

# O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo

Pedro Felipe de Oliveira Santos\*

## 1 Introdução

Na introdução de seu *paper* *The Rise of World Constitutionalism*, Bruce Ackerman propõe ao leitor um exercício de abstração: retroceder à década de 1930 e intuir quais eram as perspectivas do constitucionalismo àquela época. Os prognósticos pareceriam frustrantes: no período crítico entre as duas grandes guerras mundiais, as crises econômica e política que se alastravam pelo Ocidente geraram um descolamento sem precedentes entre as aspirações sociais e o poder das constituições então vigentes de regulação efetiva do processo político. Esse quadro se consubstanciou em vigoroso déficit de legitimidade constitucional em diversos países, dando azo inclusive aos regimes de exceção que floresceram na Europa anos depois. Curiosamente, e na linha contrária à regra geral, a Inglaterra — um Estado sem constituição escrita — gozava de uma democracia pujante, calcada em princípios institucionais historicamente consolidados. Destarte, a fé nas constituições escritas, seja na Europa continental, seja nas Américas, encontrava-se em xeque: o constitucionalismo, nos moldes surgidos das revoluções francesa e americana, parecia uma experiência sem bons prognósticos em longo prazo<sup>1</sup>.

Volver o olhar aos dias atuais conduz a uma perplexidade: o constitucionalismo não apenas se reinventou após a Segunda Guerra Mundial, fortalecendo-se nos países já tradicionalmente adotantes de cartas escritas, como também fincou raízes em novas áreas, como na África pós-colonial, nos países asiáticos e na Europa pós-socialista. Constituições escritas que veiculam o pacote formado por *rule of law*, direitos fundamentais e jurisdição constitucional

são uma realidade em todos os continentes. As cortes constitucionais tornaram-se *players* poderosos, cuja atuação diretamente repercute no núcleo das questões políticas, econômicas e sociais das democracias, tenham elas quaisquer matizes ideológicos (liberais ou sociais, conservadoras ou progressistas). A doutrina recorrentemente fala em constitucionalismo global e diálogos entre cortes supremas. Por seu turno, o direito comparado recrudescceu e se tornou disciplina importante nas grades curriculares das universidades.

O presente trabalho inspira-se na abstração de Ackerman para responder uma nova provocação: quais os prognósticos do binômio constitucionalismo-jurisdição constitucional para as próximas décadas?

Pensar o futuro é tarefa arriscada. O estudioso de 1930 jamais conseguiria imaginar a sequência de fatos históricos, políticos e econômicos que conformariam as bases do constitucionalismo global do século XXI: a ascendência e o colapso dos regimes nazista e fascista, a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Guerra Fria, a descolonização africana e asiática, o colapso do regime soviético, a redemocratização da América Latina, entre outros marcos relevantes. Por esse mesmo motivo, este empreendimento não consiste em um exercício de adivinhação futurística sem qualquer base empírica, mas decerto em uma reunião simples de aspirações que a doutrina constitucional apresenta hoje, reunidas mediante análise crítica do atual estado da arte. Em outras palavras, pretende-se responder à seguinte indagação: quais reorientações teóricas tornariam o debate constitucional mais responsivo às realidades e às necessidades das diversas culturas políticas?

Para responder a essa pergunta, o presente trabalho divide-se em duas partes. A primeira parte apresenta uma genealogia do paradigma do constitucionalismo global, para explicar os fundamentos históricos, políticos e jurídicos que levaram à popularização do *engajamento comparativo na jurisdição constitucional*, a partir da segunda metade do século XX. Como precursor desse processo, encontra-se o fato de que um conjunto numericamente considerável de países que veiculam constituições

\* Juiz federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Pós-graduado em Direito Internacional Público pela The Hague Academy of International Law. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Professor colaborador da Universidade de Brasília. Professor titular do Instituto de Direito Público (IDP). Professor titular da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor convidado da Universidade Estadual do Tocantins.

<sup>1</sup> Ackerman, Bruce, *The Rise of World Constitutionalism* (1997). Faculty Scholarship Series. Paper 129.

escritas, as quais organizam as estruturas do poder político (*power map*), apresentam um catálogo relativamente comum de direitos fundamentais e dispõem de cortes constitucionais que resolvem conflitos morais complexos sob a linguagem dos direitos e dos princípios impessoais, mediante técnicas interpretativas de ponderação.

Por seu turno, a segunda parte, mediante análise crítica do atual estágio da arte — consistente em um período sem precedentes de migrações de ideias constitucionais e de alto grau de judicialização da política —, reconhece duas aspirações do constitucionalismo global. Cada uma dessas aspirações reúne uma plêiade de novos questionamentos que se descortinam do exercício da jurisdição constitucional e consistem em proposições de análise para o futuro, quiçá reorientações teóricas que as discussões constitucionais podem promover.

A *aspiração metodológico-discursiva* decorre da necessidade de qualificar a metodologia comparativa exercida pelos tribunais em todo o Globo, de modo a incentivá-los a reduzir os casos de *transplante acrítico* de soluções constitucionais. Afinal, comparar estruturas constitucionais distintas consiste em tarefa contextual, na medida em que constituições não vigoram no vácuo, mas decerto se encontram imersas em uma cultura política que lhe atribui significado e legitimidade, a qual não pode ser desprezada pelo intérprete.

