjuntura na qual se insere o tribunal supremo nacional?

Será se não é vantajoso e oportuno que uma determinada Corte Constitucional que deseja recepcionar entendimento estrangeiro analise adiantadamente os resultados nefastos de

um julgado internacional para eventualmente não seguir aquele suposto posicionamento? Esta tarefa de “internalização antecipada” dinamiza o pretense diálogo antes mesmo de introjetar efeitos no sistema constitucional nacional. O estudo das implicações no tribunal supremo exterior instrumentaliza um embrião do diálogo, o qual pode ser desconstituído na percepção de ocasional fracasso constitucional na conjuntura emissora da jurisprudência.

Essa atitude prevenida corrobora o pensamento de Sujit Choudhry, evitando o que se pode chamar de uma “patologia constitucional”. O espelhamento da ordem constitucional antes da consecução do diálogo permite entender que “o aprendizado entre jurisdições não significa simplesmente o transplante e/ou adaptação de modelos constitucionais positivos. Em vez disso, implica ainda evitar modelos constitucionais negativos ou patologias constitucionais, que podem servir como instrumentos para destacar as implicações potencialmente preocupantes de certas opções institucionais, textuais e interpretativas”.²²⁰

Naturalmente, as patologias constitucionais em sistemas decisórios internacionais informam às Cortes receptoras de influências a importância minuciosa daquilo que pode ser evitado. A análise dos “modelos a *contrario sensu*” induzem desapontamentos constitucionais aos juízes tendenciosos em incorporar eventual julgado internacional. A identidade constitucional de cada Corte é o termômetro dessa intencionalidade. Mais distinção entre identidades significa menos possibilidade de conversação. E quanto menor for a disparidade mais chances de se precaver da patologia constitucional.

O exame da outra face do diálogo judicial, isto é, a racionalidade jurídica que a Corte Constitucional receptora não deseja internalizar, perpassa pela meditação dos motivos pelos quais eventual tribunal decidiu de uma ou outra maneira o seu paradoxo, a ponto de avaliar se tal Corte decidiu bem ou não, principalmente sopesando as repercussões do julgado no seu contexto formador. Como afirma Klaus Mathis: “a análise de impacto pode não apenas melhorar a qualidade dos julgamentos, mas também aumentar a legitimidade da aplicação da lei”.²²¹

²²⁰ CHOUDHRY, Sujiti. “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”. In: **International Journal of Constitutional Law**. v. 2, Issue 1, January 2004, p. 04. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/2.1.1>>. Acesso em: 14 out. 2019. “Thus understood, learning across jurisdictions does not simply mean the transplantation and/or adaptation of positive constitutional models. Rather, it further entails the avoidance of negative models or constitutional pathologies, which can serve as foils to highlight the potentially worrisome implications of certain institutional, textual, and interpretive options”.

²²¹ MATHIS, Klaus. “Consequentialism in Law”. In: MATHIS, Klaus (Ed.). **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Law and Philosophy Library. v. 98. Dordrecht: Springer, 2012. p. 20. Segundo

Nesse sentir, razão assiste a Lübbe-Wolff, para quem as consequências da decisão podem ser legais e reais. As primeiras, autoexplicativas, decorrem das leis, das atividades do Legislativo. As segundas, que propriamente interessam a esta obra, relacionam-se às implicações de validade e aplicação das disposições legais. Logo, dizem respeito às atividades das Cortes Constitucionais e na forma como os juízes pensam e decidem um conflito complexo. Acrescenta o teórico alemão que as consequências reais podem ser subdivididas em nível micro (implicações para as partes diretamente afetadas pelo julgamento) e macro (consectários para toda a coletividade).²²²

Portanto, torna-se curial como função social do diálogo antever algumas consequências que uma decisão pode assumir em uma democracia e tentar prevenir os efeitos de tal entendimento no país receptor do entendimento jurídico externo. Como ensina Ursula Bentene, é importante analisar “horizontes judiciais mais amplos e do fato de que conseqüências negativas podem ser evitadas com consideração honesta e ponderada do que se encontra no exterior”²²³. O olhar para a ordem estrangeira, nesse caso, corresponde a um aprendizado de como não proceder no sistema interno.

Diálogo não é sinônimo de homogeneização, uniformização nem similitude de entendimento. A conversação entre Cortes mais se aproxima de um processo de espelhamento ou intercâmbio de como os paradoxos são resolvidos em experiências internacionais pertencentes a contextos próprios que efetivamente de uma tentativa de decalque dos mesmos contornos interpretativos de um determinado tribunal supremo.²²⁴

o ex-professor da Universidade de Zurique, na Suíça, “*impact analysis may not only improve the quality of judgements but also increase the legitimacy of the application of the law*”.

²²² LÜBBE-WOLFF, Gertrude. **Rechtsfolgen und Realfolgen**: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?. Freiburg and Munich: K. Alber, 1981. p. 25.

²²³ BENTELE, Ursula. “Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa’s Experience with Comparative Constitutional Law”. In: **Georgia Journal of International and Comparative Law**. v. 37, n. 02, 2009. p. 265. Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/5326/ffe09e8ee24fe6340d4157878bcab9909458.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019. “*In light of the benefits that could be derived from broadened judicial horizons, and the fact that negative consequences can be avoided by honest and thoughtful consideration of what one finds abroad*”.

²²⁴ Dois exemplos podem ser sugeridos para minuciosa observação. Sem intenção de revisitação de julgados, mas tão somente de reavivar justificativas e argumentos constitucionais para aprimoramento de debates doutrinários, portanto, sem qualquer rediscussão de eventual matéria já julgada por Cortes Constitucionais, pode-se mencionar o caso brasileiro de financiamento privado de campanha como arquétipo inaugural. O banimento a tal prática proporcionaria que tipo de consequências jurídicas para a ordem constitucional interna de uma determinada democracia? Quais fomentos podem ser ou não utilizados para este objetivo? O espaço para o manejo de dinheiro ilegal (oriundo do tráfico de drogas, por exemplo) pode ser aumentado ou simplesmente fiscalizado com mais eficiência? O segundo caso pode ser analisado por meio do consequentialismo das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. Ao decidir sobre o crime de aborto, a Corte alemã utilizou-se de uma postura relativamente paternalista? Que tipo de resultados uma permissão ou proibição, como “última

3.7.4 Finalidades Institucionais

As Cortes são órgãos judiciais formados a partir de normas constitucionais e dotados de caráter exclusivo e típico para proteção de direitos fundamentais e de cidadãos apostos em situação de vulnerabilidade. Assim, a primeira finalidade institucional do diálogo é o *fortalecimento da postura contramajoritária da Corte*, a solidificação da postura contundente e o robustecimento do caráter do tribunal constitucional. É o reforço de seu estilo de vida.

O tribunal supremo não é eleito e seus membros não são aprovados mediante um sufrágio universal. A decorrência disso é privilegiar seu caráter independente para poder controlar o poder estatal e os eventuais abusos dele advindos, delimitando o poder e protegendo direitos fundamentais.

O poder público não é ilimitado e precisa ter arestas podadas para a constitucional articulação das suas funcionalidades. Os juízes constitucionais, assim, atuam como força estabilizadora equacionando situações jurídicas de instabilidade, principalmente as que colocam minorias em desprezíveis momentos, sem, contudo, ser assaltes pessoalizados a poderes outros, senão atitudes para o restabelecimento da ordem constitucional.

Assim sendo, percebe-se que o caráter contramajoritário dos tribunais supremos decorre da Constituição e sua atuação de balanceamento dos poderes enaltece e eleva a imperatividade das normas constitucionais. Ao passo que garante a força normativa da Constituição, soluciona conflitos. A sua legitimidade democrática é, portanto, normativa. Ao findar um impasse com respostas constitucionais, o tribunal atinge o âmago social de aceitabilidade, por ter cumprido com o dever contido na Constituição.

Este último atributo, satisfação social ou favorável clamor público de suas decisões, não é a finalidade precípua do tribunal supremo, mas atinge tal patamar, consolidando uma legitimação democrática social, quando atua nos estritos delineamentos para os quais foram criados. É a ordem constitucional estabelecendo normalidade para a própria ordem.

palavra” sobre o delito dessa natureza, podem ocasionar em países pertencentes a contextos democráticos emergentes e/ou consolidados? A propósito do segundo paradigma, Cf. MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. In: **Novos Estudos**. CEBRAP. 2000.

Relevante mencionar que a abertura de canais comunicativos de participação em nenhum momento é atitude colidente com a postura contramajoritária. Esta decorre da Constituição, aquela é uma maneira de alcançar uma resposta constitucional compartilhada, da mesma forma que o é a efetivação de diálogos judiciais entre outras Cortes Constitucionais.

Em muitos conflitos complexos a contramajoritariedade atua em uma linha muito tênue entre respeito e desrespeito para com poderes constituídos. Nesses casos, a troca de experiências entre tribunais constitucionais mais dominantes, fortes e experientes, pertencentes a contextos mais antigos, em conjuntura democrática mais organizada, pode ser útil no auxílio de como proceder em favor das minorias, sem, no entanto, conflitar diretamente e de maneira inconstitucional, com majorias. Portanto, o diálogo concede sustentação e reforça a sua natureza contramajoritária.

Nesse mister calcado no ato específico em que os embates relacionados a direitos fundamentais exigem posturas mais enérgicas das Cortes Constitucionais, surge, como consectário de sua postura estabilizadora da ordem constitucional, possibilidade de atuar proativamente em favor dos direitos vulnerados, sem instituir invasões às demais funcionalidades do Estado. A segunda finalidade institucional entre tais órgãos judiciais é a *regulação da atitude proativa*.

Saber agir, proteger interesses individuais fundamentais, ter proatividade e ao mesmo tempo não embarçar o modelo republicano não é função das mais cômodas nem simplistas em um estado constitucional de direitos. Os tribunais supremos são os primeiros órgãos a conhecerem os conflitos globais e a complexidade de tais impasses, muitas vezes, não apresenta regramentos abstratos que enquadrem condutas como irregularidades ou ilícitos, exigindo da Corte postura ativa para albergar o direito, sem, contudo, caracterizar-se como ativismo.

Recomendável lembrar que conduta proativa não significa dizer sê-la uma atitude ativista. A proximidade de sentidos não induz serem atitudes rigorosamente iguais. A Corte Constitucional, quando provocado, necessita agir e dar uma resposta para restabelecer a ordem constitucional. Nessa condução, faz-se recomendável que tenha atitudes proativas ou preativas, ou seja, condutas positivas para agir em defesa de algo e outras vezes condutas ativas de menor intensidade para prevenir a ocorrência de desrespeitos a direitos.

A possibilidade de desregramento dos poderes constituídos e de desordem para com as funcionalidades de uma governança articulada em prol dos objetivos públicos, produzindo subversão para o espaço constitucional, é possibilidade próxima de existir caso a Corte constitucional adote medidas extraconstitucionais ou embaraçosas a pretexto de proteger direitos fundamentais.

Essas considerações são comumente verificadas nos indigestos dissabores envolvendo políticas públicas. Os perfis político e jurídico dos tribunais constitucionais adentram em um círculo que gravita situações aparentemente inconciliáveis. Estabelecer e garantir direitos sem desmerecer e ofender funções atinentes a outros direitos. Esta é uma missão institucional para evitar instabilidades na articulação entre as funcionalidades replublicanas.

Nesse peculiar entrave, o impedimento de desavenças e avanços desrespeitosos entre Poderes constitucionalmente estabelecidos pelo Estado faz emergir a possibilidade de crescimento da “maturidade fiscalizatória das ordens constitucionais”. Em outros termos, o *judicial review*, entendido em termos genéricos como controladores dos atos legais, pode ser aprimorado e gerenciado, de maneira não somente a proporcionar acomodações discursivas e decisórias, em prol da resposta constitucional, mas também reforçar a própria democracia.²²⁵

O exercício controlador requer, em muitos casos, empíricos envolvimento por parte de quem detém o poder-dever de pronunciar e concretizar o sentido normativo da Constituição. Administrar e contingenciar atos legiferantes, quando desconformadores da fundamentalidade jurídica dos direitos fundamentais, que consagram típicas tarefas circunstancialmente excludentes, podem se utilizar da vocalização entre juízes constitucionais no sentido de sofisticar o intercâmbio de ideias entre os Poderes. Em suma, o diálogo judicial entre Cortes jungidas por contextos democráticos, similares ou não, pode contribuir com o diálogo institucional entre Poderes, dentro de um sistema, congênera ou não.

O foco permeia não na situação em si de como se encontra a sociedade, se homogênea ou heterogênea, mas, sim, como uma troca de jurisprudências entre tribunais supremos diferentes pode reaparelhar difusões de pensamentos entre funcionalidades estatais. O diálogo dentro de um Poder pode, assim, irradiar argumentos para realização de novos diálogos dentro

²²⁵ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford University Press, 2008. p. 92. Para o autor, existe relação muito próxima entre controle judicial e democracia. “*Constitutional review is not only reinforced by democracy, but itself reinforces democracy*”. Em tradução: “O controle judicial não é apenas reforçado pela democracia, mas também reforça a democracia”.

de Poderes diferentes e tensionados pela tessitura dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a conversação dentro de uma específica funcionalidade estatal pode reverberar favoravelmente em diálogos outros atinentes a gerais compromissos democráticos.

Sociedades em que seu contexto formador desponta de há muitas décadas, as quais possuem tribunais constitucionais reconhecidamente relevantes no cenário mundial, a exemplo do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, são Cortes com possibilidades concretas de difundir entendimentos e substratos relevantes para que outros órgãos judiciais, em estágios menos acelerados de organização, possam conceder legítimas soluções constitucionais.

Nesse liame, como terceiro escopo institucional do intercâmbio entre juízes constitucionais, pode-se suscitar a *diminuição do mimetismo de pretensões constitucionais desnecessárias*. Em tom um pouco mais contundente, as ordens constitucionais espalhadas por vários países jungidos por diferentes culturas e maneiras personalizadas de ver e entender violações ou ameaça de lesões a direitos e interesse fundamentais pressupõem algo parecido como uma imputabilidade constitucional.

O sentido de imputabilidade aqui sugerido não é de aposição de culpa aos cidadãos por buscarem reparação da Corte contra ofensas ou ameaças a direitos individuais, muito menos entregar ao poder público o dever incondicional de oferecer todos os direitos e todas as formas de seu exercício como se as instituições fossem poderosas e autossuficientes.

O enfoque primordial e que não pode ser olvidado é de que os próprios cidadãos inseridos na sua sociedade, seja qual tipo de cultura ou extensão do pluralismo ou nível democrático, possuem também responsabilidades e deveres fundamentais universais de ajudar o Estado na consecução do bem-comum, fortalecer as boas práticas de condutas saudáveis na comunidade e principalmente saber administrar o uso racional da via constitucional do acesso à justiça.

Os direitos fundamentais são caracterizados pela sua universalidade. Mas não somente eles recebem essa benesse, pois direitos implicam deveres. E essas obrigações passam a ser fundamentalizadas da mesma maneira. A universalidade e fundamentalidade dos direitos cortam dos dois lados, ou seja, ao passo que ornamenta e efetiva garantias de exercícios, também perquire e requer atitudes sociais que legitimem e fortaleçam a racionalidade de tais

interesses. É a formação dos pré-compromissos constitucionais dos cidadãos.

Portanto, essa imputabilidade constitucional modelada pela atitude coerente dos governados qualifica-se para o amadurecimento do corpo social, para a prevenção de desrespeitos aos direitos fundamentais e para, em caso de lesão, ter um uso apropriado dos fatores estatais de correção. Assim, em sendo os direitos e deveres fundamentais universais, os níveis de violações tendem a pelo menos se estabilizar e fornecer maiores condições às Cortes de atuarem de maneiras também racionais na busca de respostas constitucionais, uma vez que impasses jurídicos costumam ser similares em países múltiplos.

As repetições de conflitos em cada nação evidenciam estarem as sociedades organizadas por Constituições conexas em que seus sentidos e normatizações foram compartilhadas quando de suas elaborações ou serviram de paradigmas para suas edições. Esse mimetismo genealógico acaba sendo difundido entre países que vivenciaram semelhantes proteções ou ranhuras a direitos fundamentais, inaugurando práticas parecidas nos continentes.

Na maioria dos países do globo existem organismos institucionais que tutelam direitos de grupo e classes sociais econômicas, de trabalhadores ou de outro cunho ideológico. Ao mesmo tempo existem cidadãos com semelhantes hábitos uns dos outros, talvez com bem menos intencionalidade de consolidar seus pré-compromissos constitucionais.

Os grupos sociais que mais recebem práticas ofensivas de discriminação estão em escala ascendente em nível global. A sociedade vive divisões e fracionamentos como em castas estivessem, umas com mais direitos e menos obrigações, outras com menos proteção e mais deveres, fazendo insurgir insatisfações que vão se congregando ao redor do mundo em velocidade absurda, dadas as facilidades dos sistemas tecnológicos de informações.

E nem sempre ocorre a imputabilidade constitucional de maneira a inteligenciar o exercício da cidadania, assim como não raras vezes acontece o mimetismo de ações constitucionais buscando reparações que não existiriam, caso os pré-compromissos do povo fossem efetivamente por eles cumpridos, ou, se existissem, seriam demandas socialmente estabilizadas.

Essa cópia desenfreada por ações constitucionais objetivando a tutela estatal em todo o mundo tem se agigantado, principalmente em nações em que o sistema democrático ainda se

encontra desorganizado e em fase de consolidação, recebendo importações de pessoas físicas e jurídicas que detêm a capacidade postulatória, as quais levam geralmente as mesmas e universais pretensões aos tribunais constitucionais.

O diálogo judicial ao analisar e decidir casos análogos e similares estabelecem motes orientadores e caminhos para as Cortes Constitucionais ao redor do mundo organizarem suas atividades, proporcionando sistematizações para evitar o uso predatório dos tribunais e contingenciar demandas repetitivas, filtrando, portanto, as respostas constitucionais.

3.7.5 Finalidades Interpretativas

A jurisdição constitucional no atual século tem permeado debates incandescentes sobre questões relacionadas a legitimidades na atuação das Cortes Constitucionais em defesa da ordem jurídica. Um dos fatores que contribui para aferimento desses embates discursivos de maneira a sofisticar procedimentos e aprimorar atitudes para a busca da segurança imperativa da norma constitucional é o diálogo judicial entre juízes constitucionais.

Nesse processo comunicativo entre ordens constitucionais difundidas pelos entendimentos jurisprudenciais contextualizados destaca-se uma das maiores de suas funcionalidades, senão a mais relevante para o resgate da Constituição e sua aposição no centro do mundo jurídico, qual seja, a finalidade interpretativa, que objetiva responder como o diálogo entre Cortes Constitucionais pode promover a *vinculação das decisões judiciais com o imperativo da Constituição* e contribuir para *redução da margem de discricionariedade do intérprete*.²²⁶

²²⁶ Além disso, pode-se demonstrar que a discricionariedade também é matéria afeta às partes. O autor de uma pretensão, em alguns casos, tem opções quanto à escolha de jurisdição. Trata-se do *forum shopping*, uma prática na qual a parte possui liberdade de escolher o julgador. Em casos de competência concorrente, que também atingem conflitos transnacionais, a parte pode escolher a Corte que analisará a demanda. Alguns fatores podem ser elencados para essa atitude discricionária da parte, como a logística, a conveniência, custos financeiros, o conhecimento de que, em determinado local, os conflitos são julgados em um ou outro sentido, a duração do processo, enfim, elementos que forneçam alguma espécie de vantagem estratégica para o autor. Como bem ressalta Olga Frishman, as Cortes se comunicam também em questões constitucionais, formando “uma ‘cortesia judicial’ quando os juízes interagem para resolver um caso transnacional específico e minimizar a escolha da jurisdição pelas partes” (FRISHMAN, Olga. “Transnational Judicial Dialogue as an Organisational Field”. In: **European Law Journal**. v. 19, February 13, 2013. p. 747. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2216560>>. Acesso em: 18 out. 2019). A professora das Universidades de Haifa e Tel Aviv, ambas em Israel, assim preleciona: “a ‘judicial comity’ when judges interact in order to resolve a particular transnational case and to minimise forum shopping by the parties”. Nesse viés, o diálogo judicial exerce claramente uma atividade

Para a materialização desse escopo interpretativo, relevante se faz entender a maneira como a discricionariedade costuma surgir na fenomenologia jurídica. Nesse desiderato, a digressão se inicia com a expressão autoexplicativa de Kenneth Davis: “onde a discricionariedade começa, o direito termina”.²²⁷ Dessa imprescindível informação, pode-se elencar possíveis efeitos prejudiciais que o uso da discricionariedade pode ocasionar para o sistema democrático.

O primeiro deles é a formação de um manto protetor para decisionismos e casuísmos. A discricionariedade cria uma blindagem a uma decisão, dificultando uma avaliação da qualidade do julgado para sua conformação com a constitucionalidade da resposta jurídica e consequentemente do sistema democrático.

Nessa vertente democrática, convém registrar que fundamentações discricionárias precisam ser extirpadas do circuito jurídico-constitucional. A Corte Constitucional nas suas respostas aos paradoxos não pode prolatar decisão recheadas com critérios subjetivos, mas, sim, torneada por enlaces típicos da Constituição. A discricionariedade encontra freio nos preceitos constitucionais e na interpretação dos elementos jurídico-normativos peculiarizados pelas facetas e balizas contidas no caso concreto, no conflito complexo.

regulatória da liberdade da parte, diminuindo a possibilidade de demandas pessoais e solidificando a racionalidade jurídica e a respeitabilidade institucional do juiz constitucional. O enfoque cerceador gizado por Frishman não deixa dúvidas quando, por meio da “cortesia judicial” existente na vocalizações entre tribunais, as interações entre os órgãos judiciais minimizam a escolha da jurisdição pelas partes. O *forum shopping*, assim, torna-se possível de ser limitado. Para maior aprofundamento acerca do tema *forum shopping*, Cf. JUENGER, Friedrich K. “Forum shopping, domestic and international”. In: **Tulane Law Review**. v. 63, 1989, pp. 553-554. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr63&div=25&id=&page=>>>. Acesso em: 19 out. 2019; MALOY, Richard. “Forum shopping? What's wrong with that?” In: **Quinnipiac Law Review**. Bridgport, Conn., Law Review Association of the Quinnipiac College School of Law, v. 24. pp. 25-62, 2005-2006. Disponível em: <<https://uq.rl.talis.com/items/BF6317E0-D6C7-048A-94D5-2E974EC52F87.html>>. Acesso em: 19 out. 2019.

²²⁷ DAVIS, Kenneth Culp. **Discretionary Justice: a preliminary inquiry**. n. I. Louisiana: Louisiana University Press, 1977, p. 3. O professor da Universidade de San Diego, adaptando a célebre frase originalmente de John Locke, mas atribuída a William Pitt (“*where law ends, tyranny begins*”), manifestou em seu livro a ideia de discricionariedade especificando “*where law ends, discretion begins*”. Para Davis, segundo entendimento de George Cole, discricionariedade pode significar também beneficência ou tirania, justiça ou injustiça, razoabilidade ou arbitrariedade (Cf. COLE, George F. “The Use of Discretion in the Criminal Law”. In: **The Justice System Journal**. v. 11, n. 02, 1986. pp. 203-208. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27976575>>. Acesso em 23 out. 2019). Para aprofundamento do tema da discricionariedade no âmbito do direito administrativo, Cf. BABER, Walter F. “Administrative Law and Discursive Democracy: Toward a Comparative Perspective”. In: **International Journal of Public Administration**. v. 34, special issue articles, part two, 2011. pp. 97-103. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/figure/10.1080/01900692.2011.536090?scroll=top&needAccess=true>>.

Acesso em: 23 out. 2019. Para estudos sobre a discricionariedade administrativa e judicial, Cf. ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2014. O autor aborda a discricionariedade não somente no âmbito administrativo, como também na seara judicial, comentando aspectos constitucionais e sugerindo algumas modalidades, a exemplo das discricionariedades interpretativa, optativa, performática, volitiva e técnica.

O segundo efeito é a edificação da flexível ideia de que questão jurídica pode ser resolvida com elementos subjetivos. Refere-se, portanto, ao modo de construção da solução jurídica. Não obstante a atratividade de tal pensamento, observa-se que não pode haver espaço discricionário para que a Corte Constitucional decida questão jurídica. Os paradoxos e os impasses globais possuem matérias de fundo que são convergentes com as normas constitucionais. Cada conflito possui a sua decisão constitucional, fulcrada em aspectos objetivos e jurídicos, não ofertando imunização para volições da Corte.

Como terceira e última implicação dos efeitos perniciosos, elenca-se a propagação da discricionariedade como amiga do direito. Decisão discricionária não possui amistosidade. A impressão danosa de que várias respostas podem ser ofertadas pela Corte Constitucional vai de encontro com os contornos do caso concreto. As especificidades e os elementos objetivos contidos no conflito conduz o intérprete constitucional a focar a vontade da Constituição e encontrar, por meio do âmbito normativo de Muller, a resposta constitucional.

Os juízes constitucionais possuem o compromisso jurídico de fundamentar suas decisões. Os argumentos formadores de suas respostas encontram arrimo nas especificidades do caso concreto, nas circunstâncias temporais ou fáticas que demonstram qual a motivação da decisão. Portanto, se tal fato é imperativo e há necessidade de dizer o motivo pelo qual uma determinada resposta é melhor para a solução do problema, esta conduta, por si só, evidencia a automática exclusão das demais possíveis respostas. Para o direito, aquilo que não é útil para fundamentar um julgado situa-se fora do circuito normativo e, portanto, não pode ser opção decisória.

Diante desses comentários, perebe-se claramente que a discricionariedade decisória da Corte Constitucional propicia uma ampla liberdade jurídico-constitucional para os seus julgadores. O uso desenfreado e costumeiro da discricionariedade judicial contribui para a fuga do direito e automática aproximação da vontade pessoal na decisão do magistrado constitucional, levando o intérprete a decisões desconformadoras, potencialmente inconstitucionais ou provavelmente anticanônicas²²⁸. Em tom mais sobrecarregado, pode-se

²²⁸ Cf. GREENE, Jamal. "The Anticanon". In: **Harvard Law Review**. v. 125, n. 02, 2011. pp. 379-475. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol125_greene.pdf>. Acesso em 24 out. 2019. Casos anticanônicos, na visão do professor da *Columbia Law School*, são conflitos julgados pela Corte que sugerem equívocos e que seriam legítimos exemplos para demonstrar como não se julgam casos constitucionais. São casos erroneamente decididos. Apesar disso, podem não envolver argumentos tão ruins nem moralmente repugnantes. Adverte Greene: "*And yet it is common practice to describe anticanonical cases not in terms of cultural evolution but in terms of analytic errors that should have been obvious at the time*". Em tradução livre:

concordar com Akhil R. Amar quando faz um paralelo com *Dred Scott*, *Plessy v. Ferguson*, e *Lochner v. New York*: “ocupam o círculo mais baixo do inferno constitucional”.²²⁹

As questões não jurídicas têm preenchido espaços importantes no lugar da Constituição, perfazendo caminhos reversamente democráticos, haja vista que quanto mais o direito avança como um processo racionalizador e civilizatório mais controle de constitucionalidade é ostentado e mais objetividade na resposta constitucional é sedimentada.

A Corte Constitucional ao decidir uma questão jurídica não pode utilizar o texto constitucional como blindagem jurídica. Há na democracia mais qualidade no âmbito decisório quando menos discricionariedade existir na Corte. A inversa proporcionalidade de sentido implica dizer que democracia plena não admite discricionariedade de questão jurídica. A performance do julgador precisa ceder acomodação para o direito. A Constituição oferece a resposta jurídica e perfaz a trajetória democrática manter-se estável, firme.

Os clichês argumentativos, os estereótipos discursivos não costumam estreitar convicções jurídicas nem servem, via de regra, como fundamentadores de posicionamentos legais. Com o uso desses escudos retóricos, o direito se instabiliza. A escolha discricionária da opção decisória provoca banalização de raciocínios jurídicos e cria um espaço constitucional desconstitucionalizado. É o uso pernicioso do direito para alcançar um novo direito, quando, na verdade, o direito é concretizado e criado quando a convicção jurídica do intérprete é arrimada objetivamente na Constituição.

Nesse tom, infere-se que o diálogo judicial entre Cortes Constitucionais é elemento de racionalização da discricionariedade e de homenagem à imperatividade das normas constitucionais. A finalidade interpretativa da vocalização entre juízes constitucionais pautase, dessa forma, no resgate de soluções constitucionais calcadas nos elementos jurídicos, de maneira a reduzir a “manumissão” do intérprete.

Nessa tarefa de estabelecer parâmetros para vinculação do julgador aos elementos jurídico-constitucionais, algumas atividades são basilares para possibilitar a restrição da área

“É prática comum descrever casos anticanônicos não em termos de evolução, mas em termos de erros analíticos que deveriam ter sido óbvios no momento” (p. 404).

²²⁹ AMAR, Akhil Reed. “Plessy v. Ferguson and the Anti-Canon”. In: **Pepperdine Law Review**. Faculty Scholarship Series. 3706. v. 39, 2011, p. 76. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3706. Acesso em 24 out. 2019. “In particular, three court opinions occupy the lowest circle of constitutional hell: *Dred Scott*, *Plessy v. Ferguson*, and *Lochner v. New York*”.

de liberdade que as Cortes possuem na aplicação do texto constitucional e, assim, evitar possibilidades decisórias segundo elementos extrajurídicos. No tópico vindouro, destacam-se algumas maneiras de assegurar as finalidades interpretativas do diálogo judicial, fornecendo subsídios para limitação do espaço discricionário do juiz constitucional.

3.8 A Regulação da Discricionariedade da Corte e o Diálogo Judicial

A interpretação da Constituição é uma das funções da Corte Constitucional que mais apresenta versatilidade. Com o fim jurídico firmado na proteção de direitos fundamentais, o intérprete possui um arsenal teórico-normativo para colimar decisões que solucionem os paradoxos propostos.

Nessa tarefa, a mobilidade dos juízes constitucionais possui envergadura para aplicar o entendimento jurídico com a concretização e criação da resposta constitucional. A dinâmica dos fatos, a análise das normas formal e materialmente constitucionais, as especificidades de cada caso concreto são exemplos de alguns fatores que podem aproximar o intérprete de uma crítica encruzilhada: a vinculação da decisão a aspectos estritamente jurídicos e o uso da margem de discricionariedade que pode atrair elementos extrajurídicos no bojo da decisão.

A formação das normas constitucionais com características enclausuradas e elásticas e com atributos interpretativos diferenciadores, por si só, não é fator de preocupação. O texto constitucional não pode ser absolutamente hermético, por um lado, sob pena de petrificar objetivos e finalidades constitucionais, assim como, por outro viés, não é salutar que seja essencialmente alargado, a ponto de propiciar possibilidades subjetivas de decisão, aformoseadas por eventuais plasticidades normativas, como as dos princípios constitucionais.

A opção de uma ou outra opção interpretativa requer cautela, haja vista que cada conflito apresenta situações que exigem uma dessas condutas e, em algumas hipóteses, as duas. Mas, se não é produtora a aplicação total e desenfreada somente de normas-regra, assim como não o é a de normas-princípio, como se pode preservar a autonomia jurídica e decidir um paradoxo mediante padrões vinculados objetivamente à Constituição, sem que elementos discricionários sejam extensores preponderantes de um determinado julgado?

A questão, portanto, diz respeito à necessária redução da margem de

discricionabilidade do intérprete constitucional, a ponto de elevar a vinculação dos seus atos à categoria de elemento-chave do constitucionalismo, um pilar do processo constitucional contemporâneo, por meio do instrumentalismo da difusão de jurisprudência estrangeiras.

A abertura da Corte Constitucional para o diálogo internacional é uma potencial perspectiva de soluções jurídicas ambientalizadas com a ordem interna, pois “se mais de uma interpretação da Constituição for plausível a partir de fontes legais domésticas, abordagens adotadas em outros países podem fornecer informações empíricas úteis para decidir qual interpretação funcionará melhor aqui.”²³⁰

Por fim, para esse intento, relevante analisar algumas práticas interpretativas como fator de regulação da liberdade do intérprete constitucional, de maneira que sejam entendidas não como fatores perigosos ou obstáculos ao uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional, mas, sim, como atitudes necessárias para materialização do diálogo judicial como redutor da discricionabilidade da Corte e efetivo mecanismo de proteção dos direitos fundamentais.²³¹

3.8.1 Identificação de Princípios Constitucionais

O direito constitucional e o constitucionalismo moderno tem passado por momentos de efervescência prática em razão das grandes transformações ocasionadas pelo processo de globalização. A sociedade complexa e suas pretensões têm formado um emaranhado de conflitos com contornos mais densos e ligados a uma série de circunstâncias entrelaçadas por cadeias ramificadas de interesses, causando uma certa distância entre os textos constitucionais e a solução para a problematização em nível global.

²³⁰ JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: convergence, resistance, engagement”. In: **Harvard Law Review**. p. 116. “*If more than one interpretation of the Constitution is plausible from domestic legal sources, approaches taken in other countries may provide helpful empirical information in deciding what interpretation will work best here*”. Essa possibilidade ensinada por Vicki Jackson tem o condão de promover a resposta constitucional, vinculando o intérprete às condições específicas do caso concreto vivido na ordem interna, reduzindo a margem de discricionabilidade da Corte.

²³¹ Entende-se, conforme será explanado na parte final desta obra, que o procedimento de concretização do diálogo judicial entre Cortes Constitucionais não se reveste de simples trocas jurisprudenciais, mas exige procedimentos específicos, divididos em etapas que atingem certos enquadramentos a cada efetivo cumprimento do disposto no “processo do dialogismo judicial”. Assim, mediante um passo-a-passo criterioso e objetivo, consubstanciado na conformação e adaptação de ordens constitucionais, por meio de contextualizações comparativas, os elementos supostamente não vantajosos, perigosos ou maléficos para o intercâmbio de jurisprudências estrangeiras deixam de ser assim entendidos e passam a instituir-se como possibilidades palpáveis para os fins do constitucionalismo contemporâneo e para a atuação das Cortes Constitucionais.

Esses impasses nacionais e transnacionais formam os *hard cases* da contemporaneidade, os paradoxos, normalmente com bens jurídicos comuns e com princípios constitucionais em aparente colisão. As normas-regra, pelo seu conteúdo mais restrito e com menos amplitude, tornam-se distantes e incapazes de providenciar sínteses jurídicas. As normas-princípio, ao contrário, com mais plasticidade e menos limitação de conteúdo, logram êxito em abarcar elementos interpretativos que os colocam em condições de serem aplicados, no processo de concretização da decisão judicial.

Os conflitos de interesses em nível global se interligam com muitos detalhes abstrusos os quais, em tese, costumam abrir espaço para princípios constitucionais terem congruência aplicativa. Em muitos casos, e talvez em sua grande maioria, os paradoxos só atingem resolução por meio de bases principiológicas, as quais passaram a ter a concepção imperativa com o constitucionalismo pós-guerra, além de tutelarem visões jurídicas antagônicas.

Nesse passo, bens jurídicos e interesses individuais fundamentais, dotados de certa universalidade, ainda que teórica, diante do caso concreto, acabam por receber subvenções minudentes que delimitam a controvérsia, mas continuam a ter caráter de direito fundamental, estimulando a utilização principiológica para eventual regulação jurídica. Assim, a elasticidade dos princípios possui campo de atuação. A questão interpretativa se sofisticada, pluraliza-se e institui-se um desafio ao caso concreto: identificar qual princípio constitucional deve ser analisado e otimizado de maneira racional pelo *balancing process*.²³²

As Cortes Constitucionais, mediante critérios teóricos, necessitam apreciar o caso proposto com bastante cautela para identificar os princípios que devem ser utilizados na maior medida possível, segundo racionalidades jurídicas fundamentadoras. A otimização do impasse jurídico, por vezes, pode necessitar de uma transmissão de entendimentos jurisprudenciais de outra Corte Constitucional que, em momento anterior, tenha analisado situações semelhantes.

Apesar da sabedoria e competência dos tribunais supremos, a possibilidade de avaliar

²³² Para Canotilho, “em muitas propostas metodológicas a ponderação é apenas um elemento do procedimento da interpretação/aplicação de normas conducente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão. Aqui o ‘*balancing process*’ vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à ideia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1237).

circunstâncias implexas parecidas, com mesmo contexto, pode conduzir a decisões constitucionais com o menor ônus possível. A preponderância de um mandado de otimização em relação ao outro pode ser mais bem compreendido e aclarado com o intercâmbio interpretativo de outra ótica constitucional, até mesmo para balizar em que medida e condições tal atividade merece ser correspondida.

O enredamento dos problemas jurídicos pode encobertar ou esconder o raio de ação dos princípios. A obviedade, no caso concreto, pode não ocorrer e a relatividade na forma de perceber essa base de normas elásticas pode ser manifesta, sugerindo que a Corte faça uso de canais comunicativos integradores.

A peculiaridade desses casos reside no fato de que, para se iniciar o processo de análise interpretativa, os princípios constitucionais aplicáveis abstratamente à situação jurídica precisam ser identificados e em muitas ocasiões a sua clareza não se reveste de plano, mas após um revolvimento probatório e fático sólidos, encontrando no diálogo, portanto, uma via para diminuir a obscuridade do problema.

3.8.2 Delimitação do Alcance dos Princípios Constitucionais

Corolário da hipótese anterior, os princípios constitucionais, como referenciado, são normas de abertura extremante adaptativas a circunstâncias casuais de um impasse jurídico. A sua maleabilidade na aplicação possibilita uma eventual usurpação de subsídios abrangentes capazes de conjugar elementos que, em razão do distanciamento da controvérsia jurídica com as especificidades do caso concreto, torna a atividade interpretativa de certa forma arriscada.

A extensividade dos princípios pode transmutar o sentido cabível no exame jurídico e promover uma instabilidade no convencimento da Corte quanto à aplicação mais relevante ao imbróglio discutido. A capacidade ampliativa pode exercer influência negativa ao intérprete e ocasionar uma criação jurídica não otimizada ao caso estudado.

Aqui, insere-se mais uma hipótese de ocorrência do diálogo judicial. Não basta identificar princípios constitucionais abstratamente aplicáveis ao problema e deixa-los potencialmente preparados para a tarefa de ponderação, caso haja necessidade. Eles precisam de balizamentos, restrições, fechamentos de conteúdo para consolidar racionalidade jurídica e

evitar sentimentalismos ou incoerentes soluções aos conflitos.

Os princípios necessitam de contornos que demarquem o seu âmbito de atuação, de densificação para diminuir a plasticidade normativa e sua múltipla aplicabilidade abstrata, a fim de serem limitados concretamente para a circunstância jurídica segundo pormenores do caso concreto. A aposição de *standards* interpretativos, como uma espécie de catalisador da velocidade de seu alcance semântico, é necessário para que o intérprete tenha parâmetros no ato de construção da norma concreta e se distancie de intenções discricionárias.

A atuação dos princípios na atividade interpretativa assemelha-se à de um grande espaço como uma borbulha ou empola, que possui espaço suficiente para carregar sentimentos, ambições, dados jurídicos alheios ao impasse posto em apreciação, elementos genéricos que não são otimizáveis concretamente, enfim, a miscigenação informativa e argumentativa fazem de tais normas verdadeiros coringas para a concretude e criação jurídica.

E ao passo que esse espaço vai se ampliando com inúmeros substratos que banalizam o estudo do caso jurídico, ao mesmo tempo vai separando o intérprete da sua missão de encontrar a solução constitucional. Enquanto as restrições não forem alocadas, a atividade interpretativa pode ser ludibriada e levada a caminhos extrajurídicos, em algumas situações até de maneira sutil e não intencional. Dessa forma, a subjetividade principiológica deve se curvar para a objetividade da racionalidade jurídica.²³³

Os diálogos judiciais contribuem para esse objetivo de diminuição da vida abundante do princípio. Este precisa ser vivificante, claro, mas não para estarem disponíveis como abstratos agentes fundamentadores para decisões de toda sorte. A eles cabe a tarefa de integrar decisões e serem vetores orientadores e também decisivos em impasses difíceis, mas coordenados segundo as premissas estabelecidas pelo contexto e pelo caso concreto.

A vulgarização e a aplicação sem critérios fazem dos princípios uma norma fundamentadora para construção ou destruição do direito. À medida que eles têm a possibilidade de solver problemas também podem dissolver situações jurídicas. A forma de sua atuação precisa ser contingenciada e administrável com as particularidades da problemática jurídica. O diálogo judicial, segundo padrões jurídicos específicos, é instrumento comunicativo para fincar essas barreiras e fechar as arestas que fazem dos

²³³ Cf. BLOCH, Ernst. **O Princípio Esperança**. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto; 2005.

princípios uma norma sofisticada, mas de grande complexidade.

3.8.3 Integração e Explicação da Norma Constitucional

A Corte Suprema, enquanto instância judiciária do Estado protetora da ordem constitucional interna, congrega problemas complexos e que demandam, em razão das abstrusas pretensões e suas resistências jurídicas, um lapso temporal geralmente mais ampliado para suas resolutividades.

Em tempos de modernidade, principalmente pela velocidade fugaz das comunicações, o cenário recebe mais dificuldades em sua gestão, alargando mais a temporalidade para as respostas constitucionais. Maria Rosa Ferrarese tem ensinado que as criações jurisprudenciais são dinâmicas e tendem a se modificar por si sós, auferindo velocidade de transformação mais avantajadas que as criações legislativas, proporcionando um abundante tráfico jurídico, cada vez mais denso, intricado e complexo.²³⁴

Somando a problemática evolução dos impasses sociais com a hipertrofia da complexidade dos interesses jurídicos envolvidos sob apreciação judicial, a atividade de criação do direito caracteriza-se por um certo grau de dificuldade incomum quando comparada a momentos retrospectivos.

O panorama sobreleva-se quando se verificam determinadas lacunas nas normas legais e constitucionais, bem como certas ambiguidades nos termos jurídicos utilizados pela técnica legislativa. Os textos constitucionais apresentam sentidos diversificados, exigindo dos intérpretes esforço hermenêutico para identificação dos contextos e da conjuntura social em que os conflitos estão submetidos, a fim de extrair o significado constitucional dos textos plurívocos.

Nesses casos, o intérprete precisa fazer a integração e a explicação jurídicas ao caso. Nessa função de complementação de significados e elucidação de imprecisões, a postura que a Corte não pode utilizar é manter-se estática e inerte para encontrar a resposta constitucional do conflito. A ordem não pode permanecer sem estabilização e muito menos os direitos

²³⁴ FERRARESE, Maria Rosa. **Il Diritto al Presente**: globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 202.

fundamentais continuarem vulneráveis aos imbróglis surgidos no espaço constitucional.

Em razão disso, Francisco Roig preconiza o diálogo judicial como a comunicação jurídica que contribui “para uma troca onde é possível pensar em uma melhoria da qualidade argumentativa, já que não estamos mais na presença de um monólogo, mas em um cenário em que os atores podem tomar como referência os argumentos de outros”²³⁵. Esse olhar empático de robustecimento da argumentação do tribunal interno mediante o espelhamento externo auxilia a explicação jurídica de problemas complexos.

No entanto, para a explicação, integralização e complementação das ideias constitucionais, os intérpretes das Cortes Supremas devem se espelhar nas normas constitucionais que vinculam fechamentos discursivos não discricionários, ou seja, precisam criar o direito sem deixar as influências de suas pré-compreensões que foram construídas em processos de maturidade constitucional ao longo da vida, até porque, “muitas vezes, os valores constitucionais moldam diretamente a pré-compreensão dos juízes do que é justo. No desenvolvimento dessa pré-compreensão, interpretações judiciais anteriores de valores constitucionais desempenham um papel central”²³⁶.

O intercâmbio de jurisprudências entre os juízes constitucionais permite uma interessante aproximação funcional entre costumes, tradições, constituições escritas e procedimentos vivenciados em sistemas constitucionais distintos. A erradicação desses empíricos subsídios é meta de cunho não satisfatoriamente alcançável, haja vista a improbabilidade de completo desarraigamento da fonte natural de conhecimento construído por meio da moral, do direito e de valores nativos.

Em que pese essa impossibilidade teórica de absoluto esvaziamento do prévio aprendizado sobre os aspectos do constitucionalismo pertencente a contextos de cada região

²³⁵ ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. “Human Rights and Judicial Dialogue Between America and Europe: toward a new model of law?” *In: The Age of Human Rights Journal*. v. 06, June 2016. ISSN: 2340-9592 DOI: 10.17561/tahrj.v0i6.2928 p. 37. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/304708333_Human_Rights_and_Judicial_Dialogue_between_America_and_Europe_Toward_a_New_Model_of_Law>. Acesso em: 11 out. 2019. “*The judicial dialogue contributes to an exchange where it is possible to think of an improvement of argumentative quality since we are no longer in the presence of a monologue, but in a scenario on which the actors can take as a reference the arguments of others*”.

²³⁶ CIACCHI, Aurelia Colombi. “Good Neighbourliness and Fundamental Rights-based Interpretations of Public-Policy Clauses in EU Private International Law”. *In: KOCHENOV, Dimitry; BASHESKA, Elena (eds.). Good Neighbourliness in the European Legal Context*. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 2015. p. 90. A teórica italiana, professora da Universidade de Groningen (Holanda), assevera que: “*Quite often, constitutional values directly shape the judges' pre-comprehension of what is just. In the development of this pre-comprehension, previous judicial interpretations of constitutional values play a central role*”.

do mundo, pode-se conviver com a possibilidade de mitigação de tais pré-compreensões, com vistas a não obstaculizar a explicação e a integração das normas constitucionais mediante diálogos entre os órgãos judiciais. É o processo interpretativo do diálogo solidificando a integração jurídica segundo padrões efetivamente jurídicos, e não discricionários. Em outros termos, é a passagem da pré-compreensão isolada do intérprete para a própria compreensão sistemática da norma constitucional.

Assim, os diálogos judiciais têm vasto campo de atuação, pois permitem que tribunais constitucionais se associem em uma espécie de redes iterativas de novos espaços interpretativos, buscando circuitos secundários explicativos e integrativos, capazes de estabelecer laços entre normas constitucionais e de restringir a discricionariedade interpretativa.

3.8.4 Desestímulo à Prática do *Cherry Picking*

Um plantio bem organizado e estruturado pressupõe elementos indispensáveis para o sucesso da colheita. Sementes separadas, solo preparado e adubado, lapsos temporais determinados de irrigação, tudo cooperando em conjunto para o amadurecimento do fruto, do produto natural, o alimento necessário para o corpo humano. Mas não basta todo esse procedimento se na hora da captação atitudes equivocadas são perpetradas confundindo frutos a ponto de escolher uns no lugar de outros. O estrago se torna visível.

Na atividade jurídica, situação similar pode ser vivida. Uma decisão bem prolatada necessita de organização processual, instrução bem administrada. Elementos discursivos são especificados, o espaço jurídico do acoplamento das justificativas do direito é disponibilizado mediante garantias fundamentais conquistadas pelo processo civilizatório e as normas constitucionais são analisadas como fundamentações solucionadoras dos problemas complexos, culminando com a resposta constitucional, o alimento decisório para a autonomia, independência jurídica e resguardo de direitos fundamentais. Da mesma forma que em uma colheita, a desobediência a alguns critérios no momento de internalizar as fontes jurídicas relevantes produz equívocos argumentativos, a ponto de uma incorporação jurisprudencial seletiva e aleatória ser perpetrada fora do padrão jurídico. O colapso é inevitável.

Os entendimentos jurisprudenciais das Cortes Constitucionais não são difundidos para serem literalmente pinçados ou catados como se estivessem em um processo de justificativa

posterior. Ao revés, são entendidos como anteriores instrumentos argumentativos, aptos a receberem fases de contextualização, a fim de serem ou não acomodados e utilizados em determinada ordem constitucional diferente daquela em que foram produzidos. No lugar de serem escolhidos, são maturados. Deixam de serem pinçados e catados para serem conformados e incorporados. A primeira ideia pressupõe uma atividade aleatória e ato único. A segunda, uma ação criteriosa e com atos múltiplos.

A “cata das cerejas”²³⁷ no uso da jurisprudência estrangeira como fonte do diálogo judicial, é prática que merece ser rechaçada e evitada, pois, conforme Aurélia Ciacchi, “normalmente, os juízes primeiro percebem qual é o resultado justo e depois encontram o argumento formal que melhor apoia esse resultado”.²³⁸ Não obstante a crítica de Ciacchi noticiando que a Corte costuma realizar julgamentos não naturais, a conversação entre os juízes constitucionais pode colaborar na diminuição desse tipo de julgamento relativamente considerado posticho.

A liberdade do julgador em optar arbitrariamente por jurisprudências que interessam aos seus objetivos, e não da Constituição do intérprete, não se sustentam quando se pretende manejar uma conversação entre Cortes, principalmente quando critérios são estabelecidos para a consecução desse mister. E não somente não se sustenta, como também é por ela contida. O diálogo judicial é instrumento limitador dessa nefasta prática à medida que promove sinalizações objetivas para o intérprete seguir, fechando espaços de liberdade interpretativa da Corte.

O exercício dessa “falácia”²³⁹ ocorre quando o juiz constitucional, por meio de sua pré-compreensão, já detém a solução do julgamento, passando apenas a escolher qual o argumento jurisprudencial mais acoplável ao seu objetivo, e não perfazendo procedimentos para avaliar a compatibilidade de determinados julgados, a fim de verificar se estes seriam ou não conformadores ao caso interno.

²³⁷ Cf. FRIEDMAN, Andrew. “Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence”. In: **Suffolk University Law Review**. v. 44, 2011.

²³⁸ CIACCHI, Aurelia Colombi. “Good Neighbourliness and Fundamental Rights-based Interpretations of Public-Policy Clauses in EU Private International Law”. In: **Good Neighbourliness in the European Legal Context**. p. 90. “Normally, judges first get a feel for which outcome is just, and then they find the formal argument which best supports this outcome”.

²³⁹ Klass Gary considerada a prática do *cherry picking* como um dos maiores problemas do debate público. Cf. GARY, Klass. “Just Plain Data Analysis: Common Statistical Fallacies in Analyses of Social Indicator Data”. In: **Department of Politics and Government, Illinois State University**. March 25, 2014. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20140325173711/http://www.statlit.org/pdf/2008KlassASA.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2019.

Nesse sentido, a tese escolhida pela Corte, por antecipação e mediante a vontade do intérprete, procura a fundamentação jurídica para a sua confirmação. O pensamento preconcebido instaura, assim, uma busca por legitimações em jurisprudências outras para conceder uma roupagem jurídica. É uma clara distorção da racionalidade jurídica e nítida intenção de corroboração de um raciocínio pessoal. O uso de escolhas decisórias assemelha-se a um processo de artificialização de julgado, porque, como retrata Olga Frishman, “está aberto à manipulação (...) os juízes apenas escolhem exemplos estrangeiros que se encaixam em seus objetivos”.²⁴⁰

Como adverte Austen Parrish, “mesmo fontes extralegais, como ‘pontos de vista de grupos ou indivíduos privados’, às vezes são citados para apoiar uma decisão. Os juízes podem usar este material da maneira que desejarem. E como materiais estranhos, essa autoridade geralmente é usada apenas de maneira persuasiva para apoiar uma opinião ao qual o Tribunal chegou independentemente”.²⁴¹ Essa liberdade citada por Parrish tende paulatinamente a diminuir à medida que a conversação entre Cortes se mostrar mais criteriosa, com metodologia e sistematização.

A ordem de processamento sofre inversão. Primeiro, a decisão é estabelecida, para, em momento posterior, procurar um embasamento que justifique tal opção, e não estudar inicialmente a compatibilidade de jurisprudências para só após, mediante um intenso processo de verificação de contextos, proceder-se à solução final. Com essa subversão, muitas vezes assintomática, a ordem constitucional, caso não efetue um legítimo caminho para conformação conjuntural das relações entre as Cortes no processo do diálogo, pode virar desordem. Por essa razão, a troca devidamente sistematizada de jurisprudências evita essa insidiosa exercitação.

O diálogo judicial entre Cortes diminui essa prática nuvíosa porque não basta ao intérprete a aposição ou citação de determinado julgado estrangeiro em sua decisão interna.

²⁴⁰ FRISHMAN, Olga. “Should Courts Fear Transnational Engagement?”. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**. v. 49, 2016. p. 63. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/c0a8/fd8e5e3d4f342bf99cc82c3f83b1af319ad1.pdf>>. Acesso em 17 out. 2019. No original: “*Second, some object to the use of foreign citations because it is open to manipulation, and these individuals claim that judges merely pick foreign examples that fit their objectives*”.

²⁴¹ PARRISH, Austen L. “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law”. In: **University of Illinois Law Review**. n. 02, 2007. p. 656. Disponível em: <<https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2007/2/Parrish.pdf>>. Acesso em 20 out. 2019. No original: “*Even extralegal sources, such as the “views of private groups or individuals,” are sometimes cited to support a decision.122 Judges can use this material in any manner they wish. And like foreign materials, this authority often is used only persuasively to support an opinion the Court had arrived at independently*”.

Mais que isso. Deve-se percorrer etapas de contextualização, passo por passo, de maneira a evidenciar ou não eventual convergência ou divergência do entendimento jurisprudencial externo.

Uma outra acentuada linha de argumentação para entender o diálogo judicial como fator limitador da discricionariedade da Corte é minudenciar os elementos discursivos e justificantes de uma decisão internacional quando esta é contrária ao entendimento do tribunal interno. Nas palavras de Ursula Bentele, “explorar autoridades estrangeiras tem grande valor, como quando um caso de outra jurisdição vai de encontro às inclinações de um juiz”.²⁴² Nesse sentido, a conversação jurisprudencial pode evitar que juízes constitucionais possuam a tendência de escolha de determinado julgado para acalhar suas decisões preconcebidas.

Ora, a difusão de jurisprudências entre tribunais supremos constrói com urbanidade e fineza interações entre os juízes constitucionais, os quais têm decidido conflitos globais espalhados ao redor do mundo, cujos bens jurídicos vulneráveis têm sido os direitos fundamentais. Se uma determinada Corte tem a intenção de justificar uma decisão já preconcebida, o diálogo limita tal intento, uma vez que vai tecendo contornos objetivos uns para com os outros, entre uma Corte e outra, o que faz entender que o leque de opções jurisprudenciais contrárias ao pensamento do juiz constitucional sobre um dado assunto pode sofrer crescente redução, contribuindo para a diminuição da prática do *cherry picking*.

Nesse procedimento, fatores como a constatação do nexo entre os fundamentos da decisão internacional e os limites dos paradoxos, bem como a análise da conjuntura conformativa entre costumes e culturas diferentes, atuam como balizas que hermetizam possibilidades de arranjos interpretativos aleatórios, cerceando espaços de escolhas decisórias, tanto provenientes de juízes constitucionais quanto das partes que esperam as respectivas constitucionais respostas.

3.8.5 Limites à Experiência do *Nose Counting*

As Cortes Constitucionais, durante a missão institucional de sintetização dos conflitos

²⁴² BENTELE, Ursula. “Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa’s Experience with Comparative Constitutional Law”. In: **Georgia Journal of International and Comparative Law**. p. 239. “*On the other hand, exploring foreign authorities has great value, as when a case from another jurisdiction goes contrary to a judge’s inclinations*”.

globais, possuem alguns desafios interpretativos. Os preceitos constitucionais nem sempre são claros o suficiente para indicar soluções a impasses complexos como se o intérprete numa atividade exata estivesse isolado.

O sentido é reverso. Como a atividade de interpretação da norma constitucional é uma ação aberta, multidisciplinar e dinâmica, em muitos casos, princípios são instrumentos necessários para o deslinde do paradoxo. Diante dessa relevância principiológica, igualmente importante se torna encontrar diretrizes para que a abertura desenfreada de ideias contidas nos princípios não desnature o sentido para o qual foram criados nem desabrigue situação jurídica sintetizadora do problema, ao invés de abrigar a resposta constitucional para o caso.

Dessa forma, verifica-se que a quantidade de elementos interpretativos que têm a aptidão para gerar efeito normativo, a fim de solucionar um impasse transnacional, pode ser abundante, colocando o intérprete em um novo desafio, contextualizar e verificar os elementos jurídicos e não jurídicos viáveis para sua resposta.

No entanto, pode ocorrer de o juiz constitucional, de acordo com a sua preconcepção do caso em apreciação, adiantar-se e instituir o entendimento racional final, passando, então, a procurar no direito comparado entendimentos jurisprudenciais de outras Cortes que legitimem seu raciocínio, destacando em sua decisão uma quantidade vultosa de julgados, como uma tendenciosa maneira de legitimar a sua solução jurídica, baseando-se em uma hipotética consideração de que a quantidade de julgados produz convencimento.

Assim, a possível referência intencional ao direito estrangeiro em abundância, com citação do maior número de casos semelhantes para justificar a opinião da Corte é conhecida como *nose counting*. Tal prática interpretativa pode ser uma atividade voltada para finalidades discricionárias. O juiz constitucional escolhe o argumento que deseja confirmar sua preconcepção e expõe em sua resposta jurídica um grande número de entendimentos de outros tribunais para angariar aceitação.

Corroborando tal entendimento, Ernest Young argumenta que a Corte “não ‘aprendeu’ nada de olhar para o exterior além de descobrir que outros concordam com o que o Tribunal já acreditava”.²⁴³ Torna-se perceptível a descoberta de que a quantidade de julgamentos ou

²⁴³ YOUNG, Ernest A. “Foreign Law and the Denominator Problem”. In: **Harvard Law Review**. The Supreme Court – Comment. v. 119, 2005. p. 155. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2518&context=faculty_scholarship>. Acesso em

critério majoritário não possui peso suficiente para sedimentar eventual decisão racional da Corte, haja vista que na visão de Young os juízes constitucionais observam que outros Tribunais Supremos corroboram respostas já anteriormente preconcebidas por eles mesmos, ou seja, matematicamente, a quantidade jurisprudência internacional não significa razão que justifica a tomada de decisão.

Também conhecida pelo nome “contagem das narizes”, o seu exercício pode proporcionar pelo menos duas possibilidades de visível discricionariedade. A primeira, o fato de a volumosa quantidade de julgados externos ser um instrumento para tentar convencer os jurisdicionados de que o entendimento do intérprete se mostra contextualizado aos elementos do conflito e, por conseguinte, constitucional. No entanto, nem sempre é assim. No lugar da racionalidade jurídica buscada com as jurisprudências internacionais, o aplicador apõe sua intenção, sua resposta previamente já decidida.

Complementando o pensamento acima, a segunda possibilidade de atitude discricionária por parte do juiz constitucional se refere ao fato de, com a disponibilização de quantidade abundante de entendimentos jurisprudenciais internacionais em um sentido determinado, retirar do jurisdicionado e até da própria Corte o conhecimento de julgado estrangeiro prolatado em outro sentido. Em novas palavras, o intenso número de julgados externos que congregam uma racionalidade jurídica pode esconder outras respostas constitucionais que caminham em sentido diferente.

A minoritariedade de um julgado pode ser, em alguns casos, a solução para o caso. Nem sempre quantidade é qualidade ou conformação. Johanna Kalb adverte que “medir a influência internacional pela contagem de referências perde a imagem mais completa das maneiras pelas quais as leis internacionais e estrangeiras são transmitidas entre os tribunais”.²⁴⁴

No processo iterativo do diálogo judicial é de suma importância o estudo da variedade informativa de justificações jurídicas pelas quais uma Corte Constitucional entende ser aplicável uma certa solução jurídica em detrimento de outras ou até mesmo em

21 out. 2019. “*It has not ‘learned’ anything from looking abroad other than to find out that others agree with what the Court already believed*”.

²⁴⁴ KALB, Johanna. “The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation”. In: **The Yale Journal of International Law**. p. 445. “*Moreover, as others have noted, measuring international influence by counting citations misses the more complete picture of the ways in which international and foreign laws are transmitted between courts*”.

complementação. Conforme Abbe Gluck explicou, “os juízes devem ser modeladores ativos e, às vezes, remodeladores do direito”.²⁴⁵ Verifica-se que multiplicidade de julgados tem relevância e vantagem no ato interpretativo, mas não para ser, por si só, elemento formal e quântico de convencimento, senão para ser fonte material na extração de entendimentos, corroborações de particularidades, aprendizado com aplicações e limites de determinados institutos constitucionais, enfim, uma prática interativa de crescimento racionalmente jurídico.

William Eskridge Jr. e Philip Frickey asseveram a utilidade da conversação entre Cortes no processo interpretativo como sendo uma prática instrumentalizadora capaz de gerar um “diálogo aberto que note as virtudes de várias posições e explica por que uma delas é preferível”.²⁴⁶ Veja-se, nesse particular, que não é o número exagerado de jurisprudências que promove o convencimento jurídico e justificação das razões de decidir, mas, sim, a explicação dos motivos ensejadores do acoplamento e da fixação das determinadas jurisprudências internacionais no contexto interno da Corte receptora. O diálogo, assim, tende a exigir essa preocupação convincente sobre as razões pelas quais um julgado externo é aplicável no paradoxo interno.

Sendo assim, observa-se que o diálogo judicial é mecanismo que limita a prática do *nose counting*, pois no processo comunicativo a Corte precisa desenvolver e explicar os motivos pelos quais a decisão internacional é conformadora com a ordem constitucional interna, bem como útil ou necessária para resolutividade do paradoxo. A simples aposição de quantidades vastas de julgamentos externos não é, por si só, elemento justificante ou convincente, se os motivos de acoplamento de tais julgados não forem efetuados pelo magistrado receptor da jurisprudência, da mesma forma como apenas uma escolha de um julgado externo pode convencer e solucionar o impasse, caso explicações sejam produzidas.

Um outro motivo que pode ser destacado como vantagem do diálogo judicial para redução de tal atividade é a possibilidade de solidificação do bloco de fundamentalidade dos

²⁴⁵ GLUCK, Abbe R. “The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism”. In: **The Yale Law Journal**. Faculty Scholarship Series. 3813. v. 119, 2010. p. 1848. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3813. Acesso em: 21 out. 2019. “(...) *Some scholars argue that judges should be active shapers, and sometimes reshapers, of law (...)*”.

²⁴⁶ ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip J. “Statutory Interpretation as Practical Reasoning”. In: **Stanford Law Review**. Faculty Scholarship Series. Paper 3829, v. 42, 1990. p. 371. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3829. Acesso em 23 out. 2019. “*Too often the Court's statutory interpretations ignore opposing arguments or treat them in a dismissive, mechanical fashion, typically in footnotes, and too rarely do they engage in an open dialogue that notes the virtues of various positions and explains why one of them is preferable*”. (grifado)

direitos fundamentais. A universalização de tais direitos pode estimular as Cortes a analisarem paradoxos em sentidos parecidos.

Não que o diálogo possua objetivo uniformizador, pois tal fato se torna pouco provável, mas, sim, que seja incumbido, por meio das difusões de entendimentos de variados juízes constitucionais, de demonstrar que o bem jurídico tutelado pelo direito mostra-se, pelo menos em tese, em conformidade com conjunturas transnacionais, diminuindo, assim, a tendenciosa vontade do tribunal em apresentar múltiplos julgados como fato legitimador de ideias adiantadamente concebidas ou, ainda, possibilitar à Corte o autoconvencimento de que sua eventual racionalidade jurídica não vem sendo adotada por outros órgãos judiciais.

3.8.6 Risco da *Constitutional Bricolage*

O uso do direito estrangeiro na internalização da decisão pela Corte Constitucional, a depender da ótica utilizada, pode se caracterizar para o que Mark Tushnet nomeou de *constitutional bricolage*. Mediante um paralelismo com o entendimento de Lévi-Strauss,²⁴⁷ o teórico americano informa ser a atividade de engenharia bem diferente da conduta da bricolagem. Aquela, trabalhando com elementos não finitos, que ainda são angariados para o início do trabalho. Esta, exercitando com materiais que estão ao seu alcance, limitadamente.

Com o fito de especificar a ação daquele que trabalha com a bricolagem e referenciar sua relação com o intérprete constitucional, Tushnet declara que “os formadores e intérpretes da Constituição encontram-se em um mundo político que lhes oferece um conjunto de

²⁴⁷ LÉVI-STRAUSS, Claude. **The Savage Mind**. Chicago: University of Chicago Press, 1966. p. 11. Para o teórico francês considerado pai da antropologia estrutural: “*There still exists among ourselves an activity which on the technical plane gives us quite a good understanding of what a science we prefer to call ‘prior’ rather than ‘primitive’, could have been on the plane of speculation. This is what is commonly called ‘bricolage’ in French. In its old sense the verb ‘bricoler’ applied to ball games and billiards, to hunting, shooting and riding. It was however always used with reference to some extraneous movement: a ball rebounding, a dog straying or a horse swerving from its direct course to avoid an obstacle. And in our own time the ‘bricoleur’ is still someone who works with his hands and uses devious means compared to those of a craftsman*”. Em tradução livre: “Ainda existe entre nós uma atividade que, em o plano técnico nos dá uma boa compreensão do que uma ciência que preferimos chamar de ‘anterior’ em vez de ‘primitiva’ poderia estar no plano da especulação. Isto é o que é comumente chamado de ‘bricolage’ em francês. Na sua idade sinta o verbo ‘bricoler’ aplicado a jogos de bola e bilhar, caça, tiro e equitação. No entanto, sempre foi usado com referência a algum movimento estranho: um ricochete, um cão se desviar ou um cavalo desviar de seu curso direto para evitar um obstáculo. E em nosso próprio tempo o ‘bricoleur’ ainda é alguém que trabalha com as mãos e usa meios escusos em comparação com os de um artesão”.

conceitos "à mão", nem todos dos quais estão ligados entre si de uma maneira coerente".²⁴⁸ O argumento envolve o pensamento de certa forma heterogêneo de que algumas disposições constitucionais sejam compreendidas como implicações de compromissos não necessariamente fundamentados em uma única coerência principiológica.

Dessa informação, pode-se extrair o primeiro risco para a atividade interpretativa, a possibilidade de sentidos plurais para uma mesma fundamentação princípio-normativa. E quanto mais alargamento semântico existir à disposição da Corte, mais propabilidade de julgamentos não jurídicos pode surgir na tarefa de resolução de paradoxos. Ora, se o intérprete trabalha, na forma de bricolagem constitucional, com elementos que estão ao seu redor, ao seu alcance, sem a disponibilidade de reunião de subsídios que possam entregar segurança à resposta jurídica, esta cada vez mais se torna instável.

Por certo, instabilidade combina com insegurança que, por sua vez, conecta-se com postura discricionária da Corte Constitucional. Quanto maior liberdade de atuação, maior possibilidade de condutas não vinculativas com o sentido jurídico. Basta lembrar a ideia de Lévi-Strauss sobre a bricolagem como sendo uma conduta especulativa que na língua francesa aproxima-se com a ideia de “desvio”, de engodo ao obstáculo. De certa forma, apresenta-se como um meio artesanalmente não usual – para não dizer escuso – a fim de obter o alvo perseguido.

Mas e se a finalidade do intérprete constitucional, diante de um problema, for exatamente desviar daquilo que a norma constitucional determina para incluir o que sua vontade preleciona, justificando-a na performática possibilidade de sentidos plurívocos da resposta constitucional? A Constituição passa, assim, a não mais ser o resultado de uma deliberação racional, ganhando periferização no sistema jurídico, abrindo margem para um desarranjo constitucional que aterroriza o circuito democrático do sistema jurídico.

A bricolagem constitucional, nesse contexto, seria um modo de atuação fulcrado na aleatoriedade das experiências interpretativas mediante aposição do direito interno de materiais estrangeiros com sentidos não necessariamente singulares. Em outros termos, é a

²⁴⁸ TUSHNET, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. In: **The Yale Law Journal**. v. 108, 1999, p. 1286. Disponível em: <<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/tushnet-1999-the-possibilities-of-comperative-constitutional-law-pdf.pdf>>. Acesso em 22 out. 2019. “*Constitution-makers and interpreters find themselves in an intellectual and political world that provides them with a bag of concepts ‘at hand’, not all of which are linked to each other in some coherent way*”.

conduta baseada no empirismo interpretativo que tem na jurisprudência internacional matérias-primas generalizantes e plásticas o suficiente para auxiliar o aplicador da Constituição a buscar soluções ao impasse social. O processo de tomada de decisão transfigura-se para um processo de experiências acriteriosa, ampliando possibilidades de utilização de um direito comparado não conformador.

A experiência constitucional comparada, na bricolagem, para além do expressionismo e funcionalismo, autoriza o intérprete a se utilizar de um arsenal teórico e prático encontrados na literatura, filosofia moral, senso de justiça, e não exclusivamente no sentido normativo da Constituição. Nessa forma interpretativa, os argumentos se transmudam e se revestem de heteroclicas. O mimetismo constitucional deixa de existir, haja vista a multiplicidade de opções. A excepcionalidade discursiva encontra sustentação, enquanto o design constitucional se forma de maneira única.

Como o diálogo judicial pode estabilizar o uso da bricolagem constitucional de maneira a reduzir os riscos iminentes de uma pretensa interpretação discricionária? Como a conversação entre Cortes Constitucionais pode resgatar a Constituição para o centro da atividade interpretativa?

Tushnet menciona que a “interpretação é outra coisa senão a transformação e cooptação de materiais legais que a cultura do intérprete disponibiliza”²⁴⁹. Essa vivência cultural, em se tratando de conflitos globais, passa por um processo de culturalização mundial, porém, preservando aspectos iminentes dos regionalismos civilizatórios dentro do cosmopolitanismo.²⁵⁰ O perigo para o cômputo da experiência de um juiz constitucional ao interpretar a Constituição não pode obstaculizar a própria ordem constitucional.

Dessa forma, a interação entre tribunais auxilia na retransformação da bricolagem constitucional para a engenharia constitucional²⁵¹, ou seja, para trazer de volta ao sistema jurídico a racionalidade no lugar de fatores estritamente empíricos. O direito comparado precisa se afixar na ordem doméstica mediante procedimentos de contextualização das Cortes

²⁴⁹ TUSHNET, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. In: **The Yale Law Journal**. p. 1286. “(...) *interpretation is something other than the transformation and coopting of the legal materials that the interpreter's culture makes available*”.

²⁵⁰ Para aprofundamento, Cf. PERJU, Vlad. “Cosmopolitanism in Constitutional Law”. In: **Cardozo Law Review**. v. 35, 2013. pp. 711-768. Disponível em: <<http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/08/PERJU.35.2.pdf>>. Acesso em 22 out. 2019.

²⁵¹ *Mutatis mutandis*, sobre engenharia constitucional, Cf. SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**: como mudam as Constituições. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1996.

receptoras de jurisprudências, e não gerar entendimentos derivativos ou com multiplicidade de significações.

À medida que racionalidades jurídicas são cooptadas pelos juízes constitucionais, a experiência das Cortes, gradualmente, vai refloreando perspectivas de unicidade interpretativa. O sentido desviante cede oportunidade para a semanticidade convergente. A intenção normativa da Constituição acopla-se em um *locus* definido, e não se perfoma com a folga principiológica que conduz a caminhos hermeneuticamente pessoalizantes.

A certeza da racionalidade jurídica precisa se impor frente à intranquilidade da variação optativa do intérprete. “Instituições específicas cumprem funções complexas em cada sistema constitucional, e há poucas razões para pensar que se apropriar diretamente de uma instituição que tem bom funcionamento em um sistema produzirá os mesmos efeitos benéficos quando é inserida em outro”²⁵². Eis, portanto, a possibilidade de incidência da conversação entre Cortes. O diálogo serve como um desses ínfimos motivos para refletir que as positivas implicações podem migrar de uma ordem constitucional à outra, desde que haja respeitabilidade a conformações e conjunturas internas de cada ordenação constitucional.

A troca de informações, opiniões e decisões entre juízes constitucionais sedimenta linhas decisórias e estabelece um relativo consenso fundamentador, ainda que provimentos sejam divulgados em sentidos diferentes, complementando a ideia de sistema articulado de respostas constitucionais. Assim, o diálogo processa a engenharia de suas funcionalidades, aprimorando o círculo democrático e objetivando camadas discursivas ao redor do globo.

As vocalizações e propagações recíprocas entre Cortes Constitucionais sugerem que “a questão é particularmente séria se entendermos a bricolagem como um processo de seleção aleatória ou lúdica dos materiais disponíveis. Ambos, aleatoriedade e diversão, parecem incompatíveis com as legítimas obrigações que normalmente julgamos que os juízes possuam”²⁵³. Nesse tom finalístico, pode-se evidenciar que as obrigações que as Cortes Constitucionais detêm são respeitabilidade e conformação com os preceitos da Constituição, e

²⁵² TUSHNET, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. In: **The Yale Law Journal**. p. 1307. “*Particular institutions serve complex functions in each constitutional system, and there is little reason to think that directly appropriating an institution that functions well in one system will produce the same beneficial effects when it is inserted into another*”.

²⁵³ TUSHNET, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. In: **The Yale Law Journal**. p. 1237. “*The question is particularly serious if we understand bricolage as a process of random or playful selection from materials at hand. Both randomness and playfulness seem incompatible with the justificatory obligations we ordinarily think judges have*”.

não ausência de critério interpretativo ou entretenimento com normatividade. O diálogo precisa ser, portanto, crítico, objetivo e sistemático.

Portanto, a interpretação das normas constitucionais não agrega espaço para dilações, senão para estreitamento de fundamentações protetivas de direitos fundamentais. O novo constitucionalismo global demanda a compreensão de mais arquitetura e de menos artesanato, vale dizer, mais de sofisticação a jurisprudências internacionais normativas e conformadoras que entendimentos judiciais experimentais e potencialmente divergentes.

3.9 Desmistificando o Diálogo Judicial

Em meio a tantas vantagens e pontos favoráveis à aceitação do diálogo judicial como fonte expressiva de propagação de experiências jurisprudenciais para melhor desempenho na proteção de direitos fundamentais, críticas e argumentos que solavancam possíveis pontos desfavoráveis também são aviltados por alguns doutrinadores.

É fato absolutamente normal e até salutar fazer digressões de pontos de vistas diferenciados, a uma, porque enaltece o debate democrático na tentativa de atingir metodologia de trabalho mais eficiente, a duas, porque a crítica contribui para o desenrolar de um ensino jurídico compromissado em formar opiniões academicamente sustentáveis, a três, porque argumentos contrários tendem a robustecer o plano de estudo e as pretensões aduzidas nos trabalhos propostos.

3.9.1 A Querela da Colonização do Direito Estrangeiro

A história do constitucionalismo contemporâneo tem sido pautada pela procura de respostas eficazes para estabelecimento da racionalização do poder. E desde os primórdios dos movimentos constitucionalistas e das iniciais insatisfações populares à procura de proteção de direitos e por espaços participativos foi a grande tônica da ordem constitucional.

Esta realidade ainda não mudou, assim como não haverá reconhecimento de autossuficiência em tempos próximos. As transfigurações no exercício do controle público são salutares. As sociedades, à medida que vão adentrando em processos de amadurecimento

e de consolidação, tendem a se organizar na luta cada vez mais sofisticada por participação democrática. A diferença é que os espaços são outros, as maneiras utilizadas são plurais e as implicações jurídicas ganham contornos mais abastados.

E nessa toada, torna-se argumento quase uníssono a existência de desnivelamentos entre as sociedades, assim como assimetrias nas organizações políticas e atitudes não lineares nos setores econômicos. Sociedades rigorosamente iguais não são visíveis no globo terrestre, assim como não são conhecidos tribunais constitucionais com as mesmas formações históricas e com idênticas conjunturas normativas. Quando muito, similitudes são despontadas e destacadas entre sociedades e Cortes Constitucionais.

A estratificação entre tribunais acompanha a proporcional segregação social. Os conflitos de interesses recebem fragmentações estimuladas pelos processos modernos de circulação comunicativa e de inovações tecnológicas. Ora, se os problemas jurídicos estão se tornando mais complexos, dificultando a atuação dos tribunais, nada mais saudável e necessário que os tribunais desenvolvam técnicas de interação efetivas para a realidade constitucional atual.

Os diálogos judiciais são evidências dessa nova forma de atuação jurídica. É um exemplo importante que demonstra a preocupação dos tribunais diante de tamanha casta de paradoxos fulminados na sociedade global. No entanto, nem todos os tribunais possuem convergente relevância no cenário político e social moderno.

Não se pode negar as grandes experiências vividas pelo tribunal constitucional federal alemão (BVerfG) em tempos da era dourada do constitucionalismo, assim como não se pode fechar os olhos para as grandes contribuições da suprema Corte americana (USSC) desde gerações escravocratas. Como exemplo, pode-se citar a contribuição do BVerfG para a incrementação do princípio da proporcionalidade e da USSC em assuntos relacionados com o controle difuso de constitucionalidade.

Da mesma forma, não há como deixar de lado a expressividade mais contida, por ora, de tribunais constitucionais situados no continente africano ou de órgãos judiciais espalhados pela região asiática e indiana. As experiências dos órgãos judiciais são diretamente proporcionais aos avanços sociais que suas comunidades auferem no sistema constitucional.

Converge, nesse ponto, a primeira crítica que de há muito tempo tem sido abordada

pela doutrina talvez um pouco mais reticente à transmissão de jurisprudências constitucionais. Segundo esse grupo, os tribunais mais sofisticados ou de maior relevo e tradição poderia exercer domínios e avulsões sobre tribunais jovens e menos relevantes, com pouca tradição no cenário mundial, o que poderia gerar um intenso processo de colonização de jurisprudências.

A concordância a essa argumento poderia ser possível caso o entendimento do diálogo judicial fosse um processo de intercâmbio jurisprudencial sem critérios e sem fases, como se a decisão estrangeira adentrasse no julgado receptor por mero casuísmo ou à veleidade do órgão julgador. Mas um legítimo diálogo não se faz assim. Ele obedece a uma sistematização gradual e criteriosa, porém, sem ser dificultoso. Ele deixa de ser uma perspectiva de direito comparado para ser uma efetiva comunicação.

Ao obedecer a parâmetros advindos de bases legitimadoras teóricas contundentes da jurisdição constitucional, o pretense sentido colonizador cessa por completo e se transforma em evidente senso conformador de transmissão de experiências constitucionais. O processamento regrado dos diálogos não desenvolve na cultura jurídica a colonização aventada, mas, sim, promove um filtro e estabelece contornos específicos para sua utilização.

A elaboração de caminhos necessários para um aporte jurisprudencial apresenta pormenores que vão além de uma mera retórica constitucional. Esta, sim, pode se assemelhar a um episódio de sobreposição no campo jurídico. Mas quando o intérprete, por meio de fases iterativas, aclara os ocultos obstáculos que impedem uma aterrissagem com visibilidade natural, passa “da ‘importação’ acrítica de modelos legislativos e doutrinários”²⁵⁴, percorre “uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais”²⁵⁵, e chega em uma difusão criteriosa de comunicação constitucional, um efetivo diálogo judicial.

Forma-se, assim, uma comunicação sem intenção de disputas e sem volição sobressalente como se uma Corte estivesse dominando e determinando como se proceder em conflitos de interesses. Na interação entre tribunais constitucionais não se caracteriza nível de hierarquia muito menos é fonte de erudição, pois a horizontalidade das transmissões demarca a cooperação e compartilhamento altruísta de enfoques constitucionais.

Na atividade interpretativa, ao associar-se os aspectos objetivos de um processo de dialogismo jurisprudencial com o caso concreto para o qual se deseja angariar soluções,

²⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 182.

²⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 182.

fecha-se os espaços para dominações e colonizações e abre-se um vértice de opções para trafegarem elementos importantes capazes de contribuir com um intercâmbio produtivo de respostas constitucionais.

Este fato se corrobora com a simples verificação de que o diálogo pode ser processado sem o conhecimento do tribunal emissor. O diálogo indireto é exemplo dessa circunstância em que Cortes emissoras de julgados não detém o *feedback* de tribunais receptores desses entendimentos. Não pode existir intenção colonizadora se a Corte que transmite dados sequer sabe de tal tráfego comunicativo, principalmente se para a inserção dessas informações se faz necessária a obediência a circunspeções pré-estabelecidas em um processo sistematizado.

3.9.2 O Incorreto Raciocínio da Jurisdição sem Contexto

A atividade judicial, assim como a maioria dos ofícios da vida, depende de nexos fundamentadores para ser considerada autêntica em determinado setor social. O homem ao elaborar projetos profissionais carece de relacionamentos com sua entidade de classe. A lei ao estabelecer padrões de conduta necessita estabelecer conexões concretas com as atitudes da sociedade que pretende regular. A Corte para conceder as soluções jurídicas também têm o dever de contextualizar comportamentos humanos e legislativos.

Individualidades sem contexto não logram viabilidade transformativa. Aspectos isolados, fora de uma conjuntura lógica, perdem os sentidos e os motivos para os quais foram instituídos. O homem sozinho não vive, senão em uma comunidade. As circunstâncias que cercam a biografia humana são as responsáveis pelo seu próprio modo de ser.

Nesse sentido, a atuação jurisdicional internacional encontra similitude argumentativa. O tribunal, por si só, pode solucionar uma gama de conflitos, mas, caso inserido em contexturas mais ampliadas, não poderia ter atividade fim mais sofisticada e abalizada? A resposta afirmativa salta aos olhos, mas ao mesmo tempo em que essa postura compartilhada envolve comprometimento da Corte, exige mais ainda uma imersão no modo de ser do tribunal que está sendo paradigma para o deslinde da questão judicial.

Não se procede a um diálogo judicial pleno sem afincar-se em peculiaridades de um panorama estrangeiro qualificado por circunstâncias temporais, espaciais, sociais, econômicas, culturais, políticas e, por vezes, religiosas. A atuação judicante se eleva quando tais elementos são correlacionados e transportados para o modo de vida do tribunal interessado em

solucionar seu impasse.

Nesse mote a segunda crítica ao potencial do diálogo judicial é instaurada. Mas os aportes apreciados pelos teóricos que ventilam essa hipótese não levam em consideração que diálogo só é considerado como tal se houver transpasse de contextos. Essa deslocação objetiva não é um mero pensamento internalizado no imaginário dos membros do tribunal, são explicitados para que possam ser elementos comparativos da união de encadeamentos que formam o cerne da problematização.

A atividade de junção do texto com os contextos retira a pecha de que o diálogo é mero formador de instrução jurídica formal e que aporta entendimentos jurisprudenciais sem a menor plausibilidade de reflexão sobre os fatores autóctones da sociedade emissora da comunicação. Diálogo sem as adaptações na contextura jurídica e social não se configura como diálogo, mas, sim, como um simbologia sem significado relevante.

É evidente que as circunstâncias nas quais se ensartam os tribunais supremos emissores de jurisprudência são associadas a um nacionalismo constitucional. Postura anormal ou incoerente seria não ser influenciado por certa dose de nacionalismo. No entanto, esse patriotismo nacionalista não possui interesse ascendente, seu viés é colaborativo, a influência aqui tem significado de afluência.

A disseminação de cultura jurídica para paradigmaticamente situações jurídicas cujas respostas possam ser construídas segundo empirismos de outras Cortes Constitucionais não interfere na cultura local a ponto de diminuir a grandeza regional do tribunal receptor do julgado estrangeiro. Não se pode misturar, portanto, nacionalismos com jurisdição descontextualizada. Ao realizar a junção das minudências do tribunal emissor com os detalhes do tribunal receptor o nacionalismo se torna elucidativo e a jurisdição se contextualiza.

Portanto, é incorreta a afirmação de existir diálogo judicial sem contexto. Esse talvez seja um dos equívocos mais comuns praticados por aqueles que entendem a jurisdição constitucional como um simples espaço de transição entre entendimentos jurídicos internacionais. A análise dos elementos inerentes a cada sociedade é medida imprescindível para consolidação do diálogo como efetiva difusão de elementos interpretativos. E para isso torna-se primordial obedecer à sistematização operacionalizadora desse viés constitucional.

3.9.3 O Discutido “Fetiche” e a Controvertida Imprecisão Semântica

O estudo do diálogo judicial entre Cortes Constitucionais, que para alguns é instrumento de resolução de conflitos difíceis e proteção de direitos fundamentais e para outros não, carrega consigo reflexões antagônicas com predicções bastante severas e negativas.

O fato pode incomodar alguns teóricos, mas não impressiona nem causa surpresa, não obstante ser um fator preocupante para o sistema constitucional moderno. Afinal, em um debate, é raro e improvável que vozes se acalentem uníssonas. Certo de que algumas falas são austeras e rigorosas em seus pontos de vistas, os anacronismos mais avigoram que depreciam sistemas ou institutos.

A preocupação tem estirpe porque o debate poderia ser mais bem entendido como uma opção em prol da coletividade e da robustez social de preservação dos direitos fundamentais, no entanto, o caminho é vivenciado com a maneira de olhar e de entender determinadas conjunturas. Para uns, o diálogo judicial “parece ter se tornado um dos fetiches históricos que são evocados para ocultar improvisações comparatistas, muitas vezes infundadas e, em qualquer caso, cientificamente impróprias”.²⁵⁶

Vergottini em suas palavras não economiza os predicados desestimados para o diálogo, mas instaura ao mesmo tempo um questionamento. Qualificar o diálogo praticamente como sortilégio, como se fosse um artifício dissimulador de impropriedades científicas, é o mesmo que negar sua utilidade integradora e rebaixar o instituto à sua inocuidade. Para que então se utilizar do diálogo se ele é historicamente um esconderijo para fundamentos supostamente sem nexos?

A resposta a essa indagação possui raízes na própria consideração do teórico italiano. Se a conversa entre Cortes é um fetiche ou um encanto disfarçado de inconsistências, o intercâmbio de jurisprudências de tribunais prostrados em contextos diversificados, por meio de sua função evolutiva, suplementadora, pode diminuir essa pecha inefável e acender para uma realidade discursiva decisiva.

²⁵⁶ VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más Allá del Diálogo entre Tribunales**: comparación y relación entre jurisdicciones. Prólogo de Javier García Roca. Cizur Menor: Thomson Reuters- Civitas-Aranzadi. 2010. p. 63. “*El diálogo parece haberse convertido en uno de los fetiches históricos que se evocan para esconder improvisaciones comparatísticas a menudo carentes de fundamento y, en todo caso, científicamente impropias*”.

O diálogo não é um simples reproduzidor de um entendimento estrangeiro, muito menos algum tipo de conversação entre jurisprudências que “fornece vários exemplos de divergência entre retórica e ação”²⁵⁷. A cada nova concretização e recepção de decisão externa ele se solidifica e tonifica suas bases de sustentação, passando para outros tribunais esse sentido, que, por sua vez, também exercem influências a ponto de vivificarem interagindo e expandindo a rede de comunicações jurídicas. Como explicar avanços obtidos na Suprema Corte da África do Sul senão por meio do diálogo desenvolvido com países do atlântico norte?²⁵⁸

Sabe-se que uma das maiores funções do diálogo judicial é a redução da margem de discricionariedade do intérprete constitucional. A explicação significativa para tal qualificação encontra arrimo no próprio ato de julgamento das Cortes Constitucionais. Os seus membros, ao analisarem um conflito social, estudam uma temática sem ignorar tempos pretéritos de decisões de outros magistrados constitucionais.

Alcançar esse desiderato requer um período alargado, e em tempos modernos em que uma das mais importantes Cortes do mundo, a americana, mostra-se ainda essencialmente excepcionalista, não é tarefa atingível de forma iminente. Além disso, falar em improvisações não sustenta um argumento sadio, pois, caso existissem, tais mecanismos seriam instáveis e não levariam ao crescimento do diálogo judicial no mundo.

É imperioso mencionar que para efetivação de uma decisão por uma Corte interna não há um grau zero de partida para que um determinado Supremo Tribunal inicie seu julgamento.

²⁵⁷ DOYLE, Shawn. "Weaving the Cloth of Supplemental Jurisdiction: the role of dialogue in tailoring judicial power". In: **Notre Dame Law Review**. v. 82, n. 2, article 6, December 2006, p. 845. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1297&context=ndlr>>. Acesso em 08 out. 2019. “*The Court's supplemental jurisdiction jurisprudence provides several examples of a divergence between rhetoric and action*”.

²⁵⁸ Cf. RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. p. 170. Ramires afirma que “Mencionamos logo atrás que, juntamente com o Tribunal Constitucional sul-africano, a Suprema Corte canadense é um dos órgãos jurisdicionais máximos mais abertos ao diálogo internacional”. Para aprofundamento da relação dialogal entre as Supremas Cortes da África do Sul e Canadá, Cf. CHOUDHRY, Sujit. “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”. In: **Indiana Law Review**. v. 74, issue 3, article 4, 1999. pp. 819-892. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol74/iss3/4>. Acesso em: 24 out. 2019. “*One prominent model has been the American Constitution, in particular its Bill of Rights; however, the Canadian Charter of Rights and Freedoms has, in recent years, become a leading alternative, and has influenced the drafting of the South African Bill of Rights, the Israeli Basic Laws, the New Zealand Bill of Rights, and the Hong Kong Bill of Rights*”. Em livre tradução: “Um modelo proeminente tem sido a Constituição Americana, em particular sua Declaração de Direitos; no entanto, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades tornou-se uma alternativa líder nos últimos anos e influenciou a redação da Declaração de Direitos da África do Sul, das Leis Básicas de Israel, da Declaração de Direitos da Nova Zelândia e Declaração de Direitos de Hong Kong” (pp. 821-822).

Ainda que os juízes constitucionais venham a julgar pela primeira vez um dado assunto, certamente, não se pode desconsiderar o material já decidido por outras órgãos jurisdicionais internacionais em momentos anteriores. No circuito democrático, há idas e vindas fundamentais até uma circunstancial e possível definição sobre um tema a ser decidido.

Não parece crível que diante de um crescimento avantajado das civilizações o instituto do diálogo, se escondesse impropriedades, continuaria a galgar espaços e resultados nas soluções de conflitos complexos. Muito provavelmente perderia foco e força dentro do sistema constitucional, que, diga-se de passagem, tem apoio e colaboração de países relevantes no globo, a exemplo do Canadá e a própria Itália.

A importância do diálogo se majora com o método comparativo, quando utilizado para confrontar conjunturas entre as Cortes por meio da verificação de suas peculiaridades. Vergottini reconhece, inclusive, a comparação como argumento condicionado pelos específicos fatores culturais e sócio-organizativos.²⁵⁹ Não há confusão de significados entre comparação e diálogo. Este é a troca de informações sobre entendimentos de tribunais e aquele é a forma de se correlacionar contextos para viabilizar a vocalização de discursos fundamentadores.

Não bastasse esse lado depreciativo, há teóricos, a exemplo de David Law e Wen-Chen Chang²⁶⁰ que entendem a conversa entre Cortes mais como uma expressão de comparação do que de efetiva permuta de entendimentos jurídicos. Nessa visão, os tribunais se engajariam em análises comparativas e produziriam vozes unilaterais e não propriamente diálogo, pois não citam jurisprudências externas com a intenção de se comunicar.

Essa postura de imprecisão do colóquio jurídico e da intencionalidade de desnatura-lo em favor de uma prática comparativa não pode ser entendido como um argumento forte para criticar a postura dialogada, haja vista vários tribunais efetuarem comunicações com

²⁵⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más Allá del Diálogo entre Tribunales**: comparación y relación entre jurisdicciones. p. 283.

²⁶⁰ LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. "The Limits of Global Judicial Dialogue". In: **Washington Law Review**. v. 86. 2011. p. 523. Disponível em: < <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol86/iss3/4/>>. Acesso em: 19 out. 2019. "*This Article challenges these claims on empirical grounds and offers an alternative account of the actual reasons for which constitutional courts engage in comparative analysis. First, it is both conceptually and factually inaccurate to characterize the manner in which constitutional courts cite and analyze foreign jurisprudence as a form of "dialogue." As a conceptual matter, constitutional courts do not cite one another for the purpose of communicating with another, while as an empirical matter, there is little evidence to suggest that one-sided citation of a handful of highly prestigious courts has given way to genuine two-way dialogue*".

crescimento de suas culturas jurídicas. Mais uma vez a África do Sul pode ser exemplificada como uma Corte aberta a influências, sem, contudo, trazer unilateralidade de difusão.²⁶¹

A comparação é um método de interpretação, que, segundo Häberle, deve ser utilizado em contexto próprio do sistema nativo. É um procedimento de recepção em que o trabalho interpretativo possui efeito positivo. As possíveis semelhanças entre os textos escritos não podem se impor sobre as distintas conjunturas culturais da Constituição analisada.²⁶²

Falar, portanto, que a comparação não conduz a diálogos e sim a falas unilaterais entre tribunais é renegar os benefícios das análises recíprocas entre os contextos culturais e sociais das jurisdições travadas na práxis dialogada. E, se assim o fosse, o diálogo judicial seria encarado como instrumento de erudição, somente.

Por fim, a atividade dialogal possui critérios a serem cumpridos, não é realizada de forma arbitrária, aleatoriamente, sem balizas demarcatórias de atuação. Por isso que se diz sê-la uma ferramenta integradora para principalmente reduzir a margem de discricionariedade do intérprete e, com isso, proporcionar melhor proteção aos direitos fundamentais.

3.10. Notas Conclusivas

A terceira seção deste trabalho iniciou efetivamente o estudo do diálogo judicial entre Cortes Constitucionais, após serem debatidas, no capítulo primeiro, o panorama de instabilidade mundial e, no capítulo segundo, a particularização do tema. Foi dedicada esta parte para detalhar a metodologia desta tipagem comunicativa.

Considerando se tratar de troca de informações jurisprudenciais entre Tribunais Supremos, surgiu a necessidade de explicar algumas especificações de conteúdos, as quais costumam incidir, via de regra, nos tipos de difusões travadas entre órgãos judiciais que

²⁶¹ Cf. RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. pp. 168-169. Ramires menciona que “*Como se disse, as referências a julgados estrangeiros são uma constante nas decisões da mais alta Corte sul-africana*”. O autor cita vários casos jurídicos do Tribunal Constitucional da África do Sul. Vide notas de rodapé n. 513 a 518 da referida obra.

²⁶² HÄBERLE, Peter. “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional: un catálogo de problemas”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. p. 393. “*Las similitudes aparentes de los textos no se pueden imponer, de manera fraudulenta, sobre las diferencias que se deriven del contexto cultural de la constitución analizada. También deberían reconsiderarse los contenidos de los derechos recibidos por medio de la comparación jurídica en el contexto «propio» del sistema constitucional que los asume. Se trata de un proceso activo de recepción, de manera que la labor interpretativa es altamente productiva*”.

acomodam posições mais altas nos sistemas jurídicos.

Assim, o ponto de partida foi o estabelecimento de condições para a realização do diálogo e suas características. Os elementos de uma comunicação jurídica entre Cortes que ocupam posições paralelas no sistema judicial contemporâneo requer determinados predicados que usualmente não se atrelam a outros tribunais inseridos em conjunturas não equivalentes, como órgãos judiciais supranacionais. Eis, portanto, a razão de construir metodologicamente os componentes que afeiçoam a pesquisa sobre as comunicações entre Cortes.

Transcorridas essas informações, procedeu-se aos comentários relacionados aos tipos de diálogos que podem ser instaurados entre as Cortes Constitucionais, subdividindo em categorias regulares e especiais. As suas características antes analisadas legitimam o nascimento de modalidades comunicativas diferentes. Isso explica o motivo pelo qual as formas difusivas contempladas no texto são diversificadas após o esboço de seus atributos equanto instituto vocalizador de ordens constitucionais.

Outrossim, buscou-se demonstrar como a doutrina moderna americana costuma observar e entender a prática dos diálogos judiciais, ainda que sua Suprema Corte, a USSC, seja considerada excepcionalista, ou seja, majoritariamente refratária a essa atividade intercambial. Indubitavelmente, a relevância da Suprema Corte americana instiga comentários particulares, ainda que efêmeros ou superficiais, para colaborar no entendimento integrativo do estudo, haja vista que, por mais impérvia que seja, seus julgados migram consideravelmente as fronteiras geográficas.

Naturalmente, um estudo metodológico de determinado instituto jurídico sugere a definição de sua natureza jurídica. Assim, foi dedicado um tópico explicativo sobre a origem de uma decisão dialogada, mencionando ser uma fonte do direito. Por essa razão, como a decisão dialogada é fonte formal e irradia orientações jurídicas com potencial normativo, foi proposta a ideia da “fertilização de retorno”. Nesse sentido, como uma dada decisão internacional pode ser reaproveitada no seu contexto formador, após o processamento do diálogo perante outro órgão judicial, como se em um movimento de volta estivesse percorrendo o julgado à sua origem, instituiu-se o termo *back-fertilization* para conceituar essa conduta na atividade interpretativa.

Transplantadas essas questões, foram comentados os objetos do diálogo judicial, as suas hipóteses de incidência e as usuais finalidades para as quais este tipo de comunicação jurídica foi instituído. Nesse contexto, respondeu-se às perguntas sobre o que versam os diálogos judiciais, quando ocorrem e para que servem tais difusões na jurisdição constitucional. Em via de consequência, por entender a relação entre a relevância temática com a liberdade interpretativa da Corte, destinou-se um tópico para explicitar como o diálogo judicial pode minimizar a margem de discricionariedade de um Tribunal Supremo.

Ao final, intentou-se apenas clarificar ao leitor que existem vozes contrárias à conversação entre magistrados constitucionais, não sendo, portanto, um instituto completamente indene a críticas e totalmente aceito pela doutrina mundial, não obstante todo o esforço teórico para demonstrar que as vantagens de sua utilização são estupendas e que eventual desvantagem regride pontencialmente quando critérios racionais e comparativos são adotados pelo intérprete constitucional.

Pormenorizar metodologias e internalizar racionalmente elementos teóricos sobre o diálogo judicial é prática que antecede a etapa de descoberta da sua sustentação jurídica. Primeiro, é salutar especificar as peças que dinamizam procedimentos e conecta-las na atividade jurídica, para, após, comprovar a sua estirpe dentro da teoria constitucional, corroborando sua raiz democrática. Institutos e práticas novedosas costumam sofrer concepções não tão positivas no ensino jurídico dogmático que, uma vez sendo demonstradas sua fundamentação constitucional, sobressai-se enquanto nova possibilidade de construtos institucionais.

Exatamente para catalisar essas críticas e ao mesmo tempo fortalecer a prática dialogada entre Cortes, imprescindível se faz comprovar para o leitor a origem do diálogo judicial na teoria constitucional, de maneira a sedimentar os contributos desta teoria como influenciadores do processo comunicativo. Em outras palavras, de onde se retiram os fundamentos e os pressupostos para alicerçar a prática difusiva de jurisprudências internacionais? Como a teoria constitucional contribui fornecendo elementos embaixadores para a vocalização entre Cortes? Quais premissas compõem e incentivam a práxis dialogada entre Tribunais Constitucionais? É o que se abordará no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4: PRESSUPOSTOS DO DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

A utilização do diálogo judicial entre Cortes supremas como fator de proteção constitucional de direitos fundamentais é um prognóstico de que, em tempos de globalização, novos caminhos precisam ser desbravados, a acelerada época necessita ser serenamente vivida e novos desafios devem ser construídos.

A possibilidade de coordenação comunicativa entre tribunais de instâncias definitivas é a caricatura reptícia de que o atual cenário oferta aos agentes jurídicos estatais. Não há dúvidas de que isso não seja um argumento performático, em plena ambivalência entre a diferença de postura e a indiferença da modernidade, no entanto, perpassa pela criação de bases teóricas sólidas e contundentes.

A mera afirmação categórica de que diálogos judiciais são fenômenos agregadores é examinada pela concreta oportunidade de operacionalizar tal discurso inclusivo na seara desagregadora da sociedade complexa, de forma a que, empiricamente, obtenha-se algum tipo de direcionamento sobre sua aplicabilidade e efetividade.²⁶³

Para tal intento, antes de evidenciar a utilidade dos diálogos nas decisões constitucionais e estabelecer balizas de como devem ser realizados para construir paradigmas interpretativos, é indispensável torna-los legítimos vetores de propulsão de entendimentos, embasar sua posição na relação jurídica e, principalmente, dissecar quais os seus fundamentos de sustentabilidade a fim não serem desestabilizados pelas intempéries típicas de todo neófito procedimento.

Assim, delimita-se nessa parte do estudo, dentre vários aspectos, quatro bases legitimadoras para o diálogo judicial entre Cortes Constitucionais: o próprio constitucionalismo, a hermenêutica constitucional, o caráter contramajoritário dos tribunais constitucionais e a improbabilidade de formação de uma Constituição global.

²⁶³ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 207. Para Grimm: *“la organización social, casi sin excepción, se ocupa de una complejidad tan grande que no puede ser racionalmente anticipada en su totalidad y, por tanto, sólo es posible determinarla legalmente de manera incompleta”*.

4.1 Constitucionalismo: um processo dinâmico

A primeira justificativa para plantar o diálogo judicial entre Cortes Constitucionais em terreno sólido e fértil na atual sociedade prolixa é entender o processo constitucional. O constitucionalismo é antes de tudo um processo de consolidação da democracia, racionalização do poder e assecuratório da normatividade constitucional.²⁶⁴

Sem bases democráticas, sem instrumentos de constrição aos abusos e sem imperatividade de regramentos, o processo constitucional não se compreende enquanto vetor de importantes triunfos civilizatórios. Não existe constitucionalismo sem conquistas emblemáticas, assim como não há conquistas sem sacrifícios impetuosos.

O constitucionalismo é antes de tudo uma viagem sacrificial civilizatória em busca de poder estratégico. O espaço cobiçado e necessário para difusões de ideias libertárias e limitações lógicas de poder tem sido descoberto pela biografia da humanidade, que, entre atitudes reacionárias e revolucionárias, percebe que as vicissitudes do aqui e agora são paradigmas relevantes para uma ou outra postura.

Sendo a hodierna época o marco central dessa narrativa, pode-se estabelecer dois momentos de sua análise. De um lado, o enfoque reacionário, fundamentado nas conquistas de direitos e de controle do poder ocorridas ao longo dos tempos. De outro, tem-se a abordagem idealizadora, alimentada pelo aprimoramento das conquistas de novos direitos, pela propagação de novas maneiras de constrição do poder e pela proteção compartilhada dos direitos fundamentais em níveis prospectivos.

4.1.1 O Direito Constitucionalizando o Poder

A origem do constitucionalismo possui algumas discussões doutrinárias.²⁶⁵ Não

²⁶⁴ Cf. BODANSKY, Daniel. “Is There an International Environmental Constitution?”. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**. v. 16, issue 2, article 8. 2009. pp. 565-584. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/8>. Acesso em: 29 out. 2019. Daniel Bodansky aborda no item I do seu artigo três iniciais distinções sobre o significado de “constitucionalismo”, conforme se depreende nas páginas 567-569.

²⁶⁵ Segundo Karl Loewenstein, o constitucionalismo esboçou os primitivos ares de sua existência na teocracia estatal hebraica, em razão do surgimento de restrições ao poder político por meio de dogmas religiosos. O autor ainda cita o movimento das cidades-estados da Grécia. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 154).

obstante o valor do conteúdo histórico, sua importância é mais útil em outra seara de estudos, mas só por esse fato já se pode perceber que quando o assunto é a relação entre civilização e poder os espaços se estreitam e se colidem desde o seu nascedouro.

Os primeiros passos de limitação das influências realizados na era pré-moderna encontram assentos provavelmente nos sistemas hebreu, no antigo Estado oriental, na Grécia antiga, nas dominações de Roma, e no sistema medieval, formando um bloco convergente de estratificação.

Os domínios eram legitimados mediante o direito sagrado, divino, em uma espécie de justificação de atuação e exercício, chancelado por meio de invocações a elementos filosóficos na autorreflexão da identidade da *pólis*, exercidos pela comunidade dos patrícios romanos, praticados em razão do poder papal, enfim, direcionavam-se a um elemento superior, em uma relação de submissão entre poder e direito. Aquele em grau superior a este.

E assim caminhava a era pré-moderna, com repletos ingredientes a serem transplantados pelas civilizações. Iniciava, pois, uma história para o preenchimento do espaço estratégico, naquele período, inteiramente concentrado e corroborado por um direito tipicamente sacro ou de classes, mas indiscutivelmente excludente.

O transpasse desse modelo encontra guarida com o surgimento do Estado moderno, muito embora sem significar o aparecimento de um típico constitucionalismo formal. O direito ainda observava o teto do poder, mas com um somido um pouco menos desafinado, ou melhor, menos desarmônico em perspectiva de leve libertação, de desdivinização legal.

Nesse concerto, de certa forma, brotaram tentativas de concertos pactuais de poder, em claros ensaios para vê-lo menos distante do direito ou perceber o direito com mais aproximação de si. A transição da era pré-moderna para a dimensão absolutista se inaugurava. E conjuntamente se consolidava um processo de subordinação procedimental do direito à política, mas com indícios já de uma complexização da sociedade.

Com o seu amadurecimento, o corpo social, em razão de questionamentos dirigidos ao núcleos influenciadores, liderados por um sentimento possivelmente de insuportabilidade institucional entre opositores e detentores de ordens, deu os primeiros sinais de uma insurreição. Verifica-se que desde essa época o constitucionalismo traz em seu interior uma conjectura revolucionária, que nem sempre é sinônimo de conflagração ou conflito.

Diante dos reclamos sociais, a política e direito começavam a receber diferenciações, principalmente materializadas com a edição de regramentos estatuídos na Magna Carta de 1215, na *Petition of Rights*, no *Habeas Corpus Act*, por exemplo. Essa gênese legislativa de Constituições marca o constitucionalismo como um processo de transformação estrutural paralisante para o poder e dinâmico para o direito, desta vez, menos clássico.

Com as revoluções liberais ocorridas no século XVIII, o constitucionalismo clássico surge na caminhada por conquistas de novas formas jurídicas, com o discurso mais alargado de limitação ao poder estatal e liberdades para a sociedade. A intenção emancipatória ganha relevo com o fortalecimento da vontade de sua proteção, em atitude reacionária ao absolutismo e idealizadora de uma sociedade um pouco mais participativa.

A sistematização do estado de direito, com os primeiros escritos de regramentos, desponta na sociedade marcada pelo liberalismo, em que os direitos negativos absenteeístas do mando estatal penetram paulatinamente no espaço de poder, destacando-se as Constituições americana e francesa.²⁶⁶

Já a passos largos da condição primitiva, a sociedade cada vez mais amadurecida adentra em período de grandes revoluções, eclodindo a primeira grande guerra do Estado moderno e instituindo uma caminhada para o constitucionalismo social, sendo o período entreguerras o momento crucial para sua criação. O Estado providência, nessa quadra do século, já precisava se preocupar em fornecer direitos mínimos coletivos e de bem-estar social (*welfare state*). O absenteeísmo é transpassado pelo prestacionismo e direitos positivos eclodem aos cidadãos, destacando-se as Constituições mexicana e de Weimar.

O aprimoramento do estado de direito, com obediência quase cega aos regramentos escritos, abriu oportunidade para a deflagração da segunda grande guerra, desestabilizando o positivismo jurídico e abrindo oportunidade para os direitos de fraternidade. O contexto restrito de Estado interno aos poucos caminhava para o transpasse de um panorama além das fronteiras, em que direitos agora fundamentais detinham interesses de uma comunidade

²⁶⁶ Não é sem motivo que Shapiro afirma que o estado de direito tem função de restringir o comportamento das autoridades e, portanto, atua na proteção dos cidadãos de ações arbitrárias e discriminatórias por parte dos atores estatais. Esses benefícios surgem porque os planos são capazes de promover previsibilidade e responsabilidade, de acordo com as lições extraídas do seu livro “Legalidade”. Nas palavras de Scott Shapiro: “*the Rule of Law constrains official behavior and hence protects citizens from arbitrary and discriminatory actions by officials. These benefits arise because, as we have emphasized numerous times in this book, plans are capable of promoting predictability and accountability*” (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. pp. 395-396).

internacional, marcada pelo estado democrático de direito.²⁶⁷

Nessa efervescência pela busca de proteção, a maioria não somente obteve voz como o clamor social refletiu positivamente na análise pormenorizada sobre os direitos fundamentais, a ponto de se concordar com Ruth Ginsburg, quando afirma que “particularmente nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, muitos países instalaram um controle constitucional pelos tribunais como uma salvaguarda contra o governo opressivo e agitou maiorias”.²⁶⁸

Esse progresso do processo constitucional fez surgir a caracterização do neoconstitucionalismo, em que princípios são agraciados com forças normativas, a dignidade humana alcança valor universal, os direitos difusos encontram seu nascedouro e, talvez a maior conquista, a Constituição é aposta no centro do ordenamento jurídico. O estado constitucional de direito, assim, raia no cenário moderno.

Verifica-se que tal momento histórico coincide exatamente com a observância dos maiores movimentos da democracia pluralista do atual século. Depois de desgastantes décadas de comprometimento e árduos embates, surge o conspecto nobre de tanto esforço: previsibilidade normativa a direitos fundamentais, alcançando estatura de normas materialmente constitucionais.

Em razão disso, pode-se entender a gênese da posição central da Constituição no

²⁶⁷ CRAIG, Paul. “Constitutions, Constitutionalism and the European Union”. In: **European Law Journal**. v. 7, n. 2, 2001. p. 128. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228235226_Constitutions_Constitutionalism_and_the_European_Union>. Acesso em: 20 jun. 2019. Não obstante os efeitos desastrosos das revoluções para a ordem social, é inegável reconhecer a importância do período pós-guerra para o constitucionalismo, uma vez que pode ser caracterizado como o momento de maior edição de constituições normativas e criação de tribunais para reforço das ordens constitucionais, sendo este último argumento também um sentido para conceituação do constitucionalismo. Segundo Craig: “*We find a third sense of constitutionalism used to describe the juridical shift that has occurred in many continental legal systems post-1945. Here the term captures the following features of a polity. State institutions are established by, and derive, their authority from, a written constitution; the constitution assigns ultimate power to the people by way of elections; power is only lawful if it conforms with precepts of the constitution; and these will be policed by a specialist constitutional court*”. Em tradução livre: “Encontramos um terceiro senso de constitucionalismo usado para descrever a mudança jurídica que ocorreu em muitos sistemas jurídicos continentais pós-1945. Aqui, o termo adquire as seguintes características de uma política. As instituições estatais são estabelecidas e derivam a sua autoridade de uma constituição escrita; a constituição atribui o poder supremo ao povo por meio de eleições; o poder é lícito somente se estiver de acordo com os preceitos da constituição; e estes serão policiados por um tribunal constitucional especializado”.

²⁶⁸ GINSBURG, Ruth Bader. “A Decent Respect to the Opinions of [Human] Kind: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication”. In: **Florida International University Law Review**. v. 1, n. 01, inaugural issue article 7, 2006. p. 28. Disponível em: <<https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol1/iss1/7>>. Acesso em 22 out. 2019. A Juíza da Suprema Corte americana assim preleciona: “*But particularly in the years following World War II, many nations installed constitutional review by courts as one safeguard against oppressive government and stirred-up majorities*”.

sistema constitucional de direitos e sua relação com o critério da competência,²⁶⁹ entendido como baluarte para a irradiação dos efeitos diretivos, fundamentadores e cogentes do sentido do texto constitucional, dentro de um contexto integrador. A norma constitucional tem legitimação e sentido não porque seja formal ou contenha programas de execução²⁷⁰, mas principalmente porque tem confiabilidade e credibilidade no sistema jurídico.

É impensável um Estado sem Constituição, bem como Constituição sem Estado²⁷¹. Com esse lema, o percurso da viagem reacionária faz uma pausa no atual momento da sociedade e evidencia que de um surgimento primitivo caracterizado pela ausência de leis escritas e pela preponderância da sacronização, chega-se a uma modernização social e com centralização de uma lei maior e fundamental que legitima os preceitos democráticos.

4.1.2 O Poder Transconstitucionalizando o Direito

Ainda existem novos rumos para serem desbravados. A Constituição sozinha não consegue mais acompanhar o movimento acelerado da modernização social que tem influenciado a presente dimensão de mundo. As fronteiras se romperam e o Estado ganhou contornos diferenciados. Os atores jurídicos não convivem mais sozinhos e sim agregados com outros tantos que formam uma constelação global.

Se por um lado os direitos limitavam a atuação estatal, sendo o ponto de partida e de chegada para raciocínios jurídicos, configurando, outrossim, garantias dos cidadãos contra práticas evasivas democráticas, em outro viés, significa um direcionamento para o aparelho estatal realizar os desígnios não jurídicos de suas vontades consideradas discricionárias,

²⁶⁹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord). **Manual de Derecho Constitucional**. 13.ed. v.1. Madrid: Editorial Tecnos, 2018. p.106. Para o professor da Universidade de Granada, “*el desarrollo de este principio va unido al desarrollo del pluralismo*”. Em tradução livre: “o desenvolvimento deste princípio está ligado ao desenvolvimento do pluralismo”.

²⁷⁰ CRISAFULLI, Vézio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milano: Giuffrè, 1952. p.11. Vézio Crisafulli ao abordar o sentido da Constituição e das normas programáticas explicou: “*una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e che perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (...) come disposizioni normative: enunciative, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo*”. Em tradução livre: “uma Constituição, como qualquer outra lei, é, antes de tudo, um ato normativo e, por conseguinte, suas disposições devem ser entendidas como regra (...) como disposições normativas: portanto, enunciando verdadeiras normas legais, que devem ser contadas entre os regras organizacionais ou entre as regras de propósito ou entre aquelas que governam as relações entre sujeitos externos à pessoa do estado e assim por diante”.

²⁷¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la Antigüedad a Nuestros Días**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 142.

exercendo uma pseudo fundamentação no texto constitucional e servindo este de âncora para as intenções obtusas contrárias à proteção de direitos fundamentais, como se o Estado estivesse atuando em uma crítica lógica de “direito protegendo direitos”.

As vontades travestidas de direitos e a câmufla de instituição do bem-comum com a utilização do texto fez do constitucionalismo contemporâneo um movimento desregulador do controle do poder. Somando tal fato com as crises democráticas financeira e comunicativa, próprias do cenário de globalização e da estatalidade aberta aos grandes atores da arena política, o exercício do constitucionalismo moderno tem passado por mudanças estruturais. O poder parece ter se sobreposto ao direito.

Poder e direito entrelaçam-se em visões às vezes anacrônicas, em outras ocasiões convergentes, como se a estratégia do agora fosse um círculo indeterminado. O enfoque passa a ser idealizador, alimentado pela adoção de novas e sofisticadas maneiras de *approach* social ou arranjos jurídico-políticos.

Os sonidos, que antes eram menos desafinados, agora parecem estar distantes demais de suas afinações. O concerto, portanto, tende a não precisar de poucos concertos assim, mas de acertos abundantes capazes de estabelecer balizas pelo menos audíveis. O círculo de poder está hiperbólico. A transnacionalização do Estado e do direito é que move o idealizador nessa etapa de seu caminho e a globalização é o agente que lhe impulsiona.

A constitucionalização do poder está se fragmentando e encetando um processo de sua desconstitucionalização. O constitucionalismo em pedaços possui recortes variantes, em que estabilidade de direitos fundamentais e inconstância de sua efetividade fazem parte de uma tônica pendular dos conflitos transnacionais, ou melhor, dos paradoxos da globalização. Teubner não está equivocado ao refletir sobre o pensamento de Wiethölter segundo o qual os conflitos em escala anterior são paradoxos em escala posterior²⁷².

A correlação dos pensamentos paradoxais de Teubner e reflexivos de Giddens com a vulnerabilidade dos direitos fundamentais na modernidade não é mera coincidência, é o ponto de partida para uma nova evolução, para descobertas de novas formas de proteção ao momento presente. À medida que eles paralisam, também caminham. E ao tempo que surgem, podem se destruir. Talvez essa visão seja até mesmo o limite entre reacionário e o idealizador.

²⁷² TEUBNER, Gunther. “Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”. In: **On Paradoxes and Inconsistencies in Law**. p. 54.

Enquanto isso, o constitucionalismo continua em crise e ao mesmo tempo pode se afastar dela.

O caráter multidimensional da globalização e a necessidade de contingenciamento compartilhado entre destruição e criação promove um embate cada vez mais desafiador em um cenário em que a complexidade da sociedade aumenta a passos largos. O poder estratégico é alvo de vários agentes, sociedade, Estado e uma série de instituições privadas, todos entrelaçados no jogo do poder. Por isso, José Eduardo Faria preconiza que o “aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial” é um dos grandes efeitos da globalização.²⁷³

Esse panorama faz mudar o curso da viagem do constitucionalismo. E outras formas de constituição político-jurídico tem sido edificadas para tentar responder aos impactos de uma provável nova ordem. O pensamento idealizador, revolucionário, reflete essa conjuntura e institui modelos sistemáticos de organização, os quais, respondendo ou não às inquietudes contemporâneas, pelo menos, demonstra a certeza da instabilidade nas relações entre constitucionalismo e poder, entre sociedade global e espaço estratégico.

Nesse sentido, surgem escritos sobre o estado constitucional cooperativo, constitucionalismo multinível, constituição global sem Estado, interconstitucionalismo, transconstitucionalismo, constitucionalismo em rede, constitucionalismo crítico, constitucionalismo do futuro e constitucionalismo dialógico, dentre outros, em uma clara tentativa de encontrar respostas sobre o eventual oculto²⁷⁴.

No estado constitucional cooperativo, como o próprio nome sugere, Häberle inaugura um modelo de entrelaçamento como forma de admissão por parte do Estado a um novo olhar democrático e participativo para as mudanças advindas no direito internacional: a cooperação²⁷⁵. As novas amarras, desafios e objetivos são administrados quando espaços cooperativos são formulados mediante consensos, privilegiando a solidariedade como vetor da

²⁷³ FÁRIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 59.

²⁷⁴ Convém ressaltar que, não obstante o brilhantismo, respeito imensurável que tais doutrinadores gozam neste planeta, imensa intelectualidade e invejável tecnicidade das ideias ofertadas, as manifestações traduzidas apenas trazem possibilidade de respostas e um ponto de partida para, em anos posteriores, subsidiar novos formatos ou arranjos contributivos para trazer significado sobre a organização social em tempo de modernidade. Relevante registrar que não se fará, neste espaço, nenhum tipo de concordância ou discordância a tais construções, mas apenas explicitar, de maneira bem sucinta, o sentido sugerido pelos autores, o qual é bastante útil na análise de estudos acadêmicos que possuem enfoque mais diferenciado do proposto.

²⁷⁵ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.10.

consagração da paz mundial. É uma cooperação dos Estados em prol de uma comunidade maior, e não mais em sociedade estatal.

Neste caso, Ingolf Pernice traz a ideia de constitucionalismo multinível (*multilevel constitutionalism*)²⁷⁶ como formação de uma Constituição supranacional, no contexto europeu. Partindo da premissa da instituição da União Europeia e com vistas a sua auto-organização jurídica, as Constituições nacionais de cada Estado, em uma escala inicial, embora presentes e válidas, dialogariam entre si para progressivamente formarem uma Constituição multinível²⁷⁷.

Com certos arcabouços da teoria de Luhmann, Teubner discorre sobre a Constituição global sem Estado, preconizando que a modernidade produziu vários setores em articulações autônomas, as quais possuem relações com outros subsistemas considerados parciais globais. Sugere o autor, para associar a teoria constitucional aos padrões globais complexos, a instituição de Constituições civis da sociedade mundial. A organização social na modernidade, portanto, daria-se não por uma Constituição unitária, mas por um conjunto de Constituições de âmbitos sociais setoriais²⁷⁸.

O interconstitucionalismo de Canotilho traz a ideia da de um sistema de rede formada por normas constitucionais dos Estados nacionais europeus e por normas europeias em contexto comunitário. Essa interligação reticular proporciona a abertura aos Estados considerados fechados e concede flexibilização a princípios estruturantes, como a soberania interna e externa, no entanto, sem dissipar no espaço reticular os modelos constitutivos dos Estados membros. É um respeito à soberania interna, mas sem se afastar do compartilhamento de parcela da própria soberania. É, portanto, a exemplificação de que em contexto

²⁷⁶ Cf. PERNICE, Ingolf. “El Constitucionalismo Multinivel en la Unión Europea”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 17. Año. 9. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm>. Acesso em: 09 mai. 2019.

²⁷⁷ Cf. KIRCHHOF, Paul. “The Balance of Powers between National and European Institutions”. In: **European Law Journal**. v. 5. n. 3, 1999. pp. 230-232. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/229463953_The_Balance_of_Powers_Between_National_and_European_Institutions>. Acesso em: 03 jun. 2019. Paul Kirchhof sugere uma estrutura de “governo interligado” ou “governo entrelaçado” (*intertwined government*). Para José Maria Porras Ramírez, o *intertwined government* responde melhor às concepções de Pernice referentes ao *multilevel constitutionalism* (RAMÍREZ, José Maria Porras. **Integração Supranacional: dimensões da proteção multinível dos direitos e sistemas de governo da União Europeia**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2016. Série IDP: linha direito comparado. p.103).

²⁷⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. p.95.

supranacional a soberania é relativa.²⁷⁹.

O transconstitucionalismo de Neves, desenvolvido a partir da teoria sistêmica de Luhmann²⁸⁰, é o fenômeno que diz respeito às formas de relação entre ordens jurídicas diversas, cada uma composta por seus autônomas ordenações e procedimentos, para a solução de problemas constitucionais. Elabora o conceito de Constituição transversa, a partir de ideias influenciadoras de Wolfgang Welsch sobre “razão transversal”²⁸¹ e institui um sistema para tratar de limites e possibilidades da existência de racionalidades ligadas a um sistema jurídico e outros sistemas sociais, bem como entre ordens jurídicas internas ao direito e, até mesmo, englobando o entrelaçamento de práticas anticonstitucionais.²⁸²

O constitucionalismo em rede de Slaughter visa a harmonização e uma conjugação entrelaçada de ordens jurídicas para uma melhor execução das funções estatais desenvolvidas por seus órgãos. Apresenta similitudes com a teoria dos *check and balances* na medida em que sugere permuta de comunicações e de soluções para impasses já apreciados por outros governos nacionais. As funções executiva, legislativa e judiciário trabalhariam de forma coordenada e em rede.²⁸³

O constitucionalismo crítico na visão de Carlos de Cabo Martín, o cenário da globalização e sua relação de poder com o capitalismo criou um cenário de crise, em razão da expansão biopolítica para a sociedade moderna. Martín cita a repolitização do direito

²⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012. p. 268.

²⁸⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 1. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009.

²⁸¹ WELSCH, Wolfgang. “Reason and Transition: on the concept of transversal reason”. In: **Cornell University**. 2003. Disponível em: <https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/54/Welsch_Reason_and_Transition.htm?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 mai. 2019. Welsch explica: “*With the departure from the Archimedean conception of reason, the axis of reason rotates from verticality to horizontality. Reason becomes a faculty of transitions. Instead of contemplating from a lofty viewpoint (from a God's-eye standpoint), it passes between the forms of rationality and its own procedures. Reason is thus transformed from a static and principle-oriented faculty into a dynamic and intermediary faculty. It operates processually. All reason's activities take place in transitions. These form the proprium and the central activity of reason. In view of this transitional character, I designate the form of reason thus outlined as 'transversal reason'*”. Em livre tradução: “Com o afastamento da concepção arquimediana da razão, o eixo da razão gira da verticalidade para a horizontalidade. A razão se torna uma faculdade de transições. Em vez de contemplar do ponto de vista elevado (do ponto de vista dos olhos de Deus), passa entre as formas de racionalidade e seus próprios procedimentos. A razão é assim transformada de uma faculdade estática e orientada para princípios em uma faculdade dinâmica e intermediária. Opera processualmente. Todas as atividades da razão ocorrem em transições. Estes formam o *proprium* e a atividade central da razão. Em vista desse caráter transitório, designo a forma da razão assim delineada como ‘razão transversal’”. Ainda sobre o tema, Cf. GORBUNOVA, Lyudmyla S. “Transversal Thinking in the Context of Intellectual Strategies”. In: **Humanities Bulletin of Zaporizhzh State Engineering Academy**. n. 59, 2014. pp. 215-222. Disponível em: <http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpgvzdia_2014_59_23>. Acesso em: 05 nov. 2019.

²⁸² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. pp. 62, 116 e 236.

²⁸³ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. *passim*.

constitucional, a luta pelas categorias constitucionais, as respostas constitucionais às novas realidades e, por fim, as possibilidades de aplicação de tais conteúdos ao âmbito supraestatal como elementos formadores de um constitucionalismo crítico, sugerindo, ainda, um poder constituinte crítico e uma Constituição porosa para receber as distintas formas do pluralismo jurídico.²⁸⁴

O constitucionalismo do futuro, criado por Dromi, apresenta como finalidades a consolidação do constitucionalismo social, fundamentando suas balizas nos princípios de fraternidade e solidariedade. O *constitucionalismo del “por-venir”*, como também é conhecido, sugere a concretização de sete valores fundamentais supremos: a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização.²⁸⁵

O constitucionalismo dialógico de Gargarella defende, em linhas gerais, o valor de um sistema constitucional fundamentado no diálogo democrático, em contraste com a imagem de freios e contrapesos, que, segundo o autor, mais cria embaraços que facilita o diálogo constitucional. Sugere uma redescritção do conseqüentário da teoria dos *checks and balances*, mas para formatar uma concepção democrática de diálogo, e não baseado em assuntos de interesse público contido nas diversas searas de poder. O diálogo constitucional, portanto, seria um diálogo institucional inclusivo.²⁸⁶

Não obstante a erudição dos teóricos, percebe-se que o caminho para as respostas claras continua aberto e a viagem do constitucionalismo ainda não se findou, porém, dá sinais por onde percorrer ou pelo menos indicativos de qual fluxo seguir hoje, sendo imprescindível uma reflexão interna mais intensa sobre o seu estágio na contemporaneidade.

4.1.3 Um olhar reflexivo sobre o poder

A modernidade induz a reflexão de mais argumentações, porém, com soluções

²⁸⁴ Cf. MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

²⁸⁵ Cf. DROMI, José Roberto. “La Reforma Constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord). **El Derecho Público de Finales de Siglo: una perspectiva ibero-americana**. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997. pp. 107-116.

²⁸⁶ Cf. GARGARELLA, Roberto. “Nuevo Constitucionalismo frente al Sistema de los Frenos y Contrapesos”. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una Justicia Dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

concretas escassas. Quanto mais surgem tentativas de respostas, incertezas aparecem na mesma proporção. Quanto maiores as tentativas de explicação, mais amplas são as arestas de probabilidades, causando um porvir ainda indeterminável.

Os paradoxos de Teubner parecem fazer cada vez mais sentido, principalmente quando “a interação da desparadoxificação-reparadoxificação é qualquer coisa menos a sequencia cumulativa de negações, a transcendência de contradição, um progresso de espírito. Ela é muito mais um caso de retorno ao mesmo, uma oscilação entre paradoxo e estrutura, uma dialética sem síntese”.²⁸⁷

Se a globalização impõe ao constitucionalismo uma provocação idealizadora, pode-se extrair que, por ora, a probabilidade de instituição de um modelo único de organização político-jurídica é algo bom e ruim ao mesmo tempo. Saber contingenciar os dois aspectos perpassa pela análise de uma nova visão sobre o constitucionalismo, repensar a sua forma de atuação, aprimorar as suas finalidades.

Talvez o foco de estudo pudesse estar equivocado. Pode não haver a necessidade de criação de formas uníssonas de sistemas organizatórios e sim apenas um transpasse do jeito de percepção e vivência do constitucionalismo. Autoconfrontar o constitucionalismo, eis a mudança que pode ser iniciada de dentro para fora e não de fora para dentro. O constitucionalismo de hoje, assim, tem na sua viagem uma escala na experiência inteligível sobre o significado do controle de poder na contemporaneidade.

O constitucionalismo é um processo. É atitude voltada a equilibrar instabilidades sociais, políticas e jurídicas, tarefa essencialmente penosa. Não é pra menos, a sociedade atual também o é. E exatamente nesse fio condutor de contato similar é que o impasse aflora, pois não há constitucionalismo sem sociedade, sem direitos, sem paradigma controlador.

O processo constitucional é, portanto, um fenômeno político-jurídico que busca racionalizar o poder e dar civilidade a ele. Para isso, utiliza-se de três premissas básicas para um contexto democrático: a separação de poderes, a construção dos direitos fundamentais e a motivação de decisões e demais atos estatais. Este é o núcleo do constitucionalismo. No

²⁸⁷ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. pp. 1393-1394.

entanto, um cerne que tem se tornado delicado em razão da modernidade reflexiva.²⁸⁸

A separação de poderes, por mais cooptada que seja por uma teoria agradável dos *checks and balances*, convive com o anacronismo de ver as funções do Estado não mais harmônicas entre si, em que um colabora com o outro corrigindo distorções, mas assoladas por um contexto degenerativo de desorganização institucional, em que há indeterminabilidade de quem detém a palavra final específica a cada área de atuação nos seus respectivos processos funcionais.²⁸⁹

A teórica intenção de frenagem e contrabalanceamento tem sido empregada para justificar imersões não excepcionais entre os poderes, em clara inobservância da legitimidade democrática. A regra tem sido a proatividade e a exceção o autocontrole. Essa inversão volitiva ocasiona subversões na funcionalidade estatal, ofuscando os pré-compromissos assumidos pelos agentes públicos. A práxis constitucional moderna, portanto, tem experimentado uma distopia institucional.

A perda de referência se torna latente e as funções estatais se invadem reciprocamente, cada um se auto legitimando com argumentos duvidosos de elasticidade constitucional. É o sistema conflitando com o próprio sistema. É a ampliação de poder pelo próprio poder. Uma governabilidade autofágica e de restrições duvidosas.

Os direitos fundamentais, por sua vez, sofrem vulnerabilidade intensa. As constantes modulações de direitos, nascidas a partir das novas relações sociais, principalmente influenciadas pelas aceleradas inovações tecnológicas, relativizando conceitos e flexibilizando dogmas construídos mediante intensas conquistas da humanidade sem a devida justificação, tem gerado disparidades até sobre os limites de atuação dos próprios direitos.

²⁸⁸ GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. p. 12.

²⁸⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press. 2004. p. 11. Hirschl afirma que transferir a autoridade de elaboração de arenas decisórias para o Judiciário é algo inicialmente contrário aos interesses do Legislativo e Executivo. Tal pensamento coaduna-se com o momento de desorganização institucional, em que uma postura mais ativa do Judiciário desestabiliza certos intentos dos executivo e legislativo. E eventual inercia desses faz crescer a judicialização de conflitos. Nessa situação instável, os limites de atuação das funções estatais se misturam e promovem um déficit de legitimidade. Nas palavras do autor: “*Thus, voluntary self-limitation through the transfer of policy-making authority from majoritarian decision-making arenas to courts seems, prima facie, to run counter to the interests of power-holders in legislatures and executives*”. Traduzido para a língua portuguesa: “Assim, a autolimitação voluntária através da transferência da autoridade da formulação de políticas para as arenas majoritárias de tomadas de decisão parece, *prima facie*, contrariar os interesses dos detentores de poder nas legislaturas e executivos”.

A multiplicidade de interesses sociais gera na contemporaneidade um discurso moral pluralista, composto de uma contraposição de valores apresentados como legítimos. Tal ideal kantiano e a busca de arranjos sociais formadores de uma comunidade perfeita tenta encontrar no institucionalismo transcendental uma forma de legitimação. Os *arrangement-focused* de Amartya Sen²⁹⁰ parecem estar presentes no complexo relacional da modernidade.

No entanto, não se pode pensar em arranjos sociais justos quando a sociedade atual, que deveria ser instrumentada, não consegue realizar um mínimo de organização para primeiro saber seus direitos e depois perquiri-los. E isso se deve a pelo menos dois motivos: a velocidade da modernidade não permite a primeira atitude e o imbróglio entre os poderes estatais é o entrave para o segundo. E nesse ritmo os direitos fundamentais não vão sendo levados a sério²⁹¹ em plena era de desentendimentos complexos em nível global.

Além da amplitude de formas relacionais com que a sociedade convive, a heterogeneidade dos direitos e a ausência de condutas tendentes a homogeneizar os bens jurídicos tutelados e considerados como fundamentais que, pelo menos em tese, recebem o dom da universalidade, acabam por estabelecer fragilidades no seu próprio reconhecimento, quando conflitados com a realidade excludente.

Sabe-se que o poder gera poder. O poder tem uma tendência a autoconcentração. Se os limites não estiverem indiscutivelmente delineados, a centralização se intensifica. E tal restrição é efetivada por um processo exógeno, instrumentalizado pelo direito e pela motivação de seus atos.

A autonomia do direito reside exatamente no fato de responder aos questionamentos da sociedade por meios de padrões jurídicos sem ser isolacionista, antes completando um sistema comunicativo por meio de vinculações legais, retirando a instrumentalidade de conservação do poder consistente no aumento de margem discricionária como fator de correção, típica do realismo jurídico.²⁹²

Entretanto, a modernidade traz consigo a desorganização do sistema. Para Grimm, a “modificação das tarefas do Estado e seus instrumentos produziu uma modificação qualitativa

²⁹⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 36.

²⁹¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁹² ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. p. 135.

de organizações complexas”.²⁹³ Desestabilizar sistema ou modificar organização complexa são expressões que afluem para o crescimento de constantes utilizações de decisionismos e casuísmos nas relações jurídico-sociais.

Nota-se, logo, que os três pilares do constitucionalismo tem sofrido abalos, distorções e dissensos na forma de aplicação e exercício de parcela do poder político-jurídico confiado às funções estatais. No entanto, isso não é um fim em si mesmo. É apenas uma continuação do percurso para novas possibilidades.

4.1.4 O espaço das verdades transitórias

Desde primitivas épocas até propostas de organizações sociais idealizadoras e sofisticadas o sentido do constitucionalismo continua o mesmo. Hoje ele também continua com o igual propósito de controlar poder e garantir direitos fundamentais. A sua essência tem se mantido retilínea.

Que isso é uma evidência de que talvez não há tanta necessidade de criação de novas conjunturas organizatórias, mas de repensar como deve ser o próprio constitucionalismo, é uma constatação factual. A questão é saber em qual viés o constitucionalismo precisa ser repensado. Em qual sentido? Na modernidade quase tudo pode ser considerado incerto.

Entre momentos reacionários e ocasiões idealizadoras existe um presente lúcido quanto à sua conjuntura, fincado em balizas que necessitam de aprimoramentos, mudanças de paradigmas, de pontes democráticas para raciocínios adaptados para a realidade contemporânea, pois no futuro novos paradoxos surgirão e junto a eles um sem-número de possibilidades. Amanhã, a modernidade de hoje será obsoleta. Hoje, a modernidade de amanhã é um treino de suposições.

O processo constitucional é essencialmente lento. As vitórias galgadas com transpasses de marcos civilizatórios exigiram lutas, revoluções trabalhadas. A cada batalha uma nova estratégia. A conquista de direitos e a limitação de poderes são benefícios que se referem a paradigmas seculares de transposição. A modernidade, a seu turno, é contrária a

²⁹³ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. p. 198. Nas palavras do autor: “*Sin embargo, la modificación de los cometidos del Estado y de sus instrumentales ha producido una modificación cualitativa de las organizaciones complejas*”.

essa lógica. Detentora de gigante celeridade, atropela procedimentos e institui panoramas de relativismo e incerteza. Suscita a dúvida e propaga a intranquilidade.

Não há modelo seguro e definitivo para o processo constitucional. Este é o ponto. Esta é a tônica do constitucionalismo atual. Não há padrão estabelecido para o cumprimento do seu propósito. Ele já o cumpre só pelo simples fato de perceber que é um processo aberto, vivo e inteligível para reconhecer sua fragilidade diante do alto grau de complexidade da sociedade moderna e ao mesmo tempo seu aprimoramento para contingenciar os efeitos deletérios dela decorrentes. O constitucionalismo, portanto, também vive a ambivalência de Teubner. Entre a fraqueza desponta a sua grandeza.

A tentativa de pronta resposta e a inovação argumentativa sem legitimação não passam de palpites e presunções, pois o desenrolar dos arranjos sociais vão desconectando pontos já debatidos e, ao passo em que alguns “nós” se desatam, outros tantos se formam. Estabelecer tópicos explicativas como solução paradigmática para esse cenário paradoxal confina a possibilidade do constitucionalismo se reinventar e restringe a oportunidade da análise dos embates discursivos de verdades que transitam em busca do caminho constitucional.

Assim, não convém ao processo constitucional ser encarado como movimento retrospectivo ou prospectivo. A conduta de uma ou outra situação conduz a veredas reacionárias ou revolucionárias, sob o caro desgaste de não se pensar no presente e com isso torna-lo fechado a novos pensamentos que consigam conviver com a ambiguidade da modernidade.

Cogitar que o constitucionalismo é somente caracterizado por conquistas de direitos e liberdades, mesmo diante de extrema relevância para humanidade, é viver em um passado que pouco responde as exigências da modernidade. Conjecturar apenas um constitucionalismo futurista e buscar um modelo ideal de organização é permanecer preso em alguns discursos abstratos que não são tão formidáveis para os avanços civilizatórios.

É necessário, portanto, viver o presente para encontrar maneiras de convívio menos obscuro com a globalização e não para solucionar o irresolúvel problema, pois a relação desta com o constitucionalismo é de construção e destruição. O fechamento de arestas isola e paralisa criações emancipatórias. A sua abertura, ao contrário, agrega e amplia horizontes para aplicação iminente.

O sistema constitucional, seja utilizado para controlar o poder estatal ou para delinear o campo do conflito social, possui questões que permanecem firmemente necessitadas de explicações. Logo, não é sem razão que Maria Tzanakopoulou ensina que “uma teoria constitucional pode ter como premissa essa ou a outra suposição sobre como o constitucionalismo é ou deveria ser definido. Mas de qualquer forma as questões de poder e estado não podem ser deixadas sem solução”.²⁹⁴

Nessa esteira de pensamento, percebe-se que a complexidade dos problemas globais e a conjuntura das relações jurídico-sociais sugerem o entrelaçamento de respostas apenas provisórias, motivadas no direito, que caminham com o constitucionalismo aberto da modernidade. A história é longa e não permite divagações em tom linear. Os meandros das desconstruções contemporâneas criam um gráfico confuso da ordenação política mundial.

Da análise das considerações sugeridas pelas diversas formas de possíveis organização social, mesmo com pequenas variações ou formas de atuação, apresentam um ponto em comum: a troca de experiências. Observa-se a tendência compartilhada e cooperada para a canalização dos conflitos e proteção de um núcleo mínimo de direitos fundamentais. De uma forma ou de outra, ideias sobre integração e colaboração parecem formar uma provável essência jurídico-positiva do constitucionalismo atual.

O diálogo judicial realizado entre juízes constitucionais pode, portanto, contribuir enquanto complemento estritamente transitório para o sistema constitucional contemporâneo, pois conforme preleciona Michael Keating “nenhuma reivindicação é válida em uma perspectiva histórica mais longa e, à medida que a ordem política global muda, o estado em si é cada vez mais desmistificado e desconstruído”.²⁹⁵

A bem da verdade é que a intenção de fornecer uma opção conscientemente efêmera não possui objetivo algum de responder os impasses da teoria constitucional com definitividade, mas apenas tem o escopo de evitar que respostas desconexas sobre questões de poder e estado flutuem em um limbo abstrato do pensamento humano.

²⁹⁴ TZANAKOPOULOU, Maria. **Reclaiming Constitutionalism**: democracy, power and the state. Oxford (UK); Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018. p. 201.

²⁹⁵ KEATING, Michael. **Plurinational Democracy**: stateless nations in a post-sovereignty era. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 06. Keating afirma: “*Neither claim is valid in a longer historical perspective, and, as the global political order changes, the state itself is increasingly demystified and deconstructed, opening up new avenues for national accommodation*”.

Tal intento é de compreensão mais fulgente quando se entende que a história é cíclica e que novos tempos de pós-soberania ou de presumível nacionalismo apátrida podem não estar tão afastados assim. Em tempos de consensos, os dissensos também afloram. Ou será o dissenso um consenso póstumo? Por mais paradoxal que seja, na estação da globalização, já se notam perspectivas de antiglobalização. Mas a modernidade é assim, paradoxal.²⁹⁶

David Held e Anthony McGrew já advertiam que “precisamos pensar de novas maneiras. A globalização não está provocando a morte da política. É esclarecedor e revigorante o terreno político contemporâneo”.²⁹⁷ Em momento em que política, poder, constitucionalismo e direito formam um quarteto dialético entrincheirado na jurisdição constitucional, Held e McGrew solavancam a fecundidade da criatividade. Por ora, saber coexistir com a anfibia contemporânea, por si só, já é uma grande conquista ou reconquista do espaço estratégico. A viagem segue seu rumo. O debate está aberto.

4.2 Hermenêutica Constitucional: de instrutora à construtora da Corte

As relações sociais, da simplicidade aos envolvimento mais complexos, transmitem informações a todo momento. Aliás, o próprio momento, um instante da vida, um tempo de reflexão, individualmente considerado, por mais inerte que se possa parecer, por ele mesmo, já é um vetor de informação.

Não se pode crer que exista momento inativo ou pensamento vazio. O recôndito em uma dada circunstância pode ser liberdade em situação diversa. Até mesmo o próprio refúgio

²⁹⁶ KEATING, Michael. **Plurinational Democracy**: stateless nations in a post-sovereignty era. p. 01. Keating ressalta o provável ressurgimento do nacionalismo, chamando de “nacionalismo apátrida”, em contratendência à era da globalização. Para ele: “*Like earlier waves of nationalism, the current one has thrown into question the political order within and among states; it has also confounded a generation of modernization theorists who saw the consolidated nation-state as the end point of political development. For some, this resurgence of stateless nationalism stands in contradiction to the predominant modern trends of globalization and transnational integration, which might have heralded the end of the nation-state, or even of nationalism itself*”. Em livre tradução: “Como as primeiras ondas de nacionalismo, a atual colocou em questão a ordem política dentro e entre os estados; também confundiu uma geração de teóricos da modernização que viam o consolidado estado-nação como o ponto final do desenvolvimento político. Para alguns, esse ressurgimento do nacionalismo apátrida está em contradição com as tendências modernas predominantes da globalização e integração transnacional, que podem ter anunciado o fim do Estado-nação, ou mesmo do próprio nacionalismo”.

²⁹⁷ HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David; PERRATON, Jonathan. “Globalization”. In: **Global Governance**: a review of multilateralism and international organizations. v. 5, n. 4, (Oct.–Dec), 1999, p. 496. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27800244>>. Acesso em: 04 abr. 2019. Os dois primeiros cientistas políticos encerraram o artigo comentando, na parte intitulada *Governing Globalization*: “*We need to think in new ways. Globalization is not bringing about the death of politics. It is reilluminating and reinvigorating the contemporary political terrain*”.

alterna-se entre o oculto e o visível, e a liberdade se manifesta sem necessidade de novo elemento. O vazio é apenas aparente, pois antes de se pensar a linguagem já o preencheu. Basta iniciar a atividade do pensamento e logo as vicissitudes do saber transitam pensamento²⁹⁸.

Por certo que o trânsito de ideias pode ser desorganizado, mas também surge com organização imanente ao pensamento. A determinação de uma ou outra situação, de início, não possui tanta relevância, pois o que mais importa é o pensar. O pensamento, assim, costuma sempre existir e quase nunca se enfraquece. O que se fragiliza – ou se muda o foco – não é o pensar, mas a sua forma de refletir, os motivos impulsionadores do momento de reflexão.

Não há vida sem pensar. Sem reflexão não há dinamicidade das relações sociais, não há colaboração para a saúde das instituições, muito menos compartilhamento de novas visões sobre o certo ou incerto. Na verdade, até o que é certo ou incerto se submete ao relativismo daquilo de como se observa ou de como o olhar do pensador se projeta no tempo, no seu contexto histórico, na sua conjuntura científica, social, nas suas crenças e cultura.

E a depender de como se analisam as diversos condicionantes do pensamento, a crítica se funde e com ela nasce um arcabouço de argumentos, variantes, condições que se ramificam a ponto de propiciar um arsenal teórico e analítico daquilo que se deseja construir. Começa a surgir, então, um direcionamento daquilo que antes era apenas pensamento isolado e agora é pensamento contextualizado. A candura da abstratividade recebe a ambição da concretude.

A partir de tais elementos, por vezes desarranjados, mas conexos com paradigmas inerentes de racionalidade, forma-se um campo de discussões, de retóricas argumentativas, de difusões de entendimento, um repertório característico para uma coordenação e acomodação de propostas, de inserção de olhares coevos, de sugestão de novos aforismos.

E nesse sentido o pensamento vai se perpetuando e a cada estágio recebe um novo subsídio, ao ponto de nunca chegar em seu ápice. O auge é lugar de aprisionamento, é local de clausura, é momento de restrição. O pensamento, por sua dinamicidade, não pode ser descontinuado e segue renovando e renascendo a cada instante. E junto a ele reinicia-se o processo de conhecer e criar.

²⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: complementos e índices. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 175.

O pensamento e a crítica, no processo de conhecimento e de criação, não pode se dissociar da realidade. Esta circunda o espaço contextual do pensamento e lhe dá tom e vivacidade. A realidade transforma atitudes, corrobora ambições e às vezes reprova finalidades, em um exercício de busca e propagação do pensamento, um leva e traz simbiótico de agregação de reflexões e desconstituição de fundamentações.

Para esse fluxo enérgico e profícuo transitar entre a possibilidade de sua existência e sua validade são necessárias sinalizações, sob pena de as ideias se perderem nos meandros da incompletude, na escuridão do sentimento puro e na estrada da insipiência. Indicadores para orientação do pensamento e sua realidade perpassam por entender que a arte de conhecer e criar é, antes de tudo, uma técnica da linguagem, como tal é o próprio direito²⁹⁹.

4.2.1 O Processo de Abertura Constitucional

Sabe-se que a realidade apresenta duas consideráveis vertentes quando entra em contato com o processo de conhecimento. Reação e interpretação se relacionam em graus diversos. A primeira refere-se ao enfoque estritamente ligado ao instinto do intérprete, enquanto a segunda relaciona-se com a transposição, para a seara do saber, do contato preliminar com a realidade circundante.

A atividade interpretativa é o *locus* onde se desenvolve todo o conhecimento. É no plano interpretativo que o objeto eleva-se ao plano do pensar. Assim, a interpretação é o estágio dinâmico e racional do conhecimento da realidade e de apreensão do sentido e alcance das expressões jurídicas. É uma atividade do logos e que se exterioriza por meio de um processo discursivo, linguístico e comunicativo, capaz de exprimir o verdadeiro e o falso, o justo e o injusto, o certo e o errado.

Hermenêutica e interpretação, apesar de correlações em seus institutos e prática constitucional, possuem diferenças. O significado não é semelhante entre tais expressões, fazem parte de um todo relacionado ao pensamento e ao discurso jurídico, porém, em

²⁹⁹ LACAN, Jacques-Marie Émile. **O seminário**. Livro 2. Rio de Janeiro: Zahar, 1995. p. 118. Segundo o psicanalista francês, “*nunca sabe o que pode acontecer com uma realidade até o momento em que se a reduziu definitivamente numa linguagem*”. Para estudo mais aprofundado sobre a linguagem e o direito, Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993; WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

situações e momentos distintos, específicos, mas coordenados.

Nesse sentido, a interpretação é antes de tudo uma atividade, um exercício pragmático de extração de sentido do texto escrito. A interpretação atua no caso concreto, possui dinâmica e sua atuação está mais afeta a transformações de significados. Surge, contudo, com o caso em análise e se funde na própria aplicação do direito, com a possibilidade de concretizar os subsídios emitidos pela hermenêutica.

A hermenêutica não é atividade, é administradora da intensidade interpretativa. É mais ampla, passa a ser a forma de atuação do direito, o modo de ser no caso concreto. Portanto, atua em via preestabelecida, em caráter abstrato. Não possui o dinamismo avantajado da interpretação, mas se caracteriza por fornecer substratos para o início da mobilização do conhecimento. Mais que um conjunto de mecanismos instrutórios é uma construtora do direito.

A experiência hermenêutica possui na linguagem o seu começo, meio e fim. Ela é a zona de interseção. Constitui-se no modo de ser da própria hermenêutica. O texto e a linguagem são instrumentos da experiência e com ela conversa em todas as suas fases. Experiência hermenêutica e linguagem são inseparáveis, instruem e edificam o direito.³⁰⁰

Em suma, a interpretação é uma atividade hermenêutica. E a hermenêutica é uma gerenciadora da atividade interpretativa, ambas conectadas em mútuo processo do pensamento, capaz de conhecer e criar, mediante a realidade circundante que lhe concede preparação e complementação, porém, constituída pela linguagem. A ideia de abertura e dinamismo, nesse ponto, torna-se sensível.

Assim sendo, interpretação, hermenêutica, texto e realidade parecem formar uma figura geométrica do pensamento jurídico. Não uma figura desordenada, mas composta pela harmonia de vetores interpretativos e direcionamentos linguísticos, educando um encaixe relevante para extrair o significado do próprio texto.

³⁰⁰ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. (série IDP: direito comparado). p. 233. Para Vesting, assim como na hermenêutica, “*a verdade, a abertura do ser, torna-se dependente da linguagem e, por conseguinte, de todo o texto, a experiência da verdade só existe de fato nos meios de comunicação da linguagem e da escrita, como saber que se articula no mundo, em conversas e textos (e não apenas na consciência ou no espírito). Por isso, a hermenêutica tem amplas consequências teórico-cognitivas. Ela é orientada de modo crítico contra as construções racionais abstratas do Iluminismo, sobre as quais também repousa, afinal, o pensamento sistemático jurídico-positivista*”.

O espaço alargado entre os signos da linguagem e seus significados tem contundente redução quando o pensamento jurídico, utilizando da geometria cooperada, atua retirando da escrita a mensagem correspondente e aplicável a cada caso em apreciação. No entanto, para isso, a Constituição precisa conversar com a realidade e se projetar em um processo aberto de conhecimento e criação. E assim ela o faz por meio de suas normas: as regras e os princípios.

O primeiro tipo, normas-regra, é caracterizado pela segurança jurídica, pela presença de preceitos delineados em um texto. A força de sua aplicação é inerente ao seu estado de normas formalmente constitucional. Atende, portanto, ao postulado *all or nothing*, pois a natureza rígida e concreta das regras revela o seu nível de determinação, o que faz incidir um certo caráter limitador das pretensões constitucionais.

As normas-princípio, por sua vez, constituem o segundo tipo e são consideradas normas abertas, permitindo uma maior interpretação e um maior grau de liberdade do intérprete. A insegurança jurídica, em razão da possibilidade de elasticidade principiológica, cresce e com ela a abstratividade encontra atuação. Por isso se diz que o postulado aqui é de otimização das ideias e de ponderação de interesses³⁰¹.

Como então compatibilizar regras e princípios em uma ordem constitucional?³⁰² Se apenas regras existissem no texto constitucional, hermética seria a sua atuação social. Se somente princípios fossem as normas constitucionais, haveria abundância na liberdade interpretativa. Logo, a segurança jurídica das regras acomoda-se com a otimização principiológica, se ambas formarem um sistema constitucional aberto de organização político-social, na medida em que também é assim compreendido o próprio constitucionalismo.

Se a modernidade traz desafios ao direito, que necessita responder aos impasses sociais complexos surgidos com a diversidade de casos que extrapolam as fronteiras estatais, e tendo em vista que o constitucionalismo caracteriza-se por sua dinamicidade, a Constituição, agora no centro do ordenamento, também precisa estar inserida nesse contexto de abertura constitucional, para realizar a comunicação de seu texto com a realidade social.

³⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 161

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1127. Para o autor, “o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma ‘law in the books’ para uma ‘law in action’ para uma ‘living constitution’”.

Realidade e texto concebem a Constituição como sistema e fazem dela uma ordem disponível pela constante comunicação entre eles. O texto se largueia para a realidade e a realidade permite que o texto exerça influência modificadora. Logo, é um sistema alopoiético em que, como sugere Vesting, “a interpretação permanece sempre aberta a influências externas incalculáveis, e isso significa: sempre aberta para variações da práxis jurisprudencial habitual”.³⁰³

A Constituição aberta de regras e princípios, dessa forma, repousa o texto com a realidade. Enquanto o texto guia a realidade, esta também o condiciona. A Constituição passa, assim, a ser o reflexo e o refletor da sociedade reconhecendo a realidade e viabilizando condutas a serem seguidas segundo a sua aceitação material como conteúdo prescritor³⁰⁴, de forma que ambos se interagem no espaço constitucional.

4.2.2 Decisão Jurídica Estruturante: do programa ao âmbito normativo

Decisão e interpretação, dois núcleos indivisíveis que se encontram em momentos iguais, na aplicação do direito, formando uma unidade, um todo único, uma criação jurídica. Se essa formação discursiva é mais que um argumento e sim uma verdadeira construção, só que do direito em si, por meio de uma experiência hermenêutica jungida constantemente pela linguagem, então é porque a decisão jurídica é estruturante.

E perceber uma decisão estruturada é poder interpreta-la e aplica-la democraticamente. Em tempos de estado constitucional de direito, a democracia deve ser sentida como um processo dinâmico em que alguns elementos se unem e formam um todo participativo, pilares irrenunciáveis, sob pena de instauração de um déficit organizatório de grandes implicações para o democratismo.

Os alicerces dessa base pluralista legitima o estado constitucional de direito, dando-lhe força e aceitabilidade na sociedade. Dessa maneira, pode-se falar que para o delineamento do estado constitucional é preciso haver, além de uma Constituição democrática, uma decisão

³⁰³ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. p. 250.

³⁰⁴ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196.

construída democraticamente, que legitime a sua imperatividade no próprio texto constitucional.

Para a aplicação do direito, existem determinadas indicações, verdadeiros pré-compromissos assumidos pelo intérprete e também para a sociedade que recebe dele a orientação cogente. Defender a autonomia do direito e reconhecer a força normativa da Constituição é, sem dúvida, a fundação dessa construção constitucional. Entre emissor e receptor da decisão deve existir uma linguagem criadora, normativa e principalmente democrática.

Com a construção da decisão jurídica, o processo de concretização da norma encontra seu ponto de contato. Portanto, a norma só galga tal atributo depois que a problematização de um caso concreto se instaura. A lei, abstratamente considerada, o texto com seus signos linguísticos, não são normas propriamente ditas, mas sim potenciais regramentos, pré-normas.

A norma apenas surge quando é realizada a linguagem, no momento de sua interpretação e diante da análise dos elementos formadores dos paradoxos, como as situações fáticas e a discussão judicial pendente de resolução. Müller revela que o texto da norma não é simplesmente a norma, mas sim uma forma ou exemplo de ordenação que se expressa pela linguagem, cujo significado surge somente no exato momento da atividade de concretização do preceito normativo, formando, então, o âmbito normativo.

A norma não é norma enquanto não confrontada com o contexto social e com a realidade que circunda o texto. Ela não é posta e imutável, não possui hierarquia. A cada nova autorreflexão do texto com a realidade, com o contexto social e diante da problematização, a norma renasce e transcende ao texto, mas encontra na própria norma a sua fronteira.

O seu processo de criação é cingido por ela mesma, que, associada ao texto, não pode extrapolar o sentido da simbiótica relação entre a realidade contextualizada e o sentido da escrita jurídica em um dado caso particular, diante de um conflito. Por isso que se diz ser a norma específica para cada caso, pois as variantes de cada problematização, dentro do contexto, proporcionarão a qualificação do texto e, por conseguinte, a concretização da norma.

O texto, por sua vez, tem hierarquia e sua interpretação pode atingir sentidos mais elásticos, a depender das circunstâncias variáveis do próprio caso concreto. A conjuntura

social distintiva ao mesmo tempo que lhe dá sentido também garante o discernimento do alcance do senso. O consenso para o paradoxo, a depender dos fatores característicos do caso, pode ser variado e modificado a cada nova contextura. A norma, dessa forma, é a fusão do processo concretizador entre o programa normativo e o âmbito normativo.

Dessa consideração, pode-se inferir que o texto escrito é indicativo *ante casum* e precisa de fatores coconstitutivos para ser norma *post casum*. Não é sem razão que Müller afirma ser o texto codificado apenas “um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’”³⁰⁵. Compreende-se, assim, que o texto é um *input* que precisa do *output* para se consolidar enquanto norma.

A relação fática é o elemento coconstutivo que surge diante do problema, o qual circunda a realidade e é por ela envolto em uma relação permutativa. O *output* necessário para isso é o “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si, ou em parte criou para si, como seu âmbito de regulamentação”. A norma *post casum* desponta com o “nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma”³⁰⁶.

O direito aplicado, sim, configura o parâmetro limítrofe entre o texto escrito e sua relação com o âmbito normativo. Assim, o programa relaciona-se com o âmbito normativo na criação do direito. É a teoria estruturante do direito ganhando forma e relevo e principalmente demonstrando a interligação necessária entre a realidade e o texto escrito.

O texto, por si só, não cria o direito e não passa de uma perspectiva regulatória que encontra emancipação de significado quando confrontado com os contextos histórico, cultural e da conjuntura que o circunda, ocasião em que o âmbito normativo lhe concede sentido e, por meio da linguagem e diante do concreto problema posto em apreciação, o nascimento da norma se sucede e com ela a criação do direito se estabelece.

A norma é elemento estruturante do programa normativo, organizando e configurando a realidade social por meio de pré-compromissos democráticos do intérprete. Do

³⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 11.

³⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 57-59.

relacionamento entre o texto e o contexto, a norma é construída e a decisão jurídica é concretizada.

4.2.3 Força Normativa: uma questão de vontade constitucional

A reflexão do direito por meio de sua análise linguística faz dos significados jurídicos construções normativas. Despicienda talvez fosse tal atividade se o resultado criativo produzido apenas orientasse ou direcionasse o intérprete pelo caminho democrático puro e simples.

No entanto, o problema surge quando se verifica que tal caminho não é simples e por vezes impuro e que o entrelaçamento da escrita jurídica com a conjuntura social pode virar pérfida justificativa para relativizar a imperatividade normativa, não satisfazendo nem compatibilizando as inquietações paradoxais das relações sociais e desorganizando a construção da decisão jurídica.

O ajuste sincronizado entre texto e realidade, sintonizado com o compromisso constitucional de conceber a Constituição centralizada no ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos em níveis múltiplos, produz força normativa lógica e democrática. Ao mesmo tempo que organiza a vida em sociedade, também a transforma. A possível mutabilidade do contexto social transpondo a sociedade para um espaço plural tem na atividade interpretativa uma aliada para consumir e prevenir o seu atributo normativo imperativo. Este é o momento em que a força material, os fatos da realidade, encontram-se com a força jurídica e com isso se solidifica a força normativa da constituição.

Reconhecer a pujança da Constituição é acima de tudo entender o sentido da proposição normativa, de forma a inseri-lo nas reais condições que prevalecem em uma certa situação social, pois “a força condicionante da realidade e a normatividade da constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.³⁰⁷

³⁰⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15. Sobre a relação entre a Constituição e a realidade social, Hesse ressalva que “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo de condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas

A união entre normatividade constitucional e realidade perpassa por um condicionamento recíproco entre texto e realidade político-social. O isolamento entre Constituição jurídica e realidade é o termômetro para sua força normativa. A dicotomia entre Constituições formal e material é finalidade primordial para o sentido normativo, é um “caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade de outro”.³⁰⁸

Norma e realidade não se isolam, tampouco se confundem, mas se coordenam. A compreensão prévia do intérprete necessita de um fundamento teórico-constitucional. O aplicador analisa o conteúdo da norma a partir de uma compromissada compreensão prévia, que lhe permite contemplá-la desde certas expectativas constitucionais. A Constituição jurídica deve buscar arquitetar seus regramentos com base na realidade presente. Nela não pode haver vazios quanto a aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais do contexto social. Os limites e as possibilidades da atuação do texto definem-se pela realidade.

Norma constitucional sem realidade é uma cavidade cuja ineficácia assemelha-se a um contexto impotente para transformar o direito. O regramento se torna um vácuo antidemocrático e abre espaço para discursos possantes e para o dissenso. Mas com o consenso ele se fortalece e intensifica a submissão voluntária da sociedade aos preceitos constitucionais e, assim, uma social e intencional concretização normativa se constitui.

Hesse propõe um substrato subjetivo, a vontade de Constituição, que junto com a objetividade da realidade estreita os laços entre o jurídico e o político. Contra forças o argumento não se sustenta e pode ser preterido pelo poder. Constituição sem vontade é lei sem realidade. E Constituição sem realidade é uma folha de papel dominada pelos fatores reais de poder.³⁰⁹

Os pressupostos de sua eficácia, portanto, retratam a realidade, absorvendo os valores dominantes de seu tempo e os fatores políticos, econômicos e sociais. São condicionadores de uma prática constitucional condizente com a sua força normativa e que preenchem a lacuna democrática, clareiam o opaco consenso e tonificam o pluralismo.

e econômicas?

³⁰⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. p. 14.

³⁰⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. p. 33.

4.2.4 Tópica: argumentação jurídica para os paradoxos

Se a norma é criada no momento do conflito e sendo este um paradoxo da modernidade, pode-se dizer que norma e problema possui uma ligação pelo menos temporal. Da mesma forma, entender a realidade como contexto de uma sociedade no bojo de uma problematização é o mesmo que compreender o encontro da norma com o conflito.

No entanto, por exclusão, compreender o texto escrito sem realidade circundante é o mesmo que reconhecer um programa escrito sem normatividade e imperatividade e, portanto, sem paradoxo. A norma dá vida ao direito e o direito dá solução aos problemas. Logo, a norma vitaliza o conflito.

A vitalidade da norma ao conflito opera em um sentido construtor e não negativo. A norma não encoraja o conflito, não estimula que ocorram os impasses da vida social, mas, como os paradoxos nascem de forma cada vez mais complexa, superam a intenção normativa, autorizando que esta exerça o seu papel criativo por meio da linguagem.

Nesse sentido, a atividade vitalizante da norma para o conflito deve ser entendida como atividade argumentativa e integrativa e, portanto, tópica. Analisar o problema a partir de questões retóricas é valorizar o *topoi* a ser por ele intensificado. A energia tópica, dessa maneira, contribui para o processo de explicação do paradoxo.

Os pontos de vista como soluções pragmáticas são argumentações sobre dificuldades e são utilizados como vetores de debates sobre os conflitos. Em outros termos, o *loci* ou *topos* são instrumentos tópicos contextualizados aptos a sugerir resoluções aos conflitos. Trazem em seu conteúdo explicações, dinamizam discursos e movimentam arestas interpretativas.

Compreender a tópica como “uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica” é fundamental para observar a potencialidade dela para o contingenciamento de paradoxos, pois “se desdobra numa textura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo”.³¹⁰

³¹⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p. 17.

A sua utilidade reside exatamente no fato de poder desestabilizar a problematização por meio de seus mecanismos argumentativos de sugestão de estabilizações. É uma técnica que fundamenta o próprio direito em si, por isso a relevância do conflito, já que nele há espaço comutativo entre a tópica e a construção do próprio direito.

Os pré-compromissos constitucionais têm no pensamento tópico a oportunidade de se revigorarem mediante a construção democrática de decisões fundamentadas em argumentações distintas. O pluralismo possui a tópica como vetor participativo. A abertura de pensamentos se materializa na concretude do caso particular.

A fragmentação da lei sugere a obtenção de potencialidades responsivas, mediante a problematização do caso, alargando a possibilidade de solução para o conflito, transformando a atividade interpretativa em um processo alopoiético de argumentação.³¹¹ Frisa-se que o problema prático é aqui intuído como paradoxo ao qual várias explicações podem ser correspondentes e talvez mais de uma resposta ser cabível para a construção do direito.

Percebe-se, com essas explicações, que a tópica possui como elementos característicos o problema, o *topoi* e a legitimação das premissas suscitadas. Problema é raciocínio divergente, dissociativo. É o ponto de partida do pensamento tópico. O *topoi* é possibilidade de direcionamento para a convergência de entendimentos, possui natureza associativa. As premissas são a validação dos argumentos propostos para elidir o dissenso, de acordo com os elementos contextualizados do conflito. São catalizadoras e moderadoras.

4.2.5 Criação do Direito e Diálogo Judicial: a interpretação dos paradoxos

Interpretar a Constituição é aperfeiçoar sua existência, é conceder sentido, nexos, contexto para a sua praticidade. Constituição não combina com prolixidade, não se sustenta na dubiedade, muito menos se consolida com obscuridade. Desentrançar espaços é dinamizar

³¹¹ Theodor Viehweg apresenta uma distinção entre dois graus de tópica. De acordo com o primeiro, deve-se proceder a uma escolha não-democrática de múltiplos pontos de vista que, de uma forma ou de outra, acabam se transformando em habituais, na tentativa de buscar, a partir destes, sentidos comuns. Deve-se realizar uma orientação por intermédio de requisitos objetivos, a fim de proporcionar consequências esclarecedoras. É a chamada tópica de primeiro grau. Em relação ao segundo grau, este se constitui quando o primeiro grau se apresenta insuficiente em sua função. Diante disso, busca-se um apoio em um repertório de pontos de vista que já se encontraram previstos, os quais podem explicar os conflitos. Dessa maneira, criam-se os catálogos de tópicos, formando a tópica de segundo grau. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p. 36).

seu conteúdo. Confiar em seus institutos é assegurar a estabilidade institucional e clarificar sua feição é legitimá-la na sociedade.

As constantes transformações ocasionadas pelo processo da globalização impõem reflexões sobre ideias já estabelecidas. Estado, nação e direitos encontram-se unidos em um espaço cada vez mais desterritorializado, deixando direitos fundamentais vulneráveis às vicissitudes da massificação mundializada do modelo neoliberal.³¹²

Ao passo que a globalização possui abordagem excludente, também pode propiciar faceta inclusiva, a depender de qual enfoque seja analisado. A ambiguidade imanente à mundialização faz desses conflitos um paradoxo aberto e cheio de possibilidades. Enquanto se caminha nesse ritmo instável, o que se faz certo é entender a Constituição sob o aspecto não interpretativista e aberto para possível adaptação da sociedade multinível.

O texto constitucional democrático é aquele que é interpretado a partir da compreensão dos partícipes da prática constitucional e considera o mosaico de entendimentos da sociedade sobre as letras da Constituição. A ordem aberta constitucional representa a aceitação de uma permanente modificação do texto, quando da sua interpretação e aplicação, como também a concepção de que o texto pode ser modificado via atuação da atividade interpretativa e pelos integrantes da comunidade legitimadores de sua força normativa.

Texto e realidade estão a passos largos mudando sua ordem. A realidade e o texto apresenta-se mais conformadora com a modernidade. Para a hermenêutica integrativa e criadora, a sequência semântica de tais fatores não importa tanto, haja vista que texto e realidade se conectam direta e inversamente. O texto direciona a realidade e a realidade condiciona o texto. O que não se pode negar é que entre o texto e o contexto não pode haver pretexto constitucional para acomodações de pensamentos.

No espaço constitucional não pode haver disfarces para debates inconstitucionais, o que é algo bastante diferente de debates sobre inconstitucionalidade de atos. O tempo é precioso para constitucionalizar os direitos. Enquanto a Constituição deseja constitucionalizá-los a modernidade procede à sua transnacionalização ou desconstitucionalização, desestabilizando a ordem interna e ampliando a discussão sobre temas desfavoráveis à democracia.

³¹² BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. p. 09.

A conjugação de tais processos perpassa pelo momento da juridicização do político e da politização do jurídico³¹³ e qualquer semelhança dessa passagem com a privatização do público e a publicização do privado não é mera coincidência. Aqui o discurso muda de configuração e o espaço constitucional se sofisticava com maior intensidade.

A bem da verdade é que a inconstitucionalidade do que é hoje constitucional e a constitucionalidade daquilo que é inconstitucional tem se transformado em um giro analítico que a ambivalência moderna tem proporcionado. E o fundamento daquilo que é verdade ou mentira, justo ou injusto, diferente ou indiferente fica deslocado para um patamar cuja estruturação remete-se à linguagem.

E essa linguagem cada vez mais tópica possui *topoi* que constrói e destrói premissas, mas que precisa ser analisado dentro do contexto constitucional para que os paradoxos globais que gravitam na atmosfera do espaço constitucional tenham encaixe na Constituição jurídica, dando-lhe força imperativa e criando a resposta constitucional dentro de um processo linguístico procedimentalizado, portanto, pelo diálogo judicial.

O direito representa a opção política de um povo, não sendo possível isolá-lo do poder. Em específico, o direito constitucional é mais receptivo a esse conteúdo do que outros ramos, posto que o caráter político da norma constitucional permite elasticidade. A fusão do texto com a realidade é a essência da Constituição e tal abertura não se mostra como uma qualidade, senão uma necessidade do texto constitucional.

Assim sendo, a interpretação da Constituição deve levar em conta a excessiva politização da norma constitucional, a carga de legitimidade maior que da norma infraconstitucional e a sua posição central irradiando efeitos a todo ordenamento. Tal interpretação diferenciada deve concebê-la como ordem aberta, pensada a partir da problematização e vista desde a aplicação do texto diante de uma realidade que o modifica.

A ideia de hermenêutica e da interpretação nasce da noção de conhecimento. Schleiermacher construiu a teoria de hermenêutica voltada para o subjetivismo, bem como desenvolveu a teoria do círculo hermenêutico e concebeu a unidade da hermenêutica, que

³¹³ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. pp. 24-25.

passou a ser analisada como um sistema de “construção de um determinado finito a partir de um indeterminado infinito”³¹⁴.

Por sua vez, Dilthey, adepto do objetivismo, concebendo uma verdade intrínseca ao objeto, considerava o conhecimento produto da historicidade humana. “Resumo numa proposição nuclear o que até agora se disse, que a consideração histórica comparada confirma em cada ponto. As mundividências não são produtos do pensamento. Não brotam da simples vontade de conhecer”.³¹⁵ Um típico relativismo sem orientação.

A pequena glosa inspira vontade por novas linhas, mas, por ora, o foco no pensamento de Gadamer se mostra mais necessário às relações entre a hermenêutica constitucional e o diálogo judicial. Utilizando-se da teoria de Heidegger³¹⁶, Gadamer une o círculo hermenêutico de Schleiermacher e a pertinência história de Dilthey para construir a teoria que funda a objetividade e a subjetividade como uma espécie de terceira via.³¹⁷

Interpretar, na concepção gadameriana, não é só se deparar com o texto purificado da lei, ou seja, sem qualquer pré-compreensão. O texto simples e sem carga interpretativa recebe criação quando o intérprete também agrega à parte escrita a sua formação pessoal e cultural que é construída pelo contexto social ao qual pertence. O contexto cultural enquanto formador do embasamento comportamental e mental do aplicador não pode ser isolado na periferia da atividade interpretativa.

Disso resulta o intercâmbio difusivo entre o objeto e o sujeito, entre o texto e a realidade personificada pelo aplicador jurídico e, claro, mediante o problema do caso concreto. Assim, a interpretação transforma-se em um ato dialético, o qual pode ser simbolizado por uma espiral de constante revisitação do objeto pelo intérprete e deste para o texto.

³¹⁴ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e Crítica**. Trad. Aloísio Ruedell; ver. Paulo R. Schneider. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 99.

³¹⁵ DILTHEY, Wilhelm C. L. **Teoria das Concepções de Mundo**: os tipos de concepção do mundo e os seus desenvolvimentos nos sistemas metafísicos. Trad. Artur Mourão. Lisboa: LusoSofia Press, 1992. p. 19.

³¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 208. Para Heidegger, a relação recíproca entre o ser e o ente ocorre por meio do *Dasein* que possibilita a compreensão. Para o autor: “*sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível com algo*”.

³¹⁷ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. pp. 80.

As idas e vindas do movimento interpretativo a cada nova etapa do arranjo transmissivo de pré-compreensões, com um grau mais alargado de captação em relação ao anterior, faz a dinâmica interpretativa robustecer. Os *inputs* e *outputs* ganham mais prestígio a cada novo giro. O espiral da força interpretativa encontra a união do objeto com o intérprete de modo que a cada volta o aprofundamento da percepção se revitaliza. O círculo hermenêutico espiralizado de Gadamer assume cor e forma, tonificando a sofisticação do ato de criação do direito.³¹⁸

Importante ressaltar que as interpretações também possuem condicionantes temporais e pessoais, certas restrições que pelo menos implicitamente interage com o movimento interpretativo, as pré-compreensões. O círculo hermenêutico, nessa perspectiva, é uma atividade de retorno ao objeto surgindo o procedimento a partir de um anterior espectro compreensivo. O contexto, o nexos entre os fatores históricos e a estrutura do intérprete despontam como condicionadores do processo interpretativo.

Importante notar, ademais, que o texto adquire existência no momento da sua leitura, na ocasião de sua aplicação, posto que é indissociável do problema hermenêutico. A interpretação surge com a problematização. Enquanto Hesse entende no momento do fato, os ideais de Müller e Viehweg confirmam que a concretude da norma tem no conflito o seu *timing* interpretativo. Não basta conhecer, é preciso concretizar a norma por meio do problema.

Em Gadamer, a hermenêutica jurídica domina-se pelo objetivo do texto interpretado, porque a aplicação faz parte do contexto. A atitude do intérprete, portanto, é de construção da norma e de aditamento de sentido no momento da aplicação. O texto, por sua vez, procura ser compreendido no momento da aplicação, a cada instante em que ele se mostra aplicável a um caso concreto.

Nesse sentido, Gadamer, Müller e Hesse realizam um diálogo hermenêutico, pois há a similitude de pensamento. Antes que a aplicação jurídica se forme, o texto é apenas texto e a aplicação depende do contexto. Para Müller o momento anterior ao contexto é apenas o programa normativo. Para Gadamer é o texto propriamente dito. Para Hesse é a Constituição escrita.

³¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. pp. 362-377.

Compreender, interpretar e aplicar são condutas distintas, integradas e fundidas em um mesmo momento. Aliás, integradas porque a aplicação é a própria integração do direito. Não há como dissociar o texto da realidade nem separar a interpretação da concretização normativa. Em especial com relação à hermenêutica jurídica, a atitude do intérprete é de conhecer a norma a partir da sua possibilidade de aplicação e, portanto, partindo-se de um caso concreto, construindo a norma de conduta para o caso, a norma constitucional.

A norma é precedida pelo caso problemático. Os paradoxos são anteriores à norma. As circunstâncias para a sua construção se modificam, e assim também os sentidos e as intenções dos aplicadores. Se a realidade muda, a norma também muda, pois depende de seu contexto. Essa modificação do seu sentido e dos casos abarcados por seu preceito é o que caracteriza a dinâmica do direito, em que os regramentos dentro do sistema são, segundo Vesting, substituídos “pela ideia da continuidade de um contexto cultural de tradição, de uma corrente tradicional contínua de palavras e enunciados que se tornaram objetivos e que são realmente falados ou escritos”.³¹⁹

Interessante observar que Gadamer e Müller trabalham com a ideia de liberdade mitigada para a construção do direito. Se no ato de aplicação existe envolvimento e condicionamento do contexto social frente ao texto escrito, é crível que a liberdade criativa está também jungida pelos elementos da realidade circundante de cada um.

Liberdade absoluta, na concretização da norma, é improvável. A impossibilidade da plena interpretação, livre de pré-anúncios edificadas ao longo da vida contextualizada do intérprete, advém das suas amarras a constantes experiências assumidas em várias dimensões do caminho de amadurecimento do próprio ser pensante. São, portanto, limites imateriais e por vezes imperceptíveis que sensibilizam o aplicador do direito a uma outra intencionalidade. Isso sem falar do próprio texto que já traz contenções expressas.

Em situação diferenciada, pois, situa-se o pensamento problematizado da tópica. Problematizado não no sentido de ser a tópica um problema, mas por ser analisada e utilizada dentro de um conflito. Essa técnica de pensamento a partir do paradoxo relativiza o sistema racional, pois dele não tem o seu *start*. Enquanto a filosofia gadameriana não se encanta por métodos, a tópica enleva o conflito à proporção metódica.

³¹⁹ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. p. 234.

Quanto à atividade do intérprete, a zona de contato entre Gadamer, Viehweg e Müller é transporta-lo ao terreno da paradoxização. A criação do direito ocorre durante o interesse resistido. A existência da contestação à pretensão é a interseção em que os aplicadores se encontram, sejam eles de cunho gadameriano, tópico ou estruturante.

Convém registrar que o instante em que ocorre um protagonismo do intérprete para tais teóricos é no bojo do próprio conflito, mas de aparições peculiares e distintivas. Na hermenêutica constitucional, vive-se a ambiguidade de se entender o conflito como palco de contextos carregados de pré-compromissos.

Primeiro, a importância está no problema, depois na solução. Se tal ordem se inverte não há criação jurídica, pois não haverá construção. A aplicação jurídica não pressupõe padrão ou paradigma vinculante, mas implica meandros interpretativos, a depender do nível de contexto social e histórico do intérprete. A dinâmica de edificação da normatividade, assim, congrega protagonismos, mas em sentido resolutivo e não meramente adornados.

Para Viehweg, o espiral se desconfigura porque o conflito parte do intérprete ao objeto. Para Gadamer, o espiral rejuvenesce, pois o momento de criação do direito vem do objeto para o intérprete. Para Müller, o protagonismo interpretativo une o âmbito normativo ao programa normativo, na capacidade linguística.

A abertura constitucional das teorias expostas relaciona-se com a elasticidade normativa da Constituição. O sistema constitucional não é hermético, assim como não deve ser o pensamento. A evidência da dilatação sistêmica constitucional não é outra coisa que a comprovação da realidade como foco do direito. O direito não é um fim em si mesmo. Se assim o fosse, a aplicação jurídica se fecharia e a realidade seria irreabilidade, pois transposta para o isolacionismo periférico da atividade interpretativa.

Müller, com sua racionalização estruturante, e Hesse, com a concretização da força normativa constitucional, concederam à hermenêutica a manutenção da eficácia na construção do direito, valorizando a materialidade textual e o imbricado convívio entre realidade e direito.

A conexão entre texto e realidade para os concretistas solidificou-se e o monstro que habitava o abismo entre a escrita e o contexto foi superado, talvez por refletirem com seu compatriota Nietzsche ou talvez por evitarem que os vazios dominassem suas mentes, uma

vez que “quem deve enfrentar monstros deve permanecer atento para não se tornar também um monstro. Se olhares demasiado tempo dentro de um abismo, o abismo acabará por olhar dentro de ti”³²⁰. Certamente, Müller e Hesse, de possíveis monstros passaram a protagonistas e deram um salto para a hermenêutica constitucional.

Em verdade, Müller e Hesse percebem a norma apenas na sua dinâmica, expandindo o conceito normativo para além das fronteiras textuais. Não existe norma senão norma interpretada, e a interpretação se dá com a concretização e vice-versa. A norma não para, não descansa, não deixa de se comunicar, pois a realidade também não estaciona, é ativa e produz informação. Realidade informada e normatividade comunicativa é o palco da concretização.

A norma é criada no momento de sua interpretação e o sujeito cognoscente tem papel fundamental em sua criação. Por conseguinte, interpretar é também criar e o direito se constrói a partir do choque entre o sujeito e o objeto e do entrelaçamento da realidade com o texto, por meio de uma linguagem integradora. É no momento do conflito, dos paradoxos, que a interpretação possui relevo. A análise dos contextos dos tribunais supremos na interpretação de seus impasses globais é, portanto, imprescindível para a criação dialogada da norma.

4.2.6 O Diálogo Judicial como Diálogo Hermenêutico

A análise teórica detalhada indica que o diálogo judicial encontra raízes sólidas no campo fecundo da atividade interpretativa constitucional. A linguagem hermenêutica enquanto fundamento dos seus intérpretes é vetor para entender o diálogo judicial como linguagem contemporânea dos intérpretes da modernidade, que também não decidem mais sozinhos, e sim mediante a análise conjugada de redes de conhecimento.

A realidade moderna deslocou o sentido jurídico da nacionalização para a transnacionalização. O direito continua sendo aplicado e construído por meio da problematização, mas agora com enfoque em paradoxos em que diferença e indiferença vivem em ambiguidade como se em disputa estivessem.

³²⁰ NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal ou Prelúdio de uma Filosofia do Futuro**. Trad. Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Editora, 2001. p. 89.

O contexto formador do intérprete da modernidade alcança continentes e se dilata a ponto de conjugar intercâmbios difusores de argumentos, pontos de vista comunicativos para criar o direito dentro de impasses em níveis múltiplos, globais, assim como o é a sociedade multifacetada e hipertrofiada do mundo contemporâneo.

A fragmentação social e jurídica criou espaços vazios e ao mesmo tempo cheios de instabilidade, ora afastando o texto da realidade, ora aproximando a realidade do contexto. A conjuntura social, por sua vez, passa a ser mundial e a visão de mundo formadora do nexos e da realidade amplia-se e, por ora, sem saber ao certo em qual local chegar.

O âmbito normativo se elasteceu tanto que flexibilizou as pontes de interligação dos programas normativos. O abismo entre eles agora são os grandes oceanos separando continentalmente realidades distintas e escritos multifacetados até de organismos não estatais que passam a integrar a estatalidade que, a exemplo da Constituição, está também aberta.

O monstro e o abismo de Nietzsche se multiplicaram e o antídoto para esse cenário multidimensional perpassa pela construção de núcleos interligados de fertilização linguística. A criação do direito se transformou, mesmo que diante de paradoxos, em atos dialogados e cooperativos. Por essa razão, em tom mais atual, Vesting exterioriza que “o caráter e a função da interpretação do Direito deveriam ser apreendidos de uma nova maneira, no âmbito da ideia de sistema em forma de redes”.³²¹

As Cortes supremas, intérpretes da modernidade, encarregadas de sobreporem a conhecida metáfora germânica, polinizam argumentos e atuam compartilhadamente emitindo e recebendo entendimentos jurisprudenciais como procedimentos de *inputs* e *outputs* para criar a norma aplicável ao caso paradoxal em apreciação, pois como exortava Müller “no caso de prescrições de direito constitucional os âmbitos da norma frequentemente são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização. Por isso a práxis jurisprudencial de tribunais constitucionais tem um valor paradigmático em termo de conhecimento”.³²²

Os tribunais constitucionais, enquanto aplicadores do direito, identificam *topoi* para comparação e adequação desses paradigmas interpretativos em suas formações contextuais. Resgatam, com mais vigor que nunca, uma força normativa constitucional calcada cada vez mais na vontade de Constituição e de desconstituição de uma antiga ordem jurídica

³²¹ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. p. 250.

³²² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. p. 60.

isolacionista que em nada ajuda para a proteção homogênea de direitos fundamentais vulnerados a todo instante.

E por falar em instante, este agora é atemporal. O tempo e o destempo é a conjugação antagônica da atemporalidade do tempo moderno. A Constituição, refletor e refletido desse tempo, precisa atingir um foco mais forte e geográfico, em que não há mais tantas barreiras para restringir sua claridade. A luminosidade precisa ser ampliada.

A sua escassez, o aumento desenfreado da problematização global e a complexidade imprecisa da modernidade fazem do círculo hermenêutico até iniciar diálogos entre atores judiciais que antes optavam pelo silêncio constitucional. O diálogo refratário, mais dia menos dia, terá seu déficit cobrado com encargos agora indefinidos.

As vicissitudes da contemporaneidade parecem ter feito os fatores reais de poder ressurgirem em meio a algumas cinzas. O efeito gadameriano da revisitação do ser, pensamento, realidade e texto acelerou os passos em que a complexidade da criação jurídica agora não mais se caracteriza em círculos ou espirais, mas em hipérboles, desta feita, sem retorição, senão com geometria em que a contabilidade parece não ser mais exata.

A análise dessas explicações permite perceber que a hermenêutica constitucional está tão atual como em tempos pretéritos. O seu arsenal teórico é perceptível na modernidade. As bases hermenêuticas continuam as mesmas. A sustentabilidade de suas concepções reforçam-se. A diferença não está nos seus institutos ou fundamentos, mas na forma de instrumentalizá-los e na maneira de proceder à suas interpretações.

A criação do direito continua presente, mas em tonalidade intercomunicada. A problematização como campo fecundo para a aplicação jurídica é mais que visível, porém, qualificada pelos paradoxos ambíguos propícios aos debates entre Cortes constitucionais. O contexto está vivo e carente de adaptação além das fronteiras. O texto está multiplicado à procura da realidade que os integre.

A tópica continua a explicar cenários problematizados, criando um sem-número de *topoi*, que a tecnologia utiliza de modo inconsequente para involucrar pontos de vista democráticos. A Constituição continua dirigente e decisiva, mas necessita sair da periferia em direção ao centro da vida político-jurídica do Estado.

O espaço constitucional ainda permanece o ambiente do texto e contexto, mas por demais distendido pelos laxos pretensiosos da arena política, mais estratégico que outrora. E a linguagem jaz na modernidade em dissonantes patoás literalmente carecendo de intérpretes que decifrem o seu sentido. A criação do direito é criação dialogada do direito.

A hermenêutica constitucional, portanto, tem se qualificado para um “modo de ser daquele que compreende o direito: a linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem”³²³. Disso resulta que a hermenêutica parte de uma técnica de instrução do direito à legítima criadora da Corte, momento em que a linguagem contextualiza-se em diálogo judicial.

4.3 Contramajoritariedade: o pêndulo de Foucault na jurisdição constitucional

A teoria constitucional ao longo dos anos tem refletido unicidade finalística ao espaço constitucional. Enquanto as práticas de poder deslocam-se pelas funções estabelecidas no modelo disjuntivo mas colaborativo de governabilidade, realocações participativas do corpo social também transitam entre propósitos altruístas e particularistas, sem deslembrar do reposicionamento de instituições jurídicas que em meio à sentimentalidade ou racionalidade gravitam entre o moralmente correto e o juridicamente necessário.

Sem qualquer intento depreciativo ou laudável, percebe-se mais uma vez que a acomodação de forças não lineares de poder assemelha-se com a instabilidade temporal em que as bases da política se misturam com as jurídicas e estas com as daquelas. A já conhecida ambivalência da modernidade também atinge as instituições governamentais, jurídicas e sociais e a versatilidade de suas condutas passa a ser o cenário de descobertas para a jurisdição constitucional.

A unicidade finalística intrínseca ao processo constitucional dinamizado pelos contextos do espaço estratégico desvenda elementos constitutivos imprescindíveis para o estabelecimento do controle, racionalização, civilidade do poder político e canalizador de conflitos. Nessa toada, a separação de poderes, a construção de direitos fundamentais e a motivação dos atos jurídicos são a convergência do desiderato republicano.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp. 197-198.

Quando alguns desses elementos não oferecem um funcionamento harmonioso, ainda que independentes, ou quando a tal autonomia peregrina para o atrelamento inconstitucional ou, ainda, quando a ingerência passa de atitude negativa para um estado de coisa constitucional, o espaço do poder político torna-se confuso.

A quem se dirigir para tutelar direitos ameaçados se as funções estatais permeiam imprecisas idas e vindas em torno da Constituição? Afinal, o que seria Constituição?³²⁴ Com a clarividência entre os poderes constituídos mais distante e a instabilidade institucional mais premente, essas indagações podem promover respostas arriscadas para a jurisdição constitucional, principalmente se com Carl Schmitt concordar-se que “a constituição no sentido absoluto pode, antes de tudo, significar o modo concreto de existência dado por si mesmo com toda unidade política existente”.³²⁵

A aquiescência desse pensamento pode trazer pelo menos três sentidos explicativos, a depender da entidade política da Corte constitucional, do povo e do próprio poder político. Assim, para o tribunal maior, Constituição seria a força normativa e teria o seu caráter eminentemente jurídico. Para a sociedade, um espaço de participação. Para o poder político, por sua vez, a política típica. Logo, qualquer autoridade decisória crítica em conflitos de interesse e de poder seria, em tese, Constituição.

4.3.1 Suprema Corte: entre a ficção e a fixação jurídica e política

O tribunal constitucional também é jurídico. E em assim sendo, não deixa de ser político. Este é o entendimento concernente à respeitabilidade dos direitos fundamentais e à inteligibilidade do poder, e não o contrário, segundo o qual a Corte Constitucional é política e, por isso, jurídica. Portanto, primeiro o tribunal deve ser jurídico e por assim o ser também é político.

A bem da verdade é que a Corte Constitucional é jurídica e exatamente por esse motivo se transforma em órgão político. A sua natureza política não vem pela inerência da

³²⁴ Cf. BODANSKY, Daniel. “Is There an International Environmental Constitution?”. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**. pp. 565-584. Daniel Bodansky retrata no item I, letra B, de seu texto o conceito de Constituição. Vide pp. 569-571.

³²⁵ SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Elfte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2017. p. 04. O “jurista coroado do terceiro Reich”, do original, afirmou: “*Verfassung im absoluten Sinne kann zunächst die konkrete, mit jeder existierenden politischen Einheit von selbst gegebene Daseinsweise bedeuten*”.

própria política, mas, sim, pela consequência da sua natureza jurídica, atributo advindo da Constituição e do constitucionalismo como processo civilizatório, principalmente para o “reforço das ordens constitucionais”³²⁶.

Essa análise que nem de longe é teratológica acarreta conclusões relevantes para a identificação ou não da contramajoritariedade do tribunal constitucional. Se a Corte fosse inicialmente política, seu aspecto jurídico estaria enfraquecido, pois dependente estaria do contexto politizado do espaço público, com prováveis ratificações e escassas racionalizações de poder, bem como sofreria com a diminuição da imperatividade de seu contexto normativo.

A situação transmuda de sentido em tons perceptíveis se o viés apriorístico do tribunal fosse o jurídico, pois assim respeitaria o fundamento de validade originado na Constituição, garantindo a sua força normativa, reforçaria sua autoridade garantidora de direitos e ainda aprimoraria o substrato fundamentador para controle do poder, que, *ipso facto*, é político.

Se a natureza política do tribunal constitucional é proveniente do caráter jurídico da Corte, e em sendo este órgão jurídico corolário da própria Constituição, então se pode concordar, a uma, que a sua condição política também é derivada da Constituição. Essa inequívoca conclusão avigora a autoridade e respeitabilidade da ordem constitucional, pois consolida a sua força normativa e legitima a sua atuação. A duas, porque a Corte suprema é a instituição democrática em que a juridicização do político e a politização do jurídico se mostra mais perceptível.

A seriedade do tema, por certo, não poderia passar em vão e a narrativa difusiva entre situações políticas e jurídicas do órgão judicial recebe atenção especial de Robert Dahl: “se a Suprema Corte fosse assumidamente considerada uma instituição ‘política’, determinados problemas não surgiriam porque entenderíamos que os membros dela resolveriam questões de fato e de valor por meio da introdução de hipóteses originadas a partir de suas próprias predisposições ou das predisposições de clientes e eleitores”³²⁷.

³²⁶ TZANAKOPOULOU, Maria. **Reclaiming Constitutionalism**: democracy, power and the state. p. 31. Destacando a importância das Cortes Constitucionais para os movimentos constitucionais do pós-guerra, a teórica científica que “*constitutional courts were established as a reinforcement of constitutional orders*”.

³²⁷ DAHL, Robert A. “Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy maker”. In: **Journal of Public Law**. n. 6, 1957. p. 282. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj6&div=20&id=&page=>>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

Tal assertiva seria, portanto, a materialização da teoria clássica de que política se faz com política. E que dentro do espaço constitucional a política solucionaria paradoxos por meio de seus intrínsecos predicados. A Corte estaria, assim, acobertada de mantos políticos indissociáveis, como se títere fosse dos subterfúgios governamentais. Seria a evidência da política sendo meio e fim de seus próprios desígnios.

No entanto, Dahl continua seu raciocínio e, em entretom mais contundente, assevera “que boa parte da legitimidade das decisões tomadas pela Suprema Corte reside na ficção de que ela não é uma instituição política, mas sim exclusivamente jurídica, a aceitação da Suprema Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas à custa do surgimento de outros”.³²⁸

Nesse caso, a política ao resolver os conflitos por meio de posturas política acaba por criar tantos outros paradoxos, sendo, dessa forma, apenas um início e meio, mas não um fim para o processo constitucional atingir seus desideratos, até mesmo porque a finalidade dela é não se findar, senão prospectar espaços de poder.

O impacto dessas observações evidencia uma premissa interessante para o caráter contramajoritário do tribunal constitucional. Se no primeiro momento a natureza política da Corte suprema é meio e fim para seus objetivos, na segunda ocasião passa a ser um início e meio para consecretar arestas de controle e contingenciamento.

No primeiro estágio, a Corte política decidiria impasses por meio das políticas arenas, o que dificultaria o nascimento de problemas concretos, atuando como uma espécie de imunização para possíveis incômodos que atingiriam não a sociedade em si, mas a própria política. Antes de surgirem os conflitos, a provável forma de combatê-los já seria conhecida e, portanto, evitaria sua eclosão. Na verdade, haveria intencionalidade preventiva.

No segundo nível, o tribunal político, e não estritamente jurídico, resolveria as insatisfações porventura ocorridas e que foram mais resistentes aos efeitos da imunização política anterior e ao mesmo tempo propiciaria o aparecimento de tantas outras inquietações, talvez em maiores proporções. Imunização, nesse caso, não seria mais suficiente. Necessário seria agir com antídoto para as desditas ocasionadas. Mas a cada utilização novos achaques poderiam despontar. Existiria, assim, repressão mitigada.

³²⁸ DAHL, Robert A. “Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy maker”. *In: Journal of Public Law*. p. 282.

Compreender as Cortes supremas como tribunais constitucionais eminentemente políticos seria o mesmo que estimular a expansividade do poder e insuflar para as comunidades jurídica, social e política direcionamentos determinantes às intencionalidades de quem possui o comando do Estado, desta feita, e sem exagero algum, com dilatação espacial para atuação indene a desagrvos jurídicos.

Em análise perfunctória, só para citar alguns, o primeiro paradoxo seria preterir o caráter jurídico da Corte. O segundo, amortecer a mülleriana concretização normativa constitucional. O terceiro, a seu turno, seria desestabilizar a hesseniana vontade de Constituição. O quarto, perpetuar a vinculação às volições parciais públicas. O quinto seria estimular os lassalleanos fatores reais de poder. O sexto, compactar para si o controle social. O sétimo, por último, intensificar o desrespeito a direitos fundamentais.

Em outra esquelha, entender os tribunais constitucionais como órgãos estritamente jurídicos provavelmente ocasionaria uma certa petrificação dos arranjos jurídicos na defesa de direitos, a verificação de que os sentidos das normas constitucionais não são ilimitados para soluções de casos difíceis, a compactação do controle social receberia nova envergadura, sem falar do entraves para a construção do bloco da fundamentalidade dos direitos fundamentais. Assim, novas listagens de conflitos poderiam ser criadas, contudo, em sentido inverso.

Portanto, a premissa mais importante da relação entre a prevenção intencional e a mitigação da repressividade dos paradoxos na suprema Corte em sua perspectiva política é reconhecer a zona de contato, apreender o ponto de intersecção e associar o seus elementos comuns ao momento político do tribunal constitucional. O âmago desse espaço é exatamente perceber que a sua atuação política pode ser ou não inicial ou final, assim como pode ou não ocorrer para prevenir embates ou solucionar impasses, mas dificilmente deixará de ser a região medial e o instrumento para equacionar condutas, ora impedindo influências ora debelando subterfúgios.

A essência de uma Corte política reside no debate democrático e os pontos de vistas diferenciados percorrem o espaço central do discurso. A fertilização de ideias produz efeito entre a abertura e o encerramento do processo contínuo de impedir e reprimir condutas contrárias à Constituição. O dinamismo do regramento constitucional pressupõe prospecção contínua de respostas constitucionais.

Já a perspectiva jurídica da Corte constitucional pressupõe a finalização dos paradoxos, a resolução do problema. Tribunal supremo sem perfil jurídico é tribunal atribulado com as instáveis intempéries políticas. Instância judicial máxima de uma nação sem modo jurídico de ser e agir é desamparar direitos fundamentais conquistados mediante lutas civilizatórias históricas.

Diante dessas considerações, podem ser extraídas três características essenciais da contramajoritariedade da Corte. Primeiro, ser a protetora da ordem jurídica. Segundo, ter atitude neutralizadora contra incursões desagregadoras dos outros poderes republicanos que por serem eleitos possuem a legitimação da maioria. Terceiro, não ser eleita mas ter representatividade.

Os contextos propostos promovem, dessa maneira, um debate que já nasce sufocado com a relação entre política, direito e a função da Corte constitucional. Se considera-la como estritamente jurídica é uma ficção, a sua aceitação somente como política também será meramente aparente. A estabilidade dos direitos fundamentais e a tentativa de construção de um núcleo mínimo de proteção seria prática bem mais distante na jurisdição constitucional.

Essa mescla de viés político e jurídico, de autoridade decisória de conflitos de interesses, de determinações executórias de poderes estabelecidos, faz retratar a híbrida característica dos tribunais constitucionais. Tal constatação se vulcaniza quando a não linearidade de propósitos impele provisoriamente transformações ativas na forma de tutela do bloco fundamental dos direitos, fazendo eclodir reflexões qualificadas sobre a contramajoritariedade da suprema Corte.

A parêmia que sobeja desse quadro refreado é conceder ao tribunal um caráter dual. O magistrado constitucional tem, portanto, postura jurídica e política. E com o ajuntamento da juridicidade com sua politização suas características tornam-se mais evidentes e ambivalentes e o reconhecimento da compostura contramajoritária queda-se imprescindível para a consecução da tal unicidade finalística do constitucionalismo.

O caráter contramajoritário dos tribunais constitucionais tem grande atuação para equacionar as tensões com os outros poderes constituídos, e não suprimir a anfílogia de propósitos, em que a solução de um problema pode acarretar o surgimento de outro, pois o efeito pendular é ínsito à modernidade. A depender dos fatores postos em apreciação e

principalmente quando ocorrer vulneração à concretização do bloco de direitos fundamentais, cabe à Corte suprema, então, coordena-lo para a concretização da Constituição e produção de respostas na jurisdição constitucional.

É de se refletir, outrossim, que os pré-compromissos constitucionais impõem direitos fundamentais que maiorias não estão livres para violar, assim como estabelecem os mesmos direitos e obrigações para a conduta constitucional da contramajoritariedade. A partir dessa perspectiva, “o direito constitucional deve evoluir e crescer de uma maneira que continue a expressar interpretações e reinterpretações nacionais dos compromissos fundamentais da política”³²⁹.

Os diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais, expressões de maturidade constitucional, cooperam para o entendimento compartilhado das suas naturezas política e jurídica. Os conflitos modernos precisam ser debatidos e comparados a outras realidades. Os *hard cases*, típicos do cosmopolitismo constitucional, não se solucionam sem difusão de discursos, muito menos sem troca de experiências jurídicas. O diálogo proporciona o início, meio e fim de um processo cuidadoso de resposta constitucional, ainda que transitório.

Portanto, assim como no século XIX o pêndulo de Foucault demonstrou o movimento de rotação da Terra em relação a seu próprio eixo, assim também atua a contramajoritariedade do tribunal constitucional, a quem incumbe analisar o movimento de rotação dos poderes eleitos em relação ao eixo da Constituição.

4.3.2 Governabilidade Constitucional Cooperada

O estudo do constitucionalismo propõe a racionalidade do poder. A sua limitação é elemento imanente na busca por um controle dos excessos do poder público. E pensar em contenção de poder governamental é pensar na construção de um estado democrático e principalmente na maneira como a democracia constitucional pode ser aprimorada e respeitada.

³²⁹ RUBENFELD, Jed. “The Two World Orders”. In: **Wilson Quarterly**. International Law. Autumn 2003. p. 27. Disponível em: <<http://archive.wilsonquarterly.com/essays/two-world-orders>>. Acesso em 15 jun. 2019. Seguem as palavras originais do autor: “*constitutional law is supposed to evolve and grow in a fashion that continues to express national interpretations and reinterpretations of the polity’s fundamental commitments*”.

Governar sem restrições, por certo, não é uma orientação democrática e, portanto, não é a melhor escolha. A história brinda a doutrina com momentos inescrupulosos de poder sem aparato organizatório ou sem mitigação racionalmente eficaz. No mesmo passo, governar com limites absolutos promove efeito reverso e leva a democracia a ter proporcionalmente inversão de resultados.

Participação democrática e governo hígido formam uma engenharia constitucional em que a organização precisa ser o cerne de todo processo de acomodação de espaço. No espaço constitucional, por demais estratégico, os arranjos precisam estar em conformidade com a essência da Constituição. E o íntimo constitucional necessita de governo inteligente e sociedade participativa, controlados e controladores, em uma ritmada solfa em que a separação de poderes qualificada³³⁰ é o primeiro acorde.

Constitucionalismo e separação de poderes na contemporaneidade fazem sentido quando o processo constitucional tem na governança sadia um aliado forte para a racionalização do poder e condução dos conflitos. Na ausência de bases limitadoras deste, o universo decisionista passa a integrar o centro das atenções, pois a atenção passa a ser uma questão de decisão política.³³¹

Poder absoluto não significa controle. Completude de mando pode significar desorganização social. É o espaço de um ou de poucos em desfavor da concentração de tantos outros iguais de várias camadas sociais. O poder gera mais poder e costuma se concentrar no centro da relações, empurrando para as margens quem menos participação tem. A autoconcentração do poder proporciona o esfacelamento do seio comunitário.

O poder tem grande tendência ao elástico, crescimento e ocupação de espaços é o que lhe move. A tendência do ser humano visa a expansividade. É um dado antropológico, inclusive.³³² A política seja, talvez, o fenômeno mais adequado para se analisar tal reflexão. Não costumam haver espaços vazios naquela. Eles são constantemente ocupados com entradas e saídas de relações, opiniões, debates e argumentos para detenção de mais poder.

³³⁰ WALDRON, Jeremy. "Separation of Powers or Division of Power?". *In: New York University School of Law*. Public Law & Legal Theory Research Paper. Series Working Paper. n. 12-20, 2012. pp. 01-02. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2045638>>. Acesso em: 20 jun. 2019. Waldron no trecho a seguir reconhece que a teoria da separação de poderes merece ser contextualizada. "(...) *I think a qualitative separation is necessary (...)*". Em português: "(...) acho que uma separação qualitativa é necessária (...)".

³³¹ Cf. SCHMITT, Carl. **Teoría da la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006. p.46.

³³² Cf. FOUCAULT, Michel. "L'oeil du Pouvoir". *In: FOUCAULT, Michel. Dits et Écrits: 1954-1988*. Tome III. Paris: Gallimard, 1994. pp. 263-264.

Dessa forma, o controle da informação existe não porque seja útil somente, mas porque é estritamente necessária. O lema de se elevar a democracia a patamares intangíveis é falacioso, pois a intangibilidade alcançada assemelha-se a posturas totalitárias, assim como o pensamento de alçar os direitos a um ápice incontestável proporciona condutas autoritaristas. O totalitarismo implica pensamentos em monoblocos ou monolíticos.³³³ O autoritarismo produz pensamentos revolucionários e insurgentes.

Importante registrar que a necessidade do controle do poder não surge em razão da intencionalidade maldosa de agentes públicos. O entrave político se faz primeiro no âmbito das ideias. Assim, o poder é útil não somente para limitar atitudes erradas, de início, mas para restringir compreensões diferentes dos entendimentos de outros poderes. A história relata que nem sempre quem agride todo o seu bem jurídico ou a sua compreensão do que seja certo ou errado está fazendo algo consciente de que estava efetivamente praticando um erro.³³⁴

Dessa forma, a tendência alargada do poder compromete a sua própria atuação. O caráter contramajoritário da suprema Corte é a materialização daquilo que na teoria intitulou-se limitação de poder. Cada governo, cada administração pública possui tarefas que internamente são diferentes, compõem agendas laborais distintas, porém, relacionadas em prol de um objetivo democrático.

Nos sistemas democráticos contemporâneos essa é uma temática proeminente. Paola Piciacchia ensina que “os diversos ramos do Estado não devem ser vistos como antagônicos na proteção e promoção dos direitos humanos, mas como parte de um todo, que compartilha,

³³³ A construção do Stalinismo e a tentativa de edificação, mesmo que em parâmetros um pouco diferenciados, do Nazismo são talvez os exemplos mais incisivos de condutas totalitaristas da história da humanidade. Para aprofundar o tema, Cf. ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

³³⁴ A propósito, o “Holocausto”, conhecido como maior genocídio do século XX, é um exemplo límpido que se adapta a essa ideia de que nem sempre o agressor tem a consciência de que sua conduta era um erro. No caso, a conduta ruim se inseriu como algo normal na sociedade porque se perdeu a referência de poder e perdeu-se completamente a hipótese de controle desse mesmo poder. Para aprofundamento, Cf. ARENDT, Hanna. **A Dignidade da Política**: ensaios e conferências. Trad. Antonio Abranches. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 145. Hanna Arendt nessa obra comenta o caso “Eichmann” e o “Holocausto”: “há alguns anos, em relato sobre o julgamento de Eichmann em Jerusalém, mencionei a “banalidade do mal”. Não quis, com a expressão, referir-me a teoria ou doutrina de qualquer espécie, mas antes a algo bastante factual, o fenômeno dos atos maus, cometidos em proporções gigantescas – atos cuja raiz não iremos encontrar em uma especial maldade, patologia ou convicção ideológica do agente; sua personalidade destacava-se unicamente por uma extraordinária superficialidade”. Para leitura mais exata sobre o caso “Eichmann”, Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. Grupo Companhia das Letras, 1999. Arendt narra que “a essência do governo totalitário, e talvez a natureza burocrática, seja transformar homens em funcionários e meras engrenagens, assim os desumanizando” (p. 312).

cada um em seu respectivo papel”³³⁵. Se não existisse o controle do poder não haveria espaços internos de acomodação das funções governamentais, muito menos direitos fundamentais seguros. Este é um primeiro ponto.

Se os microssistemas endógenos da governabilidade democrática são receberem restrições, eles deixam de se caracterizarem como sistemas pequenos e se transformam em sistemas de grandezas superiores, afrontando a legitimação maior que lhes instituiu e desestabilizando a própria razão de ser do estado democrático de direito. O poder se generaliza e abarca o comando gerencial público, produzindo não mais vulnerabilidade aos direitos fundamentais, mas a sua inteira desconsideração.

O sistema único de gestão pública confunde-se com um Estado único que, por sua vez, mistura-se consigo mesmo em uma relação de poder suicida. O poder destruindo o poder na busca de mais poder. Seria a autodestruição com vistas a autocriação. O poder se personifica na sua morte e no seu nascimento. E assim vai protagonizando cenas de um círculo vicioso que tem em si mesmo o seu elemento propulsor. Autorizar esse tipo de prática é o mesmo que menosprezar a fundamentalidade dos direitos. E a ausência de controle é a ratificação dessa relação. Este é o segundo ponto.

A ideia de separação de poderes, não com o classicismo deflagrado de outrora, mas com a compatibilização com o contexto moderno do agora, é o mecanismo para o abrandamento do exercício de poder até as últimas proporções e a inserção do seu exercício até dimensões que a Constituição determinar. O poder transforma-se em governança e a separação em articulação³³⁶. Ou em outra ótica, o poder transforma-se em parlamentarismo e a separação em mitigação³³⁷.

Nessa tarefa de fiscalização e coordenação, cabe ao sistema de controle de poder proporcionar não ataques ou intromissões a outras funções governamentais, mas uma neutralização de condutas antidemocráticas e interferenciais justificadas de condutas

³³⁵ PICIACCHIA, Paola. **Parlamenti e Costituzionalismo Contemporaneo**: percorsi e sfide della funzione di controllo. Napoli: Jovene Editore, 2017. p. 257. “*In tal senso, come è stato sottolineato, nelle moderne democrazie le varie branche dello Stato non devono essere viste come antagoniste nella protezione e nella promozione dei diritti umani, ma parte di un insieme, che condivide, ciascuno nel rispettivo ruolo*”.

³³⁶ WALDRON, Jeremy. **Political Theory**. Londres: Harvard University Press. pp. 62-65

³³⁷ ACKERMAN, Bruce. **La Nueva División de Poderes**. n. II. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011. *passim*.

contramajoritárias em prol de defesa de direitos. A tutela jurídica não se faz com ataques ingerentes.

A contramajoritariedade não possui a função intervencionista, mas sim neutralizadora e catalizadora de afrontas principalmente a direitos de minorias e à Constituição. A natureza contramajoritária da Corte existe para impor limites à governança irrestrita e não para agir como governança condicionada. A condição de desrespeito a direitos fundamentais não autoriza o uso de governabilidade ao tribunal, senão o de capacidade transformativa das condições desrespeitosas para padrões jurídicos de constitucionalidade.

A resposta constitucional cabe ao Judiciário, que deve fazê-lo não em tons bélicos, e sim em gradações conformadoras com a ordem constitucional. A intromissão e intervenção fora das autorizações constitucionais configura novo exercício de poder e talvez em escala de maior preocupação, pois seria a influência dos agentes não eleitos em interposição aos atores eleitos³³⁸. Estado contra Estado desfacela a si próprio e retira qualquer possibilidade de garantia de direitos fundamentais. Este é o terceiro ponto.

Situação diametralmente oposta seria a postura autorizada pela Constituição. Nesse caso, seria o poder expressando poder com ratificação do poder que lhes instituiu. No lugar de intromissões e intervenções há espaços para neutralizações e adequações. Ao invés de ingerência e interferência surge a cooperação e adaptação. O debate, ainda que não homogêneo, é capaz de elevar a governabilidade para padrões democráticos e estabelecer a ordem constitucional em prol dos direitos fundamentais.

O poder para ser administrável e gerido com harmonia necessita de questionamentos.³³⁹ É preciso não confundir harmonia entre funções estatais, no campo da política, com unicidade de propósitos. A política é um espaço entrincheirado de inconstâncias de boas maneiras, com respeito e educação, mas não deixa de ser um périplo. E em sendo uma

³³⁸ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. p. 208. A Corte Constitucional mesmo não eleita quando atua dentro dos padrões constitucionais de sua função contramajoritária exerce controle legítimo, mas se opera fora dos standards constitucionais acaba deslegitimando sua participação e incidindo no que afirma Grimm: “*en la medida en que los tribunales controlan al legislativo o al ejecutivo aplicando este criterio, cargan con la tarea de la estructuración social sin estar suficientemente preparados o legitimados para ello*”. Em vernáculo pátrio: “na medida em que os tribunais controlam o Legislativo ou o Executivo, aplicando esse critério, realizam a tarefa de estruturação social sem estar suficientemente preparados ou legitimados para tal”.

³³⁹ O *accountability* tem sido alçado a elemento essencial da democracia contemporânea. Para estudos mais aprofundados sobre representação, *accountability* e democracia, Cf. O’DONNELL, Guilherme. “Democracia delegativa?”. In: **Novos Estudos**. CEBRAP, n. 31, outubro, 1991. e WALDRON, Jeremy. “Accountability and Insolence”. In: **Political Political Theory**. Londres: Harvard University Press, 2016.

peleja apropriada a debates o seu caminho tem a tendência de prospectar atalhos que encurtam propósitos, mas que podem alargar a desobediência a direitos. E é nesse choque de atitudes é que o contingenciamento precisa agir.

O modelo de governança é essencialmente de tensão, mas também de articulação que tem na tensão a forma de agir com responsabilidade. A harmonia entre as funções de governança vive constantemente preocupações e ao mesmo tempo recebe intensas adaptações. Tensionar desígnios políticos é antes de tudo harmonizar a governabilidade democrática, é respeitar o conteúdo essencial de cada funcionalidade estatal.

A questão relevante seria, então, saber “se é possível, ou não, determinar o referido núcleo essencial, como elemento-chave para uma efetiva distinção de poderes”³⁴⁰. O espaço constitucional, entre tensão e adaptação, não precisa ficar confuso, basta permanecer conformado com a Constituição. Talvez isso ajude a descobrir esse núcleo essencial da funcionalidade estatal. Este é o quarto e último ponto de uma governabilidade constitucional.

Essas reflexões sobre a postura contramajoritária da suprema Corte coaduna-se com posturas mais modernas do significado dos poderes relacionados entre si pelos pré-compromissos constitucionais. A teoria tradicional de separação de poderes tem cedido a vez para debates mais adaptados ao contexto moderno, mesmo que receba críticas severas de quem acredita, a uma, não ser ela um princípio, a duas, em não sendo princípio não se poder arguir sua concepção funcionalista, a três, em não sendo princípio não se poder atribuí-la uma postura formalista.³⁴¹

Em vertente mais atual, a separação de poderes tem sido analisada como um princípio político para avaliação das acomodações políticas e constitucionais do Estado contemporâneo e seus pensamentos na forma clássica utilizada amolda-se mais a uma garantia do que

³⁴⁰ BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Las Funciones no Jurisdiccionales de los Jueces en Garantía de Derechos**. Madrid: Civitas, 2002. p.46. “*El problema será, entonces, si es posible, o no, determinar dicho núcleo esencial, en cuanto que elemento clave para una efectiva distinción de poderes*”.

³⁴¹ MANNING, John F. “Separation of Powers as Ordinary Interpretation”. In: **Harvard Law Review**. v. 124. 2011. pp. 1944-1945. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2849600>>. Acesso em: 22 abr. 2019. Manning assim resume o objeto do seu artigo: “*this Article contends that, contrary to these understandings of functionalism and formalism, the Constitution adopts no freestanding principle of separation of powers. The idea of separated powers unmistakably lies behind the Constitution, but it was not adopted whole-sale*”. Em tradução livre: “este artigo sustenta que, contrariamente a esses entendimentos de funcionalismo e formalismo, a Constituição não adota um princípio independente de separação de poderes. A ideia de poderes separados está inequivocamente por trás da Constituição, mas não foi totalmente adotada”.

efetivamente uma teoria organizatória. Jeremy Waldron apresenta, assim, a ideia de “governança articulada”³⁴².

A governança se divide em três básicas funções: legislativo decreta uma lei, judiciário julga conflitos conforme uma lei e executivo administra uma decisão legal. A *articulated governance* difere-se da separação clássica porque nessa os três poderes são independentes e se coordenam entre si, com visitasões e revisitações. A teoria de Waldron evita esse contexto de harmonia para adotar o sentido de poderes dependentes que formam um todo organizado, em que cada tarefa é executada pelo ramo correspondente da governança.³⁴³

A concepção moderna de Waldron vem a compatibilizar-se com o momento difusor de novidades na forma de atuação do Estado e do controle de poder. Em meio a inovações de toda ordem as funções estatais passaram a ser mais dinâmicas, necessitando de substratos que lhe concedam agilidade nos seus afazeres governamentais. A ideia de governança articulada é suscetível a essa dinâmica da modernidade e contrária à rigidez da célere separação de poderes há muito analisada.

Em outra vertente também contemporânea de estudo sobre separação de poderes, Ackerman, alimentado pelas experiências alemãs de governo, sugere a sua teoria de “parlamentarismo restrito”³⁴⁴, em que controles internos ocorrem, mas não necessariamente associados às três funções estatais. A separação de poderes, em sua concepção, seria

³⁴² WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory**. pp. 62-65.

³⁴³ WALDRON, Jeremy. “Separation of Powers or Division of Power?”. In: **New York University School of Law**. p. 27. Waldron resume o seu pensamento de governança articulada no seguinte trecho: “*fortunately, the terms in which the principle presents itself offers us good clues to its importance. The principle takes the basic processo f governance and divides it conceptually into three main functions: enacting a law, adjudicating disputes on the basis of a law, and administering a legal decision*”. Em espontânea tradução: “felizmente, os termos em que o princípio se apresenta nos oferece boas pistas de sua importância. O princípio adota o processo básico de governança e a divide conceitualmente em três funções principais: promulgação de uma lei, julgamento de disputas com base em uma lei e administração de uma decisão legal”.

³⁴⁴ ACKERMAN, Bruce. “The New Separation of Powers” In: **Harvard Law Review**. v. 113, n. 03, 2000. p. 640. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2019. Ackerman aborda o mote de sua ideia a seguir: “*Constrained parliamentarianism, then, is a rising force in the world, and there is much to be learned from its practical operation over the past half-century. There is no reason to suppose, however, that any existing regime has hit upon the best way to constrain parliamentary government. Here is where my title’s promise of a ‘new’ separation of powers enters. Although I reject an American-style competition between house, senate, and presidency, I believe we have only begun to tap the separationist potential of constrained parliamentarianism*”. Em tradução: “O parlamentarismo restrito, portanto, é uma força crescente no mundo, e há muito a ser aprendido com sua operação prática na última metade do século. Não há razão para supor, no entanto, que qualquer regime existente tenha encontrado a melhor maneira de restringir o governo parlamentar. Aqui é onde a promessa do meu título de uma ‘nova’ separação de poderes entra. Embora eu rejeite uma competição no estilo americano entre Câmara, Senado e Presidência, acredito que apenas começamos a explorar o potencial separacionista do parlamentarismo restrito”.

composta por um núcleo essencial que corresponde a uma mútua cooperação entre as funcionalidades governamentais.

Assim, o *constrained parliamentarianism* de Ackerman sugere que o poder seja neutralizado e equilibrado por instâncias com desígnios especiais, cada uma justificada por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes. Seu pensamento de sistema mitigado se relaciona com a ideia de controles recíprocos como uma forma de restringir a atitudes de minorias.

Para tanto, propõe a mescla de dois ramos de controle: a perspectiva de integridade (*integrity branch*) e a perspectiva de regulação (*regulatory branch*). A primeira se envolveria com o controle de assuntos relacionados à corrupção e práticas de irregularidades, como os abusos de autoridades fiscais, enquanto o segundo trataria do controle de assuntos burocráticos, com o fito de fazer a burocracia explicar como a regulamentação pode melhorar os resultados na proteção de direitos individuais.³⁴⁵

A executoriedade da compressão de Ackerman possui duas zonas de atuação: governo e parlamento se relacionando em controles mútuos e regramentos legislativos sendo avaliados para aprovação do governo mediante as implicações destes atos sobre as minorias que possuem capacidade eleitoral. Assim, esse sistema coordenado trabalharia em duas vertentes como se estivesse sempre em uma dinâmica social, mais receptível às transformações da modernidade que a concepção mais clássica em que sugere mais rigidez e menos flexibilidade.

Portanto, por mais contemporâneas que sejam tais teorias e alto valor funcional, percebe-se que suas finalidades são convergentes ao sentido do texto constitucional e às raízes do constitucionalismo, pois objetivam o equilíbrio do poder e a proteção de direitos fundamentais. E essa tutela se faz reprimindo ou neutralizando condutas inconstitucionais com respostas constitucionais, por meio de exercícios pretorianos, os efetivos diálogos judiciais.

³⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. "The New Separation of Powers" *In: Harvard Law Review*. pp. 691-699.

4.3.3 O Tribunal Constitucional no Corte e Recorte de Políticas Públicas

O espaço constitucional de acomodação de poder tem sofrido constantes evoluções em razão das crescentes formas de exercício das atividades estatais. Com a mudança das formas de execução da governabilidade, muitas delas influenciadas pela tecnologia inovadora típica do momento de modernização, o poder instaura certo aperfeiçoamento na sua blindagem aos efeitos neutralizadores das Cortes Constitucionais.

Os tribunais constitucionais, assim, para atingir nível satisfatório de resolutividade dos problemas articulados da governança pública também necessitam de adaptação a esses avanços flexíveis do controle do poder. À medida que este se dinamiza com o aparato moderno, as maneiras de contingenciar eventuais desrespeitos a direitos fundamentais necessitam de envergadura para conceder respostas constitucionais.

Na atitude constitucional conformadora que os tribunais contramajoritários perfazem para equacionar as efusivas condutas entre os poderes e equilibrar os pontos de instabilidade entre suas finalidades tem sido procedimentalizadas em duas perspectivas: proativa e preativa.

A depender de como os abusos dos poderes constituídos são deflagrados, as Cortes atuam em um ou outro sentido, mas sempre com o objetivo de cumprir os preceitos constitucionais. Por isso que se diz que o objetivo do tribunal constitucional não se amolda a acometimentos aos outros poderes, mas apenas para proteção dos direitos fundamentais e resguardo da ordem jurídica constitucional.

Assim, na postura proativa da Corte contramajoritária não há sobreposição de um poder sobre o outro, mas sim imposição de ordem legitimada pela Constituição. A intenção nesse caso não é confrontar ou desafiar poderes, senão restabelecer uma situação ao seu estado constitucional ou proteger direitos vulnerados de maneira não autorizada pela ordem jurídica. A postura de ataque, afronta e provocação não se sustenta nem é o alvo a ser alcançado.

A compostura proativa não é realizada para favorecer exclusivamente as minorias e em prol de coloca-las em lugar de mais igualdade no corpo social. A intenção é mais profunda e que abrange esta, por isso que na práxis constitucional a atuação conformadora positiva coincide com a proteção dos menos favorecidos, mas o objetivo da Corte não é focar a minoria pura e simplesmente, senão restabelecer a ordem constitucional. O tribunal necessita

agir, dar um passo para ordenar a imperatividade da Constituição. Pressupõe, portanto, uma ação já concretizada. Atua na repressão e com dinamicidade.

Dessa maneira, pode-se estabelecer a diferença entre objetivo imediato do objetivo mediato na proatividade da Corte contramajoritária. A finalidade imediata ou precípua é o restabelecimento da constitucionalidade, resgatando a força normativa da Constituição e refazimento dos limites impostos aos agentes que atuaram em desconformidade com os seus ditames. O foco inicial é garantir a aplicabilidade constitucional.

A finalidade mediata ou secundária, por sua vez, é a proteção daqueles que estão em situação de menor favorecimento na situação ocasionada que, via de regra, são as minorias, mas não há empecilhos para que majorias também se situem no mesmo patamar de vulnerabilidade que as minorias. A bem da verdade é que os casos de instabilidade a direitos ocorrem em maior quantidade em camadas menores da sociedade, as quais carecem de representatividade. No entanto, pode ocorrer situação invertida, em que camadas sociais com maiores representatividades seja vilipendiadas em seus direitos.

Não existe regra pronta e acaba quando o assunto é desconsideração a direitos. Não se pode restringir a atuação da Corte suprema apenas para atuação em prol das minorias, mesmo que sejam os casos mais comuns, sob pena de visível inconstitucionalidade. O órgão judicial, afinal, tutela a ordem democrática. E democracia pressupõe majorias e minorias em convívio social, mesmo que em constantes embates.

Podia aqui surgir um questionamento. A ordem de proteção na conduta proativa está constitucional? Por quais razões o restabelecimento da ordem constitucional não seria o objetivo secundário? E por que a proteção de quem está em situação desfavorável não é a finalidade imediata? Dito de outra forma, a função contramajoritária existe para proteger a Constituição ou pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade?

Em um primeiro momento, talvez um pouco mais apressado e com sentimentos mais aflorados, a resposta para a primeira indagação pudesse ser negativa. Mas em análise mais profunda e com a racionalidade jurídica mais aguçada, compreende-se que, embora possa parecer eventualmente uma situação contraditória, a resposta à primeira pergunta é afirmativa. Abaixo, estabelecem-se três ensejos argumentativos para responder aos questionamentos acima.

A resposta não somente não é negativa, como precisa ser autoafirmativa. A conduta proativa imediata deve focar o restabelecimento da ordem constitucional e garantir a imperatividade e aplicabilidade de suas normas por uma razão de ser crucial: a proteção da Constituição induz a proteção da sociedade menos favorecida. O restabelecimento da ordem constitucional engloba o retorno do estado anterior de respeito aos que estavam em momentos de desrespeitos. E a aplicabilidade da norma garante participação e espaço para minorias ou maiorias em condição nefasta.

No entanto, não se poderia dizer o mesmo se a inversão dos fatores fosse a lógica constitucional. A proteção da sociedade não induz a proteção da Constituição. O restabelecimento de conflitos em prol dos menos favorecidos não deduz a integridade da ordem constitucional. E a participação social para menos representados não enseja respeitabilidade às normas constitucionais.

Em suma, a proteção dos menos favorecidos, em primeira análise, não propicia a proteção da Constituição. Mas se a norma constitucional for o foco desse estudo apriorístico, sociedade menos representada aufere espaço participativos como efeitos irradiantes dessa postura constitucional. Portanto, a contraditoriedade é apenas aparente. Este é o primeiro motivo.

Outro fator relevante para justificar a constitucionalidade da sequencia proativa enquanto conduta contramajoritária é o fato de que a busca pelo restabelecimento da ordem e da organização social se dá pela própria ordem. A ordem constitucional busca a ela mesma, como em um processo de constante autoafirmação no topo das condutas sociais. A Constituição precisa se manter no auge da vontade política e social de um povo³⁴⁶. Daí a relevância de entendê-la como um ordenamento aberto de regras e princípios. A abertura constitucional autentica sua atuação e, assim, corrobora a sociedade. O mal precisa ser combatido com o bem, não o contrário.

Se se admitir que a proatividade imediata fosse o respeito às camadas sensíveis da sociedade e o seu foco mediato fosse a imperatividade constitucional, um grande espaço sentimentalista³⁴⁷ para atuações pessoais talvez pudesse ser aberto e junto a ele uma imensa

³⁴⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. p. 13.

³⁴⁷ LEDOUX, Joseph. **The Emotional Brain**. New York: Simon & Schuster, 1996. p. 19. Para LeDoux, "emotions can flood consciousness...because the wiring of the brain at this point in our evolutionary history is such that connections from the emotional systems to the cognitive systems are stronger than connections from

possibilidade de decisões não jurídicas, registradas sob o manto relativo e duvidoso da justiça, poderiam ser prolatadas. E o que seria uma intencionalidade de restabelecer a ordem se transformaria em um desintencionalidade de instituir um caos social.

A sabedoria sempre está em evolução e na modernidade tem se superado. As sociedades podem fingir que seguem os ditames da razão, mas, no que diz respeito aos indivíduos, não é bem esta a forma de comportamento que se tem deparado na modernidade.³⁴⁸ Em razão disso, algum resquício de lirismo precisa estar involucrado na norma constitucional, e não na norma mental da sociedade. O senso comum, nesse sentido, desagrega e leva ao dissenso institucional. Seria a incorreta percepção do mal sendo combatido pelo mal. Este é o segundo motivo.

Outrossim, pode-se elencar mais um fator para tal sequencia caracterizar-se como constitucional. Os momentos proativos imediato e mediano não são dissociados. Eles não ocorrem em escala de progressão ou de condição, mas são ao mesmo tempo alcançados, pois um está associado ao outro e são dependentes entre si. No entanto, serem interdependentes não significa dizer que qualquer sequencia é bem sucedida, pois, como explicado, a Constituição precisa ser respeitada para que a sociedade o seja. Esta é a ordem racional. Sua inversão desracionaliza atitudes e não lineariza o poder. Este é o terceiro e último motivo.

Vencidas as exposições acima, retoma-se o pensamento sobre a maneira contramajoritária de ser da Corte suprema. A compostura preativa, conhecida também como “menos positiva” ou “quase negativa”, por sua vez, possui sentido parecido de atuação, mas em momentos distintos, muito embora ainda persista pelo menos a mesma finalidade mediata da conduta proativa, ou seja, continua existindo para favorecer a camada social menos favorecida, que pode ser as minorias, que possuem representatividade reduzida, ou as maiorias, que possuem, em regra, as maiores representatividades.

No entanto, quanto à finalidade imediata da conduta preativa não há um restabelecimento da ordem constitucional, mas um refreamento e neutralização da conduta para evitar que haja atitude em desconformidade com a Constituição. Aqui a postura do juiz é menos positiva. Ainda há ação, mas não para rebater conduta desrespeitosa com a

the cognitive systems to the emotional systems". Livre tradução: “as emoções podem inundar a consciência... porque a escrita do cérebro neste momento de nossa história evolutiva é tal que as conexões dos sistemas emocionais aos sistemas cognitivos são mais fortes do que as conexões dos sistemas cognitivos aos sistemas emocionais”.

³⁴⁸ SAJÓ, András. **Constitutional Sentiments**. Yale University Press, 2011. p. 01.

Constituição, mas para freia-las. A preocupação é evitar a ocorrência de situações que desrespeitem as normas constitucionais e seu sentido constitucional e, como consectário, coloquem em risco camadas sociais menos favorecidas.

O tribunal necessita se defender, posicionar-se para evitar a preterição da imperatividade da Constituição. Pressupõe, portanto, uma provável ação na iminência de acontecer, mas de maneira mitigada. Atua na prevenção e pode ser menos dinâmica no seu exercício para controlar o momento ideal de promover a adaptação da conduta desrespeitosa aos regramentos constitucionais. Por mais que a Corte constitucional tenha que agir e, logo, ter uma conduta cogente, é um tipo de ação discreta, de defesa, de refreio a atitudes inconstitucionais.

Sabe-se que a prolação de decisões pelo órgão supremo, salvo exceções legais, pressupõe um pedido ou requerimento que contemple os requisitos estatuídos em lei. Então, quando se menciona o melhor momento de atuação para o tribunal constitucional decidir, por óbvio, já se subentende a instauração do petítório respectivo, no entanto, não necessariamente, a decisão mais efetiva seja prolatada após o oferecimento imediato do pleito.

A Corte, mediante elementos justificadores, a depender do caso concreto, pode administrar o momento mais crucial para a prolação da decisão, como se fosse um julgado tipicamente controlado, mas não circunstancial, pois estaria inteiramente delimitado pelas circunstâncias da problematização tópica de Viehweg³⁴⁹ e fundamentada na Constituição e com vistas à sua proteção ou à tutela de direitos fundamentais.

Convém esclarecer que a proteção a direitos fundamentais ocorre aplicando a Constituição e por meio da própria ordem constitucional legitimando a atuação do tribunal. Esta é a forma democrática de realização do controle dos outros poderes. A acomodação das funções da governança estatal é prática natural e legítima quando a Constituição é o foco de toda atuação. A ação controlada não se afasta dos pré-compromissos constitucionais, pelo contrário, aproxima-se do ideal democrático constitucional.

Não obstante a grande relevância temática, uma observação peculiar precisa ser explorada. Atitudes proativas que a pretexto de estarem tutelando direitos fundamentais regulam políticas públicas, por vezes inovando ordens legislativas ou criando regramentos,

³⁴⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. p. 31. Esta problematização tópica se relaciona com a *techne* do pensamento que se orienta para o problema.

não é conduta constitucional aceitável, e concede efeito apenas aparente de proteção, sendo, na verdade, mais um elemento vulnerabilizante aos direitos fundamentais, sem falar na confusão institucional dispensada à organização governamental dos poderes.

Quando todo arcabouço teórico e fático converge ao sentido de articulação de funções estatais e organização dos poderes, a verificação de decisões judiciais com essência de criação de políticas públicas, mesmo que com intenção louvável, promove não só a desarticulação das engrenagens organizatórias como desestabiliza um sem-número de outras políticas públicas que abrangeriam mais necessitados que o contido no polo ativo de uma relação jurídica processual.

Que a Corte constitucional necessita conter abusos institucionais e de política assistencial quando desagravarem normativos constitucionais, disso não há dúvida alguma, mas despertar para a sensibilidade moral sem critério constitucional legítimo é o mesmo que tentar vencer o determinismo comunitário e impor uma agenda progressista à sociedade por meio de interpretações constitucionais. E essa análise não se preza para o “estudo sutil do movimento legal mais transformador do nosso tempo”³⁵⁰, senão para criar a decisão constitucional.

Portanto, pode-se dizer que só é possível construir harmonia na política por meio de iguais. E só se pode ter igualdade quando cada poder é cômico de que a sua própria capacidade está em pé de igualdade com o outro poder. Caso contrário, haverá submissão à harmonia. A diferença não reside no tipo de modelo de sociedade existente, mas sim no tipo de exercício que se pratica com o seu próprio poder. O tribunal supremo busca soluções para o Corte Constitucional e não recorta a Constituição para buscar soluções.

4.3.4 Judicial Review e “dificuldade contramajoritária”

Os tribunais constitucionais enquanto instância máxima judicial em um estado democrático desempenha funções jurídicas e políticas. A simples afirmação está longe de estabelecer um consenso do que seja então uma postura jurídico-política. Talvez resida nesse

³⁵⁰ WESCHLER, Herbert. “Bickel: The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Bickel: Politics and the Warren Court”. In: **Yale Law Journal**. n. 75, issue 4, article 6, 1966. p. 677. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9226&context=ylij>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

vácuo constitucional o estímulo para pesquisa do constitucionalismo contemporâneo e na certeza de que eventuais respostas conduzem a tantos outros questionamentos.

Não obstante a abertura temática, a questão é agraciada com proporções planetárias quando mais tentativas surgem para entender a Corte em uma ou outra direção, pois à medida que esse estudo se intensifica mais se solidifica o fato de serem tais posturas duas faces de uma mesma moeda. E essa moeda possui valor inestimável porque tem nos direitos fundamentais o seu paradigma de déficits e superávits para a ordem constitucional.

Não poderiam haver situações mais perceptíveis para esse diagnóstico institucional do que as intermitentes ranhuras aos direitos dos menos favorecidos da sociedade complexa, que, com a constância de repisados episódios, acabam por promover fendas consideráveis na “personificação dos compromissos legais e políticos de uma específica nação assumidos democraticamente”³⁵¹.

É certo que não se pode viver em uma eterna escravidão com o fato de os direitos fundamentais desenvolverem uma empatia constitucional, assim como também não se pode desprezar o fato de sua simpatia constitucional ser oponente no momento em que tais direitos mais precisam de ordenamento. Eis, portanto, a razão de ser contramajoritária da Corte, pois se configura como a essência protetora dos direitos fundamentais e construtora do núcleo mínimo que compõe o bloco de fundamentalidade de tais direitos.

Não raras vezes atos legislativos ou condutas organizatórias e funcionais de outras articulações governamentais, na tentativa de gerenciar situações políticas e sociais, em razão de inabilidade ou não, colocam em risco direitos fundamentais e em perigo as camadas sociais menos favorecidas, surgindo paradoxos para a Corte analisar tais atos e verificar sua conformidade com a ordem constitucional, ora os invalidando ora os legitimando, em movimento pendular ao eixo da Constituição e dos compromissos democráticos.

Avultam discursos assimétricos, portanto, na forma como a Corte Constitucional pode construir, proteger e fortalecer o bloco de fundamentalidade dos direitos, principalmente firmando argumentos de que o tribunal supremo não possui legitimidade democrática para invalidar atos legislativos ou regulamentar situações de gerenciamento executivo. Aqui habita um ponto delicado da contramajoritariedade. O cerne da questão é exatamente demonstrar que

³⁵¹ RUBENFELD, Jed. “The Two World Orders”. In: **Wilson Quarterly**. p. 29.

tal maneira de pensar não se sustenta e que a legitimação democrática da Corte é premissa constitucional privativa e que ocorre em dimensão distinta da articulação legislativa.

“Os juízes deveriam ter autoridade para derrubar a legislação quando estão convencidos de que violam os direitos individuais?”. A indagação instigante de Waldron, que inaugura um de seus ensaios teóricos mais famosos³⁵², implica pelo menos cinco frentes responsivas, o que demonstra ser a contramajoritariedade apenas a ponta de um iceberg de um embate discursivo mais profundo.

Evidente que o teórico neozelandês se refere ao controle difuso de constitucionalidade, no entanto, os argumentos explicativos também podem se amoldar em muitas medidas ao controle concentrado de constitucionalidade, o que faz enriquecer a glosa sobre a atuação do magistrado constitucional na jurisdição constitucional, a quem incumbe zelar pela Constituição, seja controlando de forma concreta ou em abstrato.

Assim, alguns comentários podem ser extraídos dessa reflexão. O primeiro deles diz respeito à intenção do tribunal. O foco não é a invalidade de atos legislativos, mas a aplicação do mandamento constitucional, restituição da ordem e conformação do ato impugnado com os preceitos constitucionais. Se para isso se concretizar atos legislativos devam ser declarados nulos é questão de conformação com a Constituição e não de derrubada intencional ou injustificada da produção legiferante. Portanto, o *locus* da discussão está em outro patamar, o da constitucionalidade ou não do ato, e não meramente o da intencionalidade de intromissão na produção legislativa.

O segundo ponto refere-se à maneira de procedimentalizar a compatibilidade do ato legislativo com a Constituição. A doutrina jurídica, principalmente arrimada no pensamento alemão, traz possibilidades de resguardar a Lei Maior sem que para isso seja invalidado o ato

³⁵² WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. In: **The Yale Law Journal**. v. 115, issue 6, article 3, 2006. p. 1348. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>. Acesso em: 03 abr. 2019. No primeiro parágrafo da introdução, Waldron faz a indagação: “*Should judges have the authority to strike down legislation when they are convinced that it violates individual rights?*” Importante frisar que o teórico neozelandês tece críticas ao controle judicial dos atos legais e não do ato administrativo. Para a relação entre poderes estatais e controle judicial de atos administrativos, Cf. WALKER, Christopher J. “The Ordinary Remand Rule and the Judicial Toolbox for Agency Dialogue”. In: **George Washington Law Review**. v. 82, n. 5, October 2014, pp. 1553-1621. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/598a/a7eea5c340c6b6cd6d600108583468c3e04c.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019. Para Walker, “a separação de poderes desempenha um papel importante no estado administrativo moderno e o modelo de recurso de controle judicial no direito administrativo evoluiu para abordar estes valores constitucionais”. No original: “*separation of powers plays an important role in the modern administrative state, and the appellate model of judicial review in administrative law has evolved to address these constitutional values*” (p. 1620).

legislativo. Seria uma maneira de interpretar o conflito sob o olhar constitucional e utilizar a técnica de aplicação consistente na declaração de inconstitucionalidades sem realizar a redução de texto ou sem a pronúncia de nulidade, sem falar da interpretação conforme a Constituição enquanto técnica interpretativa.³⁵³

O terceiro assunto faz alusão à finalidade do constitucionalismo. A proteção de direitos fundamentais é o guia da articulação judiciária no sistema da governança dos atos públicos. Tutelar direitos e formar um núcleo forte de fundamentalidade é objetivo do constitucionalismo, instrumentalizado pelas normas constitucionais e operacionalizado pelos juízes. Portanto, se restar clarividente violação a direitos, sem, contudo, disponibilizar-se a tais agentes públicos o ferramental para a eliminação da transgressão e consequente conformação com a ordem imperativa constitucional, o constitucionalismo estaria fragilizado enquanto processo racionalizador de poder.

O quarto tema converge para o sujeito ativo da atividade conformadora. Nesse sentido, se na governança cooperada não existisse contramajoritariedade da Corte suprema ou em não sendo o tribunal o competente para atuar no processo de conformação da Constituição, as bases do constitucionalismo novamente estariam instáveis, a uma, porque o poder não seria controlado e sim alargado, a duas, porque tribunal constitucional sem postura contramajoritária estimularia a violação de direitos fundamentais tornando um ato normal e com *status* de institucionalidade.³⁵⁴

O quinto e último mote se refere à legitimidade democrática da Corte, certamente o tópico mais sensível contido na indagação de Waldron. Não se trata de discutir autoridade dos juízes para declarar atos legislativos inconstitucionais, muito menos tentar transparecer que o tribunal constitucional não tem legitimidade representativa para exercer atos conformadores. É certo que os juízes não são eleitos, mas a sua autoridade decorre da própria Constituição. E a legitimidade de atuação não é igual a dos parlamentares, possui diferenças significativas.

Membros do legislativo e do executivo são dotados de legitimidade política representativa e os integrantes do judiciário possuem legitimidade jurídico-normativa. São áreas distintas de atuação, mas que se articulam em prol da Constituição e dos direitos nela

³⁵³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 281.

³⁵⁴ Cf. ZURN, Christopher F. **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**. Cambridge University Press, 2007.

previstos. A contramajoritariedade não existe para constranger outras funções de governo, mas para equacionar o poder por meio de um controle constitucional e assim garantir direitos fundamentais sob a sua égide de proteção.

Dito de outra maneira, o judiciário por si só não representa a sociedade, ele representa e apresenta a ordem constitucional, que exige a compatibilização da sociedade às suas normas, e por assim o ser alinha-se com fatores sociais. A atividade jurisdicional é legitimada pela própria Constituição, a mesma que legitima os parlamentares e o gestor em suas funções, mas o faz em outro sentido, em outro paradigma, em outra tonalidade.

Diante dessas considerações, observa-se que uma pergunta aparentemente singela pode proporcionar um intenso debate. Não foi por outra razão, talvez, que Alexander Bickel tenha retratado a “dificuldade contramajoritária” como uma “força contra-igualitária” no sistema constitucional, frustrando vontades de representantes do povo e controlando o poder não em nome da maioria mas contra ela.³⁵⁵

Não com menos razão, e há mais tempo, a proteção de direitos fundamentais pode encontrar na *irreconcilable variance* um início de contra-argumentação como fator calibrador da ordem constitucional. No documento federalista n. 78, Hamilton previa que a Corte poderia derrubar leis que estivessem em uma “variação irreconciliável” com a Constituição americana.³⁵⁶

Por suposto, não se pode defender cegamente que a contramajoritariedade é uma postura da Corte Constitucional livre de intempéries ou de dissabores. Como toda forma de conduta que restringe atitudes de outros detentores de funções governativas, sua insatisfação é destacada constantemente, a bem da verdade, com mais equívocos que acertos. Os focos de discussão da natureza contramajoritária se preocupam mais em despreza-la que digerir os seus pontos favoráveis.

Não era pra menos, afinal, a valorização de aspectos negativos costumam ser típicos de atividades de cunho constritivos, as quais envolvem, via de regra, a compatibilização entre zonas de conforto para alguns com situações desconfortáveis para outros. A limitação pública

³⁵⁵ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the supreme court at the bar of politics. Indianápolis; New York: The Bobbs-Merrill Company Inc, 1962. pp. 16 e 18.

³⁵⁶ HAMILTON, Alexander. “The Federalist n. 78. The Judiciary Department”. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New Haven and London: Yale University Press, 2009. p. 397.

de poderes constituídos, para muitos representantes do povo, agride a intenção política, situação absolutamente coerente com massacres discordantes, em uma análise preliminar. Afinal, em um debate político, a unanimidade é pouco desejada.

Em assim sendo, a afirmação de Bickel pode até fazer sentido, pois a contramajoritariedade, por ser de certa forma uma atitude judicial restrigente, apresenta dificuldades. Soaria estranho, ademais, caso não houvesse complicações. Em uma democracia, consensos e dissensos permeiam a arena discursiva da política e essa tensão venerada pode levar a maturidades institucionais e a alguns pontos de integridade, mesmo que ínfimos, mas certamente com bastante dificuldades.

Nesse sentido, a dificuldade da contramajoritariedade é salutar, pois como bem observa Dworkin, em meio a tantos debates deve existir pelo menos um item da agenda política que seja concordante e uníssono, pois inimaginável seria discordar de todos os temas na arena política. Sejam progressistas ou não, a democracia possui um *common ground*, uma base comum, pontos de contato entre temas sensíveis³⁵⁷.

Com a ajuda de Dworkin, a compreensão da manifestação de Bickel se tornaria mais agradável, muito embora o termo por ele utilizado – dificuldades – fosse genérico e indicativo de que seu sentido não era tão ameno. As dúvidas cessam quando Bickel qualifica o *judicial review* de uma “instituição desviante”³⁵⁸, de uma forma de “desconfiar da legislatura”³⁵⁹ e quando expressa que sua dificuldade fundamental “é uma força contramajoritária em nosso sistema”, sendo uma “realidade inelutável”.³⁶⁰

Não obstante essas severas críticas, não se pode confundir os questionamentos elaborados com defeitos perenes e provenientes da contramajoritariedade dos tribunais constitucionais. A generalização negativa produz uma preocupação positiva. Como apontam Lemieux e Watkins “um modelo relacional de dinâmica interprofissional aumenta

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** principles for a new political debate. pp. 08-16.

³⁵⁸ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch:** the supreme court at the bar of politics. p. 16. Bickel afirma: “(...) *judicial review is a deviant institution (...)*”.

³⁵⁹ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch:** the supreme court at the bar of politics. p. 18. “(...) *judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature (...)*”.

³⁶⁰ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch:** the supreme court at the bar of politics. p. 21. “(...) *the root difficulty is that judicial review is a conter-majoritarian force in our system (...) this ineluctable reality*”.

preocupações sobre a formulação de políticas judiciais: a inaplicabilidade da dificuldade contramajoritária corta os dois lados”.³⁶¹

Lemieux e Watkins possuem um olhar otimista e esperançoso ao se referir às dificuldades da contramajoritariedade. Encaram a posição contramajoritária não como desagregadora, mas em sentido inverso, transformam o vício em virtude, pois se concentram em posturas para “proteger os direitos dos grupos desfavorecidos contra uma maioria excessivamente poderosa. Revisão judicial, nesta conta mais positiva, não é uma instituição ‘desviante’, mas uma que defende valores democráticos fundamentais”.³⁶²

O discurso anterior de desorganização e desorientação abre a possibilidade de comprovação da situação contrária. Se por um lado ela seria desviante, por outro, pode ser niveladora do eixo democrático. É a típica exemplificação da ambivalência dos paradoxos, podem destruir mas também edificar. É mais útil e necessário para a sociedade a visão proveitosa, na qual os fatores contramajoritários privilegiam o alinhamento com a Constituição, em um caminho reto e focado na proteção de garantias individuais.

Esse pensamento construtivista perfaz uma rotação hermenêutica característica: os direitos fundamentais e seu fator de proteção são constantemente revisitados pela possibilidade do *judicial review*. A Corte Constitucional é agraciada, assim, com um instrumento importante na defesa dos direitos fundamentais, a revisão de atos contrários à Constituição e à fundamentalidade de seus direitos.

Se para alguns teóricos³⁶³ a função contramajoritária é um problema desestabilizador na jurisdição democrática, ainda que não haja discordância na totalidade de suas implicações

³⁶¹ LEMIEUX, Scott E.; WATKINS, David J. “Beyond the ‘Counter-majoritarian Difficulty’: lessons from contemporary democratic theory”. In: **Polity**. Northeastern Political Science Association. n. 41, 2009. p. 04. “A relational model of interbranch dynamics raises significant concerns about judicial policymaking: the inapplicability of the counter-majoritarian difficulty cuts both ways”.

³⁶² LEMIEUX, Scott E.; WATKINS, David J. “Beyond the ‘Counter-majoritarian Difficulty’: lessons from contemporary democratic theory”. In: **Polity**. p. 03. “The most common way of solving the ‘counter-majoritarian difficulty’ is to turn this alleged vice into a virtue: the counter-majoritarian nature of the courts is a good thing, because courts are uniquely well situated to protect the rights of individuals or disadvantaged groups against an excessively powerful majority. Judicial review, on this more positive account, is not a ‘deviant’ institution but one that upholds fundamental democratic values”.

³⁶³ Cf. BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the supreme court at the bar of politics. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company Inc, 1962; KRAMER, Larry. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004; TUSHNET, Mark. “New Forms of Judicial Review and the persistence of Rights and Democracy Based Worries”. In: **Wake Forest Law Review**. n. 38, 2003. pp. 813-838. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

para formas de controle constitucionais, para outros, a postura do magistrado constitucional configura expectativa coerente e necessária para corrigir patologias do regime político.³⁶⁴

De uma forma ou de outra, analisando a revisão judicial como remédio ou não para distorções sociais, os perfis metodológicos e os ensinamentos da doutrina induzem a uma espécie de *common ground*: a importância vital de construção de *insights* democráticos para incentivar a sistematização de diálogos na jurisdição constitucional. Eles aprimoram o controle de constitucionalidade e fortalecem os direitos fundamentais.

Dessa forma, a postura contramajoritária do tribunal constitucional parte para uma nova etapa, um novo degrau, saber como realizar a revisão judicial, criar balizas de utilização racional, estabelecer cânones interpretativos para atuação perfilada ao seu sentido. Diminuir suas arestas de dissenso e fomentar ângulos de consenso promissores para a efetiva proteção de direitos é o *enforcement* perquirido pelo constitucionalismo contemporâneo.

Se, por um lado, não obstante o transcendentalismo de sua inovação, Waldron criou quatro condições para aplicabilidade do *judicial review*, instituindo uma espécie de revisão judicial condicionada³⁶⁵, em clara tentativa de alinhar discursos democráticos com atuação da Corte, Barry Friedman, de outro, sugere a atuação do tribunal como catalisador de um diálogo coerente para concessão de respostas constitucionais, muito embora na contramão desse ideal surjam respeitadas demonstrações de que “a revisão judicial não tem origens benevolentes e progressivas, bem como consequências redistributivas e de difusão de poder significativas”.³⁶⁶

³⁶⁴ Cf. TRIBE, Laurence H. “The People's Court”. In: **New York Times Book Review**. n. 24. ISSN 0028-7806, 53012, 2004, pp. 32-33. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1009098>>. Acesso em: 20 abr. 2019; CHEMERINSKY, Erwin. “In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism”. In: **University of Illinois Law Review**. 2004. pp. 673-690. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 abr. 2019; ALEXANDER, Larry, SOLUM, Lawrence. “Popular? Constitutionalism?”. In: **Harvard Law Review**. v. 118, 2004-2005. pp. 1594-1640. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692224>. Acesso em: 20 abr. 2019; FALLON, Richard H. “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”. In: **Harvard Law Review**. n. 121, 2008. pp. 1693-1734. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2008/05/the-core-of-an-uneasy-case-for-judicial-review/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

³⁶⁵ WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. In: **The Yale Law Journal**. p. 1360. Em resumo, Waldron sugere a imaginação de uma sociedade com: a) instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio; b) um conjunto de instituições judiciais, novamente em razoável boa ordem, criada de forma não representativa para receber ações individuais, resolver disputas e defender o estado de direito; c) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e a maioria de seus agentes públicos para a ideia de direitos das minorias; d) desacordo persistente, substancial e de boa fé sobre direitos (ou seja, sobre o que o compromisso com os direitos realmente significa e suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

³⁶⁶ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. p. 16.

Transcorridas algumas linhas, verifica-se que a Corte suprema possui tarefa por demais complexa na jurisdição constitucional. O seu perfil contramajoritário, entre gostos e desgostos, acertos ou desacertos, é uma realidade necessária para as intenções do constitucionalismo, que nem de longe são refratárias, senão confluentes com os pré-compromissos constitucionais.

As dificuldades da modernidade interferem no caráter contramajoritário do tribunal, pois a problematização das insatisfações na complexidade das informações estimula o surgimento de paradoxos os quais menosprezam direitos em velocidade fugaz. O conceito de minorias se exacerba para cidadãos em contextos desfavoráveis e os direitos fundamentais dispersam-se entre os fragmentos cada vez minúsculos de uma sociedade segregada. A contramajoritariedade tenta, portanto, unir os pedaços e formar uma densidade jurídica consistente.

Verifica-se que com esse cenário os tribunais constitucionais e o controle de constitucionalidade tornaram-se indispensáveis na vida das democracias consolidadas e, principalmente, emergentes, em que desrespeitos aos bens jurídicos essenciais são mais corriqueiros. Por essa razão, Sascha Kneip ensina que a “vinculação da política por meio de constituições e direitos fundamentais pertence hoje tanto à autoimagem das democracias modernas quanto à proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais”.³⁶⁷

A dificuldade da contramajoritariedade, no constitucionalismo contemporâneo, não é a mesma que Bickel professou no século passado, mas se reveste da maneira como conjugar proteção de direitos fundamentais sem, contudo, incidir em condutas prospectivas, engajadoras e que possam desestabilizar a governabilidade do Estado. A revisão judicial, em democracias emergentes e disfuncionais, mostra-se de grande valia, apesar de conviver em uma zona limítrofe em que atitudes republicanas de proteção podem configurar incursões antidemocráticas, iniciando embates que desfocam o objetivo principal da ordem constitucional.

“In doing so I hope to make a powerful case against the widely held conventional wisdom that the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review have benevolent and progressive origins as well as significant redistributive, power-diffusing consequences”.

³⁶⁷ KNEIP, Sascha. “Verfassungsgerichte in der Demokratie: zwischen krisenerzeugung und krisenmanagement“. In: MERKEL, Wolfgang (hrsg). **Demokratie und Krise**. Wiesbaden: Springer VS, 2015. p. 408. *“Verfassungsgerichte und verfassungsgerichtliche Kontrolle von Legislativ- und/oder Exekutivakten sind aus dem Leben etablierter Demokratien nicht mehr wegzudenken. Die Bindung der Politik durch Verfassungen und Grundrechte gehört heute ebenso zum Selbstbild moderner Demokratien wie die Sicherung der Grundrechte durch Verfassungsgerichte”.*

Nesse contexto, os diálogos entre supremas Cortes demonstram sua utilidade principal ao serem uma possibilidade de difundir entendimentos que permeiam a jurisdição constitucional em várias realidades democráticas, organizatórias e jurídicas. Os tribunais constitucionais podem ser agentes “catalisadores” ou “moderadores”³⁶⁸ de diálogos que além de ajudarem na proteção de direitos auxiliam na elaboração de um núcleo mínimo essencial, um catálogo jurídico fundamental.

Não se pode desatender a realidade constitucional moderna. As Cortes Constitucionais têm funções dialógicas poderosas. As crescentes inflexões que decisões judiciais ocasionam na sociedade complexa podem ser aprimoradas com o intercâmbio jurisprudencial e com a transmissão de novos contextos e maneiras de conformar direitos aos ditames constitucionais, pois como Friedman assevera “abordar a questão em termos dialógicos, e não em termos de dificuldade contramajoritária, deve inspirar uma discussão sobre como tornar o diálogo mais aberto, mais vibrante e mais eficaz”.³⁶⁹

4.3.5 Motivação das Decisões: a função restrigente do diálogo

O direito e o não direito protagonizam cenas constantes entre o estável e o instável no mundo jurídico. A segurança para um não necessariamente é a segurança para o outro. E nesse choque entre confiança e desconfiança um vácuo se forma dificultando a incidência das respostas constitucionais.

A discricionariedade e a motivação das decisões das Cortes possuem a mesma vereda. Entre embates discursivos e pontos de vistas por vezes sentimentais e racionais misturam a atividade jurisdicional, absorvendo um patamar importante para a preservação dos direitos fundamentais.

Como terceira faceta instrumental para realização das finalidades do constitucionalismo, a necessidade de motivação dos atos judiciais vive em abundante desafio na jurisdição constitucional. Ao passo que esta analisa argumentos para densificar

³⁶⁸ Cf. FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and Judicial Review”. In: **Michigan Law Review**. v. 91, 1993. pp. 669-670. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss4/2/>>. Acesso em: 20 abr. 2019. “*court decisions may act as a catalyst (...) courts moderate and tend the debate*”.

³⁶⁹ FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and Judicial Review”. In: **Michigan Law Review**. p. 671. “*Approaching the question in dialogic terms, rather than in terms of the countermajoritarian difficulty, should inspire a discussion of how to make the dialogue more open, more vibrant, and more effective*”.

argumentações fulcradas na Constituição e estabelecer o liame entre o caso concreto e as normas constitucionais a ele sobrepostas, algumas inadequações surgem conduzindo o resultado constitucional para sentido diferenciado.

O que era pra ser uma simples atividade de criação do direito se transforma em destruição jurídica. O que era pra configurar uma interpretação se transmuda para um desafio constitucional. A Constituição foi elaborada para organizar as relações políticas e sociais e para isso precisa ser aplicada inteligentemente. É garantia da sociedade que os paradoxos sejam solucionados por padrões jurídicos, pois a motivação das decisões judiciais é direito fundamental.

No entanto, alguns fatores causam interferência para a efetivação dessa garantia. O primeiro deles se insere no fato de entender a Constituição como ordem aberta de regras e princípios de maneira inteiramente equivocada. Não raras vezes o sentido da abertura constitucional tem sido distorcido, ocasionando uma inversão grotesca de resultados que, ao invés de estabilizarem o constitucionalismo, provoca efeito contrário.

A Constituição é compostas de normas jurídicas que se subdividem em regras e princípios e que perpassa por uma abertura constitucional para unir a comunicação entre o texto escrito e a realidade, para superar o hiato desses elementos e para congregar o contexto ao texto. Esse é o sentido de um ordenamento elasticamente constitucional.

Entretanto, não se pode confundir Constituição aberta com lacuna constitucional, ou seja, misturar a ideia de constituição reflexo e refletor da sociedade com abertura constitucional casuística. A Constituição dinâmica propicia o diálogo entre o programa e o âmbito normativo e solidifica a politização do jurídico e a juridicização do político. Este, inclusive, é um dos fatores para erigir a Corte constitucional como política e jurídica.

Analisar o sentido contrário, omissão constitucional, é o mesmo que admitir a presença de um grande espaço vazio dentro da Constituição, um tipo de fenda que pode ser preenchida com vários *standards*. E aqui o perigo se avulta em dimensões preocupantes, pois a Constituição além de poder receber argumentos objetivos e jurídicos pode ser completada com sentimentos, desejos e ambições discricionárias.

O preenchimento de omissões constitucionais é atividade interpretativa bastante circumspecta, pois integrar os espaços desocupados significa complementar o sentido do texto

constitucional. Complementação induz continuidade para formação de um todo. A noção de complemento da Constituição implica confiança no seu agente e reconhecimento de que ele está fulcrado no objetivo constitucional da razão e imunizado a emoções personalizadas e não institucionais.

A razão é sólida, duradoura e resistente aos devaneios discursivos contra si perpetrados. A sua perenidade não lhe deixa ludibriar-se. As emoções são efêmeras, voláteis, desconstituem-se com o tempo, pois se revestem de temporalidade. Existem e se findam em questão de momentos, por isso que o objetivo da lei é “criar um ambiente mental estéril para sua própria aplicação, porque considera os ditames das emoções enganosas e inadmissíveis”³⁷⁰.

A momentaneidade das emoções pode proporcionar que o sentido agregador da racionalidade jurídica se altere para desconstrução de direitos, como se em uma atividade enganosa estivesse, mas com o pretexto de ser apenas um ponto de vista sentimental, uma vontade pessoalizada. “A razão sistematicamente erra por causa da intervenção das emoções na tomada de decisão”³⁷¹. Essa facilitação dada pela razão permite o empoderamento da emoção e com isso a capacidade de vulneração a direitos fundamentais acende.

Assim, aquiescer com o sentido constitucional dentro do espaço jurídico é permitir que a Constituição seja o guia do intérprete e não autorizar que este seja o condutor contumaz da Constituição. Esse comportamento focalizador que a norma constitucional exerce possui a finalidade de evitar o surgimento de pós-compromissos inconstitucionais no lugar dos pré-compromissos, ou seja, impedir a inserção de interesses privados em detrimento dos objetivos públicos ou, ainda, dimensionar indevidamente interesses individuais em prejuízo de interesses coletivos.

O contexto do intérprete não pode invadir o contexto da Constituição. “Em muitos casos, as decisões humanas são motivadas pela emoção”³⁷². É a conjuntura constitucional que precisa adentrar à contextura do aplicador. A Constituição necessita estabelecer a sintonia entre o texto constitucional, o caso concreto e a Corte em si. Pensar em sentido diferente é

³⁷⁰ SAJÓ, András. **Constitutional Sentiments**. p. 03. “*Law intends to create a sterile mental environment for its own application because it considers the dictates of emotions misleading and impermissible*”.

³⁷¹ SAJÓ, András. **Constitutional Sentiments**. p. 03. “*Reason systematically errs because of the intervention of emotions in decision-making*”.

³⁷² SAJÓ, András. **Constitutional Sentiments**. p. 03. “*In many instances human decisions are emotion-driven*”.

promover as bases de um constitucionalismo mais suscetível a inflexões sociais e involuções na proteção de direitos.

As lacunas porventura existentes na Constituição são integradas pelo ferramental elencado na ordem jurídica e não com argumentos não jurídicos que não se configuram aptos a trazer a segurança constitucional ao caso em apreciação. O fundamentos e motivos de uma decisão precisam, portanto, estar calcados na ordem jurídica, sob pena de a Constituição aberta ser entendida depreciativamente como uma “Constituição coringa”.

A “Constituição coringa” seria aquela em que serve de fundamentação para um sem-número de possibilidades jurídicas, muitas vezes não relacionados com seus contextos e interligadas com as nuances existentes nos peculiares paradoxos. A sua atuação assemelha-se como um cardápio de opções para, após decisão pessoal, extra jurídica, encontrar o intérprete um argumento formalmente jurídico para oficializar sua resposta jurídica.

Essa espécie de distribuição de fundamentos a *la carte* faz com que a ordem de decisão seja caricatamente oposta. Primeiro, sem análise a padrões jurídicos, o aplicador, movido pelos seus ideais, internaliza o seu propósito e depois se beneficia das opções normativas, geralmente principiológicas, para formalizar a decisão. Certamente, com esse comportamento subjetivo, o círculo democrático não se completa.³⁷³

Interessante observar que tal prática sentimentalista, além de ser rechaçada pela ordem jurídica, por vezes, não produz um argumento materialmente jurídico e constitucional, pois carente de conexão entre a situação fática e a contextualização necessária para solidificar um ponto de vista sabidamente hábil e capaz de ser uma resposta tipicamente constitucional.

Nesse sentido, os princípios constitucionais, em caso de não terem seus significados compactados com o contexto que os delimita e nem restringido a sua amplitude de aplicação por meio das esteiras minuciosas dos casos problematizados, possuem grandes chances de se transformarem em argumentos performativos. E, segundo Austin, “emitir um enunciado performativo é, por exemplo, fazer uma aposta”.³⁷⁴ Logo, são expressões que fornecem

³⁷³ Cf. ABOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁷⁴ AUSTIN, John L. **How to do Things with Words**. p. 06. “To issue a constative utterance (Leoto utter it with a historical reference) is to make a statement. To issue a performative utterance is, for example, to make a bet”.

roupagem jurídica, porém, sem haver contrastes ou testes de validez, ou seja, fora de um contexto não conseguem ser avaliados como um critério racional.

Nota-se, então, quão problemático seria o estudo de uma decisão judicial que tem como argumentos de fundamentação enunciados comparáveis a apostas. Seria essa possível decisão arriscada? Quem seria atingido por esse risco? Os questionamentos auferem perplexidade, principalmente quando em rápida reflexão se percebe que não somente as partes envolvidas no caso concreto estariam ao voluntarianismo do julgador ou de suas sensações descontextualizadas, mas toda a sociedade e, por suposto, a ordem constitucional, porque “onde a discricionariedade começa, o direito termina”.³⁷⁵

Assim como o diálogo judicial é identificável e a motivação de atos judiciais precisa ser luzidia, sem margem para hesitações interpretativas e sim com vistas a definição do objeto decidido, a atividade interpretativa de criação do direito, ensinada pela hermenêutica constitucional, não pode abrir caminhos para novos desafios elucidativos. A interpretação cessa quando se cria a norma. A interpretação não pode ser origem para novas interpretações. A interpretação da interpretação retira a segurança e confiança da resposta constitucional.

O diálogo judicial possui importância fundamental nesse ponto haja vista ser um instrumento para redução e combate da discricionariedade das decisões judiciais. A troca de entendimentos entre tribunais constitucionais é uma prática cooperativa que restringe a possibilidade de transformar a resposta constitucional aos problemas complexos em um sorteio cujo resultado não seja conhecido. A troca de jurisprudências entre Cortes supremas possui evidente função restrigente.

As arestas de surpresas se diminuem com o diálogo judicial porque a possibilidade de ocorrerem decisões com fundamentos extra jurídicos se minimizam consideravelmente, trazendo questionamentos se, de fato, tais pronunciações chegam a ser fundamentos racionalizadores de uma decisão ou se são apenas exteriorizações de subjetividades.

Os diálogos promovem um compartilhamento de fundamentos objetivos sedimentados em normas constitucionais, abreviando a discricionariedade dos atores judiciais e aprimorando a permuta cooperada de tradicionalismos jurídicos, cada um em seu contexto, mas filtrado pelo âmbito normativo do intérprete que recepciona o entendimento estrangeiro.

³⁷⁵ Ver nota n. 227. Cf. DAVIS, Kenneth Culp. **Discretionary Justice**: a preliminary inquiry. Louisiana: Louisiana University Press, 1977. n. I, p. 03. “Where law ends, discretion begins”.

O intercâmbio de realidades constitucionais ligadas pelo núcleo unidirecional dos direitos fundamentais homenageia a vinculação das decisões judiciais e traz a previsibilidade de embasamento argumentativo. A sorte da aposta qualifica-se para a certeza do resultado.

4.3.6 A Natural Legitimidade do Tribunal Contramajoritário

Certa vez, Cândido, jovem rapaz morador do castelo em Westfália, do barão de *Thunder-ten-tronckh*, pai da bela Cunegundes, era ensinado pelo filósofo Pangloss, um seguidor de Leibniz, que não poderia existir mundo melhor do que este, sendo orientado sempre para o que era bom. Tudo ocorria bem com Cândido, todos os acontecimentos estavam encadeados “no melhor dos mundos possíveis”, até que se rendeu aos encantos de Cunegundes e por ela se apaixonou, dando-lhe um beijo que lhe custou a expulsão do castelo.

A partir daí, Cândido sai pelo mundo afora e tem as suas convicções postas à prova por uma série de catástrofes que vão surgindo em sua jornada. Dentre outros acontecimentos, sofre com torturas, roubos, é enganado, sobrevive a um naufrágio e a um terremoto em Portugal. E então ele questiona a pregação otimista de Pangloss e sua visão positiva que até então lhe servira de guia. Por fim, depois de tanta errância, Cândido chega à conclusão de que “devemos cultivar nosso jardim”.³⁷⁶

Impressiona como a originalidade da narrativa de François-Marie Arouet, o conhecido Voltaire, escrita no século XVIII, desponta no século XXI em sentido semelhante. O lapso temporal que separa o Cândido de Westfália de outros tantos Cândidos deste planeta, talvez com os mesmos otimismo de seu homônimo de outrora, não é suficiente para demonstrar que o pensamento do filósofo iluminista francês, além de não ser obsoleto, não se mostra inadequado para o mundo contemporâneo, nem mesmo para a jurisdição constitucional.

A Corte Constitucional vive no “melhor dos mundos”. E o melhor mundo, sem exageros, é o local onde se habita, o espaço em que se desenvolvem as atividades laborativas, o ambiente no qual se cumpre com seus pré-compromissos, enfim, o seu mundo natural. O

³⁷⁶ VOLTAIRE. **Cândido, ou o Otimismo**. Trad. Mário Laranjeira. Penguin & Companhia das Letras. 2012.

melhor dos mundos, portanto, é o seu próprio universo. E o mundo da Corte é o modo contramajoritário de ser³⁷⁷, tendo como condutora a Constituição.

A problematização envolvendo a maneira como a Corte se comporta nas suas funções provoca importantes debates sob os pontos de vistas jurídico, normativo e social no espaço constitucional. O tribunal desponta no mundo jurídico de maneira contramajoritária porque seu nascimento não se processa por eleição. Não se escolhe juiz, não se elege o judiciário assim como não se escrutina a Corte. O sufrágio não é o seu elemento formador. Ela é instituída pela ordem constitucional e por ela conduzida ao seu mundo.

O processo constitucional deflagrado ao longo da história da humanidade prega e atesta que a Corte Constitucional precisa ser assim, não eleita. O que pensar de um Estado ou poder estatal que não tivesse um catalisador para amortecer os efeitos instáveis de suas funcionalidades governamentais? A ausência de minimizações das intensidades políticas geraria um impacto democrático flagelante. E o tribunal, se existisse, poderia ser mais um mecanismo de desorientação.

Da imprescindibilidade do tribunal constitucional desponta a conclusão de que ele precisa ser contramajoritário e por essa razão foi instituído, para reforçar a ordem constitucional.³⁷⁸ E ao avigorar a normalidade jurídica equaciona instabilidades e tempera disparidades afetas a direitos fundamentais, complementando o enfoque protecionista segundo o qual bens jurídicos essenciais são garantias do sistema constitucional.

Outrossim, a Corte não é antidemocrática por não ser democraticamente eleita. O fato de seus membros não se subsumirem a um prélio eleitoral nem de longe implica desnaturar os compromissos prévios assumidos mediante conquistas civilizatórias da humanidade. No entanto, mencionar que a Corte não é antidemocrática é diferente de dizer que seja socialmente democrática *full time*. A conclusão apressada, a contrário senso, nesse caso, não convém, pois sua missão, dentre outras, é proteger o ordenamento constitucional e suas funcionalidades.

³⁷⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais”. In: **Revista Direito & Práxis**. vol. 9, n. 4, 2018, Rio de Janeiro, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806, ISSN: 2179-8966. pp. 2171-2228. Para o jurista brasileiro, as Cortes Supremas possuem um triplo papel desempenhado na ordem constitucional: contramajoritário, representativo e iluminista.

³⁷⁸ CRAIG, Paul. “Constitutions, Constitutionalism and the European Union”. In: **European Law Journal**. p. 128; TZANAKOPOULOU, Maria. **Reclaiming Constitutionalism: democracy, power and the state**. p. 31.

O argumento da legitimação social democrática enquanto postura perene do tribunal supremo não se mostra conveniente porque, não raras vezes, deve decidir contrariamente à voz dos menos favorecidos, ocasião em que ela atuará como Corte majoritária ou contraminoritária. O contexto na qual se insere, em muitas ocasiões, baliza o tribunal a solucionar um paradoxo em detrimento da vontade de sua maioria, mas em algumas circunstâncias pode agir em desfavor da minoria. A Constituição e as minúcias do caso concreto deliberam o seu comportamento.

A sua atuação em um ou outro sentido não lhe descaracteriza como Corte contramajoritária e não desnatura o seu epíteto democrático porque esta é adstrita, imanente e constricta pela Constituição. Portanto, a legitimidade democrática do tribunal é normativa, e não essencialmente social. Nesse sentido, a abordagem sobre o que é ou não contramajoritariedade é definida não pela presença de menos favorecidos em situação de instabilidade jurídica, mas, sim, em razão da ordem constitucional.

A contramajoritariedade se refere à obediência à Constituição e postura de proteção da ordem constitucional, de maneira a tutelar direitos e reforçar o seu bloco de fundamentalidade. O amparo aos direitos é atitude decorrente do resguardo da força normativa da Constituição. Se a sequencia se inverte, a legitimação social se agiganta e com ela a possibilidade de manejo constitucional aumenta, fragilizando os direitos e a imperatividade da própria ordem constitucional.

Percebe-se que não se pretende afirmar que o tribunal não seja socialmente democrático, mas tão somente que a ele não convém sê-lo, por não ser seu objetivo principal e por não fazer parte de sua essência natural a obrigatoriedade democrática representativa. A Corte, originalmente, não nasceu com o propósito de representação democrática social. Não é apropriado, então, que, sem elementos concretamente justificadores, seu objetivo natural seja trasladado para uma qualificação atípica, para a qual ela não foi criada.

Em um aspecto inicial, esse tom restritivo precisa ser assim abordado com veemência. O judiciário não foi gerado para ter legitimação democrática, em um primeiro momento, no significado próprio de representatividade. Por melhor intenção que haja, a Corte é e continua a ser contramajoritária. Esta é uma garantia inarredável para a independência judicial e para o bem do estado constitucional.

Uma observação se faz pertinente. Se a contramajoritariedade da Corte está em ser a guardiã da ordem constitucional, podem despontar protestos acerca de eventuais decisionismos e determinismos jurídicos, como se os magistrados fossem soberanos absolutos ou atores metapolíticos, dizendo e desdizendo a Constituição ou fundamentando seus interesses em normas constitucionais, geralmente principiológicas, abrindo margem para discricionariedades ou intenções sentimentais.

É de se dizer, pois, que os casos concretos postos em apreciação do tribunal trazem uma série de contornos que restringem a intenção pessoal do intérprete e conduzem à solução constitucional do impasse. Caso a Corte, ainda assim, sobreponha seus sentimentos e os fundamente em normas da Constituição, essa atuação não passará em vão e será prontamente percebida. E quando isso ocorrer, poder-se-á dizer que ela não agiu com plena postura contramajoritária e sim com vistas a aceitabilidade social e legitimação.

O juiz está em constante controle. Absolutismos judiciais não se sustentam. O texto normativo da Constituição é seu primeiro limite. A sociedade civil organizada é sua segunda contenção. Os órgãos fiscalizatórios são o terceiro contorno restritivo. O judiciário é controlado por vários segmentos, dentre judiciais, sociais e correicionais.

Dessa forma, a Corte não perde a sua idoneidade contramajoritária exatamente porque ela não é eleita pelo sufrágio e tem na Constituição o seu fundamento de validação e legitimação. Por isso se diz que sua legitimidade democrática é normativa. E por mais que atue para se legitimar socialmente ou com vistas à aceitabilidade de suas soluções, neste ato decisório, ela age para satisfazer uma parte da sociedade, desagradando outra. Em razão disso, ainda será contramajoritária.

O tribunal supremo, com dificuldades ou não, atua para controlar racionalmente o poder, com motriz nos preceitos constitucionais, seus orientadores inafastáveis. Mas nada obsta que, em momentos oportunos, detenha postura democrática e, em sendo, congrega essa legitimação com seu modo de ser contramajoritário, ocasião em que sobrevém uma zona de contato entre duas características, em tese, conflitantes.

Convém destacar que a situação oportuna para a Corte agir com a legitimidade democrática social de maneira mais visível não é escolhida pela vontade dos juízes nem pela liberdade eventualmente sustentada de livre convencimentos. A Constituição concede

demarcações e o caso concreto oferece subsídios para delimitar o caminho que será seguido em busca da resposta constitucional.

Portanto, nesse estágio, pode-se descrever oito premissas fundamentais formadoras da contramajoritariedade da Corte Constitucional: a) a Corte não é eleita; b) o fato de não ser escrutinada não lhe concede a pecha de antidemocrática; c) não entender o tribunal como antidemocrático não é o mesmo que compreendê-lo como sempre socialmente democrático; d) seu caráter socialmente democrático pode existir, mas não lhe convém, em um momento inicial; e) a legitimação democrática social da Corte pode ocorrer, mas em um momento oportuno; f) no momento oportuno em que o tribunal pode apresentar a legitimidade democrática social, ela não deixa de agir com postura contramajoritária; g) se a Corte atua em prol da legitimação democrática social e em favor da aceitabilidade de suas decisões ela restringe o seu caráter contramajoritário; h) o tribunal não perde sua característica contramajoritária porque não é eleita.

A compreensão desses oito postulados que formam o contexto contramajoritário do tribunal constitucional é de suma importância para entender que a Corte nasceu para racionalizar o poder e proteger os direitos fundamentais e que para atingir esse desiderato seus membros precisam de independência social e institucional para saber qual o momento mais oportuno e como agir de forma controlada para que a postura contramajoritária e a legitimação democrática social não sejam prejudiciais à jurisdição constitucional.

E nessa esteira de pensamento desponta uma das principais, senão a maior e mais delicada, conjuntura da jurisdição constitucional na democracia contemporânea: o “risco democrático”³⁷⁹ ou a “ambivalência democrática”³⁸⁰, que se caracteriza por ser uma espécie de *common ground*, uma zona de intersecção entre a compostura contramajoritária da Corte suprema e sua legitimidade democrática social, ou seja, um ponto em que a obediência e o resguardo da ordem constitucional pelo tribunal coincide com a aceitabilidade social de sua decisão.

³⁷⁹ GRIMM, Dieter. “Verfassungsgerichtsbarkeit: funktion und funktionsgrenzen im demokratischen staat”. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (org.). **Sozialwissenschaften im Studium des Rechts**. Band 2: Staats und Verwaltungsrecht. München: Beck, 1977. pp. 97-98.

³⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial”. In: **Revista Jurídica Virtual**. v. 1, n. 8. Brasília. 2000. p. 05. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

O *demokratisches Risiko* de Dieter Grimm e a ambivalência democrática de Gilmar Mendes cinge-se ao fato de que a atuação da jurisdição constitucional à medida que pode reforjar a legitimidade do sistema democrático pode interromper o aperfeiçoamento constitucional da nação, caso seja manejada como imposição da vontade do julgador sobre a vontade da lei. Dito de outra forma, a legitimidade representativa das funcionalidades do sistema articulado de poder podem sofrer desgastes em seus processos decisórios por sobreposição dos sentimentos particulares dos juízes, ao se depararem com um caso jurídico.

Essa zona de forças intermitentes e transitórias pode em uma só atitude ascender a maturidade constitucional de sua sociedade ou desfalecer a tentativa cooperada de ordenar as articulações governamentais. No primeiro caso, os direitos e seu núcleo de fundamentalidade estariam protegidos e preservados. No segundo, restariam desrespeitados e o seu núcleo rachado com fendas antidemocráticas de efeitos volumosos.

Essa zona delicada e turbulenta que converge para o auge da reta no gráfico da democracia propicia um “equilíbrio instável”³⁸¹ e se caracteriza como a pedra de toque do constitucionalismo contemporâneo. A depender da atuação da Corte, o cume do gráfico ganha novas proporções ou faz a reta descender em ritmo acelerado.

Com base nessa anotação, percebe-se que a relação entre a legitimação e a contramajoritariedade, no exercício constitucional, por vezes se mostra um desafio. Marcelo Ramires, assim, distingue a legitimidade abstrata da legitimidade concreta da justiça constitucional. A primeira refere-se aos argumentos teóricos que demonstram ser a supremacia constitucional dependente da atuação da Corte Constitucional para garanti-la, enquanto a segunda é a possibilidade de, com bases nos conflitos particulares, estabelecer uma decisão contramajoritária que legitime a expressão dessa garantia.³⁸²

Por sua vez, Antoine M. Hol sugere a distinção entre a *input legitimacy* e *output legitimacy*. Para Hol, a legitimidade de entrada é aquela oferecida pelo próprio sistema jurídico, pela autoridade do tribunal, que é decorrente da Constituição. A legitimidade de

³⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial”. In: **Revista Jurídica Virtual**. p. 05.

³⁸² RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional. p. 289.

saída refere-se à aceitabilidade da decisão suprema pelas partes e sociedade na qual o tribunal pertence, ou seja, é uma busca pela legitimidade democrática.³⁸³

As explicações procedidas possuem um denominador semelhante. A busca pela legitimidade democrática da Corte Constitucional é a tônica que move a ideia central de distinguir formas de atuação e exercício. Em que pese serem excelentes argumentos ao estudo por vezes assombroso da jurisdição moderna, entende-se que o âmago da questão está em outro patamar.

Para a Corte, a legitimidade democrática se subdivide em normativa e social. O tribunal constitucional possui legitimidade democrática, só que na modalidade normativa, pois é extraída da própria Constituição, enquanto a legitimidade democrática social pode se fazer presente em momentos oportunos, de acordo com as balizas do caso específico e dos preceitos constitucionais. Não se trata, portanto, de tentativa de buscar a legitimidade democrática, pois esta é ínsita ao tribunal, de maneira normativa.

Não é a preocupação com a legitimação democrática social que deve orientar a vida do julgador. Este não deve se inquietar com o fato de sua decisão ser ou não aceita pelas partes ou sociedade. Esta é uma implicação da sua conduta, será o reflexo automático da sua decisão. A sua atenção deve ser focada estritamente na Constituição. Se a Corte decidiu o caso com base na Constituição, a legitimidade democrática social estará satisfeita. Caso seu veredicto esteja arrimado em argumentos alheios à Constituição, ou mesmo em sentimentos camuflados pelas normas constitucionais, a legitimidade democrática social não restará estabelecida.

A concentração do tribunal supremo tem que estar alinhada com a Constituição e esta irradiará legitimidade social às partes. O *post factum* do ato da Corte, consubstanciado na satisfação popular da decisão é diretamente proporcional ao *ante factum* do próprio tribunal. Se os julgadores começarem a se preocupar com a satisfação de suas decisões buscando legitimação para seus atos, o caráter contramajoritário se enfraquece.

Não se está afirmando que a Corte não precisa avaliar as implicações de suas decisões, muito menos ampliar os canais interpretativos³⁸⁴. Um fato é o estudo dos impactos sociais,

³⁸³ HOL, Antoine M. “Internationalisation and Legitimacy of the Decisions by the Highest Courts”. In: MULLER, Sam; LOTH, Marc. **Highest Courts and the Internationalisation of Law: challenges and changes**. pp.78-79.

econômicos, políticos, dentre outros, que as decisões costumam propiciar. Tal reflexão é salutar e contribui para a jurisdição constitucional, como se em um exercício do consequentialismo jurídico³⁸⁵ estivesse se efetivando. A verificação da prospectividade de seus efeitos é medida democrática, que pode ou não lhe conceder legitimidade social.

Medida diametralmente oposta é o tribunal se preocupar com o senso comum da população para conforto de suas decisões judiciais. Nesse caso, o consequentialismo jurídico cede espaço para a abertura inconstitucional da racionalidade jurídica que, ao invés de lhe legitimar democraticamente, acelera sua deslegitimação. O clamor social não pode ser o termômetro ou fator de correção para o julgado, sob pena de a Constituição republicana se render à imaginária nação “amendiana” de Sunstein.³⁸⁶

Diante dessa consideração, duas indagações parecem soar em alta voz. Se a Corte constitucional é, desde a sua formação, naturalmente contramajoritária, por que insistir em

³⁸⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1981; NINO, Carlos S. “Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad”. In: VV.AA. **Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad**. Madrid: CEC, 1991. Para evitar um entendimento equivocado, cumpre registrar que Peter Häberle discorre claramente que os órgãos que realizam a jurisdição constitucional, representados pelos magistrados constitucionais, portanto, tem a função típica de proteger o texto constitucional, ainda que contrário à vontade da maioria. A sociedade aberta de Häberle é uma forma de inclusão do pluralismo e propagação dos valores em uma sociedade democrática como edificadores do entendimento jurídico consubstanciado na jurisprudência do Tribunal Constitucional, por meio da ampliação dos canais participativos, isto é, com maior acesso do cidadão à ordem jurídica (Cf. HÄBERLE, Peter. “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”. In: HÄBERLE, Peter. **Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional**. n.1, c., México: Porrúa, 2005. p. 166). Diante disso, observa-se que os diálogos judiciais possuem função conexas de promoção do pluralismo, pois ao realizar intercâmbios jurisprudenciais com Cortes Constitucionais os acessos de comunicação e participação também se ampliam.

³⁸⁵ Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequentialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem”. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 30 Mai. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

³⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 138. Sunstein explica que: “Imaginemos, então, que chegamos a Amendiana - uma pequena nação cuja constituição permite que as maiorias populares rejeitem decisões judiciais ou façam emendas constitucionais essencialmente como desejarem. O ponto-chave sobre Amendiana é que, naquela nação, os juízes não precisam se preocupar muito com a reação do público, simplesmente porque as apostas são muito menores. Se os juízes errarem, ou se o público estiver muito perturbado, uma simples correção estará disponível. Poderíamos facilmente imaginar que em Amendiana, os tribunais serão muito mais dispostos a ignorar o risco de desaprovação do público. Eles podem fazê-lo porque têm segurança no conhecimento de que, se a desaprovação pública for intensa, ela poderá ser canalizada para a lei”. No original: “*Let us imagine, then, that we have come to Amendiana – a small nation whose constitution allows popular majorities to reject judicial ruling or to make constitutional amendments essentially as they wish. The key point about Amendiana is that in that nation, judges need not much worry about public backlash, simply because the stakes are so much lower. If judges err, or if the public is greatly disturbed, a simple corrective is available. We could easily imagine that in Amendiana, courts will be much readier to ignore the risk of public disapproval. They can do so because they are secure in the knowledge that if public disapproval is intense, it can be channeled into law*”.

atribuir-lhe legitimidade democrática social? Qual o momento oportuno em que o tribunal supremo terá essa modalidade de legitimidade democrática?

As formulações interrogativas possuem temas conexos e suas respostas mesclam-se com o tipo de conduta que os tribunais constitucionais adotam no momento de tomada de decisões. A depender de qual base estiver fulcrada a convicção do julgador, os caminhos democráticos conflitam-se drasticamente.

Após constantes conquistas da sociedade ao longo da história humanitária, os direitos fundamentais passaram por um processo de densificação, muito embora ainda não exista um bloco de fundamentalidade tão rígido e coeso a ponto de dificultar desrespeitos por parte de governanças articuladas em propósitos não democráticos. Assim, após os movimentos revolucionários, as Cortes Constitucionais despontaram como elementos de reforço para manutenção da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, à medida que Constituições normativas despontavam no panorama jurídico mundial.

Não obstante esse caminhar democrático e tendo em vistas as incursões de outras funcionalidades estatais desrespeitando direitos, os Tribunais Supremos, principalmente as de tribunais mais recentes, inauguraram uma relação existente entre a legitimidade social e postura contramajoritária. Influenciadas pelos estimulantes movimentos emancipatórios, por meio de práticas desordenadas de refreamento contra ingerências das outras funções do Estado, estabeleceram um costume de busca por aceitabilidade e reconhecimento de suas decisões como se fossem auxílios legitimadores para seus atos.

Criou-se, assim, uma falsa impressão de que para defender direitos e cumprir com suas finalidades constitucionais era preciso que a Corte fosse primeiro democrática socialmente, como se em um processo preparatório de autolegitimação estivesse. Observa-se que esse pressentimento é de fato ilusório pois como descreve Richard Bellamy “toda decisão será polêmica e afetará um grande número de pessoas que não estarão de acordo”.³⁸⁷

Para os estimulantes desse raciocínio, se os tribunais ao decidirem sobre casos especiais não alcançarem aceitação da população como se investidas estivessem em um procedimento de aquiescência social, verificado por meio de críticas, rapidamente estariam

³⁸⁷ BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdánoz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 67. “*Toda decisión será polémica y afectará a un gran número de personas que no estarán de acuerdo*”.

debilitados, passando a diminuir a autoridade de sua atuação. Assim, os imperativos constitucionais também se fragilizam e a Constituição se deslocaria em direção à periferia do ordenamento. Mas essa é a lógica da deslegitimação.

A Corte necessita agir com sua postura contundente. O caminho correto para atuação constitucional parte da contramajoritariedade para a legitimidade social, e não desta para aquela. Os tribunais devem respeito e obediência à Constituição, que é seu guia e orientador de toda fundamentação da atividade jurisdicional. A preocupação com o reconhecimento de suas decisões é implicação de sua conduta, não podendo a insatisfação do seio popular abalá-la e desestabilizá-la.

Ferrajoli de há muito vem enfatizando que “uma constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, senão para garantir os direitos de todos, mesmo contra a vontade popular”³⁸⁸. Logo, o senso comum não pode sobrepujar a sabedoria constitucional. O tribunal supremo é o órgão de fechamento do sistema jurídico, é o responsável pela manutenção do pacto constitucional.

O momento oportuno em que a legitimidade democrática social surge na jurisdição constitucional é quando a Corte sustenta as suas convicções com esteio na Constituição, ocasião em que a aceitabilidade social passa a ser automaticamente atingida. Se o magistrado focar sua decisão nos preceitos constitucionais ele se legitima pois a própria Constituição concede essa possibilidade. Por isso que se diz ser a legitimidade democrática da Corte de envergadura normativa, em um primeiro viés, pois provém da normatividade constitucional.

Portanto, aqui reside a grande importância do diálogo judicial entre supremas Cortes, não para se unir a entendimentos de outras instâncias e formar uma homogeneidade de jurisprudências com a finalidade de angariar ou avultar a legitimidade democrática social. A homogeneidade de entendimentos é salutar, sim, mas para construir um bloco de fundamentalidade de direitos, um núcleo mínimo essencial de direitos fundamentais para fortificar a sua proteção por meio da atuação contramajoritária do tribunal constitucional.

As racionalidades jurídicas difundidas entre jurisprudências de tribunais supremos diversos ajudam a explicar e solucionar conflitos complexos, na medida em que trazem

³⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (coord.) **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2009. p. 28. “Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un Pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular”.

substratos minimizadores do conteúdo aberto dos princípios, proporcionando um fechamento gradual do seu alcance, pois cada decisão é contingenciada por elementos individuais que vão modelando demarcações aos princípios. O contexto em que cada tribunal está inserido, refletido nas suas decisões, diminui a necessidade de otimização das normas constitucionais, em um processo semelhante ao da racionalidade limitada.³⁸⁹

Herbert Simon, ao comentar sobre a racionalidade limitada, ensina que “na maioria dos modelos globais de escolha racional, todas as alternativas são avaliadas antes de uma escolha ser feita. Na tomada de decisão humana real, as alternativas são frequentemente examinadas sequencialmente”³⁹⁰. Esta seria uma espécie de procedimento usual para tomada de decisões, inclusive jurídicas.

Mas em se tratando de conflitos estruturados, densos e de disposição complexa, a análise sequencial talvez não seja interessante, pois os âmbitos normativos específicos distinguem atitudes a serem analisadas sob o ponto de vista constitucional, razão pela qual o nível de análise muda e entrega à Constituição o ritmo e caminho de atuação. Transportando a ideia de Simon para a realidade dos paradoxos jurídicos, tem-se que “o nível de aspiração, que define uma alternativa satisfatória, pode mudar de ponto a ponto nessa sequência de tentativas”. E tais mudanças “tenderiam a trazer uma ‘quase unicidade’ das soluções satisfatórias” e também “garantir a existência de soluções satisfatórias”.³⁹¹

Eis mais uma razão para aplicação do diálogo judicial entre tribunais constitucionais. Os emaranhados paradoxos da modernidade, os quais possuem repercussão global, com a transmissão e recepção de análises jurídicas em contextos diferenciados, porém, relacionados pelo vínculo teórico da universalidade dos direitos fundamentais, configura-se como um instrumento convencional, de regras relativamente simples de sistematização, capaz de atingir resultados mais satisfatórios que procedimentos sofisticados de decisão.

³⁸⁹ Cf. SIMON, Herbert. A. “A Behavioral Model of Rational Choice”. In: **The Quarterly Journal of Economics**. v. 69. issue. I, 1955. pp. 99-118. Disponível em: <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/69/1/99/1919737>>. Acesso em: 26 jul. 2019.

³⁹⁰ SIMON, Herbert. A. “A Behavioral Model of Rational Choice”. In: **The Quarterly Journal of Economics**. p. 110. “*In most global models of rational choice, all alternatives are evaluated before a choice is made. In actual human decision-making, alternatives are often examined sequentially*”.

³⁹¹ SIMON, Herbert. A. “A Behavioral Model of Rational Choice”. In: **The Quarterly Journal of Economics**. p. 111. “*The aspiration level, which defines a satisfactory alternative, may change from point to point in this sequence of trials*” (...) “*Such changes in aspiration level would tend to bring about a ‘near-uniqueness’ of the satisfactory solutions and would also tend to guarantee the existence of satisfactory solutions*”.

Esse envolvimento entre tribunais supremos pode ser útil para a elaboração da “quase unicidade” de direitos fundamentais. Em assim atuando, os direitos fundamentais alcançam fator de proteção mais avantajado, tornando-se mais difíceis de serem transpostos por atos de outras autoridades públicas. Esta, é, portanto, uma via constitucional de se proteger direitos e enrijecer seu núcleo mínimo fundamental.

Para proporcionar tal tutela, a Corte precisaria primeiro se acobertar da Constituição para poder limitar as condutas invasivas e, utilizando-se da proatividade ou preatividade na forma de agir, inclusive se espelhando em outros tribunais, mediante o diálogo judicial, proporcionar a efetivação de sua finalidade constitucional.

A alteração dessa ordem não somente instaura uma inconstitucional atuação, como consolida um caos institucional, estabelecendo desordem no espaço público. Em outras palavras, a Corte não pode se utilizar primeiro do argumento da legitimidade democrática social para poder contingenciar o poder e assim tentar garantir direitos, sob pena de perverter a força normativa da Constituição e cometer excessos por vezes sentimentais em detrimento da racionalidade jurídica e constitucional.

Logo, a legitimidade social do tribunal constitucional é corolário da motivação de suas convicções na imperatividade da Constituição, sendo esta o guia para produção daquela, não devendo a Corte estar inquieta com provável aceitação ou não de suas decisões na comunidade social, mas, sim, preocupar-se em obedecer a lei maior. A convicção do julgador cede a vez para a convicção da Constituição. E para essa atuação é imprescindível que o tribunal constitucional exerça postura contramajoritária.

Como assevera Christine Schwöbel, “o constitucionalismo não serve apenas à função de restringir o poder, também ‘constitui’ o poder de acordo com a vontade daqueles que colocam a Constituição em primeiro lugar”.³⁹² A Constituição rege a conduta da Corte, que precisa estar em sintonia fina com seus preceitos. O distanciamento desse entendimento e aposição da Constituição em qualquer patamar que não no centro da atividade do juiz constitucional interfere na ordenação democrática.

³⁹² SCHWÖBEL, Christine E. J. “The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers”. In: **German Law Journal**. v. 13, n. 1. 2012. p. 08. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1713201>. Acesso em 29 out. 2019. “*Constitutionalism does not only serve the function of constraining power, it also ‘constitutes’ power according to the will of those who craft the constitution in the first place*”.

Quando a Corte Constitucional se afasta da Constituição e se dedica aos encantos da aceitabilidade pública, inicia um processo de distanciamento do “melhor de seus mundos”, adentrando em catástrofes populares, em movimentos desestabilizadores da democracia, em imersões sentimentais de suas próprias convicções, em desorientação espacial no contingenciamento do controle das demais funcionalidades estatais e facilita o menosprezo a direitos fundamentais. Seria interessante, portanto, que o Tribunal Supremo continue a pensar como Cândido e refletir que “devemos cultivar nosso jardim”.

4.4 A Improvável Constituição Global: uma realidade ainda feliz

O panorama da contemporaneidade é de expansão. O elastério como intencionalidade do comportamento humano supera o próprio conteúdo relacional interno do seu ambiente, do seu mundo particular e redimensiona as suas afinidades e animosidades em escala gradual. Do natural ao artificial, do interno ao externo, do específico ao genérico, assim se dilata a ambição terrena rumo ao universalismo quase metafísico.

Aliado ao desempenho humano, trafegam as zonas de interesse e desinteresse de suas finalidades, propósitos, direitos e das condutas refratárias ou defensivas de deveres, sujeições, limitações. A plasticidade não é absoluta nem incondicional. A quase transcendentalidade das concepções encontra barreiras em situações específicas que desaceleram suavemente o sentido unificador do espaço global.

Nesse sentido, reflexões costumam surgir como os elementos jurídicos disciplinadores dessas relações comportamentais, as condutas estatais para administração articulada de suas funcionalidades, os sistemas políticos imbrincados em particularidades regionais de contextos formadores diversos e, principalmente, os direitos fundamentais em escala global, que tanto despontam como foco essencial de mais dissabores que venerações nos paradoxos da modernidade.

O espaço global está heterogêneo. Essa diversidade invitou a existência de restrições ao alargado modo relacional e a disciplina procedimental para administração do novo tipo reticular de organização social e política da contemporaneidade. Regramentos legais diversos foram editados, normas internas de comunidades específicas foram publicadas, Constituições

foram emendadas e novas ideias continuam sendo reveladas com o propósito de sofisticar ou gerir com mais efetividade os conflitos sociais abstrusos.

O espaço global é completado por alguns atributos diferenciadores, como a variedade de ordenamentos sem um sistema normativo unitário com posição hierárquica comum a todos, abundância de normas de cunho não vinculantes e de mecanismos do *soft law*³⁹³ e a quantidade de Constituições nacionais que guardam situações específicas entre vários contextos nacionalistas moderados ou multiculturais flexíveis.

Os regramentos globais, em decorrência dos atributos da arena mundial, são ordenações destituídas de um sistema jurídico que se sobreponha um ao outro e que lhe seja superior e suas normas se submetem aos ditames das Constituições soberanas individuais de cada nação em uma relação de validade e competência.

Nesse sentido, pode-se inferir que o ponto de interseção entre os regramentos legais existentes no globo terrestre é que são normas que regulamentam situações referentes a bens jurídicos considerados comuns aos integrantes de uma sociedade, ou seja, protegem um conjunto de direitos dotados de fundamentalidade e essenciais para o homem. As Constituições nacionais espalhadas pelos sistemas jurídicos globais fragmentados, por mais que se insiram em contextos diferenciados, estabelecem previsões a situações semelhantes.³⁹⁴

Nessa miscelânea conjuntural, as Cortes constitucionais possuem função desafiadora de preservar e garantir a unidade jurídica dos respectivos sistemas de que são guardiões, mas, também, de determinar as conexões entre seus ordenamentos e os sistemas internos, regulando as relações entre os diversos regramentos que consigo guardam afinidade. E nessa tarefa de proteção a direitos fundamentais e criação de um núcleo essencial, em muitos momentos, a difusão cooperada de entendimentos entre tribunais supremos de outras nacionalidades propiciam a construção da resposta constitucional.

Esses comentários são importantes para perceber que a mudança do espaço global, por mais acelerada que seja, possui alguns pontos específicos de adaptação, haja vista os

³⁹³ CASSESE, Sabino. **Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2010. p. 31. A propósito, vide o item “Regramentos Globais e a Fragmentação de Objetos Normativos”, do capítulo 1.

³⁹⁴ CASSESE, Sabino. **El Derecho Global: justicia y democracia más allá del Estado**. Sevilla: Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2010. p. 236.

contextos internos dos países serem poderosamente diferenciados, inviabilizando, por ora, uma compactação de atitudes e interesses.

E em meio às transformações de aspectos políticos, econômicos, jurídicos, dentre outros, os conflitos sociais atingiram degraus mais imbrincados, envolvendo-se em um emaranhado de relações, mas guardando entre os diversos países preciosas zonas de contato, a ponto de se mostrarem visíveis ao contexto universalista dos direitos fundamentais.

A abordagem do assunto em tom de universalidade não significa dizer serem tais direitos fundamentais rigorosamente iguais em todos os rincões do planeta, mas inferir que possuem um núcleo mínimo fundamental, uma bloco de fundamentalidade semelhante e interligados entre si, proporcionado uma universalidade apenas teórica e que mediante a análise de elementos internos de microssistemas formadores das nações respectivas podem ser verificados de várias maneiras.³⁹⁵

Em outra trajetória, os direitos fundamentais possuem universalidade teórica e especificidades práticas. Seus estudos em tese, em situações abstratas, levam a uma universalização, a uma homogeneidade. Mas sua análise nos casos concretos, típicos, conduzem a uma generalização mitigada ou uma relativização de seu âmbito de atuação. As configurações sociais plurais e heterogêneas são propulsores desse direcionamento.

No entanto, é argumento consensual relatar a existência de uma classe categórica de direitos fundamentais, a exemplo dos bens jurídicos vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, verdadeiros núcleos essenciais propulsores de direitos subsequentes, que possuem formas contextualizadas de expressão e que facilitam o diálogo entre instituições jurídicas visando a sua proteção. Os paradoxos afligem a sociedade em várias searas dos relacionamentos sociais, mas os grandes casos, os *hard cases*, via de regra, associam-se a esse cerne jurídico de direitos.

Dizer que a Constituição global é possível de existir é o mesmo que se prestar a um desafio da modernidade. Em sentido inverso, e talvez imprudente, mencionar que não seja possível a sua concepção póstuma seria o mesmo que subestimar um apressado caminho organizatório da sociedade mundial. Em tempos modernos, a cautela se faz necessária, pois em um futuro, próximo ou não, a Constituição global poderá se apresentar ao contexto

³⁹⁵ Vide nota n. 211.

mundial. No entanto, por ora, a sua criação é apenas um intento enclausurado no imaginário, haja vista que os elementos da contemporaneidade propõem situações divergentes da tal unicidade normativa fundamental. E esta é ainda uma feliz constatação.

Diante da improbabilidade de surgimento da lei fundamental maior única para todos, cada Estado nacional, em respeito ao seus contextos integradores, realizam a auto-organização de suas sociedades, espelhando-se em circunscrições externas para comparar novos mecanismos ou maneiras de solucionar conflitos em comunidade, uma vez que os paradoxos dos países são semelhantes e sugerem um resposta constitucional. O dialogo judicial entre Cortes Constitucionais, nesse ponto, é o elo para as Constituições fortalecerem os direitos fundamentais.

A venturosa aquiescência da improvável Constituição global é recebida com otimismo por razões inicialmente singelas, mas que guardam consigo uma implexidade de cadeias relacionais autóctones e que distinguem aspectos tipicamente internos de fatores mais externalizados pela modernidade. A conjuntura de cada país e seus elementos formadores, por mais que tentem acompanhar o movimento mundial em certa ótica homogêneo, não deixam de se desconectar de suas raízes nativas. O multiculturalismo, os contextos democráticos e o pluralismo como fator de participação social compõem esse centro íncola peculiar. E esta continua sendo uma feliz constatação.

4.4.1 Multiculturalismo: várias identidades, várias respostas

Prisão e liberdade são expressões contundentes de um vocabulário entre si anacrônico, mas a depender de substratos caracterizadores e da maneira como se comportam algumas sociedades podem se tornar complementares. Prisão pode ser liberdade. E liberdade pode significar prisão. Há situações em que a clausura emancipa o homem e circunstâncias na qual o alvedrio propicia um ergástulo mais contundente.

Rituais religiosos que carregam orientações dogmáticas e procedimentais de como se portar em uma sociedade pode explicar essa instabilidade. Aspectos culturais estimuladores de propagações axiológicas de raízes históricas em determinados povos do globo pode ser outra elucidação à disparidade verificada. Controvérsias políticas travadas em arenas de

dissenso que conjugam relativizações econômicas e sociais também pode ser mais um fator legitimador do antagonismo proposto.

Tentativas para explicar os motivos pelos quais uma liberdade cerceada pode se transformar em completude libertária, assim como a plena constrição virar uma incondicional alforria não deixam de se aglomerar, mas a certeza que proporciona é a impossibilidade de qualificar o erro ou acerto de uma ou outra conduta simplesmente porque cada contexto tem a sua aceitabilidade. Este já seria motivo relevante para impossibilidade de uma Constituição global.

Portanto, no multiculturalismo há a presença de ideias pluralistas como elementos aliados à integração de direitos fundamentais, mas tal premissa perpassa por entender que o multiculturalismo proposto deva ser compreendido como forma de caracterizar a existência de múltiplas culturas, ou seja, registrar a convivência em uma mesma região de tradições culturais distintas, sugerindo combinações de civilizações e costumes.

Curioso comentar, para não dizer jocoso, que a grande diversidade de subsídios individualizadores apresentam disparidades dentro do próprio multiculturalismo. É que na verdade a modernidade desenvolveu o que se chama de “multiculturalismo do multiculturalismo”, pois ele existe em sua ótica universalista e em um viés relativista. É o multiculturalismo sendo analisado de forma multifacetária e que conduz a assimetrias em seus desígnios. A diversidade conjuntural é ínsita ao próprio movimento das várias culturas.

O multiculturalismo no sentido universalista se refere ao modo absoluto de analisar seus elementos caracterizadores, possui postura agregadora e contribui para a homogeneização e proteção dos direitos fundamentais. A seu turno, o multiculturalismo relativista ou radical possui matiz doutrinária, liga-se a aspectos separatistas e promove a heterogeneidade e desagregação de direitos fundamentais.³⁹⁶

De uma forma ou de outra, seja consentindo o multiculturalismo na acepção comunitarista ou não, a elaboração de um documento normativo único para a humanidade não se sustenta, por ora. Sejam propósitos relativistas ou intenções universalistas, não há uniformização. Se um tipo de multiculturalismo universaliza direitos fundamentais, o diálogo judicial ajuda a fortalecer e proteger esse núcleo essencial.

³⁹⁶ Cf. FERNANDÉZ GARCÍA, Eusebio. “Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita”. In: **Cuadernos “Bartolomé de las Casas”**. Instituto de Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2001. p. 69.

Se a outra expressão do multiculturalismo relativiza e produz heterogeneidade aos direitos fundamentais, o diálogo aqui colabora para a sua interligação e proteção constitucional, mas não se vislumbra, ainda, momento propício ao alcance da consensualidade para uniformizar entendimento em prol de uma constituição unitária.

Na mesma esteira de raciocínio, entre liberdade e prisão, certo e errado, surgem argumentos plurais e multiculturais fincados em contextos sólidos nas raízes indenes a um povo respectivo. Por óbvio, liberdade e prisão possuem nexos não lineares se comparados com comportamentos humanos de sociedades hindus com comunidades latinas, assim como sociedades do oriente médio com comunidades da América do Norte. Os âmbitos sociais divergem, assim como os elementos autóctones de sua derivação.

A modernidade, nesse passo intermitente de produção do pluralismo e ao mesmo tempo de desaceleração social, acaba por participar de processos de desdiferenciação, quando os contextos históricos e sociais catalisam certos avanços ou pelo menos acomodam inovações. Nem sempre a novidade é atrativa para um contexto. Em outra conjuntura, pode ser retrógrada. E o certo e o errado ainda não terão consenso.

Multiculturalismo liga-se à ideia de identidade de um povo. A preservação dos costumes, modos de vida e relacionamento formam o caráter original de uma comunidade. No entanto, uma questão crucial se avulta quando a modernidade entra em cena. Seus efeitos tem sido influenciadores até para os múltiplos costumes. Conforme ensina Stuart Hall, “à medida em que as culturas nacionais tornam-se mais expostas a influências externas, é difícil conservar as identidades culturais intactas ou impedir que elas se tornem enfraquecidas através do bombardeamento e da infiltração cultural”.³⁹⁷

Este é o tema chave de discussão. Até que ponto as origens estão perdendo as suas origens e em que medida a identidade nacional cede espaço para uma identidade global. A importância dessa relação com os diálogos judiciais é premente para viabilizar um mecanismo integrador de discursos jurisprudenciais capazes de fornecer informações específicas a contextos conexos em prol de respostas constitucionais a paradoxos mundiais.

Essa mescla moderna de identidades é perceptível quando se verificam sociedades de pequenas vilas remotas se uniformizando por meio da circulação de informações vetoriais da

³⁹⁷ HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. p. 74.

internet com comunidades mais complexas de contextos comunitários abastados. A conjugação da identidade nacional com a identidade global não se caracteriza em mesma proporção que aspectos peculiares de outrora. E como os conflitos sociais estão cada vez mais aprimorados e cheios de identidade enigmáticas para serem aclarados, o diálogo judicial ajuda nessa evidenciação sobre qual a identidade é decisiva para uma solução global.

A homogeneização cultural guarda estreita sintonia com a intenção formativa de um núcleo mínimo de direitos fundamentais. A universalização teórica de tais direitos quando adaptadas ao contexto pragmático mostra-se mais bem delineada se no ato de criação do direito a diversidade cultural estiver decantada pelo diálogo judicial.

Essa tensão entre peculiaridades locais e especificidades transnacionais convive na contemporaneidade com a busca do verdadeiro ou falso. É uma via de mão dupla, pois ao mesmo tempo que a homogeneização cultural tem a tendência a desfragmentar culturas, compactando-as em um espaço mais unísono e global, existe propensão reversa, de contratidade, de crescente procura pelos aspectos locais, como se houvesse uma veneração com as diferenças peculiares não mundiais.

Esse novo impacto na análise do multiculturalismo, “ao invés de pensar no global como ‘substituindo’ o local seria mais acurado pensar numa nova articulação entre ‘o global’ e ‘o local’”.³⁹⁸ Seria, portanto, uma espécie de multiculturalismo compartilhado, em cooperação, mais uma vez evidenciando o simbiótico e cada vez mais necessário intercâmbio de informações jurisprudenciais. Entre culturas locais e transfronteiriças as decisões judiciais também trafegam, pois solucionam impasses globais com aspectos locais.

Tal pensamento encontra embasamento quando se verifica os direitos fundamentais no contexto cultural “protegendo os mais fracos, mesmo contra as culturas que em suas áreas são dominantes”. A cultura, por si só, em muitas ocasiões pode até prejudicar e desrespeitar direitos, por isso se entende que “os direitos fundamentais são de fato para proteger todas as diferenças”.³⁹⁹

³⁹⁸ HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. p. 77.

³⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos Fundamentales: universalismo y multiculturalismo”. In: **Claves de Razón Práctica**. Trad. Miguel Carbonell. v. 184, 2008. p. 04. “*Protegiendo a los más débiles, incluso contra las culturas que en sus ámbitos resultan dominantes, los derechos fundamentales valen de hecho para tutelar todas las diferencias*”.

Demais disso, a relevância dessa função protetiva dos direitos fundamentais é corroborada quando em casos complexos os tribunais constitucionais necessitam dar soluções constitucionais, contudo, sem previsão de normas peculiares para o deslinde do impasse. Mesmo sem fundamento legal específico, as Cortes supremas expressam convicções motivadas pelo caráter abrangente e protetor dos direitos fundamentais, no sentido de interpretar suas leis internas com essa natureza prudencialmente de defesa.

Não por outra razão que Michael Donald Kirby, ex-juiz da suprema Corte australiana, argumentou em decisão referente ao caso *Kartinyeri v Commonwealth* que, se constatadas ambiguidades na Constituição, a Corte suprema “deveria adotar o significado que está em conformidade com os princípios dos direitos universais e fundamentais e não interpretação que implicaria um afastamento de tais direitos”.⁴⁰⁰

Percebe-se, dessa forma, a relação existente entre direitos fundamentais e multiculturalismo. A universalidade e a especificidade multiculturais dos direitos fundamentais muitas vezes se associam a ambiguidades ou até ausências de previsibilidades de tais direitos. “Como realizar um diálogo multicultural quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio e as suas formas de ver e conhecer o mundo se tornaram impronunciáveis?”⁴⁰¹ As identidades local e global das culturas sociais não podem ser analisadas como fator paralisante da integração da fundamentalidade de tais direitos.

O compartilhamento entre eles é o caminho em prol de respostas constitucionais. Para esse desiderato, o diálogo judicial se põe como utilitário e vetor de idas e vindas argumentativas capazes de integrar situações obtusas em relação à proteção dos direitos fundamentais. “Como fazer falar o silêncio sem que ele fale necessariamente a linguagem hegemônica que o pretende fazer falar?”⁴⁰² As experiências de tribunais constitucionais, em um sistema de entrega e recepção de conhecimentos, promove a dinâmica relação dos direitos colaborando para sua complementação, proteção e solidificação.

⁴⁰⁰ KIRBY, Michael. "International Law - The Impact on National Constitutions." *In: American University International Law Review*. v. 21, n. 3, 2006. p. 341. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/254567939_International_Law-The_Impact_on_National_Constitutions>. Acesso em: 13 jul. 2019. Kirby assim se pronunciou: “*Where the Constitution is ambiguous, this Court should adopt that meaning which conforms to the principles of universal and fundamental rights rather than an interpretation that would involve a departure from such rights*”.

⁴⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. p. 30.

⁴⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. p. 30.

4.4.2 Pluralismo: o consenso do diálogo e o diálogo do consenso

A tentativa de construção de uma Constituição unitária não é sinônimo de uniformização de vontades, assim como para o pluralismo tal argumento não satisfaz. A diversidade de manifestações e a variedade de explanações formam o dissenso, a base do dinamismo para a perquirição de constantes alternâncias de verdades mutáveis. O pluralismo requer liberdade. E liberdade pressupõe identidades.⁴⁰³

O processo de identificação, por sua vez, possui metodologia criteriosa de desbravamento de minúcias que não necessariamente se mostram autoevidentes, mas em muitas circunstâncias preferem o recôndito de arestas de diferenciações discursivas. A inquirição intencional, para suprir o déficit de pensamentos, tem como intermediador visões de mundo focalizadas em fatos e atos do comportamento humano, sejam culturais, sociais ou políticos, mas não se pode abrir mão de condutas pluralistas.

O pluralismo diferencia a sociedade e privilegia a diversidade de opiniões, homenageando as diferentes formas de perceber o contexto. Eis a razão da semelhança entre o pluralismo e o multiculturalismo, não se podendo falar de um sem trazer a baila o outro. Admitir essa relação, no entanto, não significa compreender ser o pluralismo uma espécie de continuação ou ampliação do multiculturalismo. Ambos tem fatos diferenciados, mas se unem quando seus movimentos ajudam na proteção dos direitos fundamentais.

Pluralismo é movimento que visa a diversidade de pontos de vista, mas atua com tolerância. A dignidade, acima de tudo, precisa ser estimada e estimulada, pois como adverte Habermas ela é “a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo”⁴⁰⁴. Condutas e ideias plurais não implicam manifestações e expressões ilimitadas, sem reconhecer no outro uma parcela de importância que somada às suas contribuições formam um comportamento digno.

Se a dignidade é a fonte propagadora que subsidiam os direitos fundamentais, estes encontram nela também os seus limites, sendo o pluralismo e multiculturalismo, da mesma forma, demarcado por esse efeito irradiante. O ser humano, em sua plural forma de se

⁴⁰³ Cf. RAWLS, John. “La Idea de Consenso por Superposición”. In: BETEGÓN, Jerónimo; PÁRAMO, Juan Ramón de (Coords.). **Derecho y Moral**: ensayos analíticos. Trad. Juan Carlos Bayón. Barcelona: Ariel, 1990. p. 66.

⁴⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p.11.

apresentar à sociedade, com identidades culturais distintas, possui condutas dignas de participação. O olhar sobre o outro é fundamental para construção e para “incluir a perspectiva do outro na própria perspectiva”.⁴⁰⁵

Sendo assim, o momento atual permite dizer que a Constituição global assemelha-se mais à utopia iluminista que à utopia neopragmática, ou seja, caracteriza-se preponderantemente por ser uma quimera do que uma finalidade a ser alcançada. E essa conclusão possui efeitos para as relações sociais, pois se reveste de conteúdo fantasmagórico e não de idealização. O efeito negativo é, assim, estudado com mais relevo que as implicações favoráveis.

A explicação disso é a temeridade em ver destruídas ou restringidas identidades homéricas com a edição de um regramento único para todos os indivíduos. Um documento igual para pessoas, nações e continentes diferentes, cada um com suas raízes e contextos historicamente arraigados. Vários povos e civilizações e uma regulação geral. Várias emancipações enclausuradas em um ordenamento único. A evolução para essa ideia ainda tem muito a trabalhar e se desenvolver. Por isso, a impossibilidade atual de uma Constituição mundial é uma constatação ainda feliz.

O caminho para busca do equilíbrio entre as diversidades nacionais e globais e sua interação com um corpo de regras ou padrões gerais, além de problematizar a linha demarcatória entre a esfera pública e privada, não é indene suficientemente a fatores econômicos, os quais ampliariam sobreposições entre países abastados e Estados inermes às oportunidades de progresso. A fragmentação poderia ser mais drástica que a desfragmentação.

Sob o ponto de vista jurídico, o pluralismo associa-se ao sistema de resolução de controvérsias multilaterais dos paradoxos, que deixaram de ser caracterizados bilateralmente. Os conflitos globais exigem dos órgãos judiciais a criação de sistemas jurídicos “mais além do Estado”, mas cada um com características próprias, com constituições de contextos e identidades variadas.

A pusilanimidade dos ordenamentos jurídicos globais, por não serem conectados em um sistema único, principalmente em razão do próprio pluralismo e multiculturalismo, apresenta no diálogo um ponto de reforço. Com tal apoio emerge uma opção de proteção mais

⁴⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. p. 130.

efetiva aos direitos fundamentais, principalmente com a produção de respostas constitucionais vivenciadas por vários contextos jurisprudenciais distintos.

A partir do pluralismo jurídico das normas constitucionais dos Estados nacionais, o diálogo facilita a compreensão de métodos e técnicas para encarar a controvérsia intrincada dos problemas globais, os quais possuem um grupo compactado de bens jurídicos, porém, com descompactações na forma de tutela-los. As conexões recíprocas entre jurisprudências de Cortes supremas, de princípios próprios de uma Constituição à outra, privilegia a difusão de convencimentos e a regulação constitucional dos paradoxos.

Outra circunstância que não se pode desprezar é a existência no espaço jurídico mundial de regimes ou sistemas de regulação de caráter setorial, os quais guardam respeito e sintonia com as respectivas Constituições nacionais, muitos dos quais transitam pelo núcleo material das normas constitucionais. O modelo de cooperação argumentativa dos tribunais supremos auxilia no estilo de cada Corte entender a controvérsia atinente ao impasse global, com vistas à compactação dessas especificidades em uma decisão que respeite a força normativa da Constituição.

Com a consciência de que os ordenamentos e as Constituições não se encontram isolados dos demais regramentos nacionais, principalmente porque ligados pelo nexo universal dos direitos fundamentais, desvela-se, a partir do pluralismo e do diálogo, uma dupla dimensão da função constitucional da Corte suprema no âmbito global: de um lado, definir verticalmente as relações entre os distintos ordenamentos jurídicos a si submetidos e, de outro, integrar horizontalmente os diferentes sistemas de regulação setorial por meio das normas constitucionais nacionais que eles compõem.⁴⁰⁶

Na oportunidade, convém registrar que o pluralismo possui sentidos também em níveis distintos, mas é exatamente nessa variedade de pensamentos que as riquezas argumentativas e as aprimoramentos do conhecimento se elevam. Seja concordando com as ideias de Rawls⁴⁰⁷, propagadoras de um pluralismo razoável baseado em pontos de vistas universais e na consensualidade dos indivíduos, seja consentindo com a visão moral de Berlin⁴⁰⁸, de

⁴⁰⁶ CASSESE, Sabino. **El Derecho Global**: justicia y democracia más allá del Estado. p 251.

⁴⁰⁷ Cf. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

⁴⁰⁸ Cf. BERLIN, Isaiah. “Ainda existe a teoria política?”. In: HARDY, H; HAUSHEER, R. (Org). **Isaiah Berlin**: Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

incomensurabilidade dos valores humanos e impossibilidade de respostas comuns, o fato é que o êxito da unicidade é saber reconhecer as diferenças.

Portanto, em se tratado de pluralismo e suas distintas posturas de demonstração, verifica-se que a tentativa de consenso implica possibilidades para dissensos. E a diversidade de participação converge para o aprimoramento da democracia. A consensualidade pode ser relativamente quimérica mas possui pelo menos um ponto de coesão, um núcleo razoável ou moralmente legítimo: a proteção e fortalecimento de direitos fundamentais. Assim, o consenso do diálogo abre portas para o diálogo do consenso.

4.4.3 Das Identidades Democráticas aos Diálogos Contextualizados

A vida em sociedade proporciona condutas que circundam experiências vividas e prognósticos a serem prospectados para estabelecer uma interligação entre a forma de gerir seus resultados e de submetê-los ao sistema político dominante em determinado contexto. A sociedade arrimada no pluralismo, para além de uma participação teoricamente simplória, precisa ser instrumento de mudança, agente de transformação social, fazer diferença no corpo comunitário.

Os pré-compromissos constitucionais não se restringem somente aos agentes públicos incumbidos de criar o direito. A amplitude do círculo democrático atinge também os compromissos que a sociedade, enquanto legítimo canal de comunicação, trabalha para colaborar na edificação da norma jurídica democrática. O fechamento desse círculo pressupõe a atuação da Corte com a colaboração do povo, procedimentalizando espaços não para o clamor público e aceitabilidade de decisões, mas para alargar debates em prol da resposta constitucional.

O sistema democrático é de essência participativa. Contudo, a noção de participação e coparticipação sociais pode ter significações complementares, limitadas ou simplesmente prever situações em que a não participação social, por si só, é um exemplo de auxílio democrático. Sistema democrático participativo não significa que a sociedade em toda e qualquer situação tenha que abrir canais linguísticos. Os espaços colaborativos precisam ser estabelecidos, para o bem da própria democracia.

A definição de uma ou outra forma de atuação é delineada pelo contexto formador de um dado Estado nacional. A conjuntura de cada nação é voz e justificação para a maneira do comportamento popular. O debate não é uniforme, mas pode ser homogêneo. Nem todas as pessoas falam a mesma coisa, mas podem conversar em sentidos congêneres. O debate político é marcado pelas concordâncias e discordâncias dentro de um espaço genuinamente estruturante de uma democracia. Ela é um modo de vida e não mera união institucional de interlocuções sociais.⁴⁰⁹

Pensar em democracia perpassa por analisar direitos essenciais à condição humana e, principalmente, estabelecer o seu valor normativo. A democracia se estrutura se a dignidade humana receber dimensão normativa. O conteúdo normativo à dignidade humana fecha seu conteúdo, restringe a sua amplitude e estabelece os contornos necessários para sua aplicação em um ambiente democrático. Os contextos, as especificidades locais e regionais e as identidades impõem balizas para o seu sentido constitucional. Por isso, pode-se entender que a “dignidade humana e democracia são elementos inseparáveis”.⁴¹⁰

Sem essa incondicional relação a democracia desnuda seu contexto e liberta as suas amarras constitucionais, passando a ser um “direito ao não direito”, colocando a conjuntura estatal fora da lógica organizacional e contribuindo para uma sociedade de prerrogativas cidadãs imperfeitas ou de incompletas coordenações civis. A democracia, portanto, é o termômetro para a higidez social de um estado constitucional. Por isso que o âmbito normativo da dignidade humana e o ideal democrático nacionalista são basilares para se entender os motivos pelos quais o diálogo entre supremas Cortes pode ser concretizado ou não.

As contexturas democráticas não unidimensionais são relevantes para o sucesso ou não de um diálogo judicial. Estados nacionais que possuem democracias em que governos se embasam na vontade da maioria, controlados por um sufrágio universal, com sistemas majoritários, conduz os direitos fundamentais a um sentido diferente das nações em que o sistema democrático abrange a ideia de que os cidadãos são parceiros de um projeto em que a maioria e minoria integram uma funcionalidade integral⁴¹¹. Democracias majoritárias e em

⁴⁰⁹ Cf. KLOPPENBERG, James T. **Toward Democracy**: the struggle for self-rule in european and american thought. New York: Oxford University Press, 2016. pp. 09-10.

⁴¹⁰ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. p. 1257.

⁴¹¹ DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** principles for a new political debate. pp. 132-136.

parceria levam a contextos sociais diferenciados, portanto, os diálogos entre suas Cortes supremas devem observar essas diferenciações.

Da mesma forma, decisões tomadas por tribunais constitucionais dentro de um contexto de democracias consolidadas possuem distinções quando comparáveis a decisões de órgãos judiciais inseridos em democracias emergentes, débeis ou delegatárias, por exemplo. O clientelismo, o coleguismo e a corrupção, características típicas de uma democracia frágil⁴¹², por certo, produzem contextos não lineares, a exemplo de uma democracia em fase de institucionalização, carente de um regime democrático institucionalizado⁴¹³.

A não consolidação de uma organização social permite perceber elementos importantes e influenciadores que em uma democracia não emergente não oferece, como por exemplo a utilização do *accountability* como fator de sadio controle dos atos do poder público. Como proteger direitos fundamentais e analisar decisões judiciais constitucionais entre países em que o controle se mostra mais coeso para uns e para outros mais meandrosos? O contexto e as especificidades da problematização serão fundamentais para estabelecer a conexão entre as identidades.

Evidente que os contextos se diferenciam e que o diálogo judicial entre supremas Cortes pode ser possível, desde que analisadas situações peculiares, circunstâncias minudenciais, para estabelecer um certo *common ground* entre elas. As teorias jurídicas e democráticas têm a força socialmente integradora da fundamentação racional para salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções jurisprudência entre Cortes que são capazes de instituir um bloco de fundamentalidade a direitos fundamentais. E as normas válidas advém do processo de união entre o programa e o âmbito normativo, por meio de discursos racionais.⁴¹⁴

Os tribunais supremos, dentro da perspectiva dialógica, apresentam-se como meios de integração e mediação social, que possibilitam a superação das dificuldades dos paradoxos globais, com a democrática colaboração das sociedades pluralistas e com as especialidades do multiculturalismo. Nesse condão, o debate se mostra importante à democracia, pois ela não é premissa isolada em um sistema constitucional e muito menos estanque em um sistema

⁴¹² ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**: contested power in the era of constitutional courts. p. 158.

⁴¹³ O'DONNELL, Guilherme. "Democracia Delegativa?". In: **Novos Estudos**. CEBRAP. p. 26.

⁴¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 22 e 142.

político. É, pois, jungida em ações importantes para proporcionar atos decisórios interpolados jurídica e politicamente, a exemplo do diálogo judicial.

E para assim se concretizar as decisões, é necessário instituir direitos e deveres, liberdades e limitações, determinados estilos de comportamento, os quais se conectam com a validade e adequação dessas condutas.⁴¹⁵ Não havendo harmonia naquilo que seja considerado certo e errado nos atuais *standards* de atuação dos indivíduos que compõem o corpo social, e não sendo tais padrões úteis e coerentes, o diálogo judicial se distancia do objetivo de fortalecer o núcleo mínimo essencial dos direitos fundamentais.

Esses direitos e obrigações, liberdades⁴¹⁶ e restrições⁴¹⁷, promovem a construção da relação entre os direitos fundamentais e democracia, instituindo um inevitável comprometimento social, o qual necessita de proteção e de significado jurídico, principalmente quando, pelo desenrolar mandatário do fenômeno globalizante, surge o risco peculiar de desestabilização e de perigo de contrassensos afrontosos à ordem constitucional.

A dignidade humana, preceito fundamental, assume relevo nesse contexto, passando a ser “essência do Estado de direito democrático e a dimensão de autodeterminação individual que constitui o âmago da dignidade humana que confere aos direitos liberdades e garantias mais peso axiológico e o título de direitos ‘mais fortes’”.⁴¹⁸ Os diálogos judiciais colaboram para estreitamento do significado de dignidade humana, fechando vazios interpretativos e objetivando o alcance de sua regulação. Fiabilidade e segurança transformam-se em expressões decorrentes da democracia. Não se pode pensar em democracia e ao mesmo tempo vivenciar intranquilidade e inidoneidade.

⁴¹⁵ DAHL, Robert A. “Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy maker”. In: **Journal of Public Law**. p. 295.

⁴¹⁶ Pregando sobre a liberdade social, Jeremy Waldron assevera que “o povo tem o direito de participar em todos os aspectos do governo democrático de sua comunidade, um direito que está profundamente conectado aos valores da autonomia e da responsabilidade que são celebrados em nosso compromisso com outras liberdades básicas” (WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 213).

⁴¹⁷ Para Stephen Holmes, a democracia “nunca é simplesmente o governo do povo, mas sempre o governo do povo dentro de certos canais predeterminados, de acordo com certos procedimentos pré-estabelecidos (...)”. (HOLMES, Stephen. “Precommitment and the Paradox of Democracy”. In: ELSTER, J; SLAGSTAD, R. (Orgs.). **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 231).

⁴¹⁸ MORAES, Carlos Blanco de. “De Novo a Querela da ‘Unidade Dogmática’ entre Direitos de Liberdade e Direito Sociais em Tempos de “Exceção Financeira”. In: **E-Pública. Revista Eletrônica de Direito Público**. v. I, n. 03, 2014. p. 71. ISSN 2183-184X. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2014000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2019.

O cenário de enriquecimento e de confiança no sistema constitucional se edifica no debate pluralista, na construção de ideias inclusivas e participativas, nos mecanismos de discursos integradores. O debate democrático verticaliza a certeza, solidifica a crença e desenvolve a autoridade da tutela moral e jurídica. A convergência de desafios plurais na arena política de debates inclusivos de cidadania, democracia e direitos fundamentais precisam da confiabilidade entre diálogos judiciais. Logo, as Cortes supremas intermedeiam problematizações que auxiliam nos problemas da modernidade entre democracias em diferentes níveis organizatórios.

Portanto, as diferenças culturais, as distinções na maneira de relacionamento social, as disparidades na participação da vida política nacional demonstram o grau de envolvimento ou comprometimento entre o povo e seu sistema de governo. O sistema democrático enquanto sistema de governo é mais bem compreendido como um modo de vida. O diálogo judicial, respeitando as identidades democráticas, pode aproximar esses estilos e construir respostas constitucionais a impasses contemporâneos, preservando direitos e robustecendo seu núcleo fundamental.

4.5 Notas Conclusivas

O quarto capítulo desta obra foi inteiramente concentrado em minudenciar as bases legitimadoras do diálogo judicial entre Cortes Constitucionais. A exemplo de seus elementos metodológicos, em razão das especificidades que requererem as comunicações jurídicas entre tribunais de níveis paralelos, os aspectos argumentativos que justificam e lhe dão rigidez fundamental também apresentam premissas teóricas particulares.

Nesse sentido, foram elencadas quatro bases teóricas que concedem legitimação ao diálogo judicial enquanto procedimento difuso de circulação de jurisprudências. É natural que procedimentos complexos que envolvem ordens constitucionais em diferentes nivelamentos e graduações precisem de subsídios teóricos para corroboração e aceitabilidade perante a crítica acadêmica.

No sistema jurídico, de nada adianta estabelecer argumentos aprimorados sobre uma determinada organização discursiva, sem, contudo, convencer o leitor de que a genealogia do

instituto que se pretende evidenciar como instrumentalidade para proteção de direitos detenha procedência efetivamente ratificadora e constitucional.

Assim, foi comentado que o constitucionalismo, a hermenêutica constitucional, a postura contramajoritária da Corte e a improbabilidade de uma Constituição global no mundo são premissas que justificam e que dão sustentabilidade para a indicação de percepções cada vez mais presentes na difusão de entendimentos jurisprudenciais entre juízes constitucionais espalhados em cada sistema jurídico próprio.

Ao longo do capítulo, observou-se que a formação de uma rede de circulação de opiniões jurídicas e decisões constitucionais no mundo globalizado intensificou o debate sobre a dinamicidade do atual constitucionalismo, composto por verdades transitórias e por uma global conexão jurídica. O mundo diminuiu e o constitucionalismo se elasteceu. Então, o processo do diálogo judicial encontra no constitucionalismo um posicionamento.

Destacou-se, ainda, como segundo pressuposto a hermenêutica constitucional, instituidora de subsídios argumentativos, os quais os intérpretes constitucionais podem se municiar para consolidação da prática comunicativa. Foi visto que dela provêm, em essência, pontos de vista fundamentais para soluções de problemas, postulados normativos para o fortalecimento da Constituição, a advertência da interessante junção do texto com a realidade social e que a resposta constitucional nasce no bojo do próprio problema, do conflito, do paradoxo. Logo, o processo do diálogo judicial encontra na hermêutica constitucional sua instrumentalização.

O terceiro postulado fundamentador, a postura contramajoritária dos juízes constitucionais, demonstrou que a Corte Suprema precisa focar suas atividades jurisdicionais na obediência à Constituição, e não nos anseios progressistas e sentimentalistas do povo. Foi debatido que a legitimação democrática social não é o fim que deve ser perseguido pelos magistrados, mas, sim, que tal legitimação é implicação da sua típica natureza contramajoritária, eis que a Corte detém a legitimação democrática em sentido normativo. Dessa forma, o processo do diálogo judicial encontra na contramajoritariedade a sua conformação.

Por último, abordou-se o quarto elemento argumentativo de solidificação da conversação entre Cortes. Foi discutido a difícil possibilidade de existência de uma

Constituição única, um regramento global. Verificou-se que as diferenças de contextos são bastante visíveis entre os grupos sociais e os particularismos culturais proporcionados pelo notável pluralismo na modernidade entrincheiram essa possibilidade. Foi entendido que a união de “gregos e troianos” com um pensamento normativo único é meta felizmente impraticável. Assim, o processo do diálogo judicial encontra na improbabilidade de uma Constituição mundial a sua integração.

Constatou-se que os quatro narrados pressupostos produzem posicionamento, instrumentalização, conformação e integração no procedimento do diálogo judicial entre Cortes Constitucionais, atitudes relevantes e ingredientes imprescindíveis para a protagonização do próximo passo desta obra, a sistematização desta conversação. Se as bases legitimadoras do diálogo lhes concedem firmeza e coesão, certamente é porque exigem como consectário desse estudo subvenções necessárias para proposições de suas funcionalidades.

Portanto, mais valoroso se torna este estudo quando se inaugura na teoria constitucional uma nova etapa dogmática. A principal utilidade desse quarteto argumentativo é, portanto, legitimar o intérprete constitucional a analisar a maneira pela qual o diálogo judicial entre Cortes Constitucionais pode ser efetivado. O quebrantamento das fronteiras eminentemente teóricas e a possibilidade de oferta sistemática de sua procedimentalização é o desafio constitucional que se pretende construir no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5: SISTEMÁTICA DO DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS

5.1 Proposição dos Diálogos Judiciais: sistematização ou teorização?

Um estudo de pesquisa se evidencia não somente com oportunas respostas a inquietações, análises de metodologias ou abordagem detalhada de fundamentações teóricas. A importância desses segmentos analíticos é autoevidente, propagam o ensino, causam reflexões, instigam agentes sociais.

O compromisso com a pesquisa científica e a intenção de proporcionar utilidades para um equilibrado refinamento da práxis constitucional conduzem a possibilidades de prospecção de espaços, de ir ao fundo de indagações e respostas iniciais, até se aproximar de um ambiente articulado de proposições e sugestões para condução de procedimentos relevantes ao ensino jurídico.

A interlocução do diálogo judicial, com dinamismo entre transmissões de visibilidades jurídicas distintas, para além de um estudo elevado do academicismo, demanda volição social transformadora, impulso investigativo para aprimorar e desenvolver institutos decisivos para um novo olhar que, após densos debates, entrarão em processo original de amadurecimento, surgindo outras tantas visões científicas metamórficas e, assim, propagarão o conhecimento de geração em geração.

Nessa glosa, o conhecimento não nasceu para permanecer estanque, senão para se movimentar em prol de sugestões para descobertas ou pelo menos para facilitar o entendimento e a realização de determinados procedimentos da vida humana. Nesse espírito contributivo e focado no compromisso de ajudar as instituições jurídicas encarregadas da proteção dos direitos fundamentais, sugere-se, nesta parte da obra, uma proposição para facilitar o uso dos diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais.

O propósito nessa seara de estudo não é fazer criações mirabolantes de procedimentos que solucionam problemas complexos permeados nos tribunais constitucionais, não é inventar teorias e ensinamentos que trazem conteúdos reducionistas, muito menos reformular o sistema constitucional como se fosse o único argumento correto. A intenção é apenas procedimentalizar institutos, oferecer uma fecunda maneira de entender os paradoxos,

homenagear o sistema jurídico e contribuir com a resposta constitucional por meio de uma singela sistematização comunicativa.

A sistematização é uma maneira metodológica de construir conhecimento, por meio de dados organizados e de um conjunto ordenado de práticas e ideias que visam a reflexão e a elaboração crítica do pensamento. Os diálogos judiciais não são fenômenos propriamente ditos nem mesmo enunciados e abstrações, por isso, longes ainda estão de uma teorização densa, mas são práticas informativas e conduzem premissas, possuindo, ao final, perfil dogmático.

Como bem assinala Tércio Sampaio, o enfoque dogmático “releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões”⁴¹⁹, seus questionamentos possuem “uma função diretiva explícita e são finitas”⁴²⁰ e funda-se na preocupação de “possibilitar uma decisão e orientar a ação”⁴²¹. Nesse tom dogmático, opinativo e respeitoso é que se sugere uma orientação sistemática para os diálogos judiciais.

Contentar-se em apenas destacar vantagens, possibilidades de crescimentos, atribuir classificações doutrinárias, por certo, é um patamar perfunctório para um propósito maior de contribuir como agente de transformação social. Mais interessante que concluir a funcionalidade de um deliberativo instituto é sugerir como ela se processa, como as ideias ganham forma jurídica, os argumentos se transformam em práticas constitucionais efetivas, enfim, como o diálogo judicial entre Cortes Constitucionais deve ser praticado. A proposta sistemática pode ser um embrião para o desenrolar de novos caminhos. O pontapé inicial está dado.

5.2 Procedimentalizando o Diálogo Judicial: como ele deve ser feito?

O constitucionalismo multinível está a exigir postura diferenciada das funcionalidades estatais em vistas à organização articulada de suas finalidades, principalmente quando diante de uma sociedade complexa emergem possibilidades frequentes de infringências a direitos fundamentais.

⁴¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 4.ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2003. p. 41.

⁴²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. p. 41.

⁴²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. p. 41.

A coerência da leitura de Paola Piciacchia sobre as circunstâncias instáveis da modernidade se mostra potencializada na concepção compartilhada de que “todos os órgãos estatais estão igualmente envolvidos na proteção dos direitos humanos, como elementos inseparáveis e interligados do sistema democrático”.⁴²² A interação entre magistrados constitucionais parece se amoldar com o esboço teórico de Piciacchia, na medida em que a proteção dos direitos é uma meta precípua primordial.

O diálogo judicial entre tribunais constitucionais é uma rede de espaços interpretativos que envolve aspectos distintivos. O traço característico não se resume à sua conectividade abundante de entendimentos nem em razão da quantidade de paradoxos da sociedade moderna, mas principalmente por possuir atributos típicos de uma máxima instância judiciária, responsável por proteger direitos fundamentais em semelhantes formas de expressão e por resguardar a ordem constitucional.

Essa apriorística informação talvez possa ser um dos motivos para a complacência de Sunstein ou pelo menos, para os críticos de plantão, um indício legítimo de que os diálogos judiciais incorporam circulação e expansão de conhecimento. “Quando funcionários públicos estão decidindo como lidar com um problema difícil, muitas vezes faz sentido para eles perguntar o que outros países fazem”.⁴²³ É auspicioso reconhecer que uma outra visão pode ser útil para uma determinada prática interna jurídica, mas como?

Além de justificar o pensamento de Sunstein, o apotegma inaugural desse tópico, por si só, mesmo que não expressamente, já denota que o estudo dos diálogos judiciais tem aparente simplicidade, mas que, não obstante a proposição de etapas e regramentos para o estabelecimento desse tipo de transmissão como processo de interlocução jurídica, não se reveste de extrema complexidade a sua execução.

Dessa forma, o diálogo judicial no âmbito de Cortes Constitucionais não pode ser feito de maneira aperiódica, sem o cumprimento de fases que servem de extremas e direcionamentos ao julgador. Ernest Young ressalta que “algumas citações estrangeiras são

⁴²² PICIACCHIA, Paola. **Parlamenti e Costituzionalismo Contemporaneo**: percorsi e sfide della funzione di controllo. Napoli. p. 257. “(...) tutti gli organi dello Stato sono ugualmente coinvolti nella protezione dei diritti umani, quali elementi inseparabili e interconnessi del sistema democratico”.

⁴²³ SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. prefácio. “When public officials are deciding how to handle a difficult problem, it often makes sense for them to ask what other nations do”.

sem dúvida puramente ornamentais, ou talvez como um ‘grito’ para expressar o respeito da Corte pela opinião estrangeira ou para aumentar o prestígio do tribunal citado”.⁴²⁴

A procedimentalização do diálogo entre juízes constitucionais demonstra que não basta a verificação de idêntica base textual e temática para entender automaticamente que o intercâmbio jurisprudencial pode ser concretizado. A obediência a padrões dialogados de avanço comunicativo é relevante e fator determinante para a produção da resposta constitucional.

O pensamento de Ganesh Sitaraman colabora para reflexões sobre como o diálogo judicial deve ser realizado, ao afirmar que “o debate sobre o direito estrangeiro poderia ser facilitado se os estudiosos se concentrassem mais estritamente em maneiras particulares pelas quais o direito estrangeiro é utilizado”⁴²⁵. Essa concentração em formas particulares sugeridas por Sitaraman pressupõe um processo de refinamento, de especificação, de elaboração de propostas para uma conversação entre Cortes Constitucionais ser proveitosa no constitucionalismo global.

O rigoroso cumprimento de determinados estágios interpretativos se faz necessário para interconectar os contextos estrangeiro e doméstico, para adaptar os esclarecimentos do tribunal emissor com o entendimento do tribunal receptor e para que a sociedade destinatária da decisão possa compreender os fundamentos apostos no resultado final do procedimento iterativo.

Carlos Horbach, ainda que tratando sobre direito comparado como um todo (fazendo referência a análise de leis estrangeiras, por exemplo) e não exclusivamente sobre difusões de jurisprudências entre juízes constitucionais, noticia que “somente por meio do uso de métodos claros e de procedimentos seguros é que pode a jurisdição constitucional enfrentar tal ordem

⁴²⁴ YOUNG, Ernest A. “Foreign Law and the Denominator Problem”. In: **Harvard Law Review**. The Supreme Court – Comment. v. 119, 2005. pp. 154-155. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2518&context=faculty_scholarship>. Acesso em 21 out. 2019. “*Some foreign citations are no doubt purely ornamental, or perhaps meant as a “shout out” to express the Court’s respect for foreign opinion or to enhance the prestige of the cited court*”.

⁴²⁵ SITARAMAN, Ganesh. “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”. In: **Harvard Journal of Law & Public Policy**. v. 32, n. 02, 2009. pp. 692-693. Disponível em: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/937>>. Acesso em 21 out. 2019. “(...) *but the debate over foreign law could be furthered if scholars focused more narrowly on particular ways in which foreign law is used*”.

de desafios à utilização do direito estrangeiro, em perspectiva comparada, na fundamentação de suas decisões”.⁴²⁶

A questão instiga mais desafio quando se indaga a maneira de se processar um diálogo judicial entre Cortes Constitucionais. De que forma um Tribunal Constitucional pode internalizar e recepcionar uma decisão de outra Corte Constitucional? Qual seria o “método claro” e “procedimento seguro” para esse intercâmbio de julgados? Pretende-se, portanto, nos tópicos seguintes, sugerir uma proceduralização para esse desiderato.

A vocalização do diálogo deve ser parametrizada e delimitada por segmentadas etapas de acomodação de pontos de vistas constitucionais, com cada estágio correspondendo a um enquadramento comunicativo específico, culminando, após o cumprimento de todas as fases, em um completo circuito discursivo que, por ora, pode ser chamado de “processo do dialogismo judicial”.

5.3 O Processo do Dialogismo Judicial (PDJ)

A atividade interpretativa perfilha expressões linguísticas que passam por fluxos modeladores de respostas semânticas para uma dada finalidade. O intérprete é a vocalização de uma informação contemplativa que ainda precisa ser maturada para que o seu significado tenha a funcionalidade para a qual foi projetada. Enquanto esse sazramento não acontece, existe apenas uma direção abstrata, porém, disciplinadora.

O processo dialógico, no seu sentido não jurídico, contempla relações entre índices sociais de valores que constituem os enunciados. Estes são vetores informativos e medidas interativas da sociabilidade, isto é, capacitam interações sociais. Disso, resulta crível que as relações dialógicas não pressupõem discursos sem refinamento, mas, sim, qualificados com substratos linguísticos capazes de formar pontos de vista contextualizados, argumentos fundamentadores e enunciados explicativos.

As relações dialógicas, para Bakhtin, são de natureza concreta, pois “não podem ser reduzidas a relações meramente lógicas (ainda que dialéticas) nem meramente linguísticas

⁴²⁶ HORBACH, Carlos Bastide. “O Direito Comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira”. In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília. v. 12, n. 02, 2015. p. 202. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3667>>. Acesso em: 03 out. 2019.

(sintático-composicionais). Elas só são possíveis entre enunciados integrais de diferentes sujeitos do discurso”.⁴²⁷ Nota-se uma preocupação com a ampliação do conteúdo interpretativo e a pluralidade de quem exerce essa atividade de extração de significados.

Ora, se o dialogismo somente se consubstancia mediante argumentos de distintos intérpretes, subtende-se, então, que essas racionalidades estão envolvidas por um processo dinâmico de formulação de enunciados dentro de uma problematização. Se assim não fosse não faria sentido ser a relação dialógica de natureza específica, concreta.

Portanto, aflora cristalina a conclusão de que a ideia de Bakhtin é pautada no diálogo, na interação de discursos nos quais os intérpretes, sujeitos sociais, transformam suas ideias em enunciados dentro de um processo de concordância ou não de elementos interpretativos, mas colaborativos de um processo maior de difusão de conhecimento.

Transportando as reflexões do filósofo russo para o campo jurídico, infere-se que, em um primeiro aspecto, a informação de um documento escrito é frígida. Enquanto não ocorrer o processo de concretização da norma proposto por Müller ele não se configura como fator ordenador, não se encalma e muito menos contribui como paradigma regulatório.

A concretização da norma jurídica, logo, preconiza uma relação de texto fleumático com a realidade diligente e ativa do intérprete. A união do texto ao contexto mais uma vez se realça, firmando nesse ponto uma zona de contato entre o pensamento racionalista de Müller⁴²⁸ com a concepção de modularidade de Tushnet⁴²⁹.

O processo de modularidade é a jusante de um texto ao contexto, é a troca informativa de dados sociais e culturais, dentre outros cenários úteis para o amadurecimento enunciativo. Essa metábole enriquece a escrita e lhe concede tom afinado para o surgimento da norma. A norma é o resultado do concreto processo de fecundação do seu conteúdo.

Essa convergência teórica é reforçada com o conjunto argumentativo de Bakhtin. Enquanto não se estabelece um processo dialógico de formação de enunciados baseados em

⁴²⁷ BAKHTIN, Mikhail. **O Problema do Texto na Linguística, na Filologia e em outras Ciências Humanas**: estética da criação verbal. Trad. Paulo Bezerra. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 323.

⁴²⁸ MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. p. 11.

⁴²⁹ TUSHNET, Mark. “Returning with Interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law”. *In*: **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**. pp. 325 e 330.

contextos formadores e acoimados em elementos pertencentes ao modo de vida do intérprete, a produção da norma se distancia e, com ela, a solução do conflito trafega no mesmo rumo.

A análise de casos específicos da relação dialógica sugere uma problematização social, um paradoxo, assim como o processo do dialogismo alude aproximação com o processo de concretização da norma, surgindo como elemento comum a sua forma de execução, a linguagem, o diálogo. Entender o diálogo como viabilizador de um processo judicial de construção da resposta constitucional pressupõe o “inter-relacionamento com outras disposições, doutrinas ou estruturas institucionais”⁴³⁰.

Essa busca de fontes jurídicas aliada à crescente conexão entre intérpretes constitucionais propicia, utilizando-se o termo de Vicki C. Jackson, um “engajamento”⁴³¹ entre Cortes, as quais perfazem novos desenhos constitucionais potencializando modernas arquiteturas jurídicas. Talvez por essa razão Tom Ginsburg se debruça sobre uma fidalga reflexão no sentido de entender os motivos pelos quais “os tribunais se tornaram as instituições focais de designers constitucionais”.⁴³² A conversação entre Cortes pode ser, então, um elemento ideacional, haja vista que “difusões enfatizam elementos transnacionais e ideacionais”⁴³³, arremata Ginsburg.

⁴³⁰ PERJU, Vlad F. "Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations." *In: Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. p. 21.

⁴³¹ JACKSON, Vicki C. "Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement". *In: Federal Law Review*. p. 171. Vicki Jackson afirma existir três tipos de atuações constitucionais das Cortes em face de fontes internacionais: a resistência, a convergência e o engajamento. Quanto a esta última, leciona um modelo de equilíbrio entre a busca por um diálogo internacional ao tempo que adere também pela valorização da identidade jurídica local: “*Under the third model, engagement, a judge is not resistant in principle to considering international or foreign law. (...) The engagement model values the insights of foreign and international law, but without necessarily placing a thumb on the scale in any one direction*”. Em tradução: “Sob o terceiro modelo, engajamento, um juiz não é resistente em princípio para considerar o direito internacional ou estrangeiro. (...) O modelo de engajamento valoriza as idéias do direito estrangeiro e internacional, mas sem necessariamente colocar o polegar na balança em qualquer direção”.

⁴³² GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. *In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford University Press, 2008. p. 93. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2487330>>. Acesso em 28 out. 2019. “*To answer the question of why courts have become the focal institutions for constitutional designers, ideational elements are likely important*”. Em tradução livre: “Para responder à questão de por que os tribunais se tornaram as instituições focais para designers constitucionais, elementos ideacionais são provavelmente importantes”.

⁴³³ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. *In: The Oxford Handbook of Law and Politics*. p. 93. “*Diffusion emphasizes transnational and ideational elements rather than the domestic political logics of the new accounts of constitutional review*”. Traduzido do original: “Difusões enfatizam elementos transnacionais e ideacionais em vez da lógica da política interna das novas considerações do controle constitucional”.

O processo do dialogismo judicial, assim, é o *modus operandi* das Cortes Constitucionais para viabilização das suas conversações. O estilo de abordagem, a criação de fases específicas a serem cumpridas, a passagem por graus ou enquadramentos, a cada mudança de etapa concluída, compõem referido processo. O conjunto de formalidades ofertadas neste estudo, dispostas em um passo-a-passo delineado por estágios interpretativos, formando uma espécie de guia para o intérprete constitucional, fazem da difusão de influências jurisprudenciais um ato solene, porém, não prolixo.⁴³⁴

Os diálogos entre Cortes Constitucionais, portanto, ao protagonizarem circulação de entendimentos jurisprudenciais e facilitarem os laços das normas constitucionais, como instrumento de elaboração da norma concreta enquanto resposta constitucional aos paradoxos da modernidade, atuam como disseminadores jurídicos segundo um processo de dialogismo judicial.

5.3.1 Fases do Diálogo Judicial

A construção da resposta constitucional por meio do diálogo judicial, a norma dialogada, pervaga por algumas fases procedimentais responsáveis por direcionar as Cortes constitucionais no sentido da adaptação à conjuntura jurídica interna das diversificadas contextualizações dos supremos tribunais estrangeiros.

Para consecução exitosa desses circuitos, relevante alguns esclarecimentos sobre as características das fases do diálogo judicial, bem como o convencimento de sua respeitabilidade, sob pena de depreciação desse instituto e inviabilização de sua utilidade.

A sistematização aqui proposta sugere a realização de quatro fases para o diálogo judicial entre Cortes Constitucionais: identificação, correlação, aplicação e desenvolvimento. O cumprimento de todas essas fases deve ser pautado de forma discriminada, passo por passo, com clarividência de conteúdo.

A primeira característica das fases é a determinabilidade. Os critérios necessitam ser claros, límpidos, sem espaços para dúvidas. Eles precisam da pureza de conteúdo e

⁴³⁴ O processo do dialogismo judicial apresenta estreita relação com o controle judicial e a democracia. Ver nota n. 225.

especificidade. Tem de ser cognoscíveis para não ocorrer enganos e misturas da ordem de execução. Cada passo tem que estar bem delineado, com seus contornos bem traçados, a fim de evitar a impressão de que duas fases são semelhantes a ponto de se fundirem, a exemplo das expressões “contextualização” e “pertinência”.

Outro aspecto é a precisão dos termos utilizados. As suas explicações não podem ser confusas, não pode haver espaço para entendimentos plurívocos. Não se admite elasticidade de significado, por isso, não se deve utilizar palavras ambíguas ou indeterminadas para estabelecer em qual fase o intérprete se encontra na sua atividade. Nessa linha de raciocínio, excluem-se termos como “valores comuns”, “empirismo”, “adequado”, “aspirações”, “proporcionais”, “razoáveis”, “dignos”.

É de bom tom lembrar que a sistematização é procedimento utilizado para facilitar o esclarecimento de um instituto, a fim de torna-lo descomplicado e menos burocrático. A alocação de critérios abertos, com subjetividade alargada, é um contrassenso na elucidação das fases do diálogo, principalmente quando este tem como uma de suas finalidades regular o âmbito de atuação dos princípios, que são normas de abertura constitucional.

Superados esses breves colóquios, é bem verdade que “em alguns países, o debate não é sobre se o direito estrangeiro e internacional pode ser considerado, mas como e quando, e com que peso”.⁴³⁵ Pretende-se nas próximas linhas corresponder ao debate sugerido por Vicki C. Jackson sugerindo uma sistematização quadripartite e, assim, estimular o uso do diálogo judicial que ainda não possui diretrizes gerais de processamento nas Cortes constitucionais.

5.3.1.1 Fase da Identificação

Sabe-se que para um diálogo judicial existir algumas condições devem ser observadas, como a identificação da fonte dialogada e a homogeneidade de conteúdo temático. O diálogo precisa esclarecer com qual tribunal está se processando a conversação, a qual deve possuir assuntos semelhantes.

⁴³⁵ JACKSON, Vicki C. “Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement”. In: **Federal Law Review**. p. 161. “*In some countries, the debate is not about whether foreign and international law may be considered, but how and when, and with what weight*”.

Assim, para o intérprete, já na primeira fase, saber se a jurisprudência aventada é possível ou não de ser difundida, necessita listar elementos abstratamente considerados no entendimento alienígena, que vão servir de base para análise das fases seguintes. Aqui, o propósito do tribunal doméstico é apenas realizar uma listagem de substratos da jurisprudência do tribunal estrangeiro a fim de conseguir, com clareza, identificar elementos que poderão confirmar ou não a realização do diálogo.

Cada Corte de justiça está inserida em um contexto, algumas em situações semelhantes, outras em paradigmas distantes de homogeneidade. E junto a esse cenário uma gama de fatores se congrega ao modo de ser de cada tribunal, dando-lhe especificidades que precisam ser avaliadas pelos órgãos receptores da vocalização.

Não há como fazer análise de receptividade ou não de algum entendimento jurisprudencial sem antes estabelecer os itens que compõem o julgado pretendido como modelo decisório. Eis a razão de ser dessa primeira fase. Sem a correta identificação de dados, distante se torna um estudo sobre a possibilidade de adaptação dessas informações para realidades outras.

Convém registrar que nessa primeira fase a identificação dos elementos se faz de maneira abstrata, em tese. Não há necessidade – nem é cabível que haja – a verificação de dados concretos, a uma, porque ainda não se tem a certeza se o diálogo vai existir ou não, a duas, porque a intenção é identificar elementos somente da decisão que se pretende dialogar, haja vista que o tribunal receptor já tem conhecimento do conflito a solucionar e da sua conjuntura, a três, que não há juízo de valor algum nesse início de análise, mas apenas uma objetivação de parâmetros a serem depois correlacionados, a quatro, porque é uma fase de preparação, de antecedência, de angariar munições argumentativas para um pretense diálogo.

Como comparar experiências e fazer um estudo relacionado sem que haja elementos para tanto? Como avaliar o contexto do tribunal estrangeiro se não há identificação pelo menos do bem jurídico tutelado? O que dirá de um diálogo sem levar em consideração se o tribunal receptor tem raízes democráticas e o emissor totalitárias? Essas disparidades sempre inviabilizam o diálogo?

Tais questionamentos somente serão respondidos nas fases póstumas, mas para que haja uma resposta os elementos precisam ser alocados previamente. Por certo, sem bases

informativas não se consegue avançar no diálogo judicial. Para julgar é preciso conhecer. E o processo de conhecimento perpassa necessariamente pela identificação, em tese, de elementos importantes do tribunal supremo de outra nação.

Dentre tais informações, pode-se destacar os elementos jurídicos e não jurídicos. Os primeiros, referem-se a aspectos do direito em si e sua relação com os bens jurídicos. Os segundo, envolvem subsídios variados como culturais, sociais, econômicos, religiosos e democráticos. O surgimento deles em casos complexos costumam surgir miscigenados e a separação nem sempre possui utilidade, mas a identificação é necessária, pelo menos dos elementos mais relevantes à individualização dos contextos envolvidos.

Convém esclarecer que a proteção aos direitos fundamentais e a fortificação de um bloco de fundamentalidade como núcleo essencial de tais direitos é o alvo do diálogo judicial entre Cortes supremas. Assim, pode-se inferir que tais direitos se materializam nas práticas sociais do mundo em um bloco formado por basicamente cinco bens jurídicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. A partir desse núcleo, ocorrem regenerações e surgimentos de outras classes moduladas.

Além disso, como os conflitos implexos despontam na sociedade moderna a todo instante, suas soluções geralmente gravitam nas aplicações de princípios constitucionais, os quais são utilizados como *topos* argumentativos para serem vetores de embasamentos para a resposta constitucional. Daí a importância do diálogo judicial específico entre tribunais supremos, que servem como mecanismo de delimitação do alcance dos princípios em um caso jurídico.

A importância da identificação dos elementos de um provável diálogo é passo inicial para, como ensina Giorgio Reppeto, “a possibilidade de coexistir um mecanismo unitário de proteção dos direitos fundamentais com manutenção e desenvolvimento do pluralismo das culturas de direitos, ou mesmo a tentação de evitar que a elaboração de regras comuns aos princípios compartilhados implique soluções que se revelem inócuas em relação às reivindicações do recorrente”.⁴³⁶

⁴³⁶ REPPETO, Giorgio. “El Argumento Comparado en la Jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo: el pluralism de los derechos fundamentales en el orden constitucional europeo”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 20, año 10, 2003. p. 302. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE20/articulos/07_G_REPETTO.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019. “La posibilidad de hacer coexistir un mecanismo unitario de tutela de los derechos fundamentales con el

Diante disso, evidente que tais divisões possuem apenas cunho didático e, portanto, não são catálogos estanques nem compõem um rol exaustivo. Sua funcionalidade é facilitar a identificação da maior parte de dados possível a ser descoberto. O objetivo é angariar o máximo de subsídios que se puder alcançar para ajudar a Corte interessada nas fases posteriores. Por isso, a classe de elementos forma uma listagem exemplificativa, que pode se alterar em cada caso, a depender do tribunal supremo que se pretende conversar.

Considerando a grande diversidade de tribunais constitucionais e seus respectivos modos autóctones de ser, propõe-se nessa primeira etapa uma listagem básica, genérica, comum para a maioria dos órgãos judiciais, cumprindo registrar que artefatos outros podem ser acrescentados a depender de específicos contextos das Cortes emissoras das jurisprudências.

Como elementos jurídicos, importante destacar: a controvérsia sobre a qual se fundou o conflito (a problematização); o direito fundamental ou bem jurídico como matéria de fundo da tutela judiciária (bloco de fundamentalidade); os princípios constitucionais aplicados (argumentos que servirão como *topos* para solução do problema); a compatibilidade do ordenamento jurídico interno com a forma de tutela do direito ou bem jurídico (legalidade ou não); a estrutura jurídica da Corte constitucional (*civil law* ou *common law*); e as consequências jurídicas da decisão paradigma (consequencialismo jurídico).

Em relação aos elementos não jurídicos, tem-se as seguintes origens e contextos de onde nasceram os tribunais: formas de governo (repúblicas presidencialistas, repúblicas parlamentaristas, monarquias); sistema político (democracia consolidada ou emergente, autocracias); forma de Estado (unitária, federação, confederação), desenvoltura social (pluralismo ou particularismos), contexto cultural (costumes, crenças, tradição); situação econômica (países desenvolvidos ou subdesenvolvidos); conjuntura religiosa (estado laico, fanatismo religioso, religião moderada).

Após a devida elaboração de uma espécie de catálogo contendo os elementos sugeridos acima extraídos do caso jurídico analisado pelo tribunal estrangeiro e da sua postura enquanto Corte suprema inserta em contextos formadores específicos jurídicos e não jurídicos, a primeira fase se conclui.

mantenimiento y el desarrollo del pluralismo de las culturas de derechos, o incluso la tentación de evitar que la elaboración de reglas comunes a principios compartidos conlleven soluciones que se revelan inicuas respecto a las pretensiones del recurrente”.

5.3.1.2 Fase da Correlação

Uma vez listados os elementos jurídicos e não jurídicos do texto e contexto dos tribunais supremos, curial proceder à conexão desses dados com o caso concreto que a Corte doméstica pretende solucionar. Com o catálogo preparado, o espaço amostral de informações se abre ao intérprete, exigindo nesse momento prudência para realizar as adaptações para a sua realidade.

A segunda fase nada mais é que transportar os elementos obtidos na fase de identificação para o mundo da Corte, para a conjuntura que o tribunal receptor apresenta, a fim de fundamentar a sua resposta constitucional. É uma atividade de correspondência entre situações distintas. Os mundos jurídicos precisam conectar-se e correlacionar-se para extrair a primeira conclusão quanto à possibilidade ou não de realização do diálogo.

Nessa etapa, em que os tribunais precisam afastar a distância entre seus contextos e aproximar os elementos comuns entre si, tanto os relacionados com suas decisões (os aspectos jurídicos) quanto os referentes às suas experiências (os fatores não jurídicos), inserem-se em uma relação de causa e efeito, um nexó característico quando o assunto se refere a um resultado esperado.

No entanto, nem sempre assim ocorre e resultados não almejados podem despontar em um cenário de incertezas. Afinal, tribunais de maior expressão e de poderio reconhecido podem ser bons interlocutores para Cortes mais jovens e menos expressivas, mas o contrário não se espera. Contudo, é plenamente possível, principalmente quando aquele analisa demanda minoritária, não exatamente de minorias, mas que no contexto destes se reveste de conteúdo majorado, e não majoritário, a exemplo das causas relativas a liberdades de expressão.

Culturas mais consolidadas tendem a respeitar e contingenciar melhor seus espaços opinativos e decisórios. Porém, sociedades inseridas em democracias não consolidadas, emergentes, precisam ainda lutar pela abertura de canais participativos para só depois exercerem certa parcela dos seus pré-compromissos, sem falar no desconexo entre educações progressistas e deficitárias.

Esse breve diagnóstico é importante para se perceber que a correlação dos elementos obtidos na primeira fase pode demandar um esforço mais apurado por parte dos tribunais. E é bom que assim seja, pois tão salutar será um propenso diálogo quão compromissado for a fase desse encaixe de cenários ao mesmo tempo distantes e impendentes. Mas como correlacionar os dados aos contextos?

A resposta para essa indagação advém dos estudos de Häberle, que, estendendo a sequencia clássica de Savigny, passou a estabelecer a comparação jurídica como o quinto método de interpretação.⁴³⁷ Mas não uma comparação jurídica singela, e sim um modelo de direito comparado com respeito ao contexto cultural, um eufemismo a um mundo livre dentro de uma ciência cultural.

O método comparativo de Häberle, dessa forma, produz análise conjugada do envolvimento entre tribunais supremos em uma mesma tarefa, na proteção comum de direitos fundamentais, só que expressos por manifestações culturais por vezes distintas. Isso explica o fato de a comparação de experiências jurídicas ser fundamental para entender a lei como ordem “aberta a alternativas, que não considera a ciência jurídica como um conjunto compacto de questões relacionadas à vontade do legislador de um único país”⁴³⁸.

O método comparativo, portanto, fomenta o debate com esquemas ideológicos abertos, o que muitas vezes tem proporcionado generalizações arbitrárias de algumas construções do pensamento jurídico, baseando-se em bases dogmáticas artificiais destituídas de qualquer cientificidade comparativa, mas fulcrada em uma lógica doméstica de um único sistema.

O único sistema jurídico deve ceder lugar a sistemas jurídicos múltiplos. As generalizações arbitrárias precisam ter capacidade transformativa para parametrizar especificidades regionais e as bases dogmáticas artificiais transpassarem as barreiras para consagrar sustentações argumentativas consistentes. O meio para esse desiderato é a comparação dos resultados obtidos na primeira fase de identificação com o contexto interno na fase de correlação do diálogo.

⁴³⁷ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: UNAM, 2003. p. 164.

⁴³⁸ CERVATI, Angelo Antonio. “El Derecho Constitucional entre Método Comparado y Ciencia de la Cultura (El Pensamiento de Peter Häberle y la Exigencia de Modificar el Método de Estudio del Derecho Constitucional)”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Trad. Enrique Guillén López, n. 05, año 3, 2006. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/12antoniocervati.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2019. “Comparar las experiencias jurídicas es también una manera de pensar sobre el derecho que se caracteriza por mantenerse abierto a las alternativas, que no considera la ciencia jurídica como un conjunto compacto de cuestiones a propósito de la voluntad del legislador de un solo país”.

A vontade constitucional em tempos contemporâneos é além mares e fronteiras. Alternativas são bem acolhidas para movimentar o sistema jurídico no eixo de soluções pautadas sob o manto da força normativa da Constituição. Se é pouco provável a existência de uma Constituição global, de que manto constitucional se prega, o da Constituição emissora ou receptora?

A solução mais uma vez vem do pensamento häberleano e o faz numa espécie de reconhecimento autoevidente de que “a formulação de Goethe é instrutiva: os que não conhecem nenhuma língua estrangeira não conhecem os seus. Aqui e agora: quem não conhece nenhuma Constituição ou sistema legal estrangeiro, não conhece a sua!”⁴³⁹

A importância da comparação como forma de exercitar a fase da correlação se evidencia com a convergência progressiva dos princípios comuns principalmente entre ordenamentos de similares entornos culturais; favorece os processos de harmonização legislativa dentro do campo da proteção dos direitos fundamentais, homenageando a segurança jurídica; e fomenta a circulação de modelos jurídico-constitucionais ao construir elos entre institutos ou categorias jurídicas por meio da confrontação de divergências resultantes de ordenamentos diferenciados.⁴⁴⁰

Em nova oportunidade, mais uma vez se constata que para julgar é preciso conhecer. E conhecer os contextos diversificados de Cortes estrangeiras é cotejar culturas, é correlacionar sistemas. Como lecionam Markesinis e Fedtke, a comparação é “uma ferramenta política para

⁴³⁹ HÄBERLE, Peter. “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional: un catálogo de problemas”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. p. 393. “*En conjunto, resulta instructiva la formulación de Goethe: quien no conoce ningún idioma extranjero no conoce el suyo propio. Aquí y ahora: ¿quien no conoce ninguna Constitución o sistema jurídico extranjero, no conoce el suyo propio?*”.

⁴⁴⁰ HERRERA, María Soledad Santana. “El Derecho Comparado en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 14, año 07, 2010. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/09SoledadSantana.htm>>. Acesso em: 25 set. 2019. Assim ensina María Herrera: “Pois bem, o direito comparado assume a função de: a) melhorar a convergência progressiva de princípios e valores comuns, principalmente entre os sistemas jurídicos atribuídos ao mesmo ambiente cultural, levando à (...) esfera dos direitos e liberdades do indivíduo; b) favorecer os processos de harmonização legislativa em todos os ramos do sistema jurídico (...) no campo dos direitos fundamentais, aumentando assim a segurança jurídica (...); c) (...) construção de modelos entre os diversos institutos ou categorias jurídicas, por meio do confronto das analogias e divergências resultantes dos sistemas jurídicos considerados, incentivando a circulação e o recebimento de modelos jurídicos”. No vernáculo primitivo: “*Pues el Derecho comparado asume la función de: a) potenciar la progresiva convergencia de los principios y valores comunes, principalmente, entre los ordenamientos jurídicos adscritos al mismo entorno cultural, desembocando en la (...) esfera de los derechos y libertades del individuo; b) favorecer los procesos de armonización legislativa dentro de todas las ramas del ordenamiento jurídico (...) dentro del campo de los derechos fundamentales, incrementándose así la seguridad jurídica (...); c) (...) construcción de modelos entre los diversos institutos o categorías jurídicas a través de la confrontación de las analogías y divergencias resultantes de los ordenamientos jurídicos considerados, fomentando la circulación y la recepción de los modelos jurídicos*”.

promover nossa própria cultura”⁴⁴¹. É exatamente nessa segunda fase que o diálogo começa a ganhar corpo e forma, inaugura um processo de suplemento ainda imaturo, mas já inicializado.

Assim sendo, o intérprete nessa fase de conexão precisa voltar-se ao catálogo de elementos produzidos na fase inaugural e estabelecer relações comparativas, um sistema pretoriano propriamente dito, haja vista que a voz do tribunal é sua escrita decisória. A vocalização da Corte se expressa por palavras.

Esclarecedor o escólio de Vicki C. Jackson ao afirmar que “o impacto do texto constitucional pode variar substancialmente dependendo do contexto, desenvolvimento, história e cultura. Novos textos podem ser tão prontamente nacionalizados dentro dos paradigmas existentes, quanto podem transformar esses paradigmas”.⁴⁴² Para essa capacidade transformativa, a internalização merece respeitar a contextualização de realidades.

A cada comparação, o tribunal receptor vai mantendo ou descartando os elementos que fazem nexos com a Corte emissora, de forma a unir conjunturas e propiciar um indício de diálogo. A fase da tratativa dialogal encerrou-se na primeira fase. Aqui, o diálogo passa do elemento abstrato à concretude de seus aspectos. Deixa de ser visto em tese e adentra num refinamento analítico, numa ótica mais concreta.

A consecução dessa etapa é de suma importância para o processo do dialogismo judicial por uma razão imponente: o diálogo por meio da comparação não pode ser feito sem critério, de maneira desorientada, descontextualizada. As cercanias culturais e as conexões sistemáticas do texto devem ser rigorosamente observadas. A comparação da catalogação dos elementos com as circunstâncias culturais da realidade é obrigatória, sob pena de ocorrer apenas uma perspectiva de direito comparado, mas não um diálogo judicial.

Nesse sentido, a comparação tem importância basicamente para: verificar se a jurisprudência emissora é hábil para proteger direitos fundamentais e fortalecer o núcleo

⁴⁴¹ MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jörg. **Engaging with Foreign Law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009. p. 226. “*The attentive reader will have noticed that we see in comparative law not only a subject to exercise one’s analytical talents but also a political tool for promoting one’s own culture*”.

⁴⁴² JACKSON, Vicki C. “Constitutional Dialogue and Human Dignity: states and transnational constitutional discourse”. In: **Montana Law Review**. v. 65, 2004, p. 27. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106>>. Acesso em 08 out. 2019. “*The impact of constitutional text may vary substantially depending on context, development, history and culture. New texts may be as readily domesticated within existing paradigms as they may transform those paradigms*”.

mínimo essencial desses direitos; observar se os institutos constitucionais e seus conceitos sofrem transformações quando apostos o contexto cultural local; estabelecimento de *standards* interpretativos para diminuição da excessiva e alargada normatividade dos princípios constitucionais; e analisar as consequências e os impactos jurídico e social da decisão na solução do problema.

Portanto, nessa fase, o intérprete já pode ter pelo menos uma conclusão: o não prosseguimento para as fases seguintes e a consequente não realização do diálogo. Se os elementos da Corte estrangeira não lograram êxito integrativo com a contextura do tribunal interno, o diálogo não se processa. Contudo, o contrário não pode ser categoricamente afirmado, ou seja, o fato de ter havido o acoplamento dos subsídios com a conjuntura não autoriza automaticamente o diálogo, por ainda faltar mais duas etapas para sua conclusão.

Além disso, ainda pode existir a possibilidade de, não obstante as relações comparativas entre o rol de elementos do tribunal de origem e as situações cultural, histórica e social que compõem o panorama espacial da Corte destinatária terem prosperado, o processo do diálogo não se concretizar. O motivo para isso seria a intencionalidade como característica.

O diálogo é procedimento facultativo do tribunal. Ele não é obrigatório nem provocado. Mesmo diante de exitosas fases, a Corte pode entender não ser mais útil ou necessária a difusão de entendimentos. Essa precoce paralisação do processamento do diálogo é consideração particular, interna do órgão judiciário e em nada desgasta as relações entre eles, pois em muitos casos a Corte emissora sequer tem conhecimento de que sua jurisprudência está sendo palco de observação e circulação, a exemplo do diálogo indireto.⁴⁴³

Terminada, pois, a etapa comparativa entre a identificação dos elementos argumentativos e sua acomodação no contexto do tribunal interessado, o processo do diálogo atinge a metade procedimental do seu percurso integrativo.

⁴⁴³ Remete-se o leitor para os tópicos referentes às categorias do diálogo judicial, explicitadas no capítulo correspondente aos aspectos metodológicos.

5.3.1.3 Fase da Aplicação

A etapa da aplicação acende a segunda metade do procedimento do diálogo judicial e é caracterizada por ser uma etapa curta, muito embora sua celeridade executória não possua o condão de superficialidade. A rapidez aqui é apenas instrumental e um possível exaurimento de diagnósticos pretéritos.

Enquanto a sua desenvoltura se processa de maneira ágil, sua implementação é decisiva para a efetivação do diálogo judicial, pois este é o momento exato em que o tribunal supremo decide se incorpora ou não ao seu conflito interno o entendimento da Corte estrangeira. O *timing* do diálogo encontra nessa fase a sua essência.

Eis a razão de ser uma fase instrumental de possível exaurimento de verificações anteriores, haja vista que para o julgador constitucional ter optado por sua efetivação de maneira completa, necessariamente teve que destacar os elementos da decisão analisada e comparar com o contexto doméstico, ou seja, percorreu as etapas pretéritas de identificação e da correlação, mas ainda assim o cumprimento da sua aplicação é mera potestade da Corte.

O tribunal não é obrigado a dialogar muito menos não determina a outra Corte a assim proceder. A facultatividade de seus intercâmbios é uma característica que possui consonância com a ideia de mundo livre dentro de uma ciência cultural, além de respeitar a soberania individual e interna de cada um como fator confirmativo da horizontalidade de suas comunicações.

Diante dessa consideração, caso seja de interesse do tribunal constitucional interno publicar um diálogo e interiorizar os fundamentos do órgão judicial estrangeiro para seu próprio julgado, deve obedecer a aplicação como fase desse procedimento. Aplicando a jurisprudência do tribunal internacional constitucional o diálogo deixa de ser uma cogitação e passa a ser concreto, ainda que parcial e não completo, eis que pendente a última fase do procedimento proposto.

Nesse sentido, talvez uma certa inquietação aflore quando se afirma ser a fase de aplicação o momento crucial do diálogo e simultaneamente considera-lo como incompleto ou inacabado. O diálogo ele se instaura nesta fase de sua aplicação, no entanto, para considera-lo como um diálogo completo e pleno a fase vindoura necessita ser circundada. Caso o tribunal

tenha exercitado a tarefa somente até a fase de aplicação, não significa dizer que não tenha realizado o diálogo judicial, mas, sim, que o fez de maneira incompleta.

Tendo procedido a essas explicações, importa agora dizer como se justapõe a jurisprudência estrangeira no julgado interno, isto é, como se obedece à fase de aplicação do diálogo judicial. Conforme relatado, a fase é rápida, célere e não se reveste de complicações quanto à sua instrumentalidade.

Para uma Corte constitucional aplicar o diálogo basta destacar na sua decisão interna o resumo de julgamento do tribunal externo, informando a numeração do processo, a classe da ação judicial e o julgado em si. É certo que a forma de realização de julgamentos e a maneira como tais decisões são escritas e publicadas para a sociedade pode variar, pois cada órgão judicial tem seus procedimentos próprios de exercer a função jurisdicional.

Entretanto, independentemente de como se operacionaliza uma decisão judicial nas diversas Cortes constitucionais, um fato indiscutível é que em todas elas o sentido do julgamento é exposto, pois o paradoxo necessita de solução judicial. Assim, quando se propõe a aposição da epítome de julgamento, sugere-se a colocação do sentido do julgamento estrangeiro, não necessitando destacar na decisão doméstica o inteiro *decisum* do tribunal emissor.

Observa-se que o ato de transferir a decisão estrangeira para a decisão nacional é simples e sem dificuldades. Não há necessidade de manter a inteireza do julgamento, mas basta destacar uma sinopse, que para alguns tribunais se chama ementa de resultado. Percebe-se, dessa forma, que a abreviação do julgamento não é processada com as palavras do magistrado que está construindo a decisão jurídica. O resumo tem que ser fiel à decisão paradigma, precisa estar na sua forma original, ainda que sinteticamente.

Esta exigência procedimental evita prováveis mudanças de sentido que podem influenciar a Corte em caminhos distintos e fazer do diálogo uma desintegração de entendimento e não o contrário. Nas lições de Roberto Scarciglia, “o termo de comparação deve ser examinado em suas fontes originais”⁴⁴⁴. Isto porque nem sempre quando se medita e

⁴⁴⁴ SCARCIGLIA, Roberto. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Dykinson, 2011. p. 94. Scarciglia assim sugere: “Mas como o jurista pode perceber completamente o termo a ser comparado? É necessário seguir algumas regras. Essas cinco são geralmente levadas em consideração: a) o termo a ser comparado deve ser estudado como aparece na realidade; b) o termo de comparação deve ser examinado em suas fontes originais; c) o termo a ser comparado deve ser estudado na complexidade e totalidade das fontes de direito;

analisa uma informação esta é transferida nos exatos termos e significações a outros interlocutores. E nesse suposto hiato podem haver ruídos que atrapalhem e desnaturem o diálogo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais.

A capacidade humana, ainda que totalmente desnuda de qualquer intencionalidade nefária, pode sinalizar em sentidos pérfidos e desconfigurar a grandiosidade de um objetivo. Nietzsche, há muitas década, já previra a insidiosidade humana, mesma repleta de bons desígnios, ao demonstrar que “os erros dos maiores filósofos têm seu ponto de partida numa falsa explicação de determinados atos e sentimentos humanos; que, com base numa análise errônea, por exemplo, das ações ditas altruístas, constrói-se uma ética falsa”.⁴⁴⁵

A generalização de atos e fatos costuma ser perigosa, por isso, guardadas as proporções e respeitadas as exceções, pode-se dizer que juízes não são filósofos propriamente ditos e nem diretos construtores de éticas, mas são agentes públicos encarregados de solucionar paradoxos, problemas, conflitos, de acordo com o refletor da Constituição. No entanto, ainda assim, em suas atividades, se partirem de explicações equivocadas e análises inconsistentes, constroem uma resposta desorganizada e talvez inconstitucional.

Por isso a importância da advertência sobre a necessidade de destacar o sentido da decisão em sua originalidade, para principalmente evitar um discernimento de contrafaça da decisão estrangeira. Nietzsche mais um vez indica, em bom tom, que a superficialidade da “observação psicológica estendeu e continua a estender ao julgamento e ao raciocínio humanos as mais perigosas armadilhas, então é necessária agora a persistência que não cansa de amontoar pedra sobre pedra, pedrinha sobre pedrinha, é necessária uma austera valentia, para não nos envergonharmos de trabalho tão modesto e afrontarmos todo desdém de que for objeto”.⁴⁴⁶

d) respeito pela hierarquia das fontes no ordenamento em análise; e) o termo a ser comparado deve ser interpretado de acordo com o método hermenêutico do ordenamento ao qual pertence”. No destaque original: “¿Pero cómo puede el jurista percibir en su totalidad el término a comparar? Es necesario que siga algunas reglas. Se suelen tener en cuenta estas cinco: a) el término a comparar debe ser estudiado tal y como aparece en la realidad; b) el término de comparación debe ser examinado en sus fuentes originales; c) el término a comparar debe ser estudiado en la complejidad y totalidad de las fuentes del derecho; d) el respeto de la jerarquía de las fuentes en el ordenamiento examinado; e) el término a comparar debe ser interpretado según el método hermenéutico del ordenamiento de pertenencia”.

⁴⁴⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, Demasiado Humano**: um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Item 37 (“Não obstante”). p. 28.

⁴⁴⁶ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, Demasiado Humano**: um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Item 37 (“Não obstante”). p. 28.

Portanto, o fechamento de arestas condutoras de prováveis desvios da comunicação jurídica deve ser estimulada. O realce do entendimento da Corte emissora da jurisprudência, mesmo sendo uma ação módica, é categórico. A aglomeração das pedras sinalizadas por Nietzsche são imprescindíveis para que o processamento do diálogo, nesta fase importante, não seja afrontado e ter seu objeto negligenciado.

A intenção é conhecer o sentido que o tribunal constitucional estrangeiro concedeu ao seu conflito. Tal configuração é essencial porque corrobora as fases anteriores e torna explícita a vontade de dialogar, bem como demonstra para o jurisdicionado o entendimento da Corte internacional. A não transcrição do julgamento supremo externo suscita dúvidas e questionamentos quanto a concretização do diálogo, o qual necessita de certeza, de precisão e de identificação da sua fonte comunicativa.

Por fim, conveniente referenciar que não basta destacar somente os dados objetivos como o nome do tribunal constitucional, numeração e classes processuais. O entendimento externo necessita estar disponível para confrontações por parte do jurisdicionado. Portanto, há de ser explícito, claro e indubitável.

Ao assim proceder, a Corte suprema receptora da jurisprudência efetiva o diálogo, ainda que parcialmente. Ele já existe, já se mostra disponível ao mundo jurídico, mas ainda não de maneira completa. Nessa ótica, é inegável que a permuta de entendimento já se processou, encerrando a fase aplicativa do seu procedimento.

5.3.1.4 Fase do Desenvolvimento

A fase terminativa do procedimento de intercâmbio de entendimentos judiciais entre os magistrados estrangeiros é o momento em que a Corte faz uma depuração de todas as etapas até atingir a completude do diálogo judicial. Dessa informação, já se pode retirar a primeira premissa: o órgão judicial ao adentrar nessa fase já possui um diálogo parcial e tem a opção de torna-lo pleno.

Para que o tribunal constitucional galgue a completude do diálogo judicial, precisa de mais uma atitude prospectiva, um *plus* para sua atividade decisória. A coroação de uma

identificação elementária, de uma comparação contextualizada e aplicação originária processa-se com o desenvolvimento da decisão estrangeira.

É nesse momento que a decisão externa possui movimentação dentro de uma conjuntura interna. É nesse lapso temporal que o entendimento internacional revigora a sua força nacional. E é nessa etapa que a compreensão da jurisprudência “mais além do Estado” deixa de ser um mero paradigma, modelo, exemplo, para se transformar em parte integrante fundamentadora da resposta constitucional interna.

Integrar uma decisão doméstica e ser um baldrame da compreensão constitucional de uma Corte Constitucional, categoricamente, não é o mesmo que apenas ter seu sentido transcrito para a decisão que pretende recebe-la. A acepção associativa, nessa esguelha, é mais intensa, mais abarcante, pois demonstra a diferença de um mero envolvimento para um factual comprometimento com a problematização global.

Eis o cerne distintivo das fases de aplicação e desenvolvimento, dos significados de envolvimento e comprometimento, da acepção de parcialidade e plenitude dialogal. Na aplicação, o tribunal receptor apenas transcreve o resumo, o sentido do raciocínio jurídico estrangeiro, e no desenvolvimento ocorre a solidificação dessa racionalidade, a explicação de sua utilização, o incremento do convecimento do intérprete constitucional segundo sua ordem jurídica.

Na fase de aplicação, o tribunal constitucional interessado em trocar pontos de vistas jurídicos tão somente se envolve em um processo de verificação do entendimento da Corte externa, enquanto na fase de desenvolvimento o tribunal receptor se compromete em averiguar e reproduzir a decisão, assim como justificar os motivos da aposição do viés emissor.

E, ainda mais, além de se empenhar essa tarefa legitimadora, compromete-se com a própria Corte internacional, pois lhe concede exposição e elocução para críticas sobre o tino dos seus julgamentos. Por isso a grande importância da contextualização e da comparação de nexos entre as Cortes Constitucionais. E não há como efetivar uma comparação relevante se

não se identificam previamente os elementos da decisão, seus dados objetivos, o catálogo de *topoi* de Viehweg.⁴⁴⁷

Assim sendo, percebe-se que a transcrição da decisão alienígena, por meio do seu envolvimento constitucional com a forma de interpretar o sentido normativo da Constituição, a fim de solucionar seu paradoxo, promove um diálogo judicial parcial, incompleto e inacabado.

Contudo, se além da transcrição produz a explanação dos seus motivos, em uma atividade não somente envolvente, mas comprometedora dos pré-compromissos nacionais e internacionais para resolução dos conflitos sociais, haja vista que abalança a Corte estrangeira em um patamar nevrálgico, emerge um diálogo judicial pleno, completo, acabado.

A fase de arrematação do diálogo consiste em explicar os motivos pelos quais o intérprete nacional entende que o intérprete internacional se afigura importante para deslinde do conflito que ora se analisa. Em outros termos, o desenvolvimento incide na justificação das razões pelas quais o entendimento jurisprudencial da Corte emissora é imprescindível ou relevante para complementar o sentido e a tomada de decisão pelo tribunal receptor.

Importante clarificar que a fase de incremento do diálogo não é explicar os motivos pelos quais o tribunal interno almejou realizar a difusão de entendimento com o tribunal externo, mas, sim, de explanar a racionalidade que agrega a tomada da decisão doméstica e que colabora para resposta constitucional dos paradoxos em apreciação, isto é, expor as razões pelas quais o entendimento de fora se mostra útil ou necessário para a sintetização do conflito interno.

Esta postura deve se sedimentar claramente, pois o interesse não está em uma concessão de validação como se justificando estivesse a Corte sobre algum procedimento. O diálogo entre tribunais supremos é horizontal, não há necessidade de pronunciar os ensejos pelos quais legitimaria um acolhimento jurisprudencial.⁴⁴⁸ Se o diálogo judicial internacional em sentido estrito é procedimento inteiramente opcional, facultativo, acessório, as Cortes Constitucionais não necessitam dar satisfações sobre a intenção de agir no intercâmbio comunicativo judicial.

⁴⁴⁷ Ver o item “Tópica: argumentação jurídica para os paradoxos”, no capítulo referente aos pressupostos do diálogo.

⁴⁴⁸ Ver o tópico “Horizontalidade”, no capítulo sobre os aspectos metodológicos do diálogo.

No entanto, uma vez aquiescendo com tal postura, nasce para o órgão judicial receptor o dever de explicar os motivos pelos quais a decisão do tribunal emissor, que antes era paradigma e nesse momento integra o seu convencimento jurídico, é condescendente, proeminente e aceitável ao caso em apreciação. Essa postura legitimadora concede respeitabilidade e promove para as partes processuais e sociedade esclarecimentos para um controle social cooperado⁴⁴⁹.

Diante desse colóquio, observa-se a segunda premissa, que se caracteriza pelo seu aspecto dual. Essa derradeira etapa direciona o intérprete para dois caminhos indispensáveis ao progresso do diálogo judicial. De um lado, ele tem a possibilidade de elucidar, desenvolver o entendimento do tribunal de origem e fazer o seu próprio incremento racional da temática abordada e, de outro lado, ser um vetor de propagação dessa expansão intelectual, desse desdobramento crítico em ricochete, e influenciar outros tribunais.

O diálogo judicial entre magistrados constitucionais, nesta fase de fortalecimento e melhoramento, afina-se como uma via de mão dupla, pois quanto mais desenvolve as argumentações dos tribunais constitucionais dos outros países, maior é a probabilidade de que seus entendimentos nacionais sejam analisadas e perfiladas em momentos oportunos por outras Cortes máximas adventícias.

Nesse contexto, o tribunal doméstico, ao buscar cooperação discursiva com outro judiciário internacional, procedimentalizando um diálogo judicial, possibilita a autoafirmação de seus convencimentos, pois “a parte deste fenômeno que é mais visível e que pode constituir um objeto de estudo para o jurista está na própria obra judicial e, em particular, na argumentação jurídica do juiz, sua *ratio decidendi*. Os juízes têm a oportunidade de fazer uma apresentação do direito internacional relevante ou incluir em seu argumento citações ou referências a outros tribunais”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. In: **The Oxford Handbook of Law and Politics**. p. 93. “*We do, however, observe a good deal of constitutional borrowing among courts when deciding particular cases, suggesting that the operation if not the adoption of constitutional review is increasingly a transnational process*”. “No entanto, observamos uma boa dose de empréstimos constitucionais entre os tribunais ao decidirem casos particulares, sugerindo que a operação, se não a adoção do controle constitucional, é cada vez mais um processo transnacional”.

⁴⁵⁰ MANRIQUE, Thomas. “Réflexions sur la Création Judiciaire et le Dialogue des Juges: les références croisées entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme”. In: **La Creación Judicial del Derecho y el Diálogo entre Jueces**. Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra. 2017. p. 04. Disponível em: <<https://ddd.uab.cat/record/176435>>. Acesso em: 08 ago. 2019. “*La partie de ce phénomène qui est plus visible et qui peut constituer un objet d’étude pour le juriste se trouve dans l’œuvre*”.

Insta salientar que na fase de correlação focaliza-se a intenção comparativa entre os contextos externos e internos, sem juízos de valor sobre a decisão arquetípica em si. Nessa fase de desenvolvimento do diálogo judicial há opinião e apreciação sobre a decisão, circunspeção acerca dos pressupostos interpretativos, qualificação dos seus elementos justificadores e potencial capacidade de aperfeiçoamento dos seus institutos.

O progresso do diálogo abre espaço para construção de novos entendimentos jurídicos bem como para a crítica judicial. Nesse afinamento de discursos e propagação de novos pensamentos é que o conhecimento jurídico se propaga e se prepara para adentrar em outras interpretações jurisprudenciais, bem como para promover a incorporação de novos laços constitucionais entre tribunais.

Com essa postura inclusiva, as redes de expansão constitucional vão se robustecendo e com elas a proteção dos direitos fundamentais e de seu núcleo essencial se solidificam em perspectiva global. O desenvolvimento do diálogo permite ao intérprete ilustrar, ainda que sucintamente, os elementos movedores de sua intenção e atuação.

Eis a preocupação de se estabelecer uma sistematização para a execução do diálogo horizontal, pois “os critérios de relevância devem ser apreciados não apenas em termos do contexto geral, mas de detalhes dos elementos relativos aos casos a serem tratados. É obviamente necessário questionar a redação dos textos aplicáveis e a parte das especificidades que eles contêm, assim como é importante considerar se os precedentes estrangeiros selecionados referem-se a casos ou situações específicas”.⁴⁵¹

É de bom alvitre registrar que na fase de correlação, a Corte interna apenas compara os elementos extraídos na fase de identificação com seu contexto, em uma relação meramente confrontadora, sendo nessa etapa do incremento que possui liberdade para explicar as razões dessa comparação e seus impactos na solução do conflito social.

judiciaire elle-même et notamment dans l'argumentation juridique du juge, sa ratio decidendi. Les juges ont en effet la possibilité soit de faire un exposé du droit international pertinent ou d'intégrer dans leur argumentation des citations ou des références à d'autres Cours”.

⁴⁵¹ MAUS, Didier. “Le Recours aux Précédents Étrangers et le Dialogue des Cours Constitutionnelles”. In: **Revue Française de Droit Constitutionnel**. v. 4, n. 80. 2009. p. 689. DOI : 10.3917/rfdc.080.0675. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-4-page-675.htm>>. Acesso em 10 de jun. 2019. “Dans le dialogue horizontal, les critères de pertinence doivent être appréciés en fonction non seulement du contexte d'ensemble, mais d'éléments précis relatifs aux cas à traiter. Il convient bien évidemment de s'interroger sur la rédaction des textes applicables et la part des spécificités nationales qu'ils contiennent. Il importe également d'examiner si les précédents étrangers retenus concernent des cas d'espèce ou des situations de principe”.

Enquanto nas fases de identificação, correlação e aplicação não há, em regra, apreciação racional fundamentadora, mas apenas verificações procedimentais, na fase de desenvolvimento ocorre análise crítica desses elementos bem como alargamento dessas próprias argumentações, gerando novos institutos e formas de ver o problema com a respectiva solução constitucional.

As maneiras dessemelhantes de verificação do problema e da análise dos contextos promovem o que Scott Stephenson chama de reengenharia constitucional, inovações e alterações do diálogo, ora sendo recebidas como atos proveitosos ora com vantagens reduzidas⁴⁵².

A reengenharia “refere-se a situações em que os atores pretendem apropriar-se de uma ideia constitucional estrangeira e suplementam, modificam ou substituem um de seus traços cardinais”⁴⁵³. Complementa Stephenson que a reengenharia “está confinada a modificações significativas para isolar as instâncias de migração onde os atores estão substantivamente desenvolvendo, não meramente ajustando, conceitos constitucionais”⁴⁵⁴.

A projeção teórica da reengenharia e de nova roupagem ao entendimento jurisprudencial é simétrica ao contextos da modernidade, haja vista as crescentes transformações vividas na sociedade. E com elas os problemas se tornam complexos e organizados, abrindo uma lacuna para performances desse jazes serem aplicadas.

Da análise crítica da reengenharia constitucional de Stephenson pode-se abrir espaço para a factual constatação de que o diálogo judicial não somente adapta e conforma contextos, como se estivesse em uma conduta de filtragem constitucional⁴⁵⁵. Mais que isso, é vetor para

⁴⁵² Remete-se o leitor ao tópico “Natureza Jurídica da Decisão Dialogada e a *Back-Fertilization*”. Com pensamento semelhante, vide: BELL, John. “Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe”. In: BEATSON, Jack & TRIDIMAS, Takis. **New Directions in European Public Law**. Oxford: Hart Publishing, 1998. pp. 147-167.

⁴⁵³ STEPHENSON, Scott. “Constitutional Reengineering: dialogue’s migration from Canada to Australia”. In: **International Journal of Constitutional Law**. p. 874. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mot041>>. Acesso em 10 jun. 2019. “*Reengineering, by contrast, refers to situations where actors intend to appropriate a foreign constitutional idea and supplement, change, or replace one of its cardinal features*”.

⁴⁵⁴ STEPHENSON, Scott. “Constitutional Reengineering: dialogue’s migration from Canada to Australia”. In: **International Journal of Constitutional Law**. p. 874. “*For reasons explained below, my definition of reengineering is confined to significant modifications in order to isolate those instances of migration where actors are substantively developing, not merely adjusting, constitutional concepts*”.

⁴⁵⁵ Sobre a filtragem constitucional, Cf. DYEVIRE, Arthur. “Filtered Constitutional Review and the Reconfiguration of Inter-Judicial Relations”. In: **American Journal of Comparative Law**. v. 61, n. 4, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2163735>>. Acesso em 04 nov. 2019; SCHIER, Paulo Ricardo. “Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo”. In: **A&C. Revista de**

novas construções argumentativas e fundamentadoras. Nesse compasso, o processo comunicativo entre Cortes instrumentaliza uma atividade semelhante a de uma “hidrólise constitucional”.

O processo difusivo entre juízes constitucionais caracteriza-se, inicialmente, por adaptar e acomodar contextos constitucionais diferenciados, utilizando para isso dos pressupostos analisados no capítulo anterior, muitas vezes “decompondo substâncias”, ou seja, reasentando elementos discursivos, restringindo subsídios fundamentadores, conformando enlaces normativos emanados de outros sistemas jurídico-constitucionais. A decomposição de substâncias é exatamente a forma de contextualizar a jurisprudência internacional, pois se assemelha a ajustes e encaixes de fluxos comparativos.

Em momento posterior, durante sua catalização comunicativa, procede-se ao incremento e melhoramento do julgado, de acordo com sua conjuntura, injetando novas substâncias, novas diretrizes constitucionais, outros institutos jurídicos, diferentes preceitos constitucionais, além de alterar a maneira de ver o problema, modernizando soluções aos paradoxos, fertilizando racionalidades para outras Cortes e remodelando respostas constitucionais. A nova substância introjetada no processo caracteriza-se pelas circunstâncias específicas do problema interno respaldadas na ordem constitucional da Corte receptora. São os convencimentos dos juízes constitucionais em movimentação, aprimoramento e desenvolvimento.

O processo do dialogismo judicial pode, então, ser entendido como um processo de “hidrólise constitucional” (*constitutional hydrolysis*), na medida em que a adaptação e comparação de contextos entre Cortes emissoras e receptoras produzem uma espécie de reação, uma postura de engajamento do juiz constitucional, capaz de redimensionar uma decisão internacional e criar um novo entendimento jurídico e conseqüentemente jurisprudencial, que pode, inclusive, projetar irradiações para novas Cortes no mundo, principalmente porque o efeito da globalização acelera as diferenças e a velocidade de mudanças nas relações sociais, fazendo surgir problemas cada vez mais intrincados, paradoxos, novas modalidades de conflitos globais.

Portanto, ao deixar explícitas as razões relacionadas ao encaixe da jurisprudência estrangeira ao julgado interno, evidenciando os motivos para a sua utilidade ou necessidade para deslinde do conflito social, a Corte Constitucional doméstica completa o processo do dialogismo judicial e proporciona a plena criação da norma, a solução constitucional como resposta racional por meio de um diálogo judicial.

5.3.2 Graus do Diálogo Judicial

A seção anterior deste trabalho se preocupou em tornar inteligível o diálogo judicial entre tribunais constitucionais por meio da proposta de sistematização conectada em quatro fases. A compreensão de suas delimitações compõe uma junção interpretativa, contínua, um conjunto, e não separações, fragmentos isolados.

O sentido oferecido é de multiplicar e não propriamente dividir, ainda que elas devam ser analisadas cada uma de per si. Em razão disso, pretende-se nesta parte elucidar os enquadramentos do diálogo a partir dos tipos de procedimento, ou seja, esclarecer os seus níveis de atuação.

Enquanto o tópico precedente foi responsável por explicar os conceitos e características, execução e limites de cada fase, nesta seara a glosa cingir-se-á em estabelecer essas relações com os pressupostos teóricos do diálogo judicial, conectando os contributos da fase dialogal com os aspectos jurídicos da teoria constitucional.

5.3.2.1 Nível Imaginário (Diálogo em Perspectiva)

A primeira fase do diálogo judicial é a identificação dos elementos decisórios. O substrato e os argumentos da resposta judicial da Corte estrangeira são devidamente assimilados, separados, para em momento oportuno, caso o diálogo se processe, serem utilizados na decisão interna.

Disso resulta crível que enquanto o intérprete executa a identificação dos dados contidos no julgado alienígena está praticando uma atividade prévia e meramente

instrumental. Dito de outra forma, desempenha uma conduta de preparação do diálogo, uma ação antecedente que, por ora, tem o diálogo em uma intenção ainda incerta, uma cogitação.

É por esse motivo que o presente enquadramento do processo do diálogo tem um estágio imaginário, mas não no sentido de ser ilusório, e sim em sua significação de intencionalidade concretista. Em maneira mais elucidativa, quer-se dizer que, nesse grau, o intérprete tem a volição, um desiderato de realizar o diálogo, acredita ser possível, por isso que atua na separação dos seus elementos.

A Corte interna, ao assim proceder, desvia-se da ideia de diálogo como uma mera quimera ou ilusão. Se o termo utopia vem a tona por algum motivo, é certo que se insere no pensamento de objetivo, de alvo a ser perseguido e possível de ser alcançado, um termo de significado neopragmático, portanto.

O pensamento humano congrega fatores distintos que trafegam em um espaço ampliativo de sua racionalidade. E nessa tarefa de conhecer e criar o direito, por meio de discursos racionais, estabelecem-se argumentos jurídicos e não jurídicos, mas que guardam relação estreita com os conflitos sociais. Identificar esses elementos em uma decisão para, em ato posterior, destaca-los é fundamental para o crescimento dos argumentos conformadores que poderão ser confrontados nas fases seguintes.

Nesse estágio imaginativo do diálogo são identificados e formados, então, os arsenais teóricos para participarem do processo de confrontação. Aqui se verifica a importância da hermenêutica constitucional consubstanciada no ensinamento tópico de Viehweg, pois nesse estágio se constituem os *topos* (ou específicos *topoi*) que irão instrumentalizar as balizas teóricas de uma decisão.

Outros exemplos evidentes de *topoi* retirado de um contexto jurídico supremo internacional são os princípios constitucionais presentes nos conflitos. Os paradoxos globais são situações que, em regra, desafiam a integridade de direitos fundamentais. Na grande maioria dos casos, a solução trafega pela análise detida de princípios constitucionais e sua concordância prática nas circunstâncias do caso concreto.

Por meio do processo da ponderação alexyniana ou por outra técnica constitucional, as Cortes costumam proceder ao balanceamento dos princípios, um procedimento de harmonização, para dar densidade prática e estabelecer qual ou quais princípios possuem mais

relevância para a proteção jurídica de bens tuteláveis e em que dimensões se viabiliza tal resguardo. Ainda que a resolução dos impasses não trafegue por esta via teórica, e sim por outra que o tribunal entenda mais efetiva, os princípios constitucionais, via de regra, são associados e interpretados.

Eis, portanto, uma grande cooperação dos diálogos judiciais, uma vez que trazem espeques interpretativos que delimitam os sentidos das normas-princípio, restringindo seu âmbito de atuação e fechando os espaços para interpretações fugitivas à solução do problema. A abertura exacerbada cede espaço a uma averiguação hermética de sua utilidade.

Outro grande reforço hermenêutico nesse enquadramento do diálogo provém de Hesse, pois os elementos destacáveis da jurisprudência externa e a própria decisão em si como modelo interpretativo homenageiam a força normativa da Constituição. Ora, se a lei maior não irradiasse imperatividade e se tal efeito não fosse procurado e fomentado pelo intérprete, quais proveitos teriam os elementos constitucionais da decisão exógena? O diálogo tem atuação integradora e criteriosa, não adentra a decisão interna para dar erudição e ser um mero argumento perfunctório.

Não bastassem tais exemplos, não se pode olvidar de considerar o auxílio do pensamento de Müller. A decisão da Corte suprema estrangeira configura-se como legítimo programa normativo. Enquanto tal decisão e os elementos nela contidos não forem empregados em contextos peculiares, assumem posição abstrata, teórica, disponíveis para serem aproveitados no diálogo.

Isso quer dizer que, caso se confirme a atuação integradora dialogal, a decisão considerada protótipo passa de documento escrito a visível âmbito normativo. No julgamento do tribunal interno, então, a norma jurídica é criada para o caso e essa edificação jurídica é a norma dialogada. O diálogo judicial propicia a construção da decisão. A norma só é considerada norma quando há união do programa ao âmbito normativo. O processo do dialogismo judicial, assim, torna-se parecido ao processo de concretização de Müller.

Outrossim, a identificação dos elementos de um julgado estrangeiro acontece no bojo de disfunções, questionamentos, de insatisfações, de um impasse. A atividade interpretativa já consumada de um tribunal externo, portanto, posterior a um problema, é colaborativa para estabelecer parâmetros e critérios para a resolução ainda não consumada de um novo conflito,

comum ao impasse estrangeiro, em razão da conformação interna dos direitos fundamentais. E nessa atividade, o tribunal nacional, dentro da problematização, cria a sua resposta constitucional.

As contribuições da hermenêutica constitucional são muitas e a relevância dela como pressuposto do processo do diálogo judicial já se confirma no seu primeiro grau de efetuação. Assim, o estágio de identificação dos elementos da decisão, por não ser atividade material, e sim procedimental, de coleta de substratos e discriminação de argumentos abstratamente considerados, forma um enquadramento chamado de perspectiva de diálogo, eis que antecedente ao processo de concretização.

Prova disso é a assunção das implicações que a decisão da Corte externa promove na sua ordem constitucional como elemento jurídico de uma perspectiva crítica. Em outras palavras, o consequencialismo jurídico é imprescindível para que os efeitos da decisão no contexto internacional sejam avaliados antes que possam surtir resultados na conjuntura interna. E a avaliação desses resultados auxiliam na formação do âmbito normativo de Müller.

Demais disso, interessante relembrar que o constitucionalismo contemporâneo é entendido como um processo constitucional aberto, em que respostas concedidas em seu espaço estratégico para racionalização do poder são temporalizadas, momentâneas, verdades transitórias capazes de controlar o presente, mas talvez incompatíveis com prognósticos prospectivos, em razão da velocidade da modernidade. Essa abertura do constitucionalismo é fundamental para ajudar na identificação dos elementos não jurídicos.

A identificação de dados sobre um Estado presidencialista ou parlamentarista, uma Corte advinda de contextos autoritários ou de democracia fragilizada, tribunais que decidem conflitos econômicos decisivos para o mundo e outros em que a carência financeira aflige sua própria atuação, por exemplo, são substratos não jurídicos que possuem fina relação com a forma de refletir o constitucionalismo.

A importância dos elementos não judiciais não deve ser desconsiderada no processo do diálogo, principalmente os referentes a contextos democráticos. Nota-se essa distinção quando se analisam Cortes com idênticos níveis de organização democrática, a exemplo dos tribunais europeus. Elaine Mak afirma que a comparabilidade dos mais altos tribunais britânicos e holandeses “decorre de seus antecedentes compartilhados nas democracias

liberais ocidentais, isto é, Estados que compartilham as tradições da democracia, o estado de direito, a proteção dos direitos humanos e o governo aberto e das semelhanças na posição desses tribunais nos sistemas jurídicos nacionais em que estão funcionando”.⁴⁵⁶

Insta salientar que as diferenças culturais e os atributos pluralistas e democráticos de sociedades continentais são fontes de informações também levadas em consideração nas decisões. Entendendo assim, torna-se menos dificultoso particularizar essas características na decisões estrangeiras, ajudando, portanto, na formação dos elementos não jurídicos.

Portanto, este estágio é prévio e anterior ao diálogo e, por isso, pode ser entendido como uma tratativa dialogal, ocasião em que o intérprete doméstico se mune de fertilizações teóricas de outras Cortes externas para disponibilizar um pretense e conjecturado intercâmbio discursivo e iniciar uma polinização comunicativa.

5.3.2.2 Nível Comparado (Pré-diálogo ou Diálogo Transitivo)

A segunda fase do diálogo judicial é a correlação entre os elementos decisórios e o caso concreto pendente de solução constitucional. O arcabouço teórico separado e delimitado na primeira fase recebe movimentação, transita nos espaços racionalizadores demarcados pelas zonas de contato entre a decisão estrangeira e a construção da decisão interna.

A dinâmica do diálogo judicial deixa seu caráter estático e adentra no movimento interpretativo da comparação. A correlação dos dados obtidos com o contexto circundante do impasse interno é o mote fundamental para conectar as zonas de intersecção relevantes para aprimoramento e definição da resolução do conflito global.

O método comparativo responsável pela agregação simbiótica das relações culturais, sociais, econômicas, históricas, enfim, aspectos variados de influência decisória produz as

⁴⁵⁶ MAK, Elaine. “Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: explaining the development of judicial practices”. In: **Utrecht Law Review**. v. 8, Issue 2, May 2012. pp. 20-34. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/228275128_Reference_to_Foreign_Law_in_the_Supreme_Courts_of_Britain_and_the_Netherlands_Explaining_the_Development_of_Judicial_Practices>. Acesso em: 10 out. 2019. “The comparability of the British and Dutch highest courts follows from their shared background in Western liberal democracies, i.e. states which share the traditions of democracy, the rule of law, human rights protection and open government,⁷ and from the similarities in these courts’ position in the national legal systems in which they are functioning”.

reflexões comuns entre ambientes não comuns, propicia a adaptação de contextos culturais diferentes à problematização que se pretende solucionar.⁴⁵⁷

O estreitamento da decisão externa e sua correlação com a conjuntura da Corte interna é imprescindível para acomodar e compatibilizar contextos não lineares, de forma a dar simetria a dados relevantes para a resposta constitucional. Dessa forma, com o início dessa circulação de informação, a hermenêutica constitucional mais uma vez traz contributos importantes como o pensamento gadameriano.

O estágio comparado é o momento em que o espiral de Gadamer se movimenta no círculo hermenêutico da Corte suprema e constantes revisitações são realizadas para solução constitucional, propiciando, dessa forma, o encontro entre as hermenêuticas jurídica e filosófica: a criação da resposta por meio do diálogo judicial se efetiva no bojo de um paradoxo, de um conflito.

Mas não somente Gadamer contribui para essa circulação espiralada, Müller mais uma vez reforça o potencial concretista. Enquanto no grau imaginário se forma o programa normativo, no grau comparado o programa normativo inicia um trabalho de conexão colaborando para a configuração de um âmbito normativo importante para extração de fundamentação para a solução do paradoxo de Teubner.

A decisão da Corte Constitucional alienígena, portanto, pode ser programa normativo e âmbito normativo, a depender de qual grau ou enquadramento do diálogo esteja sendo processada a sua fase. No nível de imaginação, que contem a fase de identificação, tem-se a decisão como programa normativo. No grau de comparação, que contem a fase de correlação, a decisão se transmuda para configurar o âmbito normativo.

Dessas argumentações, pode-se extrair que o diálogo não mais se encontra ergastulado no imaginário, na intencionalidade. Deixa, assim, de ser uma cogitação e passa a ganhar relevo, mas desde que consiga abstrair zonas comuns entre os elementos da decisão e a

⁴⁵⁷ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. p. 233. Para Vesting, o momento histórico é determinante para a interpretação. Assim, o nível do pré-diálogo, utilizando-se da orientação de Häberle, para quem a comparação é o quinto método interpretativo, possibilita, por meio da análise do momento histórico da ordem constitucional, a “fuga do imobilismo” e a “derrocada de sua petrificação” (BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. p. 216). A dinamicidade do diálogo viabiliza sua transitividade, enaltecendo o mecanismo de abertura constitucional e afastando a deturpação de direitos fundamentais.

realidade social e cultural do tribunal nacional. Essa premissa é crucial para encetar o processo dialogado.

Os pontos comuns entre os contextos dos tribunais supremos participantes no processo do dialogismo judicial precisam ser palpáveis para se poder mencionar que o diálogo está em formação, em trânsito para um destino final, o qual ainda não chegou. Caso na fase de correlação não seja possível interseccionar os elementos, o diálogo não tem *start* e continua sendo cogitado, estanque no seu primeiro estágio.

Observa-se, assim, que o diálogo atinge um estágio procedimental mais acentuado, pois iniciou um percurso. Esse trajeto pode culminar ou não em um diálogo consumado, mas enquanto apenas se faz a comparação entre os elementos e a conjuntura das Cortes Constitucionais, sem uma real aplicação, ele é um diálogo considerado transitivo.

É por essa razão que John Bell adverte que “o objetivo do juiz é olhar para o que os outros fazem e chegar a uma maneira de desenvolver sua própria lei, que é consistente internamente e coerente com os objetivos que foram identificados externamente”.⁴⁵⁸ Assim, a identificação dos elementos e sua comparação é crucial para o estágio instituidor do pré-diálogo.

E mais, o processo de importação decisória merece parcimônia na medida em que reflexões são relevantes na metodologia do processo do diálogo, ou seja, a repercussão da decisão no ordenamento em que foi prolatada é fruto da correlação da causa e efeito no contexto paradigma, o que ocasiona, em tempos modernos, a atraente suplementação do consequencialismo local para o global.

Como afirma Philip Pettit e Michael Smith, “se o consequencialismo é uma estratégia sólida de avaliação em qualquer caso, é difícil perceber por que não deve representar uma estratégia sólida em todos os casos. Melhor, portanto, que os consequencialistas se tornem globais”.⁴⁵⁹ E em assim ocorrendo, além dos efeitos decisórios atingirem posições globais na

⁴⁵⁸ BELL, John. “The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments”. In: **Utrecht Law Review**. v. 08, Issue 2, May 2012, p. 17. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org>>. Acesso em 08 out. 2019. “*The judge’s objective is to look at what others do and come to a way of developing her own law which is both consistent internally and coherent with the objectives that have been identified externally*”.

⁴⁵⁹ PETTIT, Philip; SMITH, Michael. “Global Consequentialism”. In: HOOKER, Brad; MASON, Elinor; MILLER, Dale E. (eds.). **Morality, Rules and Consequences: A Critical Reader**. Edinburgh University Press, 2000. p. 132. Na versão original: “*If consequentialism is a sound strategy of evaluation in any one case, then it is hard to see why it should not represent a sound strategy in every case. Better, therefore, for consequentialists to*

avaliação do intérprete constitucional, são úteis para a acomodação ou não de tais “achados argumentativos” no contexto interno, no processo de utilização da jurisprudência internacional.

Tal fato contribui para explicar que este grau continua a congregar um futuro e incerto diálogo, mas já em vias de solidificação. Por essa razão, diz-se que no estágio da comparação o diálogo apresenta-se instrumentalmente mais marcante que o processamento do nível imaginário, sendo, portanto, um pré-diálogo. No estágio da imaginação não se pode cognominá-lo de pré-diálogo porque seu nível é de cogitação somente.

Neste grau de comparação, sim, ele se transforma em pré-diálogo porque além de cogitado e preparado já se relacionou com pelo menos alguns elementos, faltando apenas a aplicação para sua concretização. O nível comparado como grau do diálogo é de suma importância para o processo de intercâmbio de comunicações judiciais. Se para Raffaele De Giorgi o direito é “uma fatispécie da realidade social”⁴⁶⁰, o diálogo ao se preocupar com a crítica comparação de contextos apreende igual predicado.

A relevância desse estágio coaduna-se com o fato de ser o primeiro marco impeditivo do provável diálogo. Se após a identificação dos elementos não houver correlação de nenhum deles com o contexto do tribunal supremo receptor, por óbvio, não há como prosseguir nas fases ulteriores, eis que ausente a compatibilidade de contexto histórico e cultural. Se ainda assim o intérprete continua e faz a aplicação de tais elementos mesmo fora de contexto o diálogo não se processa como verdadeiro diálogo, senão uma perspectiva de direito comparado.

Dessa maneira, o grau comparado do processo do diálogo judicial é visto como um divisor de águas no processo de construção da norma por meio da difusão de jurisprudências estrangeiras porque além de já possuir fundamento para obstaculizar o diálogo, verificando a ausência de elementos conformadores com o contexto da Corte interna, pode também conceder ao intérprete as informações úteis e relevantes já filtradas constitucionalmente para a sua aplicação.

go global”. Pettit e Smith noticiam que o consequencialismo local, baseado nas regras e motivos certos, que propiciariam atos corretos, não mais se mostra atraente. Por isso a razão da invocação de um consequencialismo fundamentado em nível mais extenso, mais abrangente, global.

⁴⁶⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do Direito e Legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Trad. Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 175.

Os diálogos judiciais e seu papel protetor dos direitos fundamentais encontra nesta fase uma possibilidade mais próxima de vivificar sua proteção constitucional. Paolo Ridola preleciona que “a perspectiva de uma ‘interpretação aberta dos direitos fundamentais’ resulta, voltando ao papel da jurisprudência constitucional, intrinsecamente comparativa. Constitui uma oportunidade extraordinária para os Tribunais Constitucionais, mas também um desafio do qual eles não devem se esquivar”.⁴⁶¹

Com o nível comparado do diálogo e seu trânsito já iniciado, entre as verificações dos contextos dos tribunais, o pretense diálogo vai passo a passo sendo preparado e adornado com recheios instrumentais teóricos e concretos para serem materializados no momento oportuno, desde que o texto se refine com o contexto, após sua confrontação nesse estágio comparativo.

5.3.2.3 Nível Recepcionado (Diálogo Incompleto)

A terceira fase do diálogo judicial consiste na aplicação da decisão estrangeira no entendimento do tribunal doméstico. Este momento de incorporação do ponto de vista decisório externo ao juízo de valor interno determina o grau de recepção do diálogo judicial, passando a integrar ou não a resposta constitucional do tribunal receptor.

Nesse caso, o ato de recepcionar a jurisprudência estrangeira deixa de ser instrumental, como os enquadramentos anteriores, e passa a ser material, pois exige do intérprete a conduta volitiva, a intenção de manifestar a internalização da decisão exterior. Nesse segmento, apesar de ser um ato material, continua não havendo juízo de valor sobre a decisão modelo, pois não há comentários ou explicações sobre seu significado.

Convém recordar que, mesmo ultrapassando com êxito as fases de identificação e da correlação, as quais incidem o diálogo nos estágios imaginário e comparado, respectivamente, o nível recepcionado do procedimento de difusão de conhecimento não se obriga e pode não ocorrer, haja vista que depende da Corte interessada na sua execução, dada a sua facultatividade.

⁴⁶¹ RIDOLA, Paolo. “La Justicia Constitucional y el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Fundamentales”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 18, año 09, 2012. pp. 247-248. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/08_RIDOLA.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019. “y la perspectiva de una «interpretación abierta de los derechos fundamentales» resulta, volviendo al papel de la jurisprudencia constitucional, intrinsecamente comparatista. Ella constituye una extraordinaria oportunidad para los Tribunales constitucionales, pero también un desafío al que ellos no deberían sustraerse”.

Disso resulta o direcionamento segundo o qual o diálogo somente se processa quando o tribunal constitucional atinge esse enquadramento e nível recepcionado. Se a Corte alcança o grau da recepção, pode-se dizer que o diálogo saiu da preparação, percorreu a fase organizatória e incidu na sua fase executória. Dito de outro modo, partiu da sua cogitação, iniciou seu trânsito até chegar na sua aplicação.

O grau recepcionado do diálogo significa o seu aproveitamento no mundo jurídico representado pela decisão da Corte suprema interna, assim como um instrumento a serviço da formulação de “hipóteses normativas relativas a determinados contextos espaço-temporais e, portanto, imediatamente referentes às fatispécies da realidade social, delimitáveis e circunscritíveis de um ponto de vista sociocultural”⁴⁶². Dessa forma, infere-se que o diálogo se processou, porém, ainda não completamente. Neste estágio, ele é considerado como um diálogo incompleto, inacabado, mas existente na práxis constitucional.

E é exatamente nessa fase que se verifica a postura contramajoritária da tribunal supremo. Se para dar início a uma análise de seus elementos e principalmente percorrer o seu iter em direção ao seu acoplamento decisório o diálogo judicial necessitou dos contributos da hermenêutica constitucional, neste nível de recepção, faz uso do pressuposto da contramajoritariedade como natureza do órgão judicial.

Se as Cortes supremas, em conflitos complexos, discutem casos difíceis que geralmente possuem minorias em situação desfavorável com desrespeitos evidentes aos direitos fundamentais, com razão ascendente costumam efetivar o intercâmbio jurisprudencial para colaborar na solução do problema. É nesse exato momento que o tribunal exerce a sua postura contramajoritária, a fim de equacionar a situação de instabilidade das minorias e, com isso, fortalecer o rol de direitos fundamentais e seu núcleo essencial.

Nessas ocasiões ela balanceia suas funções política e jurídica em prol da defesa dos direitos, exercendo influência decisiva e reparadora, em sua grande maioria dos casos, e talvez preventiva, em casos extremos. Mas de uma forma ou de outra o tribunal atua, tem proatividade e a postura contramajoritária concede esse suporte. A recepção de uma jurisprudência externa, nesses momentos, contribui para essa natureza ativa, imergindo na decisão interna o diálogo por meio de sua aplicação indubitável.

⁴⁶² DE GIORGI, Raffale. **Ciência do Direito e Legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. p. 176.

Por isso que é necessário transcrever o resumo do entendimento da Corte alienígena, até para maior esclarecimento das partes e dos jurisdicionados. Na aplicação do *decisum* estrangeiro, o tribunal receptor concretiza parcialmente o diálogo, tendo a certeza que a identificação dos seus elementos e a comparação de contextos foram proveitosas, faltando apenas a última fase para seu fim pleno, contudo, enquanto não adentra no estágio vindouro, o diálogo deixa de ser transitivo e passa a ser recepcionado, não obstante ser parcial.

As influências do constitucionalismo e os instrumentos teóricos da hermenêutica concedem à postura contramajoritária mecanismos de exercer esse caráter equacionador das funcionalidades estatais, pois exerce a compatibilização de sua atuação com a imperatividade da Constituição, concedendo no caso concreto a resposta constitucional por meio do diálogo judicial, racionalizando o poder e protegendo os direitos fundamentais.

Muitas vezes a grande problematização dos paradoxos causa dentro de uma mesma ordem constitucional opiniões exacerbadas e conturbadas, dificultando a convergência da Corte à solução constitucional. O diálogo judicial encontra nesse limbo uma participação contundente para referenciar o órgão judicial no caminho contramajoritário apto à solução do problema.

A aplicação do diálogo ocorre em situações preocupantes para a Corte, pois já tem na sua própria atuação contramajoritária uma dificuldade inaugurada por Bickel, a qual precisa vencer barreiras internas para poder ser uma catalisadora do efeito nocivo aos direitos fundamentais. Não é a toa que Guy Canivet expõe que “é provavelmente sobre questões delicadas, considerações éticas desafiadoras ou religiosas que o uso de soluções dadas pelos grandes sistemas estrangeiros é uma referência valiosa para os tribunais confrontarem com opiniões nacionais conturbadas”.⁴⁶³ A troca de entendimentos contribuiria para esse contingenciamento racionalizador.

O nível de recepção da decisão do tribunal emissor instaura o momento em que se funde duas concepções jurídico-constitucionais para fortalecer a solução de um impasse. Essa zona comum em que os elementos da decisão externa e interna atrelam-se e congregam-se de

⁴⁶³ CANIVET, Guy. “Dialogue Trans-Judiciaire dans un Monde International”. In: **Revue Les Cahiers de la Justice**. n. 02, 2010/2, ISSN 1958-3702, ISBN 9782996210021. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2010-2-page-31.htm>>. Acesso em 11 jun. 2019. p. 35. Guy Canivet afirma: “*C’est sans doute sur les questions sensibles mettant en cause des considérations éthiques ou religieuses que le recours aux solutions données par les grands systèmes étrangers est une référence précieuse pour les juridictions confrontées à des opinions nationales troublées*”.

forma homogênea faz partilhar contextos culturais semelhantes em uma demonstração de que a decisão construída ao caso concreto é norma proveniente de Constituições diferentes mas unidas pelos mesmos ideais instituintes. É a expressão clara de um pluralismo constitucional.

A permuta de fundamentos jurídicos expostos nas decisões das supremas Cortes é o reconhecimento de que o pluralismo entre ordens constitucionais se reúne no momento da aplicação, ou seja, no grau recepcionado do diálogo não somente se internaliza decisões, *topoi* ou argumentos, mas também os pré-compromissos dos órgãos públicos estatais internacionais, que, em razão da semelhança com a visão integradora local, difunde horizontalmente influências democráticas normativas.

A aplicação da norma constitucional nacional e vivificada pela normatividade estrangeira concede à Corte suprema a legitimidade democrática normativa, eis que estabelecadora da ordem constitucional, mediante sua conduta contramajoritária exercida do bojo de um procedimento de diálogo judicial. A relevância disso é apresentada por Neil MacCormick, quando aponta que o pluralismo constitucional é identificado com uma situação em que várias Constituições não se reconhecem como fonte de validade recíproca, mas possui o reconhecimento de suas validades.⁴⁶⁴ O diálogo recepcionado promove reconhecimento normativo e plural.

5.3.2.4 Nível Interpretado (Diálogo Completo)

O derradeiro grau do diálogo ensina que ele não se forma totalmente ainda que os dados sejam identificados, seus elementos comparados aos contextos formadoras das Cortes nacionais e aplicados em uma decisão interna. Ainda assim, estaria o diálogo inacabado. A sua completude e inteiro delineamento advém com o estágio interpretado, com a sua explicação.

A fase do desenvolvimento do diálogo eleva a interatividade expansionista do conhecimento jurídico para um patamar mais destacado, pois congrega dois pontos que se complementam de maneira coordenada. Ela é considerada um *plus* em relação à mera aplicação do processo comunicativo e ao mesmo tempo enceta um novo procedimento.

⁴⁶⁴ MACCORMICK, Niel. "A Very British Revolution?". In: **Questioning Sovereignty: law, state and practical reasoning in the european commonwealth**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 95.

Isso quer dizer que durante a efetivação de suas finalidades, o enquadramento do diálogo ao nível interpretado inicia um novo movimento, desta feita, explicativo, construtor e por vezes ampliativo ou restritivo do entendimento jurídico emissor. Nesse grau ocorre a explicação dos motivos do diálogo. Note-se que não se trata de explicação sobre a necessidade de realizar o diálogo, mas em que medida e por quais razões a decisão estrangeira é útil ou necessária para a solução do caso concreto.

Não basta aplicar a decisão externa. Para o diálogo se completar e mostrar-se acabado precisa iniciar um processo de elucidação dos fundamentos e dilucidação dos institutos da decisão suprema internacional na resposta constitucional da Corte interna. Ao proceder a esse ciclo argumentativo, o qual pode ser sucinto, conquanto seja esclarecedor, o órgão judicial justifica o âmbito normativo e legitima o acoplamento comparativo das duas pré-compreensões constitucionais.

Agindo assim, impulsiona a decisão, desestagna os fundamentos normativos, revela a legitimidade democrática e encerra o ciclo do processo do dialogismo judicial, alcançando a solução jurídica e instituindo o diálogo inconsunto, completo. Logo, ele se integraliza e se torna pleno depois da incorporação da decisão com seu conseqüente aprimoramento.

O estágio interpretado, desse modo, é uma preparação ao efeito difusor do diálogo. Durante a formulação de explicações e justificativas, o intérprete pode moldar e modular o entendimento estrangeiro, criando a própria compreensão que, em momento prospectivo, servirá como propagador de conhecimento jurídico para Cortes outras que adotem a decisão interna como paradigma para seu procedimento dialogal, ou, em momento retrospectivo, atuará como disseminador da influência para a própria Corte que antes emitira a decisão internacional utilizada como protótipo. Trata-se do efeito irradiador e difuso do diálogo, seja para frente ou para trás.

Essa possibilidade de circulação, interceptada ou controlada para momento oportuno, a depender da facultatividade dos demais tribunais constitucionais, instaura uma via de mão dupla no processo de diálogo, fazendo incidir o que Slaughter chamou de “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*)⁴⁶⁵ e L’Heureux-Dubé posteriormente cognominou de

⁴⁶⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Typology of Transjudicial Communication”. In: **University of Richmond Law Review**. p. 99.

“polinização cruzada” (*cross-pollination*)⁴⁶⁶. Se essa via de mão dupla se concentrar apenas no retorno da decisão dialogada ao tribunal de origem, outrora emissor da jurisprudência, pode ocorrer, conforme se sugere, a “fertilização de volta” (*back-fertilization*).⁴⁶⁷

O processo dinâmico de produção de novos programas normativos a serem utilizados por novas Cortes tem no princípio da proporcionalidade um dos exemplos mais límpidos. Pode-se sentir essa tendência quando Anne Carter previne que a “introdução de um teste mais aberto de proporcionalidade pode ser uma dependência cada vez maior de materiais constitucionais comparativos. Como um conceito essencialmente derivado de fontes estrangeiras, talvez seja natural que o Tribunal olhe para o exterior ao desenvolver os detalhes de seu novo teste”.⁴⁶⁸

A fase de desenvolvimento do diálogo que se instrumentaliza no estágio interpretado, após se qualificar como âmbito normativo, contribui para o sistema constitucional global constituindo-se como legítimos programas normativos, em tese, que se concretizarão quando forem fertilizados por alguma Corte Constitucional.

Diante disso, observa-se que nesse último enquadramento do processo do diálogo o campo se abre para exposições de embasamentos e fundamentações. É nesse grau que são executados juízos de valor. Percebe-se que até o grau terceiro, conhecido como diálogo recepcionado, não há atuação de opiniões e concepções. Somente no último estágio do diálogo é que apreciações propositivas são exteriorizadas ao mundo jurídico.

Assim, para que o seu processo se complete e forme um laço constitucional epilgado com outras Cortes internacionais, é estritamente necessário que haja a exposição das substruções discursivas, isto é, que se desenvolva as razões justificadoras da convergência da

⁴⁶⁶ L’HEUREUX-DUBÉ. Clire. “The Importance of Dialogue”: Globalization, the Rehnquist Court and Human Rights. In: BELSKY, Martin H. (org.). **The Rehnquist Court: a Retrospective**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 235.

⁴⁶⁷ Ver nota n. 197. Um dos efeitos do diálogo judicial é a propagação e difusão de novas racionalidades jurídicas para outros juízes constitucionais, seja para frente (diálogo prospectivo) ou para trás (diálogo retrospectivo), isto é, pulverizando novas Cortes com o entendimento criado após o processo do dialogismo judicial ou fertilizando a Corte anterior que emitiu a jurisprudência utilizada para que o novo julgado fosse prolatado, respectivamente.

⁴⁶⁸ CARTER, Anne. “Proportionality in Australian Constitutional Law: towards transnationalism?”. In: **ZaöRV. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg Journal of International Law**. v. 76, 2006. pp. 965. Disponível em: <https://www.zaoerv.de/76_2016/76_2016_4_a_951_966.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019. Carter leciona: “*Another consequence of the introduction of a more overt test of proportionality might be an increasingly reliance on comparative constitutional materials. As a concept essentially derived from foreign sources, it is perhaps natural that the Court will look abroad when developing the details of its new test*”.

decisão estrangeira. Os engajamentos argumentativos precisam estar elucidados para realização de uma possível arquitetura constitucional contemporânea.

Esse espaço de convencimento do intérprete é o átimo que a Corte receptora possui para sedimentar seus discursos demarcatórios, a exemplo da limitação do sentido de princípios constitucionais que estejam em apreciação ou em processo de harmonização pelo tribunal, bem como divagações desanuviadas sobre os significados de normas plurívocas ou integrações nas hipóteses em que ocorre hiatos normativos ou lacunas no ordenamento constitucional.

É nessa fase, outrossim, que a posição contramajoritária da Corte pode ser explanada com largos fundamentos e que a utilização do *judicial review* pode não ser uma dificuldade, mas uma conduta proativa ou preativa, mas não ativista. Nessa orla constitucional podem ser assimilados os convencimentos dos magistrados sobre a atuação nas relações entre políticas públicas e governança articulada das funcionalidades estatais, bem como apontar à sociedade que o clamor social não pode desestabilizar um julgamento. Aqui é o espaço para argumentos, convencimentos e melhoramentos discursivos em prol da defesa dos direitos fundamentais.

Por certo, esses temas que servem de pressupostos para o diálogo judicial encontram nesse campo clarividências para serem implementadas ao caso concreto e reafirmadas enquanto pontos de vistas tópicos para a imperatividade da Constituição, sem falar na acurada importância de realçar a pluralidade jurídica e os motivos de veneração e respeito a contextos democráticos e culturais específicos de outras nacionalidades.

E esse dever de justificar os raciocínios jurídicos e conformar a racionalidade jurídica externa com a interna é medida de fortalecimento do sistema jurídico constitucional. A confluência argumentativa, além de anunciar às partes e a à sociedade os motivos ensejadores da resposta da controvérsia judicial, também consagra o entendimento de Hesse da força normativa e vontade de Constituição.

Outro fator importante do quarto enquadramento do diálogo é que apesar de todo o seu procedimento ser caracterizado pela facultatividade, nesse nível da comunicação entre os tribunais supremos, o diálogo se torna vinculado a um subsídio principal para se considerar como um discurso completo, qual seja, a demonstração da sua importância para o deslinde do paradoxo.

É certo que as Cortes não são obrigadas a dialogar e podem percorrer as fases do diálogo e transcorrer seus estágios sem estabelecer escusas ou satisfações a outros tribunais ou às suas respectivas comunidades, podendo, inclusive, desistir de prosseguir na conduta interativa. No entanto, se atinge a terceira fase, mesmo que sem nenhuma justificativa, alcança o terceiro nível e apraza o diálogo incompleto.

Contudo, caso o tribunal supremo interno tenha como escopo transformar o diálogo incompleto em um diálogo pleno, acabado, precisa agir com vinculação, consistente na exposição da sua relevância para decidir o problema, complementa-lo ou reforçar a argumentação para a resposta constitucional. O engajamento da Corte enaltece o julgado.

Interessante perceber que depois de vencidas três etapas discricionárias, o diálogo no seu último nível necessita agir de maneira diversa, não ser discricionário, mas vinculado aos seus propósitos. Tal fato possui a clarificação. Enquanto não há a exposição das razões e o soerguimento da decisão estrangeira no sistema interno o diálogo não comprova a adaptação ao seu contexto.

O seu grau finalizador é o momento propício para que sejam conhecidas na prática o que na teoria foi praticado na segunda fase, de correlação. Naquela oportunidade, apenas se efetivou a compatibilização objetiva dos dados obtidos no nível do diálogo em perspectiva com a categoria do pré-diálogo, sem juízo de valor algum. Procedeu-se somente à conexão da fase de identificação e estágio imaginário com a etapa de correlação e sua seção comparativa.

Com essa abordagem, verifica-se que o diálogo completo possui sentido formal e material. O viés formal caracteriza-se pelo diálogo que obedeceu todas as suas etapas e estágios. Os microssistemas individuais foram observados e atingiu os enquadramentos propostos. A sua ótica material diz respeito ao sentido do diálogo. Se após atingir todas as fases a sua relação com o contexto interno foi satisfeita, o diálogo se completa e alcança o nível de diálogo interpretado.

Na presente circunstância, por sua vez, no estrato do diálogo interpretado, surgem as correspondências qualificadas com seus elementos justificadores, abre-se a zona ilativa para os comentários que tonificaram a relação comparativa, sendo imprescindível que se estabeleça essa atividade vinculada, pois como ensina María Crego “nesse complexo contexto e tendo

em vista a ausência de uma autoridade legal global, o diálogo judicial surge como única via para resolver eventuais conflitos entre distintos ordenamentos”.⁴⁶⁹

5.4 A Dinâmica do Dialogismo Judicial: relacionando as suas fases

O exame das interlocuções argumentativas estabelecidas entre Cortes constitucionais possui, em sua quadripartite segmentação, fases e correspondentes categorias compostas de especificidades temporais, delimitações teóricas, posicionamentos regulamentadores e algumas configurações de diálogo judicial.

O estudo analítico sobre as suas fases e estágios conduzem ao fato de, apesar de serem considerados regramentos diferenciados, são momentos coordenados que formam a convergência para um elucidativo intercâmbio de entendimentos jurídicos, um perceptível emaranhado de fundamentos criadores de circuitos ampliativos de conhecimentos constitucionais.

Nessa toada, mais do que examinar as circunstâncias do diálogo é conveniente reconhecer e entender as implicações existentes e resultantes do entrelaçamento de suas fases e enquadramentos. Tal dinamicidade lineariza o procedimento dialogal e sofisticada a sua relevância para os tribunais constitucionais, pois categorias jurídicas podem ser modeladas e compreendidas com posturas diferenciadas.

5.4.1 Da Impossibilidade de Progressão *Per Saltum* ou *Hopping*

A possibilidade de obtenção de um resultado não depende apenas da existência de um ou outro componente fragmentado dentro de um conjunto homogêneo de fatores originários. Mais que isso, depende da maneira como esses elementos individuais conseguem, por meio de atitudes criteriosas, compactar-se a ponto de formar sistemas derivados, porém, articulados e organizados.

⁴⁶⁹ CREGO, María Díaz. “Diálogo Judicial”. In: **Eunomía**. Revista en Cultura de la Legalidad. n. 09, octubre 2015 – marzo 2016, ISSN 2253-6655, pp. 297. Disponível em: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2799/1541>>. Acesso em: 17 ago. 2019. Crego afirma: “*En ese complejo contexto y ante la ausencia de una autoridad legal global, el diálogo judicial aparece como única vía para resolver eventuales conflictos entre distintos ordenamentos*”.

Entender a sistemática de determinado instituto é compreender as suas relações provenientes de seus pressupostos e implicações decorrentes da organização de como se apresenta no mundo jurídico. Para isso é que são viabilizadas fases de atuação, estágios de compatibilização e regramentos de ordenação. O delineamento de posições orientadoras facilita o escopo jurídico e o alcance de seus desígnios.

Não se reveste de vultosa significação obedecer a fases e modelos organizatórios se não existem pretensões regulatórias concretas. Essas três balizas – fases, níveis e regramentos – precisam estar sistematicamente involucradas no propósito de viabilizar o resultado esperado. Nesse ritmo, é preciso dar um passo de cada vez, sob pena de, em ocorrendo supressões ou movimentos bruscos abreviadores, o resultado tornar-se desastroso e propensamente inconstitucional.

O diálogo judicial é um instituto jurídico que possui natureza procedimental e material. Esse contato mútuo entre instrumentalização e concretização eleva a circulação de entendimentos judiciais a um patamar singular, que exige um comportamento conforme de todas as suas fases, sem abreviações ou encurtamentos. Nesse caso, a contração de seus estágios proporciona a constrição de seus resultados e, por consectário, um deficit finalístico.

Que importância teria a sistematização de algum instituto jurídico se da primeira fase de seu procedimento pudesse atingir logo o último nível? Para que estudar o diálogo judicial se suas fases pudessem ser utilizadas desordenadamente? O desfecho esperado de um procedimento desarticulado seriam respostas ou novos problemas?

As fases do diálogo nascem de contribuições dos seus pressupostos constitucionais e galgam fases de enquadramento que se coordenam com a teoria da Constituição utilizada enquanto base legitimadora. Os regramentos incidem para normalizar e conceder conteúdo retilíneo de persecução, bem como para criarem modulações de novos diálogos.

Como devem ser analisadas conjuntamente, mas cada uma de per si, não há necessidade de se proceder a prolixidades em seus cumprimentos, bastando a clarificação do sentido e o convencimento de seu emprego no caso constitucional. As fases do diálogo judicial precisam ser obedecidas cada uma separada da outra, sendo pré-requisitos para prosseguimento a níveis posteriores.

Portanto, não pode haver no procedimento do diálogo judicial, pelo menos em tese, a chamada progressão *per saltum*, o prosseguimento supressivo de suas fases. Primeiro, eventual preterição a alguma de suas fases propicia mais uma regressão que propriamente uma evolução. A sua maturidade depende do esgotamento de cada estratosfera comunicativa, que se comporta como microssistemas dentro do conjunto discursivo das Cortes. A aversão a algum microssistema causa a involução do procedimento, e não o contrário. Aqui, trata-se de uma desdiferenciação, um reporte do diálogo à sua primitiva condição, uma mera possibilidade. O movimento iniciado retarda até sua paralisação.

Segundo, a supressão de fases proporciona a desconsideração de informações condicionantes e necessárias para a higidez do diálogo. O processo comunicativo se deprecia pois passa a ser vulnerável a inconsistências interpretativas. Torna-se perigosa a realização de um diálogo se a primeira fase da identificação for esquecida, pois sem correlação de dados um possível diálogo pode ser defectivo e não integrativo. Continuará com sentido vazio.

Terceiro, a não obediência a alguma fase do procedimento proposto pode ensejar comunicações anômalas ou diálogos arbitrários, na medida em que ruídos discursivos e desconectados de conjunturas privativas das Cortes se apresentem no bojo do procedimento. A decisão suprema não é um simples álbum de figuras em que se aderem argumentos, e sim uma criação judicial em que respostas contextualizadas se constitucionalizam.

Quarto, o desprezo a alguns estágios do percurso integrador do diálogo pode ocasionar um resultado flagelante, criando uma nova esfinge ao invés de solução. Dentro do conflito que a Corte aprecia, no lugar de aprimoramentos ou de imprescindibilidades, pode surgir degenerações discursivas que anacronizam o sentido constitucional. Seria a criação de um problema dentro de um problema. Distingue-se da justificativa primeira porque naquela a involução é formal, procedimental. Neste enfoque, a regressão é material, consubstancial.

Quinto, a transposição de alguns aprendizados característicos do roteiro dialogal pode ocasionar o estacionamento do tribunal constitucional no mesmo patamar que se encontrava antes de iniciar a consecução de suas fases. Em se aplicando etapas fora de ordenamento, ainda que não seja problemático o resultado alcançado, pode não ser evidentemente útil ou necessário, em nada contribuindo para a solução do conflito complexo em apreciação.

Diante disso, verifica-se que cada nivelamento do diálogo é procedimento estritamente necessário e não somente diretivo. Possui função obrigatória e não somente discricionária. A ideia de vinculação do processo do dialogismo dialogal a cada fase de per se propende à não incidência do fenômeno de ascensão supressiva ou *hopping*.

Cada etapa do diálogo guarda fina relação com a outra. Elas vivem em um sistema jurídico condicionado, seus estágios são interdependentes. Para atingir fase posterior, necessariamente deve se pressupor o transpasse exitoso de nível anterior. Importante referenciar que a não observância de algumas fases pode ainda propiciar uma certa comunicação, um diálogo parcial, enquanto a supressão de outras pode inviabilizá-lo por completo, mas o alcance do diálogo pleno e acabado somente ocorre quando todos os estágios são cumpridos, fase por fase.

5.4.2 O Efeito *Jump* e os Diálogos Incompletos

Os tribunais constitucionais quando participantes dos procedimentos de emissão e recepção de entendimentos se inserem como vetores expansivos de comunicação jurídica. A troca de experiências pode acalantar julgamentos estrepitosos. A sistemática singela de um processo constitucional contribui para acomodar complexidades conflituosas entre interesses aparentemente distantes entre si.

O processo do dialogismo judicial concede a oportunidade para o intérprete estreitar empirismos constitucionais e solucionar impasses sob a ótica do outro.⁴⁷⁰ Habermas tinha razão quando instigou a sociedade moderna a “aprender a incluir a perspectiva do outro na própria perspectiva, em vez de se recolher à mistura egocêntrica de estetização e otimização de proveitos”.

Não que proveitos não sejam interessantes ou construtivos. Dependendo da instrumentalização desses ganhos e da maneira como se usufrui e interpreta eles podem refrear avanços e acelerar retrocessos. E nesse antagonismo mal acomodado a gestão de condutas assume posição relevante, principalmente se o diálogo judicial for sinônimo de proveito para o espaço constitucional.

⁴⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. pp. 130-131.

E esse ponto de vista para ser profícuo e atuar como sintetizador social mediante vivências de tribunais supremos estrangeir

os experientes ou relativamente neófitos, dentro de um grau civilizatório emergente, pode receber a cooperação do diálogo judicial como procedimento direcionador para construção de respostas constitucionais reticulares. A segmentação desse processo em quatro instâncias coaduna-se com a intenção habermasiana de venerar o outro.

O processo de incorporação jurisprudencial de tribunal estrangeiro nas decisões de Cortes nacionais caracteriza-se por ser um acoplamento criterioso em que fatores jurídicos e não jurídicos convivem em um arranjo interligado com composições multiculturais e plurais, mediante um respectivo conflito-problema. Andrew Friedman é esclarecedor quando noticia “que antes mesmo de examinar o raciocínio de um justiça estrangeira, muitas vezes é útil examinar opiniões estrangeiras na tentativa de identificar o problema”.⁴⁷¹

Apesar de não ser um procedimento complexo, o processo do dialogismo judicial precisa de parcimônia na sua execução e segurança na sua aplicação, em vistas a produzir um diálogo completo, em que o intérprete transcorre todas as suas fases, evitando o surgimento de espécies dialogadas que, em razão de suas incompletudes, podem cercear a resposta constitucional.

Para um diálogo judicial ser considerado completo suas etapas precisam estar executadas e delineadas no procedimento de permuta de jurisprudências. O intérprete necessita inicia-lo com a identificação dos seus elementos, transcorrer a correlação destes com o contexto formador da realidade interna, transcrever a decisão ou seu resumo para que seja delimitado seu sentido e, ao final, desenvolver discurso explicativo dos motivos pelos quais o caso intercambiado é decisivo ou colaborativo para solução do conflito-problema.

A completude da circulação comunicativa atinge grau máximo com o encerramento do ciclo interpretativo e cumprimento de todos os graus individualmente vivenciados e conectados entre si. Quando um ou alguns desses fragmentários segmentos são ultrapassados sem que sejam devidamente cumpridas as suas finalidades setoriais, o processo do diálogo

⁴⁷¹ FRIEDMAN, Andrew. “Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence”. In: **Suffolk University Law Review**. p. 874. “*It is also Worth mentioning that before one even examines the reasoning of a foreign justice, it is often helpful to examine foreign opinions in an attempt to identify the problem*”.

judicial sofre uma dispersão comunicativa, inviabilizando a sua inteira concretização e instituindo parcialidades discursivas.

Em outras palavras, o diálogo pode até ocorrer, se desempenhada a fase terceira da aplicação, mas ele será um diálogo inacabado e incompleto. As particularidades do procedimento do diálogo judicial e suas conexões paulatinas com as suas fases favorecem a formação de categorias dialogais, se durante o percurso ocorrem situações que obstaculizem o regular andamento e cumprimento das camadas dialogadas propostas.

A relação entre as etapas do diálogo e certos deslizes na forma de executá-las pode sugerir a criação de algumas consequências relevantes para o seu processo, a depender de qual etapa tenha sofrido preterição. Cada implicação corrobora um liame de relevância entre os pressupostos do diálogo e seu procedimento.

O ponto de partida para início do diálogo amolda-se à identificação dos seus elementos, dos dados contidos na jurisprudência da Corte suprema emissora, uma vez que se torna improvável que o intérprete consiga encetar o processamento a partir da segunda fase em preterição à primeira. Não há como correlacionar dados se eles sequer existem. No entanto, o transpasse das fases pode existir, ainda que de forma equivocada, desde o seu primeiro estágio.

No processo do dialogismo judicial, o fenômeno consistente na preterição das suas fases, na desconsideração da conformação de seus estágios, bem como na supressão da ordem de execução, abreviando a incorporação de entendimentos entre Cortes constitucionais e causando precipitadas interlocuções jurídicas entre tribunais supremos emissores e receptores de jurisprudências, dá-se o nome de efeito *jump*.

Em outras palavras, e em tom mais pragmático, o efeito *jump* é o salto, o pulo, a transposição de fases em um diálogo judicial. Ocorre quando a fase posterior é alcançada sem que sejam observadas as etapas anteriores. O consequente é atingido sem o antecedente. O *post factum* surge sem o *ante factum*. É a elaboração de um hiato perigoso no processo de concretização do diálogo judicial. Para dissecá-lo, conveniente comentar suas possibilidades em conjunto com os estágios dialogais.

Assim sendo, caso o intérprete execute a fase de identificação e alcance o estágio do diálogo imaginário ou em perspectiva, com a separação dos subsídios da decisão forasteira, e

transcenda diretamente para a fase terceira, da aplicação, suprimindo, portanto, a segunda fase, da correlação, o diálogo judicial atinge seu cumprimento parcial.

O mesmo se diz para o intérprete que inicia o procedimento do diálogo a partir da terceira etapa, da sua aplicação, sem, contudo, realizar as dois primeiros enquadramentos, identificação e correlação. A conjectura aqui se mostra quando a Corte não identifica os elementos da decisão exterior, por consequência, não compara com seu contexto e, mesmo assim, apõe no seu convencimento jurídico o entendimento do tribunal estrangeiro, cumprindo o estágio da aplicação.

Nesses casos, conforme já se abordou, as comunicações entre as supremas Cortes são consideradas “diálogos incompletos”, uma vez que os seu procedimento não foi respeitado em sua totalidade, não cumprindo o intérprete com as quatro fases e enquadramentos do processo do dialogismo judicial.

Continuando o raciocínio, convém destacar que o transpasse da fase primeira diretamente para a quarta etapa não se sustenta, pois sem a devida aplicação do diálogo não existe conhecimento sobre o julgado externo, que corresponde ao estágio terceiro, tornando pouco provável o seu desenvolvimento, a explicação das razões que legitimam a importância para o paradoxo.

No mesmo sentido é a possibilidade de salto procedimental da segunda para a quarta fase do diálogo. Disso resulta a conclusão já narrada segundo a qual o diálogo nasce com a terceira etapa, a oposição do entendimento da Corte emissora na decisão do tribunal receptor. Sem o transpasse pelo estágio terceiro o diálogo judicial não nasce, nem parcial nem completamente.

5.4.2.1 Os Diálogos Incompletos Provocado e Espontâneo

É notório que no processo dialogal inconsistências ocorram a ponto de formarem os diálogos incompletos, mas não somente por incorrer em supressão de etapas, como já analisado, mas em decorrência de causa originária distinta. A grande diversidade de elementos específicos entre mundos culturais diferentes pode proporcionar certos meandros

no procedimento do dialogismo judicial, inviabilizando a sua totalização e gerando subespécies de diálogos incompletos.

A dinamicidade dos diálogos também tem vocação para a sua proliferação ou modulação. A postura do tribunal constitucional é imprescindível para essas mutações dialogais se apresentarem ao mundo jurídico. A depender do desempenho da Corte Consitucional receptora da jurisprudência externa, os diálogos incompletos podem constituir novas perspectivas informativas: os diálogos incompletos espontâneo e provocado.

Entende-se por diálogo incompleto espontâneo a comunicação do tribunal que obedece ao regramento procedimental, cumprindo as primeira, segunda e terceira instâncias de realização. No entanto, como o diálogo é facultativo, aprouve ao tribunal interno não mais continuar no processo do dialogismo judicial, deixando, por deliberação própria, espontaneamente, de prosseguir para a última fase.

A difusão jurisprudencial, assim, encerra-se no estágio da recepção. Transcorridas as segmentações da identificação dos elementos, da correlação dos contextos e da aplicação da decisão, a Corte entendeu não mais ser oportuno expor os motivos pelos quais a decisão forasteira amoldava-se ao caso em apreciação, optando por encerrar neste enquadramento o processo dialogal. Nessa modalidade de diálogo há regularidade do procedimento, as fases são respeitadas sequencialmente e a incompletude é ocasionada por desistência, ato de vontade do órgão judicial.

A seu turno, o diálogo incompleto provocado apresenta-se em sentido diverso. Não há livre deliberação, não há desistência de prosseguimento do caminho para a norma dialogal. Opera-se, nesse caso, a supressão de etapas. O intérprete não cumpre com a etapa segunda, de correlação, preocupando-se apenas com a seção apriorística, saltando diretamente para o grau terceiro. Parte da identificação e chega até a aplicação sem cumprir com a correlação dos dados decisórios. A outra possibilidade dessa categoria dialogal surge com a não obediência das primeira e segunda fases, inaugurando o processo do diálogo na terceira vertente, a aplicação.

O salto do procedimento produz o efeito de mutação do processo do diálogo judicial e provoca, com isso, a sua incompletude. A intenção do intérprete, nessa hipótese, não é a de desistir e paralisar o percurso à concretização da norma, mas pelo contrário, pretende

prosseguir até a sua finalização, porém, não logra êxito por não conseguir exercer o desenvolvimento do diálogo, em razão da ausência da comparação entre os dados da decisão e contexto interno, ou por ausência até das informações jurisprudenciais estrangeira.

A incompletude do diálogo foi provocada pelo efeito *jump*, pela indeliberada inobservância dos enquadramentos do processo dialogal, e não por mera opção da Corte suprema. Logo, presume-se a inconsistência no procedimento, o desrespeito do tribunal ao regramento quadripartite.

Enquanto no primeiro caso a incompletude do diálogo surge por livre deliberação do intérprete em desistir de progredir no processo dialogal, mas tendo respeitado as fases anteriores, a segunda situação nasce em razão também de deliberação, mas não tão livre, e sim provocada pela elisão do procedimento comunicativo proposto, desobedecendo a regra da impossibilidade evolutiva *per saltum*.

Percebe-se, pois, a relevância de tal regra para o processo dialogal, na medida em que seu não cumprimento faz emergir o diálogo provocado, no qual o tribunal constitucional, no momento da elaboração de sua resposta jurídica, não obedece as instâncias do procedimento dialogal, desconsiderando o regramento quadripartite proposto em razão do salto dado às etapas procedimentais. O efeito *jump* provoca, assim, novas formas de comunicação entre órgãos judiciais.

Extrai-se, disso, uma conclusão inteligível, apenas as duas etapas iniciais podem sofrer supressões sem retirar a possibilidade de suceder o diálogo judicial. Ou ocorre o salto nas duas primeiras etapas ou a supressão só é executada na segunda. Evidente que diante dos saltos indevidos não se formarão diálogos completos, mas considera-los inacabados não é o mesmo que não reconhecer sua existência no mundo jurídico.

Não há dúvida de que com a aplicação e aposição de um julgamento externo na decisão interna o diálogo se efetiva. Se o órgão judicial incorpora na sua decisão um julgado internacional, com a transcrição do seu sentido, do seu resumo, não se pode negar que existiu o diálogo. Como mencionar o contrário se o jurisdicionado tem acesso à decisão estrangeira na resposta constitucional de seu problema? Este é um fato intransponível, assim como o é a consideração de ser um diálogo com chances de ser defectivo.

Portanto, os diálogos incompletos produzem implicações no processo dialógico. A defectibilidade do *modus operandi* da Corte Constitucional, a depender de qual estágio do procedimento do dialogismo judicial tenha sido realizado o salto, propicia o surgimento de novos estilos de diálogos provocados.

5.4.2.1.1 Os Diálogos Incompletos Provocados Anômalo, Acidental e Casual

Considerando o fato de que o procedimento em quatro etapas existe para a completude do processo do dialogismo judicial, a não observância de seu regramento por ocasião de supressões de seus estágios promove, como já visto, o diálogo provocado. Este, por sua vez, dá ensejo a novas subcategorias de diálogo a depender do lugar em que ocorreu o efeito *jump*.

Como verificado, a possibilidade de acontecer a ação omissiva existe em apenas duas situações, para que tal fator não inviabilize a aplicação do diálogo. Ou o intérprete promove a desconsideração da segunda etapa, obedecendo as regras da primeira e se deslocando diretamente para a terceira, ou inicia o processo do diálogo diretamente a partir do terceiro nível.

A progressão *per saltum*, nesse primeiro caso, suprime a fase de correlação e não confecciona a comparação dos contextos envolvendo as duas Cortes constitucionais. O pré-diálogo não existe e da identificação dos seus elementos o tribunal dirige-se prontamente para a aplicação sem sequer ser analisadas as conjunturas jurídicas e não jurídicas do caso, excluindo a possibilidade do estudo das minudências que envolvem os contextos fático, social e cultural entre tribunais.

O diálogo nem chegou a iniciar seu movimento em direção ao acoplamento entre as decisões jurídicas dos tribunais constitucionais. Não houve sequer trânsito nem prelúdio do movimento espiralar de Gadamer com as constantes revisitações compreensivas de novas percepções contextualizadas. A inexistência da correlação entre seus elementos inviabilizou esse percurso. Da identificação alcançou apressado espaço dentro da decisão da Corte receptora.

Dessa forma, o diálogo transitivo não se formou e a fase importante da verificação de contextos foi desprestigiada. Martin Krygier afirma que os textos estão "situados e

profundamente afetados por contextos que eles pressupõem, dos quais eles não podem escapar, e que tornam possível que eles tenham tais efeitos".⁴⁷² A ausência da correlação desconsidera as relações entre o texto constitucional exterior e a realidade nacional.

No segundo caso, a progressão *per saltum* propicia uma supressão mais grave e avantajada, pois desconsidera as duas fases iniciais do processo dialogal. O intérprete não promove a identificação dos elementos da decisão emissora, a qual pretende internalizar, e também não correlaciona tais dados e informações com o contexto nacional.

O fato, por óbvio, apesar de ter lógica, haja vista que é inviável comparar aquilo que não se tem, não legitima a sua conduta nem faz convalidar a ideia de que não houve progressão saltante. O acontecimento é mais grave porque despreza dois microssistemas, desacatando principalmente o primeiro condutor, que é a separação de elementos, perdendo o intérprete qualquer direcionamento para o diálogo. O tribunal assume seu resultado como se estivesse em uma situação simples, eventual.

Os diálogos incompletos, surgidos ora com a supressão da segunda fase de seu procedimento, a comparação, ora com a eliminação da primeira e segunda etapas, a identificação e a comparação, produzem, a depender da conformação de contextos entre as Cortes para o primeiro caso e sem essa necessidade para o segundo, três espécies de comunicação: o diálogo anômalo, o diálogo acidental e o diálogo casual.

O diálogo judicial anômalo acontece quando os contextos entre os tribunais constitucionais participantes não são semelhantes, ou seja, as conjunturas jurídicas e não jurídicas que circundam a contextura das Cortes e suas relações não são lineares. A assimetria das realidades em que atuam os órgãos judiciais propicia respostas diferentes e, por vezes, inconsistentes aos casos em apreciação.

Como não houve a oportunidade de correlacionar os elementos identificados na decisão externa com as peculiaridades culturais do caso interno, o intérprete ao incorporar entendimento estrangeiro desconectado com as circunstâncias domésticas não promoveu a adaptação das informações e incidiu em uma discrepante acomodação de pontos de vistas.

⁴⁷² KRYGIER, Martin. 'The Traditionality of Statutes'. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law. v. 1, Issue 1, March 1988. p. 27. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.1988.tb00002.x>>. Acesso em: 25 out. 2019. Krygier afirma que as elaborações legislativas estão "situated in and deeply affected by contexts which they presuppose, from which they cannot escape, and which make it possible for them to have such effects as they do".

A não interação e a não concatenação consubstancial entre o texto e o contexto inviabilizou a união do programa normativo ao âmbito normativo. A falta de atenção do julgador se forma no momento em que desconsidera que entre duas decisões internacionais existe uma lacuna que deve ser preenchida pelos elementos contextualizados, vivificados pelas minúcias culturais. Em assim não procedendo propicia abertura para o diálogo anômalo.

Com o diálogo judicial accidental a situação transmuda. Aqui o intérprete, mesmo não efetuando o estágio comparativo do diálogo e tendo abandonado a verificação dos respectivos contextos, promove a aplicação da decisão entre Cortes com conjunturas diferentes, porém, semelhantes apenas, ou com diferenças sutis que não desestabilizam o panorama da convergência.

Nessa hipótese, mesmo não se processando o liame dos dados obtidos com as circunstâncias específicas do caso, e havendo distinção não complexa entre si que não inviabiliza, em tese, o aporte do entendimento jurídico externo, o diálogo se adapta relativamente à realidade local.

Interessante observar que os diálogos provocados anômalos e accidentais surgem quando o transpasse ocorre na segunda etapa do diálogo, ou seja, o intérprete obedeceu a primeira fase. Esse fato traz uma conclusão importante, pois significa dizer que pelo menos o tribunal tem conhecimento dos elementos da decisão estrangeira. Os dados jurisprudências e as informações da Corte externa são conhecidos, pois foram identificados, separados para serem utilizados, mas, em razão da fuga da segunda etapa, a verificação de conjunturas não obteve sucesso.

A implicação disso para o conhecimento do tribunal encontra relevo pois se torna inegável que em um procedimento de separação de dados e obtenção de informação alguns destaques e direcionamentos automaticamente são verificados, constituindo balizas prévias, pré-esclarecimento de algumas questões. A atitude do intérprete, ao pular a segunda fase, já não se mostra tão ocasional. Nesses casos, há mitigação no critério. Diálogo com critério mitigado pode ser diálogo anômalo ou accidental. O que os diferencia é a adaptação dos contextos, conforme analisado.

É exatamente a citada contextualização que propicia o refinamento da sintonia entre ordens constitucionais. Por isso ser de extrema valia a adaptação e a acomodação das

realidades, para fins de caracterização do tipo de diálogo ocasionado. John Bell relata que “o significado de um precedente não é dado apenas pelos fatos do caso, mas também pelo contexto jurídico do qual a decisão é proveniente”⁴⁷³. O estudo da conjuntura interna e sua conformação com a ordem jurisprudencial externa passa a ser um elemento-chave configurador da modalidade dialogal.

No diálogo judicial casual ocorre uma disposição peculiar. O tribunal constitucional ao não cumprir com o disposto nas primeira e segunda etapas do processo dialogal age de maneira ocasional, inesperada. A intenção de iniciar um diálogo somente a partir de sua terceira fase, a aplicação, já de plano formando um diálogo recepcionado sem qualquer análise de contextos e muito menos de balizamentos obtidos com a identificação de dados decisórios e jurisprudenciais estrangeiros, assemelha-se a uma atitude desregrada e fortuita, ou, como adverte Roger P. Alford, um “uso casual das fontes internacionais”⁴⁷⁴.

Considerando que a natureza da decisão dialogada é fonte jurídica, o seu uso não pode ser perpetrado de maneira indevida, ou seja, “quando o Tribunal as refere aleatoriamente, baseando-se apenas nos materiais que estão prontamente disponíveis”⁴⁷⁵. Dessa forma, a Corte interna desenvolve um diálogo em que seus resultados são totalmente incertos. Nessa suposição não há nem a possibilidade de previamente separar notícias do tribunal estrangeiro, haja vista não ter elementos da decisão modelo devidamente catalogados. Não ocorre, nesse perfil, uma mitigação de critérios. Estes são inteiramente ausentes no processo dialogal. Diálogo sem critérios é diálogo casual.

A casualidade do diálogo judicial perpetrado nesse estigma, sem nenhum direcionamento objetivo que possa indicar o tribunal a agir em um ou outro caminho, faz com que o diálogo seja apenas exemplificativo. O perigo se evidencia pois a possibilidade de o diálogo judicial obter efeito producente vai depender mais ainda do contexto que no caso do

⁴⁷³ BELL, John. “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”. In: **Duke Journal of Comparative & International Law**. v. 21, n. 02, 2011, p. 450. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol21/iss2/5>>. Acesso em 08 out. 2019. “*The meaning of a precedent is not just given by the facts of the case, but also by the legal context out of which the ruling comes*”.

⁴⁷⁴ ALFORD, Roger P. “Misusing International Sources to Interpret the Constitution”. In: **The American Journal of International Law**. v. 98, 2004, p. 64. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/565>. Acesso em 16 out. 2019. “*Haphazard Use of International Sources*”.

⁴⁷⁵ ALFORD, Roger P. “Misusing International Sources to Interpret the Constitution”. In: **The American Journal of International Law**. p. 64. “*The third misuse of international sources occurs when the Court references them haphazardly, relying on only those materials that are readily at its fingertips*”.

diálogo accidental. E, ao invés de oferecer resposta a um problema, pode criar um novo impasse.

A não disparidade comprometedor de contextos, nesta situação, mais uma vez definirá a utilidade ou necessidade deste tipo comunicativo. Mas será um resultado que não mais dependerá do intérprete, e sim do próprio contexto. A conjuntura exerce força maior que a Corte. O tribunal diminui sua influência interpretativa, pois o comando do processo do diálogo passa para o contexto. O intérprete, uma vez aplicando a decisão, assemelha-se a um expectador dos possíveis resultados.

A aplicação apressada da jurisprudência do tribunal constitucional estrangeiro pode ocorrer ainda que o intérprete não perceba que tenha suprimido a necessidade de conectar os dados ao contexto, ou mesmo sem sequer identificar seus elementos previamente. Não há intencionalidade prejudicial. Pelo contrário, seu intuito é salutar e apenas a maneira de executá-lo, evidenciada nos saltos segmentados, mostra-se confusa.

Os diálogos anômalos, accidentais e casuais carregam consigo esse atributo não confortável de incompletude. Mas esse incômodo teórico tem razão de ser, pois se as fases do diálogo tivessem sido respeitadas eles estariam na situação acalentadora de serem comunicações completas. A escassez de atitude em momento anterior ao diálogo propriamente dito leva a abundantes pechas contraproducentes e um reconhecimento invertido. Defectividade não combina com resposta constitucional nem complementa respeitabilidade a direitos fundamentais. A essência do diálogo se abala e seu proveito se restringe a fatores superficiais.

Assim, o *hopping* no processo do diálogo judicial indica que sua formação se deu parcialmente. Essa incompletude gerada com a evasão de um regramento, com a desobediência ao cumprimento das fases do diálogo, pode ser entendida em dois sentidos: incompletude formal e incompletude material.

A incompletude formal diz respeito ao procedimento do diálogo judicial. Consiste em evidenciar que dentro da formalidade da sua execução houve um momento de informalidade. A operação do procedimento dialógico foi jungida por um lapso negativo, por uma falta de observância do regramento, da ordenação do diálogo.

O seu viés material, por sua vez, é o mais relevante pois se refere à consubstanciação do diálogo, por lhe faltar o substrato concreto dentro da decisão para que possa iniciar a fase de seu desenvolvimento. O diálogo inacabado não tem fundamento para explicar os motivos pelo quais a decisão externa é decisiva ou colaborativa para o impasse que a Corte interna aprecia, haja vista que a organização do diálogo não existiu. O aporte dos dados externos e até mesmo a união do contexto foram desconsideradas.

O elemento material da análise da conjuntura, imprescindível para correlacionar o programa ao âmbito normativo foi saltado. O pulo dessa etapa inviabiliza que o tribunal doméstico elucide as razões da contribuição da decisão internacional para o caso concreto. Como explicar os contributos de uma decisão para servir de paradigma a um outro julgado ainda em construção se os elementos identificadores não passaram no teste de sua validação ou adaptação ao contexto local? E se tais elementos nem foram coletados para tal correlação existir?

As bases legitimadoras para expor os argumentos do convencimento do julgador são precárias, insubistentes e instáveis, porque não foram arrimadas em um processo comparativo de contextos, não se procedeu à sua correlação, ou ainda não houve a coleta dos dados jurídicos e não jurídicos para comparação. O diálogo passou da imaginação para a recepção, em um tipo, e iniciou logo na recepção, sem sequer imagina-lo, em outro tipo. De uma perspectiva dialogal ou de perspectiva alguma transformou-se em diálogo incompleto.

Para o processo dialogal se completar necessita exercitar juízos de valores, materializar o julgado e justificar os embasamentos da decisão, sendo necessário, para lograr êxito a esse intento, a correlação dos dados. Para ter argumentação e expor justificativas é preciso se reportar ao conteúdo material do contexto.

De grande valia a observação de que a realização do diálogo ocorreu não somente por mero cumprimento da terceira fase, de aplicação, ou porque teria havido uma espécie de convalidação ou correção do equívoco, ou, ainda, porque os contextos entre os tribunais eram iguais ou demasiadamente semelhantes, mas, sim, porque as diferenças das conjunturas entre as Cortes supremas foram sutis ou de baixa complexidade de maneira a não influenciar negativa e consideravelmente o seu encaixe na decisão interna. Isso precisa ser claro.

Dessa forma, se tal incompletude fosse apenas procedimental e formal, tal pensamento poderia ter um princípio de razão. Mas ela se caracteriza também e principalmente por seu aspecto material e consubstancial. A essência do desenvolvimento do diálogo é sair da zona operacional para adentrar na zona intelectual, de convencimento. E para haver essa persuasão os contextos necessitam ser compatibilizados e adaptados, em uma verificação que ocorre por meio do método comparativo, na fase de correlação, que sofreu o *jump*.

Como o intérprete realizou um salto da primeira para a terceira fase, ou mesmo iniciou a comunicação já na terceira etapa, verifica-se que os contextos não se adaptaram da maneira correlacionada, porque suas diferenças não foram realçadas como fator determinante para a incorporação do seu sentido na decisão do juiz nacional. Tarefa incompatível com o desenvolvimento é a justificação discursiva de uma decisão que possui contextura diferente, mas que, por uma razão em que alguns pontos não são decisivos, não atrapalhou severamente a sua internalização.

As zonas inconsistentes entre elas continuam a existir enquanto os pontos de intersecção, que não tem como saber quais são, haja vista não ter havido a correlação entre estes e os elementos jurídicos e não jurídicos, não se mostram profundos e decisivos ao caso, por isso não obstaculizam o encaixe da situação internacional com a nacional. O que dirá quando nem os elementos não foram catalogados para poder compara-los às conjunturas internas.

A bem da verdade é que tal adaptação é apenas aparente, dissimulada, pois à medida que se aprofunda o conhecimento de seus contextos a sua distância para a aclimação e compatibilização aumenta, ou seja, a sutileza das diferenças exerce uma função de esconderijo das intempéries entre as realidades. Ocorre uma proteção fictícia, uma camuflada correlação, superficial, e que não pode ser desenvolvida ante a ausência de elementos materiais da comparação que, de fato, não existiu e ao menos são conhecidos.

Diante dessas considerações, pode-se inferir que a modularidade ensinada por Tushnet não encontra sustentação, não podendo os convencimentos difusivos serem modulados e sequer aprimorados ante a impossibilidade de discerni-los, quanto mais realizar inovações

argumentativas e contribuir com novos pensamentos constitucionais sugeridos pelo processo de reengenharia de Scott Stephenson⁴⁷⁶.

Logo, os diálogos anômalos e acidentais são comunicações incompletas não podendo receber desenvolvimentos argumentativos para que pudessem atingir patamar mais alto, típico de um diálogo completo. A sua inacabada formação, procedimental e substancial, impedem sejam eles aprimorados e complementados.

De posse das explicações mencionadas sobre o sentido e alcance dos diálogos provocados anômalos, acidentais e casuais, percebe-se que suas diferenças são muito delicadas e suaves, e suas semelhanças mais visíveis e proeminentes.

No que tange às suas diferenças, pode-se dizer que giram em torno de três pontos: capacidade de balizamento, nível de regramento e comando do processo dialogal. Essa tríade disparidade é crucial para demonstrar como a supressão de fases atinge sobremaneira o processo do dialogismo judicial.

O primeiro aspecto distintivo se refere ao fato de que os diálogos anômalos e acidentais possuem os dados e os elementos da jurisprudência internacional, haja vista que cumpriram com a primeira fase e separaram as informações que seria depois utilizadas. Esses dados, por si só, já contribuem para um superficial balizamento adaptativo, instruindo perfunctoriamente a Corte por onde seguir.

O diálogo casual não possui essa benesse. Essa pequena forma de diminuir a escuridão da ausência de baliza que possa orientar o intérprete caminhar ou pelo menos indicar uma suposição de lugar e espaço é desconhecida na comunicação casual. A Corte atua sem orientação objetiva e sem instrução diretiva relevante. A não existência de um vetor que demonstre a maior quantidade possível de dados, haja vista que a imaginação do intérprete não pode prever nem memorizar tudo, faz do processo dialogal um acaso.

A segunda diferença diz respeito ao nível de regramento. Os diálogos anômalos e acidentais, exatamente por terem realizado a primeira etapa do processo dialogal e estarem munidos de um arsenal objetivo de elementos sobre a decisão externa, apresenta apenas um cerceamento dos critérios. O regramento mitigado, por si só, já se sobressai em relação a

⁴⁷⁶ STEPHENSON, Scott. "Constitutional Reengineering: dialogue's migration from Canada to Australia". *In: International Journal of Constitutional Law*. p. 874.

ausência de nenhuma restrição. A presença dos dados jurisprudenciais emissores retira do vazio objetivo essas categorias de diálogos.

No caso do diálogo casual, o regramento não existe, seu nível sequer pode ser medido. A ausência das informações sobre o entendimento do tribunal constitucional estrangeiro deixa a Corte interna vulnerável a agir sem orientação relevante. Para o diálogo casual, a mitigação de critérios já seria uma vantagem, pois sequer tem dados operosos para orientar em algum sentido, uma vez que o intérprete em um conhecimento prévio do caso não tem a capacidade de abstrair elementos jurídicos e não jurídicos em quantidade suficientes.

Por fim, o terceiro caso distintivo é o comando do processo dialogal. Os diálogos anômalos e acidentais dependem dos contextos para assim se caracterizarem. A relação inexistente entre os elementos e os contextos, haja vista a fuga dessa fase, propicia à conjuntura interna a responsabilidade de definir a adaptação ou não da decisão exterior. No entanto, tal encargo é parcialmente dividido com o intérprete, pois este pelo menos obteve acesso aos seus elementos associativos.

Os diálogos casuais sofrem com essa impossibilidade. Nessa seara, ainda que dependentes também dos contextos para se qualificarem como ocasionais, a ausência de relação entre os dados informativos e as conjunturas das Cortes envolvidas, verificada com o transpasse completo das duas primeiras fases, remete ao contexto o dever de adaptar e compatibilizar as realidades, sem parcela de contribuição do intérprete. Este se transforma em expectador do processo dialogal e o contexto assume o comando de definir a correlação ou não dos pontos de vistas existentes entre as Cortes de justiça.

Quanto às semelhanças entre tais esferas comunicativas, pode-se mencionar a importância dos contextos para definição do tipo de diálogo formado. A conjuntura entre os tribunais supremos envolvidos está presente nas três subespécies de diálogos provocados, exercendo influências correspondentes.

Por fim, imperioso afirmar que o diálogo casual pode obter ou não o mesmo efeito prático dos diálogos anômalos e acidentais. Como dito, o contexto cultural, social e jungido por outros aspectos contribuirá para essa delimitação. Se o contexto for adaptativo, nos moldes explicados no tópico precedente, o diálogo casual pode ter efetividade idêntica ao do

diálogo accidental. Porém, se na conjuntura interna não houver pontos de intersecções os efeitos do diálogo casual serão assemelhados aos efeitos do diálogo anômalo.

Note-se que a similitude e a zona de contato entre tais categorias comunicativas judiciais se referem somente aos seus efeitos para a decisão da Corte suprema receptora, não podendo considerar que tais diálogos passam a ser iguais, pois as suas formações são diferentes, uma vez que as fases suprimidas no processo do dialogismo judicial não são as mesmas.

5.4.3 O Diálogo Inexistente e o Diálogo Incompleto Espontâneo

A necessidade de percorrer estágios para concretização do processo do diálogo judicial não é mais informação recente, assim como também não se caracteriza inovação a notícia segundo a qual a ultrapassagem de determinadas fases implica a formação de diálogos incompletos.

No entanto, em meio às caracterizações de diálogos incompletos, existe no processo do dialogismo judicial a possibilidade tímida, de certa forma ainda fragilizada, de surgir no mundo jurídico a figura quase comunicativa, o chamado diálogo inexistente. E por mais que o nome ofereça ideia de algo vazio, pois o diálogo não existe, mesmo assim, carrega consigo algumas implicações que não merecerem ser despercebidas pelo tribunal constitucional.

Evidente que tal postura não significa dizer que se deve estimular a ocorrência de tais categorias comunicativas, mas, em assim surgindo, elas possuem a sua pertinência argumentativa, ainda que bastante distante de uma formação mais sólida e densa dentro do processo dialogal. A contradição no nome concedido a essa categoria é apenas superficial e tem uma razão de ser.

Como verificado, o processo do diálogo judicial possui quatro fases, as quais devem ser cumpridas cada uma de uma vez, em segmentos. Da mesma forma, já foi abordado que para um diálogo existir e surgir no mundo jurídico, necessariamente, a fase terceira da correlação, a qual institui o enquadramento terceiro, da comparação, deve ser cumprida e obedecida.

Sabe-se que uma de suas características é a sua facultatividade. O tribunal constitucional não é obrigado nem vinculado a proceder a uma comunicação trocada com conjunturas jurídicas diversas. Sua atitude depende de sua vontade, ainda que as fases sejam executadas a contento.

Diante desses comentários, uma Corte suprema pode iniciar o processo do diálogo, identificando elementos e separando-os em forma de catálogo para serem exprimíveis em momento oportuno, na fase seguinte. Uma vez atingindo o estágio segundo, da comparação, o intérprete pode se deparar com duas situações: a não compatibilização dos dados ao seu contexto formador, o que inviabilizaria o seu prosseguimento; e a correlação satisfatória dos elementos, mas, em razão da facultatividade do tribunal, este entende por desistir do procedimento e não atinge a próxima instância gradual, a aplicação.

Em não se direcionando para o enquadramento terceiro, da recepção, o tribunal constitucional paralisa na segunda segmentação a chance de instituir um diálogo pelo menos incompleto. Esse raciocínio, portanto, é aplicado ao diálogo incompleto espontâneo, uma vez que, nessa hipótese, o tribunal cumpriu com as primeira, segunda e terceira fases do processo dialogal, aplicando a decisão exterior, mas, espontaneamente, deixou de realizar a etapa derradeira, do desenvolvimento.

O diálogo incompleto espontâneo não deixa de ser um diálogo, mas não é integralmente uma comunicação, pois não exauriu todas as etapas do processo do dialogismo judicial. Caracterizou-se com essa nomenclatura porque cumpriu a fase decisiva da aplicação, atingindo o estágio da recepção.

O ponto em comum entre o diálogo inexistente e o diálogo incompleto espontâneo reside no fato de ambos serem comunicações que, de maneira livre e voluntária, estacionaram os seus propósitos, não lhes sendo mais interessante o processo dialogal. Porém, enquanto o primeiro findou sua participação no máximo até a segunda etapa, o segundo alcançou o terceiro nível. Por isso que somente no segundo caso há diálogo judicial, ainda que incompleto.

Assim não se sucede com o diálogo inexistente, pois não chega a obedecer o terceiro nível do processo dialogal. A etapa da aplicação não é realizada. A Corte executou o procedimento até a segunda situação, da correlação dos dados, e entendeu não lhe ser mais

justificável a continuação para o terceiro estágio. Tal fato se evidencia ainda mais quando o intérprete inicia o procedimento, catalogando e identificando os elementos da decisão estrangeira, e termina nesse ponto a sua intenção em continuar o processo. Satisfaz-se somente com o cumprimento do nível primeiro.

O diálogo inexistente é a comunicação surgida pelo cumprimento somente da primeira fase, ou desta e da segunda etapa, do processo do dialogismo judicial, deixando de dar continuidade aos estágios vindouros, por mera vontade da Corte, de forma espontânea. Como não adentrou ao nível terceiro, não pode ser chamado de diálogo, por isso que é inexistente.

Logo, o tribunal constitucional apenas efetivou o diálogo em perspectiva ou imaginário, com a identificação das informações do contexto estrangeiro, ou participou do pré-diálogo, no entanto, o trânsito de seu movimento não encontrará a próxima escala, por ter findado nesse patamar a sua atuação.

5.4.3.1 O Diálogo Inexistente, a “Liberação Constitucional” e o Efeito Transcendental do Julgado Externo

A não existência do diálogo judicial, conforme exhaustivamente abordado, compreende o cumprimento de fases iniciais do procedimento comunicativo, sem, contudo, cumprir o intérprete com o terceiro estágio, da aplicação. A espontaneidade é a característica que marca essa esfera comunicativa.

Contudo, pertinente estabelecer uma situação peculiar que possui semelhanças com um tipo de diálogo judicial, mas que na verdade não se configura nesse sentido, mantendo o delineamento de ser uma comunicação jurídica não dialogada. Por vezes, tal configuração pode atrapalhar o discernimento sobre o processo comunicativo, por isso importante se faz abordar essa concepção.

Na tarefa de sintetização social, o tribunal internacional pode iniciar o processo do diálogo na sua primeira fase, da identificação, perpassar para o segundo nível, da correlação dos dados informativos, e diretamente atingir o quarto e último degrau, do desenvolvimento; somente iniciar o processo do diálogo na sua primeira fase, da identificação, e se deslocar diretamente para a quarta fase, do desenvolvimento, deixando de cumprir com os segundo e

terceiro estágios; ou, ainda, cumprir apenas e diretamente a quarta instância do processo dialogal, deixando de identificar elementos, compara-los e de apor a decisão original do julgado estrangeiro em sua decisão interna, referenciando ou não o julgamento emissor, inferindo ou não dados que individualizam e filtram o caso concreto analisado.

Em outras palavras, a Corte Constitucional externa atuaria em três caminhos: a) obedece as primeira e segunda fases, realiza um salto propriamente dito no terceiro estágio e chega ao nível quarto; b) respeita apenas a primeira fase, da identificação, e produz o transpasse das segunda e terceira fases, passando para o quarto segmento; c) diretamente se dirige à quarta etapa, mas não se torna inerte a ponto de não evidenciar nenhuma informação sobre o julgado.

O ponto em comum das três hipóteses narradas é a não obediência, pelo tribunal, do terceiro enquadramento do processo do diálogo, pois não redigiu a decisão ou seu resumo tal e qual se procedeu no outro país, deixando, portanto, de realizar o diálogo judicial. No entanto, cada um dos caminhos trilhados acima produz intensidades para tentativa de encontrar o entendimento estrangeiro.

Na primeira situação, a transposição de apenas uma fase, no caso, a terceira, ocorre de maneira branda. A pusilanimidade não propicia o automático entendimento de que o diálogo se concretiza. Ele não se natura. Assim sendo, pode-se dizer que o efeito *jump* mostrou-se menos profundo, mais simples, uma vez que pelo menos alguns dados objetivos de duas fases dialogais se fizeram presentes. É a incidência do *small jump*. Em suma, o salto efetivamente existe, mas não decorreu totalmente às cegas, já que ofereceu informações e caminhos para que o jurisdicionado obtivesse seu acesso em momento oportuno.

Na segunda possibilidade, o transpasse se resume a duas etapas, a segunda e a terceira, fazendo crer que o intérprete ocasionou um salto mais profundo. Ainda sem efetivar o diálogo, considerando o desrespeito à crucial fase terceira, da aplicação, o efeito *jump* denota-se mais visível, mais complexo, mais forte, já que o intérprete apenas perpetró o arrolamento de subsídios de uma fase apenas, a primeira. É a materialização do *medium jump*. Logo, o salto ocorre de maneira mais alargada, espaçada, diminuindo sobremaneira a possibilidade de êxito do aplicador constitucional em encontrar informações mais contundentes sobre o julgado internacional.

No terceiro e último caso, o descumprimento das três primeiras fases do processo dialogal propicia a não observância de quase a totalidade do procedimento. Não se verifica um transpasse nem ameno nem mediano, mas elástico. Este salto exagerado e expressivo pode ser chamado de *large jump*. No entanto, não pode ser considerado demasiadamente drástico para o procedimento dialogal, haja vista que, pelo menos, explicações sobre o julgado internacional são verificadas, não se tendo notícias, portanto, acerca de qual Corte Constitucional emitira a jurisprudência nem de seus elementos.

Se o intérprete apenas identifica elementos e tenta desenvolvê-los ou identifica os elementos da decisão estrangeira, promove a sua conexão com seu contexto interno, apenas cita referências do julgado, ou não, mas consegue desenvolver, na quarta etapa, os motivos pelos quais o entendimento internacional foram relevantes para apreciação do paradoxo na Corte interna, ou mesmo se cumpre apenas esta última exigência sem identificar, correlacionar e citar os apontamentos decisórios, o diálogo continua sendo considerado inexistente. Mas diante de tantas informações, qual a implicação disso para o processo do dialogismo judicial?

A resposta a essa reflexão tem mote na transcendência dos efeitos da decisão internacional. No caso, o que de fato ocorre não é um diálogo, não é uma permuta de entendimentos jurisprudenciais, mas, sim, o efeito transcendental dos motivos da decisão estrangeira. A racionalidade jurídica da Corte internacional se libera, desloca-se, desprende-se e penetra na atividade interpretativa do tribunal interno.

Ao justificar, no quarto nivelamento do processo dialogal, as razões pelas quais o entendimento do órgão emissor é útil ou decisivo para o tribunal receptor, o intérprete está abstraído o sentido do julgado externo e apondo em sua decisão interna, sem ter sido concretizada a aplicação do julgado internacional. A fundamentação e o significado estrangeiro estão sendo instrumentados para o entendimento da Corte nacional. As implicações da decisão estrangeira, assim, sofrem um efeito transcendental.

Dessa forma, como o julgado internacional, em nenhum momento, é aplicado, exposto e evidenciado de maneira formal, o diálogo efetivamente não vem à tona, mas, ainda que a conversação entre Cortes não se concretize, pode haver, pelo menos, observações e explicações sobre o julgamento estrangeiro que se pretendeu dialogar. Quando esse fenômeno surge na tentativa de difusão jurisprudencial, ocorre o que se chama de “liberação

constitucional” (*constitutional release*), o qual produzirá, no processo do dialogismo judicial, o “efeito transcendental” da decisão internacional (*transcendental effect*).

O efeito transcendental do julgado externo surgido no bojo do descolamento constitucional, apesar de não ser considerado um diálogo judicial, também produz as mesmas consequências do diálogo inexistente em que o intérprete apenas cumpre com a primeira fase ou com as duas iniciais e deixa de prosseguir no caminho comunicativo espontaneamente, sem obedecer a quarta fase, do desenvolvimento, isto é, não produz informações contundentes para concretizar a resposta constitucional, mas traz consigo, pelo menos, interessantes esboços argumentativos e indícios informativos não totalmente desprezíveis.

5.4.4 Os Diálogos Completos e as Regularidades Formal e Material

Os debates ocasionados pela progressão sem critérios durante o processo do diálogo judicial, com supressão de fases e criação de lacunas procedimentais, proporcionaram reflexões sobre a interpolação de suas implicações e a regularidade do procedimento.

O efeito *jump* analisado durante esse processo discursivo cria uma série de categorias dialogais que conduzem a várias conclusões jurídicas. A capacidade de promover relações e consequências diferentes, a depender do *hopping* concedido, faz nascer a necessidade de entender o processo do dialogismo judicial em vertentes formal e material.

Para que haja êxito na formação do diálogo de maneira cristalina, as suas fases precisam ser observadas por inteiro. A análise formal do processo diz respeito à obediência a todas as suas etapas ordenadamente. Cada estágio precisa ser vivenciado independentemente, mas conectados com as outras fases de maneira sequencial. Este é o seu aspecto formal.

No entanto, além de manter essa linearidade, esse comportamento retilíneo, direto, a harmonia de conteúdo e contexto precisa estar destituída de qualquer obscuridade. Não basta somente cumprir níveis de diálogo, eles devem ser materialmente condizentes com o contexto social, histórico, cultural, dentre outros, ao qual a Corte Constitucional receptora encontra-se inserida. Essa simetria substancial compõe o viés material do processo intercambial.

Assim sendo, para uma comunicação entre tribunais expansiva de entendimentos jurídicos seja considerada um diálogo judicial completo deve existir a conjugação das regularidades formal e material, sob pena de faltando uma, a depender da ótica ausente, produzirá categorias de diálogos completos. O surgimento do diálogo se caracteriza, como visto, com a aplicação do julgado estrangeiro na decisão interna. Com a aposição do entendimento exterior no contexto nacional, o diálogo se forma. Se ele, após de constituído, completar o ciclo procedural, qualifica-se como diálogo completo.

Ora, se a Corte Constitucional segue a proposta de cumprir todas as fases do processo comunicativo torna-se manifesto o alcance de um diálogo judicial. As vias ordenadas de tal desiderato preconizam o seguimento um por um, fase por fase, da primeira à quarta etapas, sem haver saltos ou progressão lacunosa de algum nível do diálogo.

No entanto, o processo do dialogismo judicial nem sempre se materializa com a obediência precisa e ordenada de todas as fases propostas. Podem surgir situações no bojo do processo dialógico que o caracterize como exercitado, mas com a ordenação um pouco desnivelada e desorientada, mas que não lhe desnatura como um diálogo completo.

Discorrer sobre essa possibilidade se torna relevante porque, durante a análise de um caso complexo, a grande quantidade de evidências e minudências jurídicas pode causar no intérprete uma flexibilização na sua forma de seguir e entender os microssistemas do processo dialógico. Por vezes os elementos se fazem muito próximos e interconectados a ponto de suas separações serem tarefas delicadas e quase imperceptíveis.

Exceções podem acontecer, ainda mais na complexidade social da modernidade, sobrevindo ao Tribunal Supremo um certo estorvo na consecução límpida desse procedimento, atingindo todas as fases do diálogo, porém, com alguma margem de desordenamento.

A Corte, por exemplo, pode cumprir com a primeira etapa, com o segundo estágio e depois segue ao quarto nível para, após, destacar a decisão original do órgão judicial externo e obedecer a terceira fase principal, da aplicação. Ou, ainda, destacar a decisão exterior como se fosse a largada do ciclo dialógico.

Se tais possibilidades tornaram-se prementes e concretas, o procedimento do diálogo assume novo curso e, a depender do tipo de desarranjo sequencial, os diálogos completos

forma subespécies, mantendo, por suposto, sua completude, haja vista que todas as fases foram executadas, apenas existindo um atrapalho na ordem de suas consecuições, e não um salto.

5.4.5 O Efeito *Jumble* e os Diálogos Completos

Enquanto o salto e o transpasse de algumas fases do procedimento do dialogismo judicial enceta relações com os diálogos incompletos, a não sequencialidade em seus estágios possui afinidade com os diálogos completos.

Essa consideração possui uma diferenciação inerente à sua própria ideia. Quando se aborda a ultrapassagem de uma etapa do processo dialogal, subentende-se que houve uma lacuna, um espaço vazio, um esgueiramento que não se preenche depois, por isso, a propulsão de diálogos incompletos, desde que o terceiro nível esteja cumprido. Aqui se supõe um procedimento parcial, uma desobediência a alguma etapa.

Em caso de não transposição, mas de mera desorganização e desornamento no processo dialogal, não se verificam lacunas ou vácuos interpretativos. As fases não são saltadas, são executadas por completo, porém, fora de ordem, assimetricamente. Nesse caso, o procedimento é total, apenas realizado fora de sua sequência lógica, como proposto. Não há desconsideração segmentada, senão descontinuidade, embora se complete a execução procedimental.

No processo do dialogismo judicial, o fenômeno consistente na ausência de sequência de suas fases, na desordem na conformação de seus estágios, bem como na desorientação e não linearidade da ordem de execução, não descaracterizando a incorporação de entendimentos entre Cortes constitucionais e causando interlocuções jurídicas completas entre tribunais supremos emissores e receptores de jurisprudências, dá-se o nome de efeito *jumble*.

Em outras palavras, e em inflexão mais objetiva, o efeito *jumble* não é o salto, e sim uma desordem, desorganização, desalinho na ordem de execução das fases em um diálogo judicial. Ocorre quando a fase posterior é alcançada com observância das etapas anteriores, mas fora da linearidade programada do ciclo dialogal. O consequente é atingido com o antecedente, mas este pode ter sido aplicado em momento ainda não oportuno. Há, na

verdade, uma certa confusão entre o que seria fase anterior e etapa posterior. O *post factum* e o *ante factum* caminham em regrado desarranjo.

O ciclo do processo dialogal é todo respeitado, com todos os estágios cumpridos separadamente, no entanto, a mudança da ordem de cumprimento das fases provoca uma desordem com implicações jurídicas importantes. Não se percebe, no fenômeno aqui tratado, o *hopping* característico da transposição dos enquadramentos. O diálogo se processa progressivamente ou regressivamente, causando efeitos que, apesar de não degenerar a completude do diálogo, em um viés procedimental, pode descaracterizar a sua adaptação de contextos, sob o ponto de vista consubstancial.

Nota-se que não há desprezo ou desconsideração a algum nível do diálogo. Todos os segmentos do microssistema do processo comunicativo são respeitados. O desrespeito, assim, não é na ausência de cumprimento dos seus estágios, mas tão somente na desordem do aviamento da condução procedimental.

O certo atrapalho do intérprete no périplo prático do procedimento intercambial proporciona uma conturbação na troca de experiências jurisprudenciais, podendo produzir confluências e desacordos contextuais. Desse modo, a falta de linearidade ocasiada pelo efeito *jumble* é formal, podendo atingir seu aspecto material.

Nesse tipo de efeito, típico dos diálogos completos, não existe formação de hiato no processo de concretização do diálogo judicial. O perigo ocorre na instituição de diálogos descontextualizados, sem o devido acoplamento com a conjuntura interna. A gravidade é eminente, pois podem levar a solução do conflito para rotas diversas e desconectadas com a orientação constitucional. Para dissecá-lo, conveniente comentar suas possibilidades em conjunto com os estágios dialogais.

5.4.5.1 Os Diálogos Completos Diretamente Convergente, Indiretamente Convergente e Divergente

O desvio sequencial das etapas do processo dialogal formam camadas novas de comunicação entre tribunais constitucionais. Nota-se que tais subespécies discursivas surgem no exato momento em que os diálogos completos estão em formação, por isso que se diz

serem imanentes entre si. A subversão no percurso de seus estágios verificadores não descaracterizam sua natureza completa, pois sempre todas as suas fases são cumpridas, só que de maneira desordenada.

Se o intérprete cumprir com todas as fases do seu processo, ordenadamente, obedecendo aos regramentos cada um de per si, atinge a regularidade formal. Se juntamente a isso promover a contextualização da decisão estrangeira, assume posição materialmente regular, e forma um diálogo completo que possui consonância teórica e prática, formal e material, procedimental e consubstancial, um típico caso de *law in action*. Verifica-se a convergência entre o ciclo procedimental ordenado e o enlace com a conjuntura interna. Quando esse cenário é construído nesse paradigma, o diálogo completo é diretamente convergente.

É certo que para incrementar um entendimento na sua decisão proveniente de um julgado externo, o intérprete precisa conhecer a jurisprudência e aplica-la na sua terceira fase. Mas se inverter tal procedimento e mesmo assim lograr êxito em manter o sentido da decisão estrangeira e sua conexão com o contexto interno, pode-se considerar ser tal atitude uma irregularidade apenas formal, um deslize somente procedimental.

Desvirtuar um processo de diálogo que se manteve uniforme materialmente seria uma punição exacerbada, principalmente diante do alcance dos seus objetivos. Se a proteção dos direitos fundamentais e o fortalecimento do seu núcleo mínimo mostraram-se satisfeitos, por que não considerar a comunicação judicial como diálogo completo? A leve confusão procedimental não descaracterizou o sentido dialogal nem propiciou uma mutação ou defeito em sua substância. Materialmente sua ênfase está intacta e procedimentalmente está apenas parcialmente desordenada.

Quando o diálogo se processa em obediência a todas as suas fases, mas de maneira não sistemática, com permutas de suas etapas entre si, e ainda assim não atinge negativamente a contextualização⁴⁷⁷, ou seja, não interfere na adaptação da decisão exterior à conjuntura nacional da Corte receptora, mantendo a conectividade entre as realidades relacionadas com o

⁴⁷⁷ FRIEDMAN, Andrew. "Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence". In: **Suffolk University Law Review**. p. 875. Segundo A. Friedman, "este contexto inclui uma história única do país, circunstâncias econômicas e sociais distintas e sistema político". Na versão original: "*this context includes a country's unique history, distinctive economic and social circumstances, and political system*".

intercâmbio jurisprudencial, a comunicação judicial passa a ser um diálogo completo indiretamente convergente, pois apenas procedeu à irregularidade formal, e não material.

Essa desordem parcial tem incidência principalmente com a inversão entre as terceira e quarta fases do diálogo, mas o eventual lapso da Corte pode surgir de maneira diversa, sendo iniciado o diálogo diretamente com a aposição da jurisprudência externa para depois arrolar elementos, conecta-los à conjuntura interna e desenvolver as razões relevantes para o caso. O intérprete, de acordo com o caso concreto, pode desorganizar o iter comunicativo.

Imprescindível registrar que o sentido do entendimento estrangeiro é que não pode ser prejudicado. A inversão das etapas do processo dialogal não pode confundir o significado e propiciar interpretações equivocadas quanto a linearidade de contextos. O procedimento de adaptação à conjuntura interna não pode ser assimétrico. Se o atrapalho das fases mantiver o objetivo, a procedimentalização nasceu irregularmente mas com o alcance da sua meta a consubstanciação do processo dialogal se manteve íntegra.

Situação diametralmente oposta seria se o sentido do diálogo se perdesse. A desordem que inviabiliza a ligação entre contextos e que retira a utilidade e a necessidade da decisão estrangeira ao entendimento nacional, causando certa prolixidade e confusão de convencimento, assume postura materialmente equivocada, incidindo, assim, uma decisão não acoplável e não conectada ao contexto interno.

Nesse sentido, o diálogo se contrapõe à conjuntura interior, principalmente por terem sido cumpridas as suas fases procedimentais de maneira desalinhada. A falta de regularidade é material e procedimental. Quando um diálogo cumpre todas as quatro fases de maneira confusa, desordenada e, com isso, não atinge a contextualização nacional, retirando a possibilidade de conexão com a conjuntura interna, surge o diálogo completo divergente.

Convém esclarecer que ele continua um diálogo completo porque percorreu todas as fases, ou seja, os quatro nivelamentos segmentados dos microssistemas foram cumpridos, só que obedeceram uma lógica do intérprete alheia ao estatuído no regramento cíclico comunicativo. E além disso promoveu o descompasso entre o texto e a realidade social. Não houve junção entre o programa e o âmbito normativo.

5.5 Diagnóstico Constitucional do Processo do Dialogismo Judicial

5.5.1 O Diálogo Inexistente como Perspectiva de Direito Comparado

No espaço jurídico-constitucional nem tudo que, em tese, não tem existência enquanto instituto jurídico deixa de possuir um certo tipo de relevância. Nem sempre um fato inexistente permanece inócuo em algum procedimento. O mesmo ocorre com o diálogo inexistente. Não obstante não ser um diálogo, exaure tenra comunicação jurídica.

Os diálogos inexistentes trazem consigo um princípio de informação. É natural que tal comunicação seja tímida, superficial, mas não deixa de ter importância, pois se aproximam com a posição jurídica alcançada pelo diálogos incompletos. Os primeiros são argumentos remotos ao processo dialogal. Os segundos são fundamentos mais próximas da conversação entre tribunais constitucionais.

Certamente o nível das informações levantadas e propagadas pelos diálogos inexistentes são menos contundentes e se revestem de fatores mais objetivos, despontando orientações brandas, mas, ao mesmo tempo, são propensos indícios de comunicação setorizada para solidificar-se em momento oportuno. No mínimo, pode-se dizer que não são difusores totalmente vazios. Se produzem algum tipo de circulação comunicativa é porque deixaram de ser inertes ao processo dialogal.

A imaginação do diálogo na mente do intérprete, instrumentalizada pela descoberta de elementos e dados informativos da decisão estrangeira e de seu contexto, por si só, já produz um certo tipo de balizamento, pois já retira a Corte de um espaço amostral vultoso e cheio de possibilidades e inicia um ponto de partida, fazendo o tribunal começar a pelo menos refletir na conjuntura externa.

Assim, quando se percebe que uma determinada jurisprudência forasteira possui o mesmo direito ou bem jurídico sendo desrespeitado, com princípios constitucionais semelhantes sendo aplicados para situações aparentemente próximas, possuindo contextos democráticos nivelados e uma aculturação mais retilínea, por óbvio, que desde esse fato novos enlaces interpretativos podem começar a surgir.

O prosseguimento dessas sinalizações pode ter sucesso se tais elementos forem transpostos para a etapa seguinte. O intérprete, ao correlacionar esses dados com o seu próprio

contexto nacional, pode perceber que a objetividade informativa se solidificou um pouco mais. No entanto, entende que ainda não é necessário incorporar tal decisão.

Porém, o histórico informativo e o reflexo proferido pelo inicial direcionamento não são desprezíveis, haja vista que a Corte pode, em análise de outro paradoxo, refazer esse percurso, pode resgatar o ideal comunicativo. Assim, evidente se mostra que mesmo não sendo um efetivo diálogo, a sua modalidade, nesse aspecto, produz dinamicidade.

No entanto, tal movimentação é menos robustas, mais limitada, um pouco mais regrada pela ausência de outras bases de convencimento. Mas, por si só, já atingiu um objetivo, ainda que abstrato, qual seja, chamou a atenção do intérprete e iniciou uma exemplificação desse seu processo de convencimento.

Em assim atuando, os diálogos inexistentes tem implicação jurídica no cenário do processo do diálogo judicial. Eles são caracterizados, portanto, como perspectivas de direito comparado. Possuem função exemplificativa e instrutórias. Ainda que tenham perfil influenciador diminuto, são prospectos de futuros diálogos incompletos. Estão quase se robustecendo para serem receptores de decisões constitucionais internacionais.

Em momento posterior, quando a Corte suprema estiver analisando um novo conflito social, as perspectivas de direito comparado fornecidas pelos diálogos inexistentes podem galgar novos rumos e se tornarem recepções de direito comparado ou, ainda, normas dialogadas. O fato é que os diálogos completos e incompletos têm uma relação modesta com os diálogos inexistentes. Estes são potenciais receptores de entendimentos estrangeiros ou normas dialogadas e enquanto não assumem esse patamar contribuem sendo perspectivas desses entendimentos internacionais.

5.5.2 Os Diálogos Incompletos como Recepção do Direito Comparado

Os diálogos incompletos, originados de um processo imperfeito, em que fases de execução foram infringidas pelo intérprete, mesmo sendo considerados comunicações defectivas, possuem implicações jurídicas nas decisões exaradas pelos tribunais supremos.

Assim como a supressão de algumas etapas desse processo comunicativo enseja consequências jurídicas, materializadas na gênese dos diálogos anômalo e acidental, estes, devido ao caráter propulsor de entendimento jurisprudencial, também repercutem em algumas relações na jurisdição constitucional.

A incompletude do processo de intercâmbio jurisprudencial não lhe retira importância plena na análise resolutive de problemas sociais. Evidente que sua atuação se mostra mais restrita e suas benesses se acomodam com bem mais timidez, mas excluir seus efeitos e sua possibilidade comunicativa é a um só passo reconhecer que neles não há informação útil ou necessária para o sistema jurídico-constitucional.

Ledo engano. Não se pode olvidar de que mesmo com aspectos defectivos, eles ainda são formas de diálogo e, portanto, transmissores de pensamentos constitucionais. Alguma escória interativa eles possuem. Resta saber, então, a sua relação na jurisdição constitucional, entender a amplitude de suas influências, compreender como são reconhecidos no processo do dialogismo judicial e decifrar a sua finalidade para o intérprete constitucional.

Os diálogos incompletos não podem ser usufruídos da forma como o processo interpretativo de Müller preconiza, isto é, ser entendidos como concretizadores de um processo comunicativo, a ponto de formar uma norma jurídica. Contudo, se mesmo diante dessa pecha limitadora ainda permeiam informações, então se pode admitir que compõem uma recepção de direito comparado.

A bem da verdade é que ser exclusivamente entendido como um receptor de direito comparado, para um diálogo de certa forma com irregularidades procedimentais e materiais, não é algo inócuo ou insuficiente. Seu caráter menos importante é potencialmente direcionador, por isso, é uma aceitação comunicativa que pode ou não, em momento oportuno, mas não dentro do processo dialógico que o formou, ser integrador.

Em outras palavras, por ora, são comunicações que exprimem intenções mais próximas de argumentações decisórias, carregam consigo o estreitamento da lacuna informativa entre tribunais, viabilizando a solidez dos assuntos jurídicos. São vetores discursivos parcialmente capazes de encontrar uma solução ao sentido constitucional. A possibilidade integrativa, se existir, é ato prospectivo, pois seu potencial só pode ser percebido em ocasião posterior, em procedimento dialógico vindouro.

Enquanto suas influências são diretivas e indicadoras de comportamentos interpretativos mais próximos, e não argumentos suficientes para serem decisivos em um processo de dialogismo judicial, que produz a norma constitucional para o caso concreto, eles colaboram para reforçar e apoiar os argumentos principais e determinantes na interpretação.

São compreendidos como discursos de significação simples, argumentos *obiter dicta*, pois constituem afirmações acessórias que não são peremptórias para o resultado prático do provimento final. São, portanto, assertivas que tangenciam o embasamento da resposta constitucional. Não exercem fundamentações no rigor do termo, mas orientações. O fato de não serem decisivos para o intercâmbio de entendimento jurisprudencial embasador da resposta constitucional não significa que sejam desnecessários para o convencimento da Corte.

E, em assim sendo, constituem instrumentos hábeis para o intérprete iniciar a busca de seu convencimento constitucional ou confrontar seu juízo de valor, adotando a secundarização dos diálogos incompletos para robustecer a fundamentação contundente para o impasse. Eles proporcionam a entrada do direito comparado na decisão interna e mostram como outras civilizações sociais e órgãos jurídicos supremos decidem os problemas em outros contextos.

Os diálogos anômalos, acidentais e casuais, dessa maneira, são pontes que ultrapassam o espaço entre as visões jurídicas de tribunais com diferenciações conjunturais. De forma gradual e paulatina vão se transformando, em outros processos dialógicos, em legítimos diálogos completos. São diálogos recepcionadores que trafegam rumo à sua completude, que pode se concretizar em outra análise de conflito social.

Portanto, nem sempre deformações significam inutilidades, assim como não é exagerado reconhecer em tais modulações comunicativas que sua disfarçada homeopatia é, na verdade, um embrião de um póstumo diálogo completo e que, mesmo não sendo acabado, produz efeitos secundários em que a simplicidade é o ponto de partida para a sua profundidade.

5.5.3 Os Diálogos Completos e os Arranjos Constitucionais

5.5.3.1 O Diálogo Completo Divergente como Inadaptação do Direito Comparado

No procedimento de construção do diálogo judicial as fases procedimental e material precisam estar jungidas sob pena de desvirtuamento de alguns efeitos comunicativos, obstaculizado a resposta constitucional.

No diálogo completo divergente, o intérprete traz uma consequência séria para o seu paradoxo interno, simplesmente por não observar um procedimento quadripartite de maneira retilínea. A concatenação equivocada da sequência de seus estágios pode proporcionar regressos substanciais na forma de ver a realidade jurídica e social.

O descumprimento de suas fases e o não cabimento da decisão internacional na vivência cultural da Corte receptora, ao invés de solucionar o conflito social, a exemplo do diálogo incompleto anômalo, fabrica um novo impasse na ordem constitucional. Ao invés de compatibilizar os contextos, a decisão trafega em uma via inversa, com firmamento de conjunturas díspares sendo propulsora de divergentes pontos de vista. A situação fática e jurídica se diverge e coordena-se para soluções não condizentes com o caso.

A possibilidade de descontrole social e instabilidade na ordem jurídica ganha relevo e acelera um processo de degeneração da própria força normativa da Constituição. Como se pode aplicar uma decisão externa que trafega paralelamente ao contexto interno sem intercepta-lo? A incorporação do conteúdo internacional, quando não devidamente sopesado na tarefa dialogada, leva o intérprete a realizar disfunções que alargam a distância entre a Constituição escrita e a real.

Os direitos aumentam a sua vulnerabilidade, a contramajoritariedade do tribunal mostra-se diminuída, minimizando a atuação racionalizadora do poder, a margem de discricionariedade da Corte se agiganta, o bloco de fundamentalidade dos direitos fundamentais não se fortifica e periferiza as minorias do caso concreto em uma involução desamparada.

Em assim ocorrendo, não se pode afirmar ser o diálogo completo divergente apenas uma perspectiva ou recepção de direito comparado, uma vez que é considerado diálogo formado, por ter atingido todas as suas fases, só que a desorganização de suas etapas

processou-se de uma maneira mais sólida que inviabilizou também a interpolação com seu contexto interno, causando solução divergente dentro da ordem constitucional da Corte receptora da jurisprudência.

Dessa forma, não se pode firmá-lo como um intercâmbio salutar criador da solução para o impasse, instituindo a norma do caso concreto, pois onde não há adaptação de contextos também não se processa a junção entre o texto e a realidade. A norma, portanto, não nasce. Nesse sentido, tem-se que o diálogo completo divergente é entendido como uma inadaptação do direito comparado.

Portanto, se não há equilíbrio entre os contextos, um se unindo ao outro, não se pode pressupor que exista um diálogo coerente e nem mesmo como exemplo ou orientação é salutar para o processo dialogado. No mesmo sentido não se autoriza alçá-lo à categoria de comunicação jurídica recepcionada, pois a divergência desarticulou o vínculo contextual entre as Cortes Constitucionais, restando, pois, considerá-lo como um diálogo não adaptado ao sistema jurídico interno em que se insere o tribunal constitucional nacional.

5.5.3.2 O Diálogo Completo Indiretamente Convergente como Complemento da Norma Dialogada e o “Escape Constitucional”

Em situação menos desconfortável e mais amena vive o diálogo que tem convergência indireta no sistema dialogal. A incoerência do procedimento não levou à incoerência do contexto. A conjuntura interna foi compactada com a decisão internacional, mesmo que embaraços nas etapas do diálogo tenham sido desempenhados.

O adimplemento entre as realidades externa e interna faz com que o diálogo convergente indireto não perca sua relevância para o caso constitucional, muito embora a conturbação no seu procedimento lhe retire certa margem de suntuosidade argumentativa. A comunicação, nessa modalidade, deixa de ser proeminente e assume um papel secundário de colaboração no ato de construir o direito.

A criação do direito não se concretiza com a indireta convergência, mas esta colabora para o alcance daquela. Não se trata de dizer que há nesse particular um argumento *obiter dictum*, pois o diálogo completo indiretamente convergente não se secundariza. Ele já atinge

um patamar mais relevante que mero argumento tangenciador do diálogo, pois ele participa da construção da norma, só não é o seu protagonista, mas tem poder decisório complementar.

Assim, significa dizer que possui força discursiva, mas não no mesmo nível e destaque que o diálogo diretamente convergente, estando em degrau superior ao diálogo incompleto, que é mero elemento secundário. O diálogo convergente indireto fundamenta parte da decisão e o incompleto não possui força decisória, somente cunho acessório.

Essa diferenciação se mostra crucial porque enquanto a convergência indireta lhe garante uma participação de instituir a norma dialogada que regerá o paradoxo em apreciação pelo tribunal interno, a incompletude dialogal garante participação não para criar a norma mas para assessora-la, para colaborar de forma mais remota. Os diálogos incompletos mais atuam como exemplos densos e demonstradores de orientações em solidificação que argumentos coadjuvantes para solução judicial, pois recepcionam o direito comparado e não complementam a norma dialogada.

A questão cinge-se ao fato de serem os diálogos indiretamente convergentes ajudantes do protagonista argumentativo, que é o diálogo diretamente convergente. Mesmo não sendo o definidor do conflito, atua indiretamente nessa solução cooperando com argumentos decisórios complementares e de relevância para o caso. Os diálogos incompletos não auxiliam na produção normativa do caso nem atua indiretamente, apenas são simples pontos de vista secundarizados, embriões de um futuro diálogo, estão alheios ao âmbito de produção da norma, mas possuem colaboração prenotada, como figurantes de um cenário constitucional.

O aspecto que retira do diálogo convergente indireto o protagonismo de atuação e o coloca como ajudante de edificação da norma é o episódio de ter desordenado o procedimento escalar do dialogismo judicial. E a implicação dessa conturbada efetivação setorizada faz com que o diálogo assuma riscos de subsumir-se a dois sistemas, o sistema constitucional da Corte suprema emissora e o da receptora da jurisprudência.

Por mais compatível que seja o contexto entre as ordens constitucionais, a desorganização das etapas dialogais induz uma possível vazante de argumentos que, devido ao sentido duplo da comunicação dialogada entre os tribunais, a via de mão dupla, haja vista que fornece e recebe mecanismos interpretativos com dinamicidade, podem facilitar certas desconfigurações conjunturais ou então enfraquecer a conexão antes realizada.

A possibilidade de uma pequena brecha argumentativa pode desestabilizar a unidade decisória do impasse em apreciação. Esse refluxo de ideias, escoamento de discursos, pode dificultar a reengenharia do diálogo, exercitada na última fase de desenvolvimento, ainda mais quando as mudanças da modernidade obstaculizam o equilíbrio entre contexto fático e jurídico. A ordem constitucional externa pode sofrer mudanças mais rapidamente, haja vista a diferença, por exemplo, de níveis democráticos, e iniciar um processamento de degeneração da integração entre contextos antes emparelhados. Tal fenômeno se denomina de “escape constitucional” (*constitutional escape*).

Nessa toada, o diálogo completo indiretamente convergente é compreendido como complemento da norma dialogada, exercendo um papel importante de colaboração na produção da norma aplicável ao caso concreto e na difusão de entendimentos para outras Cortes, não sendo o argumento decisivo para criação do direito por ser relativamente vulnerável aos contextos exteriores, em razão de sua irregularidade formal.

5.5.3.3 O Diálogo Completo Diretamente Convergente como Criação do Direito

O processo do diálogo judicial estabelece a união de quatro fases que se harmonizam em uma sequência lógica, instrutória e diretiva. O término desse percurso, com cumprimento efetivo de todos os seus ensinamentos, formal e materialmente, propicia o diálogo completo diretamente convergente.

A completude formal refere-se, como o próprio nome indica, à maneira e forma com que o procedimento foi efetivado. Transporta consigo a ideia de que o procedimento se iniciou, adquiriu maturidade e se findou atingindo o seu resultado. O alvo perseguido foi alcançado em razão da atitude conformadora ao regramento. A adequação e aceitação das balizas determinantes foram rigorosamente consideradas, tendo a finalidade conquistada como consectário dessa conduta homogênea.

A completude material, a seu turno, diz respeito ao cerne do processo do diálogo, à essência de sua própria existência. A consubstanciação do condicionamento do intérprete a todas as fases do procedimento dialogal promove uma completude que, além de evidenciar a conduta procedimental conforme os regramentos, entrega para o mundo jurídico uma resposta

ao problema social. Os dois elementos, obediência a regras e oferecimento de solução, fundem-se em um mesmo conteúdo: concretização do diálogo.

Concretizar o diálogo é atingir a sua completude, é esgotar todas as fases e buscar o desiderato pretendido. Por certo, o procedimento para esse alcance racional perpassa pelo enlace de uma decisão internacional ao caso nacional, por uma congregação entre sentido constitucional estrangeiro e o interno, pela união do contexto da Corte suprema emissora da jurisprudência com a conjuntura do tribunal máximo receptor do julgado.

Os efeitos do diálogo judicial completo diretamente convergente são densos e abalizados, bem mais profundos que as implicações jurídicas do diálogo incompleto. Muito embora nem todo diálogo completo detenha efetivamente o mesmo grau de decidibilidade, não se pode negar que possui poder de decisão. A sua utilidade é, portanto, praticamente incontestável.

Os fatores preponderantes para qualificação de um diálogo judicial como sendo mais decisivo do que outros depende da maior ou menor quantidade de elementos comuns entre as situações jurídicas. Como se refere a elementos comuns, por óbvio, já se denota que os dados em tese e abstratamente destacados em sua primeira fase já sofreram o transporte para a contextualização interna, na fase de correlação.

Quando essa ligação se processa, os elementos passam a ser comuns e não mais individuais, galgando solidez principalmente quando efetuada a quarta etapa do processo do diálogo, o seu desenvolvimento. Nesse momento é que a contextualização e a compatibilização conjuntural se concretiza, pois ocorre a comparação substancial, e não meramente formal entre as realidades sociais.

Assim, o grau de decidibilidade de um diálogo judicial completo faz a diferenciação entre si, demonstrando, mais um vez, que tal intercâmbio de comunicação entre Cortes não visa a unificação e petrificação de entendimentos, senão uma homogeneidade para proteção de direitos fundamentais, em uma espécie de procedimento “co-constitutivo” ou “sinérgico”, no qual Melissa Waters concebe o diálogo judicial como um procedimento capaz de “criar e

moldar normas legais internacionais e, por sua vez, garantir que essas normas moldem e informem normas nacionais”.⁴⁷⁸

Nesse sentido, pode-se aqui registrar que o processo do dialogismo judicial é um procedimento vinculado, racional e contextualizado. O seu caráter vinculado diz respeito não à obrigatoriedade do tribunal em iniciar o seu procedimento, mas, sim, uma vez aquiescendo em efetivar a permuta comunicativa, deve obedecer e se vincular a todas as instâncias de seu percurso. O diálogo é facultativo. A Corte decide se o realiza ou não. Em caso afirmativo, junta-se ao regramento quadripartite.

A sua natureza racional diz respeito à circulação de argumentos construídos mediante as diretrizes traçadas pela Constituição. A normatividade regrada ou principiológica das normas constitucionais são interpretadas mediante o caso concreto, sem atividade discricionária ou extrajurídica. O diálogo judicial é procedimento que, em desígnios largos, contribui para a canalização dos problemas. E para contingenciar essa relação seus critérios precisam ser objetivos, fechados.

Por fim, a sua índole contextualizada associa-se ao fato de viabilizar circuitos comunicativos e expandir a rede de conhecimentos jurídicos fundamentadores de respostas constitucionais. O estabelecimento de laços entre as normas constitucionais vivenciadas em conjunturas diversas necessita de adaptações e contextualizações para que haja incorporação entre suas realidades.

Mark Leeming estabelece que “a atribuição de significado pelos tribunais ao texto legal assemelha-se, assim, à declaração e desenvolvimento pelos tribunais do *common law*. O *common law* e o direito das leis aplicados pelos tribunais são, em grau significativo, produtos do mesmo processo legal inerentemente dinâmico”.⁴⁷⁹ Interessante notar que,

⁴⁷⁸ WATERS, Melissa A. "Mediating Norms and Identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law". In: **Georgetown Law Journal**. v. 93, n. 2, January 2005, pp. 487-574. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=794767>. Acesso em 05 out. 2019. Criadora da expressão “Diálogo Judicial Transnacional”, a professor Americana leciona: “*The relationship between international and domestic legal norms is more properly conceived of as a co-constitutive, or synergistic, relationship in which domestic courts worldwide are becoming active participants in the dynamic process of developing international law (...) Transnational judicial dialogue is the engine by which domestic courts collectively engage in the co-constitutive process of creating and shaping international legal norms and, in turn, ensuring that those norms shape and inform domestic norms*”.

⁴⁷⁹ LEEMING, Mark. “Theories and Principles Underlying the Development of the Common Law: the statutory elephant in the room”. In: **University of New South Wales Law Journal**. n. 40, v. 36 (3). 2013. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2013/40.html>. Acesso em 13 jun. 2019. p. 1024. “*The attribution of meaning by courts to the statutory text in this way resembles the declaration and development by*

independentemente de qual sistema jurídico as Cortes supremas adotem, a relação de texto e contexto é dinâmica. Tal dinamicidade é característica típica de um processo dialogal completo.

Quando o processo do dialogismo judicial promove a completude convergente direta, rendendo-se ordenadamente a todas as suas fases e alinhando-se à realidade, em outros termos, está praticando a união do texto ao contexto, a aderência do programa normativo ao âmbito normativo de Müller. A aproximação de aspectos culturais com a orientação constitucional escrita se torna concreta. A Constituição real se torna arrimada pela Constituição escrita de Hesse.

O diálogo não passa, nesse pensamento, a ser somente um argumento supletivo e de complementação, mas pode ser entendido também como decisivo para a solução do caso concreto. A convergência direta é o imperioso afinamento entre ordens jurídico-constitucionais diferentes e sintonizadas entre si por elementos contextuais vultosos, com a presença de um sistema único de fundamentação. É como se as duas ordens constitucionais se fundissem em prol da norma dialogada.

Portanto, nesses termos, a resposta alcançada com a completude do diálogo se confunde com a criação do direito ao caso concreto e sua implicação jurídica ganha incisiva relevância constitucional, já que a partir do processo do dialogismo judicial a Corte suprema está criando a própria norma do caso concreto. O diálogo completo diretamente convergente, portanto, é a norma dialogada, é o direito criado por meio de um processo de concretização.

5.6 Notas Conclusivas

A parte final do trabalho foi inteiramente dedicada à sistematização da comunicação entre magistrados constitucionais. Não se pretendeu neste espaço da arena constitucional erigir uma teorização, mas tão somente uma tentativa de organização reflexiva, a fim de contribuir para um novo olhar acerca dos diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais.

Entendeu-se que o estudo formal da vocalização entre Cortes, de maneira apenas teórica, não conduz o intérprete constitucional a resultados pragmaticamente satisfatórios, haja vista a necessidade de estabelecer proposições procedimentais a fim de exprimir a maneira como um diálogo judicial entre órgãos judiciais supremos merece ser efetivado.

Nesse sentido, o procedimento de concretização das influências jurisprudenciais provenientes de sistemas constitucionais distintos, não obstante ser delineado mediante a obediência de fases e etapas, formando um circuito constitucional, baseou-se, acima de tudo, no estudo comparativista entre conjunturas constitucionais. Para isso, utilizou-se do pensamento haberleniano da comparação como quinto método interpretativo.

Assim, foi mencionado, com suporte doutrinário em Friedrich Müller e Mikhail Bakhtin, o processo do dialogismo judicial como o conjunto de etapas e estágios a serem gradualmente obedecidos pelos juízes constitucionais durante a efetivação do diálogo, destacando-se as fases da identificação, da correlação, da aplicação e do desenvolvimento, as quais geram, respectivamente, os níveis imaginário, comparado, recepcionado e interpretado.

No entanto, verificou-se que cada fase do diálogo deve ser cumprida de *per si*, e a dinâmica na sua execução proporciona implicações para o mundo jurídico. A depender de anormalidades durante a instrumentalização de suas fases, algumas novas modalidades de diálogos podem ser criadas, cada uma com repercussão na atividade interpretativa. Essas duas assimetrias são: o “salto” de uma ou mais fases e a “desordem” no cumprimento regular do procedimento. O primeiro pode levar a um processo deficitário e produz o efeito *jump*. O segundo se refere a um processo desordenado, embaralhado, e induz o efeito *jumble*.

O efeito relacionado ao transpasse das fases do processo do diálogo pode produzir os diálogos incompletos, enquanto o efeito de desordem no cumprimento de suas etapas podem propiciar os diálogos completos. Foi narrado que as conversações incompletas podem ser provocada e espontânea e que os diálogos incompletos provocados podem se subdividir em anômalo, acidental e casual. Quanto às vocalizações completas, estas podem instituir diálogos diretamente convergente, indiretamente convergente e divergente.

Ainda no estudo de fases do diálogo, foi definida a etapa da aplicação como o requisito para a consumação da comunicação entre os juízes constitucionais. A vocalização entre Cortes só se instaura quando a terceira etapa, da aplicação, é concretizada, que

corresponde ao grau do diálogo recepcionado. Tal fato pode gerar a incidência do possível diálogo inexistente, que, não obstante não ser uma modalidade comunicativa, possui efeitos jurídicos no processo do dialogismo, como exemplo o efeito transcendental da decisão dialogada, ocasionada pela “liberação constitucional” ou *constitutional release*.

Por fim, foi referenciado que os diálogos completos produzem no sistema jurídico alguns arranjos constitucionais, a saber: o divergente como inadaptação do direito comparado, o indiretamente convergente como complemento da norma dialogada e o diretamente convergente como criação do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que a modernidade é um período de tempo decalcado por realidades distintas, mas interpenetradas entre si, não é uma informação com perspectiva original, assim como não se reveste de ineditismo entendê-la como manifestação instável entre extensão e ruptura da mundividência humana.

A volubilidade no modo de distinguir avanços e retrocessos interliga-se de maneira versátil com as possibilidades da cosmovisão. Na verdade, inverter o sentido que já desponta imanentemente inverso é o que caracteriza o anacronismo moderno. Nesse tom, nascer nem sempre pode ser entendido como uma extensão de uma situação, bem como morrer nem sempre adere significado de ruptura de um momento. O início desta obra evidenciou tal premissa.

Tudo depende da maneira como se referenciam os acontecimentos. Tudo se pende para uma gestão na forma da interação relacional. O relativismo, principalmente no contexto em que o conjunto ordenado de concepções intuitivas é marcado e pressionado pela globalização, noticia que o esforço vale o infortúnio se a visão não se diminui, que as conquistas são relevantes quando o eu não se inferioriza, então, “não me venham com conclusões! A única conclusão é morrer”⁴⁸⁰.

Mas e se o perecimento produzir o surgimento? E se a ruptura ceder espaço para a extensividade de acontecimentos outros? A globalização, como visto, ensinou o efeito anfibológico. A ambivalência de sua essência constrói e destrói estações, planos, paradigmas. A modernidade se finda com a sua autoimagem e ressurgue em novos tons, com mutabilidades e gerando expectativas. Afinal, o que menos nela existe é a certeza da convergência, o que dirá a convergência da certeza. O certo, hoje, é a existência de verdades flexíveis que transitam provisoriamente em uma circunstância espacial.⁴⁸¹

Vulnerabilidade e fragilização são microssistemas que divagam entre as visões de mundo e o mundo de visões. Com a ambiguidade latente da globalização, Fernando Pessoa

⁴⁸⁰ O trecho faz parte do poema “Lisbon Revisited”, de autoria atribuída ao poeta lusitano Fernando Pessoa, publicado em 1923.

⁴⁸¹ FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. p. 32. “Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua centralidade quanto sua exclusividade”.

parece ter certa razão, se suas palavras fossem intuitivas de significado reflexivo. Pra que construir um fenecimento se a única certeza é o início de tantas outras novas probabilidades?

Neste texto, observou-se que os fluxos globais avançam conforme a soberania estatal se desgasta. À medida que se aprimoram aparatos tecnológicos propulsores de velocidade informativa, o Estado pressente seu desarrimo a tais sofisticações da modernidade. Nessa toada, sutil ou não, inicia um processo de submersão em um contexto de dependência aos mercados globais, a ponto de gerar a abertura de portas a entradas de influências privadas, restringindo sua margem isolada de determinação.

O espaço público na sociedade complexa se transformou. A depender do referencial utilizado, para uns, houve emersão, para outros, imersão. Mas o ponto chave dessa espécie de metamorfose do poder não é a caracterização da crise do Estado nem o alavanco dos grandes grupos econômicos. O declínio estatal já havia sido ventilado quando a divergência da mundialização bateu à sua porta. Da mesma forma, o crescimento da lógica lucrativa mercadológica havia sido desenhada com o vetusto desenvolvimento global.

O mote desse cenário desloca-se para o contingenciamento das trincheiras de poder, do espaço estratégico. Diante de tamanho entrelaçamento de forças, controlar déficits democráticos na arena política global para evitar desequilíbrios sociais e políticos consagrou-se como a tônica no exercício do poder, ainda mais quando a fragmentação da esfera pública mostrou-se pulverizada por regramentos globais e objetos normativos tendentes a regulamentar comportamentos, relações jurídicas e possivelmente praticar uma estatalidade aberta e regulada.

Essa tarefa de tensão compartilhada entre atores globais com concepções desuniformes entre si provocou vicissitudes nas bases do constitucionalismo. O volume desenfreado de informações atropelou suas raízes. A era dourada do processo constitucional começou a perder seu brilho. O constitucionalismo antagônico apresentou-se no momento em que suas conquistas ressoavam com altivez, mas as infiltrações paulatinas na constelação oscilaram o pluralismo implementado, causando inflexões na racionalização, controle e civilidade do poder.⁴⁸²

⁴⁸² CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “A Interação entre Democracia e Direitos no Constitucionalismo e sua Projeção Supranacional e Global”. In: **Revista de Direito Público**. DPU. v. 09, n. 49, jan-fev 2013. p. 215. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1546>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

A consecução da unicidade finalística intrínseca ao processo constitucional dinamizado pelos contextos do espaço estratégico exigiram novos elementos constitutivos para que o constitucionalismo pudesse cumprir seus desideratos. As formas enredadas de poder na arena política, o grande avanço da tecnologia no espaço público e o transpasse de conflitos sociais homogêneos para paradoxos globais heterogêneos desenvolveram um meticuloso aumento na troca de informações e uma vulnerabilidade mais intensa aos direitos fundamentais.

A acomodação de forças e a oscilação dos espaços direcionadores de poder agravaram as crises econômica e democrática vivenciadas na modernidade. As inovações tecnológicas fruto da mundialização proporcionam involuções democráticas em procedimentos participativos historicamente conquistados pelas civilizações, sendo atualmente manifestações perigosas ao pluralismo. O avanço das informações das redes sociais e a proliferação de notícias inverídicas por meio da internet são exemplos do desafio versado pelo constitucionalismo da atual quadra secular.

Nesse contexto, os direitos fundamentais têm se fragilizado de maneira exponencial. Enquanto os protagonistas mundiais convergiram para o controle do poder, os direitos fundamentais recaíram para a sua exposição delicada. O desrespeito ao núcleo de fundamentalidade de tais direitos vulcanizou o engajamento no oferecimento de respostas constitucionais aos impasses complexos. A tentativa de buscar novos caminhos para equilibrar os conflitos globais desfronterou a comunicação jurídica entre os Tribunais.

Conjuntamente com a globalização, o direito constitucional foi atingido e continua a perpassar por instabilidades. Ainda que mais pressentida como um movimento de dentro para fora, de maneira interna e com reflexos manifestos para além de seus contornos constituídos, o direito constitucional também recebe influências deletérias e benéficas de fora para dentro, haja vista que ao redor do mundo os direitos fundamentais são similares, com um grupo homogêneo de bens jurídicos e que necessita de solidificação mais acentuada em meio às inconstâncias contemporâneas.

Os pré-compromissos democráticos se aproximaram ao redor do globo. Os agentes públicos encarregados de solucionar paradoxos, mediante racionalidades jurídicas fulcradas na Constituição, estão por usufruir de experiências contextualizadas. A “conversação” entre Tribunais viralizou e está cada vez mais rotineira. Referências a julgados estrangeiros em

decisões nacionais têm despontado em um movimento de polinização de informações, encontrando solos para fertilizações de soluções constitucionais.

E como exímios guardiões das Constituições, protetores de direitos fundamentais e reforços para manutenção da ordem constitucional, os Tribunais Supremos possuem papel proeminente nessa cooperação de racionalizar e controlar o poder, promovendo diálogos judiciais horizontais. Eis o motivo pelo qual o diálogo aqui estudado deve ser entendido não como mero resultado dos avanços da era tecnológica, mas como amadurecimento do constitucionalismo contemporâneo após o período revolucionário do século passado, que culminou nas construções das Constituições normativas.

O diálogo judicial entre Cortes Constitucionais, como grata reação do constitucionalismo do século XXI, possui particularidades e detalhamentos diferenciados. Nesse sentido, fez-se necessário analisar a metodologia dessas comunicações, relatando, dentre outros aspectos, as suas principais características, definindo as suas hipóteses de incidência, abordando as finalidades convergentes para assuntos tipicamente relacionados à defesa do sistema constitucional e, principalmente, destacando um analítico esboço sobre os pressupostos desse tipo de diálogo, de maneira a demonstrar os contributos da teoria constitucional para edificação dessa comunicação.

Assim, constatou-se que o intercâmbio jurisprudencial entre órgãos judiciais de mesmo nível de atuação formal e material produz um diálogo distinto do habitualmente vivenciado pelos tribunais em contexto de supranacionalidade, que possuem relações basicamente não equivalentes ou não paralelas. Sustentou-se que a integração discursiva entre as Cortes Supremas robustece os direitos fundamentais na jurisdição constitucional, bem como vivifica o controle constitucional do poder, principalmente por ser um diálogo de matiz facultativa.

A prática não obrigatória reflexiona um valor inestimável da postura intencional da Corte em solucionar os paradoxos globais ou pelo menos exercer uma atitude gestora de seus efeitos, integralizando entendimentos, mas não no sentido de unificar decisões, e sim de convergir os direitos fundamentais à sua homogeneidade, solidificando o bloco de fundamentalidade desses bens jurídicos.

Com essas atitudes conformadoras, os diálogos se desprendem do paroquialismo

tradicional e adentram na dinamicidade das relações modernas, sofisticando a forma de conceder a resposta constitucional para os conflitos multiníveis, sendo considerados eficazes procedimentos para a limitação do âmbito de atuação dos princípios constitucionais.

Como os impasses globais configuram paradoxos de soluções geralmente cadenciadas por normas principiológicas, o diálogo demonstrou a utilidade de demarcação fundamentadora, para que as decisões judiciais não se perdessem no limbo da abstratividade, que mais desprotegeriam os direitos fundamentais que propriamente materializariam a sua proteção. Destacou-se, além disso, a sua atuação para legitimar as condutas contramajoritárias, típicas de tribunais constitucionais, principalmente para conter eventuais ativismos e substituí-los por condutas proativas arrimadas no texto da Constituição de maneira concreta.

Para conceder sustentabilidade ao trabalho e preparar as bases de seu desenvolvimento, delineou-se quatro pressupostos explicativos extraídos da teoria constitucional, de maneira a responder a indagação de qual fundamentação teórica os diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais provêm ou, em termos mais objetivos, qual o substrato teórico que impulsiona as vocalizações a serem fortes instrumentos de fundamentação de respostas constitucionais e até que ponto podem ser considerados como criação da norma do caso concreto.

Tendo como base tais considerações, o trabalho demonstrou que o constitucionalismo é a primeira premissa teórica que embasa o intercâmbio jurisprudencial. Mas não na sua concepção classicista fulcrado nas conquistas pretéritas nem tampouco idealizado em objetivos distantes. O constitucionalismo foi retratado como um processo aberto, em transição, em que imposições de modelos são quebrantadas pela despadronização da sociedade moderna.

O debate constitucional está em movimento. Sua ascensão é meta em meio a crise perpetrada após sua era sintilante. O espaço estratégico é recheado de verdades transitórias e, por isso, podem ter acomodações contextuais entre ordens constitucionais diferentes, aumentando suas conversações e se inspirando mutuamente na formulação de soluções aos casos contemporâneos.

A hermenêutica constitucional, por sua vez, concede os instrumentos para categorizar as comunicações entre os tribunais. O estabelecimento de princípios enquanto *topos* argumentativos recebe limitação por meio do diálogo, de maneira que o acoplamento entre conjunturas seja perpetrado em consonância com os dados obtidos no caso concreto. Como

visto, a conversação pretoriana estreita as arestas principiológicas e concede objetividade para tais normas. Essas balizas interpretativas refinam a busca da solução jurídica e garantem a imperatividade e a vontade de Constituição.

Esta é a razão pela qual a hermenêutica constitucional é pressuposto do diálogo, e não o contrário, como se consequência fosse da atuação discursiva. Se a conclusão do estudo fosse no sentido de compreender tais ensinamentos como implicações, a força normativa da Constituição seria alegórica, não haveria imperatividade e se deslocaria mais ainda para a periferia do mundo jurídico. Logo, a hermenêutica constitucional é um bônus interpretativo e não ônus para o sistema jurídico.

A análise do diálogo judicial posiciona a Constituição para o centro normativo e lhe dá sustentabilidade, haja vista que por meio dela as falas jurídicas são justificadas e praticadas. A sua força normativa não se perdeu, apenas poderia não estar sendo executada a contento, talvez por faltar a vontade hesseniana da própria Constituição ou por não entendê-la como reflexo e refletor de uma sociedade pluralista e democrática.

Por isso que a análise deste trabalho reforça o caráter convergente da Constituição e não a recuperação de sua força normativa como garantidora de direitos fundamentais. Os diálogos judiciais não resgatam essa finalidade, simplesmente, qualificam esse escopo, determinando orientações e limitações interpretativas e, dessa maneira, fortificam o caráter imperativo constitucional. Para analisar essas influências entre Tribunais Supremos, a força normativa da Constituição é antecessora e não consequência das permutas jurisprudenciais. É pressuposto imprescindível e não um resultado de tal atividade.

Nessa esteira de pensamento, constatou-se que a adaptação de contextos é o elemento-chave para que o processo concretista de união do programa ao âmbito normativo de Müller seja a transposição teórica para a práxis constitucional. Ao longo do trabalho verificou-se que a decisão estrangeira, abstratamente considerada, é caracterizada como programa normativo e que necessita de novas avaliações para se adaptar a contextos internos, e, em caso positivo, qualificar-se como âmbito normativo. Este alcança efetividade quando a união de conjunturas é abalizada pelo método comparativo de Häberle, passando a sugerir um processo coerente de concretização, o nascimento da norma, a criação do direito.

O que dirá da hermenêutica constitucional sem ovacionar os ideias de Gadamer?

Ainda que jungidos pela hermenêutica filosófica construtivista, sua relação e ponto comum com a hermenêutica jurídica nasceu, como analisado, no bojo de um impasse, de um problema ou, como Wiethölter e Teubner ensinaram, de um paradoxo. As revisitações a processos que se transformam entre o obsoleto e a inovação ocorrem de maneira integrada, direcionada à solução de um caso concreto global.

O diálogo judicial, para ser difusor de entendimentos jurídicos na proteção a direitos fundamentais, precisa coadunar os Tribunais Supremos a agirem conforme a sua natureza, a sua imanente postura, a contramajoritariedade. A Corte Suprema é dotada, segundo Dahl, de fisionomia jurídica e política, e sua natureza intersecta limítrofes sutis entre atuação garantidora de direitos minoritários e atitudes tangencialmente majoritárias.

O estudo deste trabalho provocou reflexões sobre a necessidade dos órgãos judiciais constitucionais assumirem o seu natural modo contramajoritário de ser. Quer seja no sistema articulado de Waldron ou no parlamentarismo restrito de Ackerman, ou mesmo no viés conservador mais finalizado que procedimentalizado por Montesquieu, a Corte Constitucional precisa ser o ponto equacionador e limitador das incursões de outras funcionalidades estatais.

Sua maior evidenciação surge quando circunstâncias costumam entrelaçar aspectos jurídicos e políticos, atingindo patamar quase confundível com o “conceito angonal da política”.⁴⁸³ E nessa prosa, talvez política, quiçá jurídica, o tribunal constitucional apresente mutabilidade semântica. O diálogo judicial, nesse posto, atua como contraste revelador do que é político e jurídico, restringindo atuações subjetivas e sugerindo disposições objetivas de determinação jurídica.

O desenvolvimento de uma base comunicativa possui sentido quando a Corte assume sua função habitual equalizadora das forças constituídas, não desestabilizando as funcionalidades estatais com atitudes ativistas a pretexto de resguardar direitos fundamentais, mas catalisando os avanços não democráticos de outros aparatos públicos. O diálogo judicial demonstra que conduta proativa para o alcance da tutela da fundamentalidade dos direitos se

⁴⁸³ FRANKENBERG, Günter. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 03-04, 22-26. Para o teórico alemão, “a concepção angonal está fincada na inclusão, cultura de conflito como situação cerceada de contradisputa crônica que sempre, novamente, fomenta interesses antagônicos e cosmovisões contraditórias, compreende a ideia do outro. A partir da concorrência, do debate, da participação política e da deliberação pública – resumindo, por meio de lutas políticas com resultado incerto – todos os membros da sociedade civil devem ser inseridos no conflito constante ou, se assim se quer, integrados em uma prática democrática de conflito” (p. 23).

difere de atitudes ativistas para atingimento do resguardo da ordem constitucional.

Essa zona de impacto tem estribo na própria Constituição. O propulsor de tais condutas é a racionalidade jurídica e não argumentos dotados de sentimentalidade interpretativa. Aqui, o diálogo expõe nova utilidade: restringência a alegorias discricionárias e respeitabilidade ao texto constitucional. O Judiciário deve se preocupar com o senso da Constituição, e não do povo. A independência da Corte ocorre quando as normas constitucionais são privilegiadas segundo indicativos jurídicos. O diálogo tem essa utilidade de contribuir com a solução do caso complexo, seja complementando ou sendo decisivo, e não propriamente para dar um vetor de independência ao tribunal.

Como último pressuposto do diálogo judicial noticiou-se a improbabilidade de criação da Constituição global. E ainda bem que tal fato é, ainda, improvável. O que dizer de um regramento único lançando pré-compromissos para civilizações tão distintas entre si, cada uma com seus interiores e exteriores modos de ver, sentir e agir? O multiculturalismo não comporta reducionismos estruturados por ser um conjunto de elementos autóctones de um povo, a sua própria história, o seu jeito.

Na mesma linha de pensamento, como imaginar uma Constituição mundial quando um dos maiores progressos da humanidade foi alargar a participação social e os discursos pluralistas? Os canais de comunicação ainda estão sendo discutidos e ampliados e isso é possível devido à multiplicidade de visões, às quantidades qualitativas das cosmovisões relatadas no início dessas derradeiras considerações. O diálogo é instrumento de tutela dessa possibilidade participativa, bem como viabilizador da homogeneidade, e não unicidade, de sintonias constitucionais espalhadas ao redor do mundo.

A parte final dessa obra foi inteiramente dedicada ao estudo prático das conversações entre juízes constitucionais. Com preocupação não apenas em aspectos teóricos, metodológicos, bases que legitimam a tomada de discursos intercambiais entre Cortes Supremas, pretendeu-se ofertar sugestões de como proceder a um diálogo judicial entre tribunais constitucionais. Como aproximar contextos ou viabilizar a aposição de julgados oriundos de Cortes Constitucionais de outros países que vivem em conjunturas distintas?

Dedicou-se a seção final do texto a um trabalho propositivo, não com o intuito de criar aspectos teóricos novos, que poderiam burocratizar o estudo comunicativo ao invés de

facilitar sua prática, mas, sim, de aconselhar uma sistematização baseada no arcabouço técnico relatado quanto aos pressupostos das difusões jurisprudenciais constitucionais, acreditando nas palavras de Melissa Waters, para quem “o futuro do diálogo dependerá da capacidade dos tribunais de legitimar, aos olhos do público doméstico, seus papéis emergentes como atores transnacionais”⁴⁸⁴.

Essa procedimentalização do diálogo judicial, conforme analisada, recomenda a utilização de quatro fases a serem cumpridas de maneira progressiva, uma a uma, iniciando com a identificação dos elementos da decisão internacional, perpassando pela correlação desses dados com o contexto interno, apondo a decisão paradigma ou seu resumo, na forma original, e findando com o desenvolvimento das razões pelas quais a decisão exterior é útil ou necessária para a resposta constitucional da Corte receptora da jurisprudência.

Esse procedimento segmentado chamado de processo do dialogismo judicial instaurou quatro estágios discursivos, níveis conformadores à práxis comunicativa, como os diálogos em perspectiva (nível imaginário), os diálogos transitivos ou pré-diálogos (nível comparado), os diálogos incompletos (nível recepcionado) e os diálogos completos (nível interpretado).

No entanto, na atividade interpretativa, o tribunal constitucional, em razão da dificuldade de limitar fatos e dados semelhantes de contextos formadores diversos, pode cometer algumas inconsistências no modo de seguir as etapas do processo dialogal. Mesmo sem intenção, podem ocorrer transpasses ou desordens nas fases do diálogo, o que ocasiona, como se relatou, a incidência de novas subespécies de comunicação.

Essa diversidade iterativa, na prática de emissão e recepção de jurisprudências, recheia o processo constitucional de possibilidades benéficas e não tão salutares assim, razão pela qual surge a necessidade de encarar o processo do dialogismo judicial como um conjunto de quatro microssistemas, que precisam ser analisados passo a passo, a ponto de verificar com mais rigor a compatibilidade de contextos e de conjunturas entre as Cortes Supremas.

Diante dessas considerações, conclui-se que os diálogos são ferramentais que o

⁴⁸⁴ WATERS, Melissa A. "The Future of Transnational Judicial Dialogue". In: **American Society of International Law Proceedings**. v. 104, 2010, p. 468. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/proceedings-of-the-asil-annual-meeting/article/future-of-transnational-judicial-dialogue/AB997422E70CDB78C9484E7DD31D0887>>. Acesso em 05 out. 2019. “*The future of dialogue will depend upon courts' ability to legitimize, in the eyes of domestic audiences, their emerging roles as transnational actors*”.

constitucionalismo contemporâneo apresenta como formas de proteção dos direitos fundamentais e redução da margem de discricionariedade do intérprete constitucional. A autorreflexão de novos instrumentos para o constitucionalismo se reveste de bases sólidas calcadas na busca da democratização de espaços de decisão, participação política mais eficiente e inserção de conversações entre magistrados constitucionais.

A promessa constitucional formadora da legitimação das Cortes Constitucionais possui no diálogo maneiras diferentes de encarar as cosmovisões jurídicas, fazendo compenetrar o constitucionalismo contemporâneo nas estradas desapegadas do territorialismo, transmitindo uma nova forma de entender o significado de localidade. No mundo moderno, unidade e nacionalismo se projetam para compartilhamentos participativos no espaço global, sem descaracterizar tradições regionais, procedimentos civilizatórios específicos e aculturamentos nativos.

A visão do diálogo judicial na modernidade guarda sintonia com a atitude transnacional de proteção a direitos e com o modo transfronteiriço de participação jurídico-social, sem descuidar dos particularismos e respeitabilidade aos contextos culturais e internos de cada ordem constitucional. Logo, tomando emprestadas as efigies criadas por David Goodhart, a conversação entre Cortes Constitucionais privilegia a ideia de grupos *Anywhere*, mas não desconsidera os *Somewhere*.⁴⁸⁵

Esta premissa concretizadora de direitos, umbilicalmente ligada ao sentido de um constitucionalismo dialogável, pode não ser infundável, mesmo que tal possibilidade não seja vista com o olhar feliz do constitucionalismo. Se por um lado a globalização foi propulsora de uma avalanche de informações, contribuindo para o pluralismo de concepções, para a criação de regulamentações de toda sorte, com previsões abstratas em vários setores estatais, fomentando um campo de atuação vasto para que as Cortes Constitucionais pudessem dialogar entre si e com isso condensar melhores proteções a direitos fundamentais, de outro, a

⁴⁸⁵ GOODHART, David. **The Road to Somewhere**: the populist revolt and the future of politics. London: Hurst & Company, 2017. p. 04. Goodhart, ao escrever a situação do cidadãos ingleses com o sentimento de integração na União Europeia e suas implicações com o Brexit, rotulou dois grandes grupos populares como sendo cidadãos *Somewhere* e cidadãos *Anywhere*. Os primeiros, enraizados no nacionalismo, na noção de nação como espaço de convivência, adeptos da identidade local, da língua e costumes. Os segundos, pertencentes ao espaço global, que optam pela vida sem fronteiras, que não possuem apego à territorialidade e se caracterizam pelo cosmopolitismo. Não obstante a segregação nesses dois patamares, David Goodhart enfatiza zonas de contato entre eles, ao afirmar que “*we all have a mix of achieved and ascribed identities (...). Even the most cosmopolitan and mobile members of the Anywhere group retain some connection with their roots*”. Em tradução livre, “*todos nós temos uma mistura de identidades alcançadas e atribuídas (...). Até os membros mais cosmopolitas e móveis do grupo Anywhere mantêm alguma conexão com suas raízes*”.

humanidade pode caminhar para sentido contrário, caso o movimento contemporâneo esteja gradualmente se inclinando em uma nefasta direção descendente, que não se espera.

No entanto, discretos rumores doutrinários já iniciam suas precursões acerca de uma intenção em desfavor da mundialização. A desatomização mundial, talvez com certa debilidade, tem se aglutinado a vozes que vislumbram estar a sociedade moderna adentrando na marcha para movimento antiglobalizante. Nesse ponto, pode-se até concordar com Giroux que os pensamentos reversos “não ofereçam uma política com garantias, podem criar um novo discurso de política e esperança, ao mesmo tempo em que liberam as energias necessárias para combinar uma forte hostilidade à existência de sofrimento e exploração humanos”⁴⁸⁶.

O processo de transformação multidimensional e multinível de organização espacial e redes de expansão pode ter a tendência de adentrar em um processo unidimensional e de crescimento único de poder, só não se sabe quando. Essa tendência temporalmente imprecisa tem considerado como noção mais ampla de justiça global as questões éticas “colocadas pela polarização global de riqueza, renda e poder, e com elas as enormes assimetrias de chances de vida”⁴⁸⁷.

A incerteza da Constituição global pode ser incidental, não obstante serem relevantes para o constitucionalismo planetário a existência de constituições democráticas nacionais. A modernidade pode caminhar para um sentido unificador e apresentar a homogeneidade jurídico-social como um trunfo da contemporaneidade da sua época, contra a atual vontade civilizatória. Se o ciclo da história levará a esse fecho é algo ainda intangível. Por ora, a torcida é de contenção de tal marcha. Mas, em não sendo, a volta do possível Estado unitário seria a implicação de um movimento antimundialização? Quem controlaria o controlador? O

⁴⁸⁶ GIROUX, Henry A. **The Abandoned Generation**: democracy beyond the culture of fear. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 69. “Such projects and interventions, while not offering a politics with guarantees, can create a new discourse of politics and hope while simultaneously unleashing the energies necessary to combine a strong hostility to the existence of human suffering and exploitation (...). Instances of such movements, as I have noted throughout this book, can be glimpsed in the antiglobalization protests that have taken place all over the globe”.

⁴⁸⁷ HELD, David; BARNETT, Anthony; HENDERSON, Casper. **Debating Globalization**. Cambridge: Polity Press, 2005. p. 20. “(...) a vision of a global society, informed by civil liberties and human rights, that carries with it the shared obligations and responsibilities of common, collaborative citizenship (...)”. Para aprofundamento, Cf. HELD, David. *Cosmopolitanism: ideals and realities*. Cambridge: Polity Press, 2010.

constitucionalismo do século XXI estará se transformando no constitucionalismo cosmopolita?⁴⁸⁸

Referidas indagações podem colocar em risco a visão “de uma sociedade global, informada pelas liberdades civis e pelos direitos humanos, que traz consigo as obrigações e responsabilidades compartilhadas da cidadania comum e colaborativa”⁴⁸⁹ Tais fatores podem levar à prévia crítica sobre em qual lugar chegará o pensamento abordado nesse estudo se a eventual centralização do discurso retirar a possibilidade de convívio mútuo entre racionalidades diferentes. Essa tentativa de estabelecimento do pluralismo democrático estaria fadada, então, a se desmanchar perante a ausência ou restrição de diálogos judiciais.

São essas e outras cogitações que fazem da modernidade um gáudio e preocupante momento. Ante retóricas teoricamente não convergentes modeladas com as comunicações judiciais difusas, pode-se concordar com Lassalle que os escritos aqui pormenorizados poderão ser comparáveis a “folhas de papel”, mas com a certeza de que, um dia, entregaram à sociedade global possibilidades emancipatórias de organização, sendo, portanto, um ponto de partida para novas cronografias e perspectivas. Afinal, “devemos fazer todo o possível para manter o constitucionalismo atraente”.⁴⁹⁰ A história continua...

⁴⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. pp. 187-209 Sunstein aborda a temática do livro em três partes, tradicionalismo, populismo e cosmopolitismo.

⁴⁸⁹ BHABHA, Homi. “A Narrative of Divided Civilizations”. In: **The Chronicle Review**. September 28, 2001. Disponível em: <<https://www.chronicle.com/article/A-Narrative-of-Divided/19664>> . Acesso em 21. Jun. 2019. “(...) *a vision of a global society, informed by civil liberties and human rights, that carries with it the shared obligations and responsibilities of common, collaborative citizenship* (...)”

⁴⁹⁰ HÄBERLE, Peter. “El Constitucionalismo como Proyecto Científico”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 29, año 15, 2018. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionariedade Administrativa e Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ACKERMAN, Bruce. **La Nueva División de Poderes**. n. II. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

_____. “The New Separation of Powers” *In: Harvard Law Review*. v. 113, n. 03, 2000. pp. 633-725. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2019.

_____. “The Rise of World Constitutionalism”. *In: Virginia Law Review*. Charlottesville/VA: Virginia Law Review Association. v. 83. n. 04, 1997. pp. 771-797. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1073748?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 15 jul. 2019.

AHDIEH, Robert. B. “Between Dialogue and Decree: international review of national courts”. *In: New York University Law Review (N.Y.U.L.R.)*. v.79:2029, 2004. Disponível em:<<https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2210&context=facscholar>>. Acesso em 13 mai. 2019.

ALEXANDER, Larry, SOLUM, Lawrence. “Popular? Constitutionalism?”. *In: Harvard Law Review*. v. 118, 2004-2005. pp. 1594-1640. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=692224>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALFORD, Roger P. “Misusing International Sources to Interpret the Constitution”. *In: The American Journal of International Law*. v. 98, 2004, pp. 57-69. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/565>. Acesso em 16 out. 2019.

ALLARD, Jullie, GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Lisboa: Editora do Instituto Piaget. 2005.

AMAR, Akhil Reed. “Plessy v. Ferguson and the Anti-Canon”. *In: Pepperdine Law Review*. Faculty Scholarship Series. 3706. v. 39, 2011, pp. 75-90. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3706. Acesso em 24 out. 2019.

ANDERS, Günther. **L’Obsolescence de l’homme**. Sur l’âme à l’époque de la deuxième révolution industrielle. Tradução de Christophe David. Paris: Éditions Ivrea, 2002.

ANDERS, Günther; EATHERLY, C. R. **Burning Conscience**: the Case of the Hiroshima Pilot, Claude Eatherly, Told in His Letters to Günther Anders. New York: Monthly Review Press, 1962.

ARENDT, Hannah. **A Dignidade da Política**: ensaios e conferências. Trad. Antonio Abranches. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

_____. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. Grupo Companhia das Letras, 1999

_____. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. I. 5, 1225a e 1254b e I. 6, 1255a.

ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina. “Compensatory Constitutionalisation: a comparative perspective”. *In: Global Society*. v. 22, issue 2, 2008. pp. 179-196. DOI: 10.1080/13600820801887157. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600820801887157?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em 03 set. 2019.

AUSTIN, John L. **How to do Things with words**. New York: Oxford University Press, 1962.

BABER, Walter F. “Administrative Law and Discursive Democracy: Toward a Comparative Perspective”. *In: International Journal of Public Administration*. v. 34,

special issue articles, part two, 2011. pp. 97-103. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/figure/10.1080/01900692.2011.536090?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em 23 out. 2019.

BAKHTIN, Mikhail. **O Problema do Texto na Linguística, na Filologia e em outras Ciências Humanas**. Estética da criação verbal. Trad. Paulo Bezerra. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. **Las Funciones no Jurisdiccionales de los Jueces en Garantía de Derechos**. Madrid: Civitas, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais”. *In: Revista Direito & Práxis*. vol. 9, n. 4, 2018, Rio de Janeiro, DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806, ISSN: 2179-8966. pp. 2171-2228.

BAUDENBACHER, Carl. “Judicial Globalization: new development or old wine in new bottles?”. *In: Texas International Law Journal*. v. 38, parte 3, 2003. pp. 505-526. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/36385843_Judicial_Globalization_New_Development_or_Old_Wine_in_New_Bottles>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Vida para o Consumo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2008.

BELL, John. “Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe”. *In: BEATSON, Jack & TRIDIMAS, Takis. New Directions in European Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 1998. pp. 147-167.

_____. “The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments”. *In: Utrecht Law Review*. v. 08, Issue 2, May 2012, pp. 08-19. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org>>. Acesso em 08 out. 2019.

_____. “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”. *In: Duke Journal of Comparative & International Law*. v. 21, n. 02, 2011. pp. 431-460.

Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol21/iss2/5>>. Acesso em 08 out. 2019.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENTELE, Ursula. "Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law". In: **Georgia Journal of International and Comparative Law**. v. 37, n. 02, 2009. pp. 219-265. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5326/ffe09e8ee24fe6340d4157878bcab9909458.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BERLIN, Isaiah. "Ainda existe a teoria política?". In: HARDY, H; HAUSHEER, R. (Org). **Isaiah Berlin**: Estudos sobre a Humanidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BESSON, Samantha. "Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism and Democracy". In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Org.). **Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 381-407.

BHABHA, Homi. "A Narrative of Divided Civilizations". In: **The Chronicle Review**. September 28, 2001. Disponível em: <<https://www.chronicle.com/article/A-Narrative-of-Divided/19664>> . Acesso em 21. Jun. 2019.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the supreme court at the bar of politics. Indianapolis; New York: The Bobbs-Merrill Company Inc, 1962.

BLOCH, Ernst. **O Princípio Esperança**. Trad. Nélcio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto; 2005.

BOBEK, Michal. **Comparative Reasoning in European Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BODANSKY, Daniel. “Is There an International Environmental Constitution?”. *In: Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 16, issue 2, article 8. 2009. pp. 565-584. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/8>. Acesso em 29 out. 2019.

BOGDANDY, Armin von. “Founding Principles of EU Law: a theoretical and doctrinal sketch”. *In: Revus*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava. Trad. Temeljna načela prava Unije, v. 12, 2010, pp. 35-56. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/131>. Acesso em: 09 out. 2019.

BORK, Robert H. **Coercing Virtue: the worldwide rule of judges**. Washington: AEI Press, 2003.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em 24 out. 2019.

BRUGGER, Winfried. “Das Menschenbild der Menschenrechte”. *In: BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim; JOERDEN, Jan C. (Hrsg). Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*. Band 3. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. “A Interação entre Democracia e Direitos no Constitucionalismo e sua Projeção Supranacional e Global”. *In: Revista de Direito Público*. DPU. v. 09, n. 49, jan-fev 2013. pp. 210-239. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1546>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. **A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014, (série IDP: linha direito comparado).

_____. “Crisi economica e crisi costituzionale in Europa”. *In: KorEuropa*. Enna. Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna. n.1, 2012. Disponível em

<https://www.unikore.it/media/k2/attachments/Francisco_Balaguer_Callejon_numerato.pdf>.

Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. "Crisis Económica y Crisis Constitucional en Europa". In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 98, Mayo/Agosto 2013, pp. 91-107. ISSN: 0211-5743. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36648>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. **Introducción al Derecho Constitucional**. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.

_____. "Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI". In: **Nomos**. Le attualità nel diritto. n. 4, 2018. Disponível em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wpcontent/uploads/2018/09/Callehon.-conv-11.05.pdf> . Acesso em: 06 mai. 2019.

_____. **Manual de Derecho Constitucional**. 13.ed. v.1. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.

_____. "Una interpretación constitucional de la crisis económica". In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 19, 2013c. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE19pdf/15_FORO_BALAGUER.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANIVET, Guy. "Dialogue Trans-Judiciaire dans un Monde International". In: **Revue Les Cahiers de la Justice**. n. 02, 2010/2, ISSN 1958-3702, ISBN 9782996210021, pp. 31-50. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2010-2-page-31.htm>>. Acesso em 11 jun. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Saggio sullo Stato**. Milano: Bocca, 1918.

CARTER, Anne. “Proportionality in Australian Constitutional Law: towards transnationalism?”. *In: **ZaöRV. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Heidelberg Journal of International Law***. v. 76, 2006. pp. 951-966. Disponível em: <https://www.zaoerv.de/76_2016/76_2016_4_a_951_966.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

_____. **El Derecho Global: justicia y democracia más allá del Estado**. Sevilla: Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2010.

_____. **Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venâncio Majer. v. 1. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CERVATI, Angelo Antonio. “El Derecho Constitucional entre Método Comparado y Ciencia de la Cultura (El Pensamiento de Peter Häberle y la Exigencia de Modificar el Método de Estudio del Derecho Constitucional)”. *In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo***. Trad. Enrique Guillén López, n. 05, año 3, 2006. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/12antoniocervati.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CHEMERINSKY, Erwin. “In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism”. *In: **University of Illinois Law Review***. 2004. pp. 673-690. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CHESTERTON, Gilbert Keith. **What I saw in America**. Nueva York: Dodd, Mead & Co., 1922.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CHOUHRY, Sujiti. “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”. In: **Indiana Law Review**. v. 74, issue 3, article 4, 1999. pp. 819-892. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol74/iss3/4>. Acesso em 24 out. 2019.

_____. “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”. In: **International Journal of Constitutional Law**. v. 2, Issue 1, January 2004, pp. 01–55. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.1.1>>. Acesso em 14 out. 2019.

CHRONOWSKI, Nóra; CSATLÓS, Erzsébet. “Judicial Dialogue or National Monologue?: the international law and hungarian courts”. In: **ELTE Law Journal**. Eötvös Loránd University Law Journal. 2013, pp. 7-28. Disponível em https://issuu.com/eltelaw/docs/law_journal_i_lapszam_teljes>. Acesso em 04 out. 2019.

CIACCHI, Aurelia Colombi. “Good Neighbourliness and Fundamental Rights-based Interpretations of Public-Policy Clauses in EU Private International Law”. In: KOCHENOV, Dimitry; BASHESKA, Elena (eds.). **Good Neighbourliness in the European Legal Context**. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 2015.

COLE, George F. “The Use of Discretion in the Criminal Law”. In: **The Justice System Journal**. v. 11, n. 02, 1986. pp. 203-208. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27976575>>. Acesso em 23 out. 2019.

CRAIG, Paul. “Constitutions, Constitutionalism and the European Union”. In: **European Law Journal**. v. 7, n. 2, 2001. pp. 125-150. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228235226_Constitutions_Constitutionalism_and_the_European_Union>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. “Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law”. In: **Oxford Journal of Legal Studies**. v. 12, n. 04, 1992. pp. 453-479. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/764608>. Acesso em 24 out. 2019.

CREGO, María Díaz. “Diálogo Judicial”. In: **Eunomía**. Revista en Cultura de la Legalidad. n. 09, octubre 2015 – marzo 2016, ISSN 2253-6655, pp. 289-299. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2799/1541>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

CRISAFULLI, Vézio. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

CURTIN, Deidre. “The Constitutional Structure of the Union: a europeu of bits and pieces”. *In: Common Market Law Review*. v. 30, Issue 1, 1993, pp. 17–69. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA1993003>>. Acesso em: 09 out. 2019.

DAHL, Robert A. “Decision-making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy maker”. *In: Journal of Public Law*. n. 6, 1957. pp. 279-295. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj6&div=20&id=&page=>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

DAVIS, Kenneth Culp. **Discretionary Justice: a preliminary inquiry**. Louisiana: Louisiana University Press, 1977. n. I, p. 03.

DE GIORGI, Raffale. **Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann**. Trad. Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017.

DILTHEY, Wilhelm C. L. **Teoria das Concepções de Mundo: os tipos de concepção do mundo e os seus desenvolvimentos nos sistemas metafísicos**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: LusoSofia Press, 1992.

DOYLE, Shawn. "Weaving the Cloth of Supplemental Jurisdiction: the role of dialogue in tailoring judicial power". *In: Notre Dame Law Review*. v. 82, n. 2, article 6, December 2006, pp. 843-880. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1297&context=ndlr>>. Acesso em 08 out. 2019.

DROMI, José Roberto. “La Reforma Constitucional: el constitucionalismo del “porvenir””. *In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord). El Derecho Público de Finales de Siglo: una perspectiva ibero-americana*. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997. pp. 107-116.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? principles for a new political debate**. Princeton: Princenton University Press, 2006.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DYEVRE, Arthur. “Filtered Constitutional Review and the Reconfiguration of Inter-Judicial Relations”. *In: American Journal of Comparative Law*. v. 61, n. 4, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2163735>>. Acesso em 04 nov. 2019.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip J. “Statutory Interpretation as Practical Reasoning”. *In: Stanford Law Review*. Faculty Scholarship Series. Paper 3829, v. 42, 1990. pp. 321-384. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3829. Acesso em 23 out. 2019.

FALLON, Richard H. “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”. *In: Harvard Law Review*. n. 121, 2008. pp. 1693-1734. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2008/05/the-core-of-an-uneasy-case-for-judicial-review/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FARIA, Jose Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. “Globalização, Direito Constitucional, Democracia e Sociedade: uma ‘breve reflexão’ no ‘pano de fundo’ da modernidade ou da pós-modernidade? Do estado nacional ou pós-nacional?”. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, pp. 63-100, jan./jun. 2010. ISSN Eletrônico: 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/112/104>>. Acesso em: 08 nov 2018.

FERNANDÉZ GARCÍA, Eusebio. “Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita”. *In: Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*. Instituto de Derechos Humanos. Madrid: Dykinson, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexander

Review. v. 44, 2011. pp. 873-889. Disponível em: <http://lawreview.suffolk.edu/wp-content/blogs.dir/9/files/2013/01/Friedman_Lead_PDF.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and Judicial Review”. In: **Michigan Law Review**. v. 91, 1993. pp. 557-682. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss4/2/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FRISHMAN, Olga. “Should Courts Fear Transnational Engagement?”. In: **Vanderbilt Journal of Transnational Law**. v. 49, 2016. pp. 59-105. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/c0a8/fd8e5e3d4f342bf99cc82c3f83b1af319ad1.pdf>>. Acesso em 17 out. 2019.

_____. “Transnational Judicial Dialogue as an Organisational Field”. In: **European Law Journal**. v. 19, February 13, 2013. pp. 739-755. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2216560>>. Acesso em 18 out. 2019.

FROSINI, Tommaso Edoardo. “Internet y Democracia”. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. n. 30, 2018. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/03_FROSINI.htm>. Aceso em: 06 mai. 2019.

FROSINI, Vittorio. “L'orizzonte giuridico dell'Internet”. In: **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**. n. 2, 2000. pp. 271-280. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/08_FROSINI.htm>. Acesso em 12 jul. 2019

FRYDMAN, Benoit. “A Pragmatic Approach to Global Law”. In: **Working Paper**. 2013. pp. 01-18. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2312504>. Acesso em: 04 maio 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

_____. **Verdade e Método**: complementos e índices v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Era da Incerteza**. 9. Ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

GARGARELLA, Roberto. “Nuevo Constitucionalismo frente al Sistema de los Frenos

y Contrapesos”. *In*: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una Justicia Dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

GARLICKI, Lech. “Universalism v Regionalism? The role of the supranational judicial dialogue”. *In*: GARCIA ROCA, J; FERNANDEZ, P. A.; SANTOLAYA, P.; CANOSA, R. (eds.). **El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GARY, Klass. “Just Plain Data Analysis: Common Statistical Fallacies in Analyses of Social Indicator Data”. *In*: **Department of Politics and Government, Illinois State University**. March 25, 2014. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20140325173711/http://www.statlit.org/pdf/2008KlassASA.pdf>>. Acesso em 19 out. 2019.

GÁSPÁR-SZILÁGYI, Szilárd. “The ‘Primacy’ and ‘Direct Effect’ of EU International Agreements”. *In*: **European Public Law**. v. 21, issue 2, forthcoming, 2015. pp. 343-370. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EURO2015017>>. Acesso em 24 out. 2019.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. 2.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

GINSBURG, Ruth Bader. “A Decent Respect to the Opinions of [Human] kind: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication”. *In*: **Florida International University Law Review**. v. 1, n. 01, inaugural issue article 7, 2006. pp. 27-44. Disponível em: <<https://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol1/iss1/7>>. Acesso em 22 out. 2019.

GINSBURG, Tom. “The Global Spread of Constitutional Review”. *In*: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford University Press, 2008. pp. 81-98. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2487330>>. Acesso em 28 out. 2019.

GIROUX, Henry A. **The Abandoned Generation**: democracy beyond the culture of fear. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

GLUCK, Abbe R. “The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism”. *In: The Yale Law Journal*. Faculty Scholarship Series. 3813. v. 119, 2010. pp. 1750-1862. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3813. Acesso em 21 out. 2019.

GOODHART, David. **The Road to Somewhere**: the populist revolt and the future of politics. London: Hurst & Company, 2017.

GORBUNOVA, Lyudmyla S. “Transversal Thinking in the Context of Intellectual Strategies”. *In: Humanities Bulletin of Zaporizhzh State Engineering Academy*. n. 59, 2014. pp. 215-222. Disponível em: <http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpvgvzdia_2014_59_23>. Acesso em: 05 nov. 2019.

GREENE, Jamal. “The Anticanon”. *In: Harvard Law Review*. v. 125, n. 02, 2011. pp. 379-475. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol125_greene.pdf>. Acesso em 24 out. 2019.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. “Verfassungsgerichtsbarkeit: funktion und funktionsgrenzen im demokratischen staat”. *In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (org.). Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*. Band 2: Staats und Verwaltungsrecht. München: Beck, 1977. pp. 83-108.

GROVE, Tara Leigh. “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”. *In: Harvard Law Review*. Faculty Publications. Paper 1226. v. 114, 2001. pp. 2049-2073. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1226>. Acesso em 30 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. “El Constitucionalismo como Proyecto Científico”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 29, año 15, 2018. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. **El Estado Constitucional**. México: UNAM, 2003.

_____. “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”. *In: HÄBERLE, Peter. Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional*. n.1, c., México: Porrúa, 2005.

_____. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional: un catálogo de problemas”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 13, año 07, 2010. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haerberle.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Lmundi, 2001.

_____. **Between Facts and Norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2005.

HAMILTON, Alexander. “The Federalist n. 78. The Judiciary Department”. *In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The Federalist Papers*. New Haven and London: Yale University Press, 2009.

HAYEK, Friedrich August von. **Droit, Législation et Liberte**: règles et ordre. Paris:

PUF, 1983.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HELD, David. **Cosmopolitanism**: ideals and realities. Cambridge: Polity Press, 2010.

HELD, David; BARNETT, Anthony; HENDERSON, Casper. **Debating Globalization**. Cambridge: Polity Press, 2005.

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David; PERRATON, Jonathan. “Globalization”. *In: Global Governance*: a review of multilateralism and international organizations. v. 5, n. 4, (Oct.–Dec), 1999, pp. 483-496. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27800244>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

HERRERA, María Soledad Santana. “El Derecho Comparado en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 14, año 07, 2010. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/09SoledadSantana.htm>>. Acesso em: 25 set. 2019.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press. 2004.

HOL, Antoine M. “Internationalisation and Legitimacy of the Decisions by the Highest Courts”. *In: MULLER, Sam; LOTH, Marc. Highest Courts and the Internationalisation of Law*: challenges and changes. The Hague: Hague Academic Press, 2009.

HOLMES, Stephen. “Precommitment and the Paradox of Democracy”. *In: ELSTER, J; SLAGSTAD, R. (Orgs.). Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

HORBACH, Carlos Bastide. “O Direito Comparado no STF: internacionalização da

jurisdição constitucional brasileira”. *In: Revista de Direito Internacional*. Brasília. v. 12, n. 02, 2015. pp. 194-210. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3667>>. Acesso em: 03 out. 2019.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**: contested power in the era of constitutional courts. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: convergence, resistance, engagement”. *In: Harvard Law Review*. v. 119. 2005. pp. 109-128. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr119&div=20&id=&page=>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. “Constitutional Dialogue and Human Dignity: states and transnational constitutional discourse”. *In: Montana Law Review*. v. 65, 2004, pp. 15-40. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106>>. Acesso em 08 out. 2019.

_____. “Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement”. *In: Federal Law Review*. v. 35, issue 2, 2007. pp. 161-185. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.22145/flr.35.2.1>>. Acesso em: 03 de jun. 2019.

JASANOFF, Sheila. **The Fifth Branch**. Harvard University Press, 1994.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JUENGER, Friedrich K. “Forum shopping, domestic and international”. *In: Tulane Law Review*. v. 63, 1989. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr63&div=25&id=&page=>>. Acesso em: 19 out. 2019.

KALB, Johanna. “The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation”. *In: The Yale Journal of International Law*. v. 38, issue 2, article 4, 2013. pp. 423-465. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol38/iss2/4>. Acesso em 22 out. 2019.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KEATING, Michael. **Plurinational Democracy**: stateless nations in a post-sovereignty era. Oxford: Oxford University Press, 2001.

KEEN, Andrew. **Vertigem Digital**: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

KEETON, Robert E. **Venturing to Do Justice**: Reforming Private Law. Harvard University Press, 1974.

KHOSRAVINIK, Majid. "Social Media Techno-Discursive Design, Affective Communication and Contemporary Politics". *In: Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*. v. 11, issue 4, 2018. DOI <https://doi.org/10.1007/s40647-018-0226-y>. pp. 427-442. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40647-018-0226-y.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019.

KIRBY, Michael. "International Law - The Impact on National Constitutions." *In: American University International Law Review*. v. 21, n. 3, 2006. pp. 327-364. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254567939_International_Law-The_Impact_on_National_Constitutions>. Acesso em: 13 jul. 2019.

KIRCHHOF, Paul. "The Balance of Powers between National and European Institutions". *In: European Law Journal*. v. 5. n. 3, 1999. pp. 225-242. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/229463953_The_Balance_of_Powers_Between_National_and_European_Institutions>. Acesso em: 03 jun. 2019.

KJAER, Poul F. **Constitutionalism in the Global Realm**: a sociological approach. London: Routledge, 2014.

KLABBERS, Jan. "Setting the Scene". *In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. The Constitutionalization of International Law*. Oxford, New York: Oxford University Press. 2009.

KLOPPENBERG, James T. **Toward Democracy**: the struggle for self-rule in european and american thought. New York: Oxford University Press, 2016.

KNEIP, Sascha. "Verfassungsgerichte in der Demokratie: zwischen krisenerzeugung und krisenmanagement". *In: MERKEL, Wolfgang (hrsg). Demokratie und Krise*.

Wiesbaden: Springer VS, 2015. pp. 407-438.

KRAMER, Larry. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

KROTOSZYNSKI JR, Ronald J. “I’d Like to Teach the Each the World to Sing (in Perfect Harmony): international judicial dialogue and the musereflections on the perils and the promise of international judicial dialogue”. *In: Michigan Law Review*. v. 104, n. 6, May 2006. pp. 1321-1360.

KRYGIER, Martin. ‘The Traditionality of Statutes’. *In: Ratio Juris*. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law. v. 1, Issue 1, March 1988. pp. 20-39. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.1988.tb00002.x>>. Acesso em: 25 out. 2019.

KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LACAN, Jacques-Marie Émile. **O seminário**. Livro 2. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAW, David S. “Generic Constitutional Law”. *In: Minnesota Law Review*. v. 89, 2005. pp. 652-751. Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper n. 11-04-04. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=593645>>. Acesso em 21 out. 2019.

_____. “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”. *In: University of Pennsylvania Law Review*. v. 163, n. 04, march 2015. pp. 927-1036. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9474&context=penn_law_review> . Acesso em 18 out. 2019.

LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. “The Limits of Global Judicial Dialogue”. *In: Washington Law Review*. v. 86. 2011. pp. 523-577. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol86/iss3/4/>>. Acesso em: 19 out. 2019.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. “The Evolution and Ideology of Global

Constitutionalism”. *In: California Law Review*. v. 99, n. 05, October 2011, pp. 1163-1258.

Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=californialawreview>. Acesso em: 22 out. 2019.

LEDOUX, Joseph. **The Emotional Brain**. New York: Simon & Schuster, 1996.

LEEMING, Mark. “Theories and Principles Underlying the Development of the Common Law: the statutory elephant in the room”. *In: University of New South Wales Law Journal*. n. 40. v. 36 (3). 2013. pp. 1002-1029. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2013/40.html>. Acesso em 13 jun. 2019.

LEMIEUX, Scott E.; WATKINS, David J. “Beyond the ‘Countermajoritarian Difficulty’: lessons from contemporary democratic theory”. *In: Polity*. Northeastern Political Science Association. n. 41, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **The Savage Mind**. Chicago: University of Chicago Press, 1966.

L’HEUREUX-DUBÉ. Clire. “The Importance of Dialogue”: globalization, the rehnquist court and human rights. *In: BELSKY, Martin H. (org.). The Rehnquist Court: a retrospective*. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”. *In: Tulsa Law Journal*. v. 34, Issue 1, Art. 2, 1998. pp. 15-40. Disponível em: <http://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol34/iss1/2>>. Acesso em 12 out. 2019.

LIPSET, Seymour Martin. **El Excepcionalismo Norteamericano**: una espada de dos filos. Trad. de Mónica Utrilla. México: Fondo de cultura Económica, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. **Rechtsfolgen und Realfolgen**: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?. Freiburg and Munich: K. Alber, 1981.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 1. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009.

LUKÁCS, George. **La Théorie du Roman**. Paris: Éditions Gonthier, 1963.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. “A Very British Revolution?”. *In: Questioning Sovereignty: law, state and practical reasoning in the european commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp. 79-96.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)**. Curitiba: Appris, 2017.

MAK, Elaine. “Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: explaining the development of judicial practices”. *In: Utrecht Law Review*. v. 8, Issue 2, May 2012. pp. 20-34. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228275128_Reference_to_Foreign_Law_in_the_Supreme_Courts_of_Britain_and_the_Netherlands_Explaining_the_Development_of_Judicial_Practices>. Acesso em: 10 out. 2019.

MALOY, Richard. “Forum shopping? What's wrong with that?” *In: Quinnipiac Law Review*. Bridgport, Conn., Law Review Association of the Quinnipiac College School of Law, v. 24. pp. 25-62, 2005-2006. Disponível em: <<https://uq.rl.talis.com/items/BF6317E0-D6C7-048A-94D5-2E974EC52F87.html>>. Acesso em: 19 out. 2019.

MANNING, John F. “Separation of Powers as Ordinary Interpretation”. *In: Harvard Law Review*. v. 124. 2011. pp. 1939-2040. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2849600>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MANRIQUE, Thomas. “Réflexions sur la Création Judiciaire et le Dialogue des Juges: les références croisées entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme”. *In: La Creación Judicial del Derecho y el Diálogo entre Jueces*. Universitat Autònoma de Barcelona. Bellaterra. 2017. Disponível em: <<https://ddd.uab.cat/record/176435>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jörg. **Engaging with Foreign Law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.

_____. “Judicial Recourse to Foreign Law: a new source of inspiration?”. *In*: MARKESINIS, Sir Basil; FEDTKE, Jörg (Orgs). **Judicial Recourse to Foreign Law: a new source of inspiration?** New York: Routledge, 2006.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Pensamento Crítico, Constitucionalismo Crítico**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

MARTÍNEZ, Jenny S. “Towards an International Judicial System”. *In*: **Stanford Law Review**. v. 56, 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229613?seq=4#metadata_info_tab_contents>. Acesso em 13 mai. 2019. pp. 429-529.

MATHIS, Klaus. “Consequentialism in Law”. *In*: MATHIS, Klaus (Ed.). **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Law and Philosophy Library. v. 98. Dordrecht: Springer, 2012.

MATTHEWS, Felicity. “Whose Mandate is it Anyway? Brexit, the Constitution and the Contestation of Authority”. *In*: **The Political Quarterly**. v. 88, issue 4, October–December 2017. pp. 603-611. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-923X.12419>>. Acesso em: 03 out. 2019.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. *In*: **Novos Estudos**. CEBRAP. Trad. Martonio M. B. Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. n. 58, 2000. Disponível em: <https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SO_CIEDADE>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MAUS, Didier. “Le Recours aux Précédents Étrangers et le Dialogue des Cours Constitutionnelles”. *In*: **Revue Française de Droit Constitutionnel**. v. 4, n. 80. 2009. pp. 675-696. DOI : 10.3917/rfdc.080.0675. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-4-page-675.htm>>. Acesso em 10 de jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial”. *In: Revista Jurídica Virtual*. v. 1, n. 8. Brasília. 2000. p. 05. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “La Construcción de un Derecho Común Iberoamericano: consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Trad. Mariana Rodrigues Canotilho. n. 11, Año 6, 2009. Disponível em: <<https://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/03GilmarFerreiraMendes.htm>>. Acesso em 12 jul. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. v.1. Lisboa: Universidade Católica Ed, 2016.

MISCAMBLE, Wilson D. “George Ball: Behind the Scenes in U.S. Foreign Policy”. *In: Journal History: Reviews of New Books*. v. 26, issue 1. 1997. pp. 38-39, DOI: 10.1080/03612759.1997.10525325. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03612759.1997.10525325>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

MORAES, Carlos Blanco de. “De Novo a Querela da ‘Unidade Dogmática’ entre Direitos de Liberdade e Direito Sociais em Tempos de “Exceção Financeira”. *In: E-Pública. Revista Eletrônica de Direito Público*. v. I, n. 03, 2014. p. 71. ISSN 2183-184X. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2014000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2019.

MORAND, Charles-Albert. “Le Droit Saisi par la Mondialisation: définitions, enjeux et transformations”. *In: MORAND, Charles-Albert (Coord.). Le Droit Saisi par la Mondialisation*. Bruselas: Bruylant, 2001.

MORATA, Francesc. **Gobernanza multinivel en la Unión Europea**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993.

NIESTZSCH, Friedrich. **Além do Bem e do Mal ou Prelúdio de uma Filosofia do Futuro**. Trad. Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Editora, 2001.

_____. **Humano, Demasiado Humano**: um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NINO, Carlos S. “Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad”. In: VV.AA. **Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad**. Madrid: CEC, 1991.

O’DONNELL, Guilherme. “Democracia Delegativa?”. In: **Novos Estudos**. CEBRAP, n. 31, p. 25-40, out.1991. Disponível em: <<http://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble**: What the Internet is Hiding from You. UK: Penguin Books Ltd, 2012.

PARRISH, Austen L. “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law”. In: **University of Illinois Law Review**. n. 02, 2007. pp. 637-680. Disponível em: <<https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2007/2/Parrish.pdf>>. Acesso em 20 out. 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

_____. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Trad. José

Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PERJU, Vlad. “Cosmopolitanism in Constitutional Law”. *In: Cardozo Law Review*. v. 35, 2013. pp. 711-768. Disponível em: <<http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/08/PERJU.35.2.pdf>>. Acesso em 22 out. 2019.

PERJU, Vlad F. “Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations”. *In: Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 1304-1327.

PERNICE, Ingolf. “El Constitucionalismo Multinivel en la Unión Europea”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 17. Año. 9. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm>. Acesso em: 09 mai. 2019.

PETERS, Anne. “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”. *In: Leiden Journal of International Law*. v. 19, 2006. pp. 579–610. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1564125>>. Acesso em 25 out. 2019.

_____. “The Merits of Global Constitutionalism”. *In: Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 16, Issue 2, Article 2, Summer 2009. pp. 397-411. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=ijgls>>. Acesso em 19 ago. 2019.

PETTIT, Philip; SMITH, Michael. “Global Consequentialism”. *In: HOOKER, Brad; MASON, Elinor; MILLER, Dale E. (eds.). Morality, Rules and Consequences: A Critical Reader*. Edinburgh University Press, 2000.

PICHHADZE, Amir. “Making a Case for Increased ‘Judicial Globalization’ in Consumption Tax Law”. *In: Canadian Tax Journal*. Revue Fiscale Canadienne. v. 56, n. 2, 2008. pp. 367-388. Disponível em: <<https://www.ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2008ctj/08ctj2-pichhadze.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 (série IDP: linha direito comparado).

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIZZORUSSO, Alessandro. “La Producción Normativa en Tiempos de Globalización”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 11, año 6, enero-junio de 2009. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/10AlessandroPizzorusso.htm>>. Acesso em 15 ago. 2019.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAMÍREZ, José Maria Porras. **Integração Supranacional: dimensões da proteção multinível dos direitos e sistemas de governo da União Europeia**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP: linha direito comparado).

RAMÍREZ, Sergio Garcia. “El Control Judicial Interno de Convencionalidad”. *In: IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Ano V, n. 28, jul./dez. México, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007>. Acesso em: 08 jul. 2019.

RAMSEY, Michael D. “Beyond the Text: Justice Scalia's Originalism in Practice”. *In: Notre Dame Law Review*. v. 92, April 17, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2954078>>. Acesso em 09 out. 2019. pp. 101-133.

RAWLS, John. “La Idea de Consenso por Superposición”. *In: BETEGÓN, Jerónimo; PÁRAMO, Juan Ramón de (Coords.). Derecho y Moral: ensayos analíticos*. Trad. Juan Carlos Bayón. Barcelona: Ariel, 1990.

_____. **O Liberalismo Político**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REHBINDER, Manfred. **Sociologia do Direito**. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. São Paulo: Saraiva, 2017.

REPPETO, Giorgio. “El Argumento Comparado en la Jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo: el pluralism de los derechos fundamentals en el orden constitucional europeo”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 20, año 10, 2003. p. 302. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE20/articulos/07_G_REPETTO.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

RESNIK, Judith. “Law's Migration: american exceptionalism, silent dialogues, and federalism's multiple ports of entry”. *In: Yale Law Journal*. v. 115, 2006. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5017&context=ylj>>. Acesso em 14 mai. 2019. pp. 1564-1670.

RESTA, Elígio. **Diritto Vivente**. Roma: Laterza & Figli Spa, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. “Globalização, Sociedade de Risco e Segurança”. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 246, p. 267-287, set. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41660>>. Acesso em: 08 Nov. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v246.2007.41660>.

RIDOLA, Paolo. “La Justicia Constitucional y el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Fundamentales”. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. n. 18, año 09, 2012. pp. 217-248. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/08_RIDOLA.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.

ROACH, Kent; SCHNEIDERMAN, David. “Freedom of Expression in Canada”. *In: Supreme Court Law Review*. v. 61, 2d, 2013, pp. 429-525. Disponível em: <https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/Schneiderman/Chapter%2010%20Roach%20Schneiderman.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

RODRÍGUEZ, Javier Díez-Hochleitner. “La respuesta del TUE al Incumplimiento de las Sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Membros”. *In: Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 20, n. 3, 1993.

RODRIK, Dani. **The Globalization Paradox**: democracy and the future of the world economy. New York and London: W.W. Norton, 2018.

ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. “Human Rights and Judicial Dialogue Between America and Europe: toward a new model of law?” *In: The Age of Human Rights Journal*. v. 06, June 2016. ISSN: 2340-9592 DOI: 10.17561/tahrj.v0i6.2928 p. 24-41. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/304708333_Human_Rights_and_Judicial_Dialogue_between_America_and_Europe_Toward_a_New_Model_of_Law>. Acesso em: 11 out. 2019.

RORTY, Richard. **Contingência, Ironia e Solidariedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RUBENFELD, Jed. “The Two World Orders”. *In: Wilson Quarterly*. International Law. Autumn 2003. pp. 22-36. Disponível em: <<http://archive.wilsonquarterly.com/essays/two-world-orders>>. Acesso em 15 jun. 2019.

SAJÓ, András. **Constitutional Sentiments**. Yale University Press, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000.

SARMENTO, Daniel. “O Direito Constitucional e o Direito Internacional: Diálogos e Tensões”. *In: ALVES, Cândice Lisbôa (Org.). Vulnerabilidades e Invisibilidades*: Desafios Contemporâneos para a Concretização dos Direitos Humanos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. pp. 03-36.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**: como mudam as Constituições. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1996.

_____. **Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei**. Trad. Ruiz de Azúa e Miguel Ángel. Madrid: Taurus, 2001.

SASSEN, Saskia. **Territory, Authority, Rights**: from medieval to global assemblages. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

SAUNDERS, Cheryl. “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The

George P. Smith Lecture in International Law)”. *In: Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 13, Issue 1, Article 2, 2006. pp. 37-76. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol13/iss1/2>>. Acesso em 09 out. 2019.

SCARCIGLIA, Roberto. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Dykinson, 2011.

SCHEUING, Dieter H. “Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten”. *In: EuR-Europarecht*. Heft 2. März/April. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005. pp.162-191. Disponível em: <<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0531-2485-2005-2-162/zur-grundrechtsbindung-der-eu-mitgliedstaaten-jahrgang-40-2005-heft-2?page=1>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo”. *In: A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. n. 20, ano 5, 2005. pp. 145-165. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/458/423>>. Acesso em 04 nov. 2019.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica e crítica**. Trad. Aloísio Ruedell; ver. Paulo R. Schneider. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría da la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

_____. **Verfassungslehre**. Elfte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem”. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. ISSN 2238-5177. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 30 Mai. 2019.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Governance und Rechtsetzung**: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft. Baden-Baden, 2011.

SCHWÖBEL, Christine E. J. “The Holy Trinity of International Legal Debate”. *In: Leiden Journal of International Law*. v. 24, issue 4, 2011. pp. 1035-1056.

doi:10.1017/S0922156511000495. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/issue/E177AD743101AEDE044EA2F475FA5E1E>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. “The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers”. *In: German Law Journal*. v. 13, n. 1. 2012. pp. 01-22. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1713201>. Acesso em 29 out. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SETHI, S. Prakash. **Globalization and Self-Regulation**: the crucial role that corporate codes of conduct play in global business. London: Palgrave Macmillan, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SIMON, Herbert. A. “A Behavioral Model of Rational Choice”. *In: The Quarterly Journal of Economics*. v. 69. issue. I, 1955. pp. 99-118. Disponível em: <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/69/1/99/1919737>>. Acesso em: 26 jul. 2019.

SINGH, Rachi. “Analysis of Bachan Singh and Machhi Singh and its Implication”. *In: International Journal of Research and Analytical Reviews (IJRAR)*. v. 5, issue 4, 2018. pp. 135-143. Disponível em: <<http://www.ijrar.org/papers/IJRAR1944682.pdf>>. Acesso em 30 out. 2019.

SITARAMAN, Ganesh. “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”. *In: Harvard Journal of Law & Public Policy*. v. 32, n. 02, 2009. pp. 653-693. Disponível em: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/937>>. Acesso em 21 out. 2019.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

_____. “A Typology of Transjudicial Communication”. *In: University of Richmond Law Review*. v. 29. Issue 1, Article 6, 1994. p. 99. Disponível em: <<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

_____. “Global Community of Courts”. *In: Harvard International Law Journal*. Cambridge. Publications Center – Harvard Law School. v. 44, n. 1, 2003. pp. 191-219. Disponível em: <<https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/slaughter/files/globalcourts.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

STEPHENSON, Scott. “Constitutional Reengineering: dialogue’s migration from Canada to Australia”. *In: International Journal of Constitutional Law*. v. 11, Issue 4, October 2013. pp. 870-897. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mot041>>. Acesso em 10 jun. 2019.

STOLLEIS, Michael. **O Direito Público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI**. Coord. Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva Educação (Série IDP), 2018.

STRAUSS, David A. “Do We Have a Living Constitution?”. *In: Drake Law Review*. v. 59, 2011. pp. 973-984. Disponível em: <<https://drakelawreview.org/volume-59-no-4-summer-2011/>>. Acesso em 07 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009.

TEUBNER, Gunther. “Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”. *In: PEREZ, Oren e TEUBNER, Gunther (Org.). On Paradoxes and Inconsistencies in Law*. Oxford, 2006.

_____. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society**. *In: TEUBNER, Gunther. Global Law without a State*, ed., Dartmouth, pp. 03-28, 1996. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 04 maio 2019.

TRIBE, Laurence H. “The People's Court”. *In: New York Times Book Review*. n. 24. ISSN 0028-7806, 53012, 2004, pp. 32-33. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1009098>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

TUSHNET, Mark. “New Forms of Judicial Review and the persistence of Rights and Democracy Based Worries”. *In: Wake Forest Law Review*. n. 38, 2003. pp. 813-838. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. “Returning with Interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law”. *In: University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. v. 1. 1998. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/handle/1/12942293?show=full>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

_____. “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”. *In: Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Series*. n. 09-06. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em 08 mai. 2019.

_____. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. *In: The Yale Law Journal*. v. 108, 1999, pp. 1225-1309. Disponível em: <<https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/tushnet-1999-the-possibilities-of-comperative-constitutional-law-pdf.pdf>>. Acesso em 22 out. 2019.

TZANAKOPOULOU, Maria. **Reclaiming Constitutionalism**: democracy, power and the state. Oxford (UK); Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. “A Constituição do Experimentalismo Democrático”. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584>>. Acesso em: 04 Mai. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v257.2011.8584>.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Antisocial Media**: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy. Oxford University Press, 2018.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más Allá del Diálogo entre Tribunales**: comparación y relación entre jurisdicciones. Prólogo de Javier García Roca. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas-Aranzadi. 2010.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2018. (série IDP: direito comparado).

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de imprensa Nacional, 1979.

WALDRON, Jeremy. "Accountability and Insolence". In: **Political Political Theory**. Londres: Harvard University Press, 2016.

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. "Separation of Powers or Division of Power?". In: **New York University School of Law**. Public Law & Legal Theory Research Paper. Series Working Paper. n. 12-20, 2012. pp. 01-33. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2045638>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. "The Core of the Case Against Judicial Review". In: **The Yale Law Journal**. v. 115, issue 6, article 3, 2006. pp. 1346-1406. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>. Acesso em: 03 abr. 2019.

WALKER, Christopher J. "The Ordinary Remand Rule and the Judicial Toolbox for Agency Dialogue". In: **George Washington Law Review**. v. 82, n. 5, October 2014, pp. 1553-1621. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/598a/a7eea5c340c6b6cd6d600108583468c3e04c.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

WATERS, Melissa A. "Mediating Norms and Identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law". In: **Georgetown Law Journal**. v. 93, n. 2, January 2005, pp. 487-574. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=794767>. Acesso em 05 out. 2019.

_____. "The Future of Transnational Judicial Dialogue". *In: American Society of International Law Proceedings*. v. 104, 2010, pp. 465-468. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/proceedings-of-the-asil-annual-meeting/article/future-of-transnational-judicial-dialogue/AB997422E70CDB78C9484E7DD31D0887>>. Acesso em 05 out. 2019.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

WEILER, Joseph H. H. "The Transformation of Europe". *In: The Yale Law Journal*. v. 100. 1991. p. 2405-2483. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol100/iss8/5/>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

WELSCH, Wolfgang. "Reason and Transition: on the concept of transversal reason". *In: Cornell University*. 2003. Disponível em: <https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/54/Welsch_Reason_and_Transition.htm?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 17 mai. 2019.

WESCHLER, Herbert. "Bickel: The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Bickel: Politics and the Warren Court". *In: Yale Law Journal*. n. 75, issue 4, article 6, 1966. pp. 672-677. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9226&context=ylj>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

YOUNG, Ernest A. "Foreign Law and the Denominator Problem". *In: Harvard Law Review*. The Supreme Court – Comment. v. 119, 2005. pp. 148-167. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2518&context=faculty_scholarship>. Acesso em 21 out. 2019.

ZURN, Christopher F. **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**. Cambridge University Press, 2007.