Por seu turno, a *aspiração político-funcional* decorre da análise do fenômeno da *judicialização da política* e das críticas da doutrina ao modo como as cortes se comportam em face da deliberada transferência de temas sensíveis ao Poder Judiciário. Assim, uma vez que não há necessária conexão entre o grau de intervenção judicial e seus eventuais impactos positivos ou negativos no mundo fenomênico, propõe-se ultrapassar o discurso binário e formalista *minimalismo v. ativismo judicial*. Para esse mister, impõe-se problematizar (i) a complexidade da relação entre o Poder Judiciário e as demais instituições políticas, inclusive percebendo novas funções que as cortes constitucionais têm assumido no processo democrático, (ii) e o modo como a construção das soluções para os conflitos constitucionais pode ser aprimorada e dinamizada mediante a interação entre técnicas de interpretação, remédios processuais, linguagem jurídica, técnicas de decisão etc.

## 2 O constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo

Nas últimas décadas, as cortes de todo o Globo têm recorrido mais frequentemente a normas e a julgados de Estados estrangeiros e de organismos internacionais para fundamentar decisões em matéria constitucional. O nosso Supremo Tribunal Federal, que historicamente manteve maior alinhamento com as experiências portuguesa, italiana e alemã, na última década diversificou seu engajamento comparativo: citou julgados norte-americanos<sup>2</sup> para fundamentar a decisão que reconheceu a possibilidade de vigência simultânea de paternidades socioafetiva e biológica<sup>3</sup> e a decisão que firmou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais da Universidade de Brasília<sup>4</sup>; engajou-se comparativamente na experiência de outras jurisdições para firmar a legalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância<sup>5</sup>; e, mais recentemente, importou a teoria do *estado de coisas inconstitucional*, originária da Corte Constitucional Colombiana, para determinar injunções estruturais no sistema penitenciário brasileiro<sup>6</sup>.

Por sua vez, a Suprema Corte Americana, embora tradicionalmente refratária a pesquisas a experiências alienígenas, considerou elementos comparativos no célebre caso *Roper v. Simmons*<sup>7</sup>, que declarou inconstitucional a aplicação da pena de morte a jovens menores de 18 (dezoito) anos. Nesse julgamento, a corte considerou, entre outros argumentos, que apenas sete países (Irã, Paquistão, Arábia Saudita, Iêmen, Nigéria, Congo e China) haviam realizado execuções dessa espécie de 1993 a 2004. No entanto, em diversos julgados anteriores, a corte já havia se engajado comparativamente para preencher o conteúdo da norma constitucional que proíbe pena “cruel e não

<sup>2</sup> *Grutter v. Bollinger e Regents of the University of California v. Bakke*

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060, rel. Ministro Luiz Fux.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, rel. Ministro Marco Aurélio.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>7</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 543 U.S. 551 (2005).

usual” (Oitava Emenda)<sup>8</sup>. Por fim, as resistências conservadoras — nas últimas décadas, notadamente o *Justice Scalia*, que recuperou a doutrina originalista — não impediram referências episódicas a julgados de outras cortes, tal como no caso *Printz*, em que o *Justice Breyer*, em voto vencido, considerou ser constitucional o polêmico *Gun Control Act*, com base em julgados europeus que veicularam conflito similar<sup>9</sup>.

A Constituição da África do Sul dispõe de dispositivo específico que não apenas determina consulta obrigatória ao Direito Internacional, como também autoriza consulta ao direito estrangeiro para a interpretação de direitos fundamentais. No caso *S v. Makwanyane and Another*, a Corte Constitucional daquele país balizou-se em extensa análise de julgados da Índia, da Alemanha e dos Estados Unidos para julgar inconstitucional a aplicação da pena de morte<sup>10</sup>.

Esse fenômeno de migração de experiências constitucionais entre jurisdições<sup>11</sup> foi catalisado a partir da segunda metade do século XX, em reação a um plexo de elementos de natureza histórica, política e jurídica. O elemento histórico consistiu no recrudescimento do discurso dos direitos humanos; o elemento político, no apogeu do modelo constitucionalista americano desde o pós-guerra; o elemento jurídico, na estruturação das cortes constitucionais das democracias liberais, que intensificaram as suas funções interpretativas e passaram a dialogar entre si com mais frequência. Conforme se analisará a seguir, esses três elementos facilitadores encontram-se intimamente interligados.

## 2.1 O elemento histórico: apogeu do discurso dos direitos humanos no pós-guerra

O recrudescimento do discurso de direitos humanos na comunidade internacional consubstanciou-se numa das principais reações à ressaca totalitarista pós-Segunda Guerra Mundial. Símbolo desse movimento contrário ao trinômio

fascismo-nazismo-imperialismo foi a reafirmação de que “todos os indivíduos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, que inaugura a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Por meio do resgate das ideias iluministas e humanistas que remontam ao constitucionalismo moderno, esse documento reforçou a abstrata noção do ser humano como sujeito de direitos dotado de um plexo de relações jurídicas que lhe resguardam a liberdade de agir e a igualdade de oportunidades, ambos tematizados como elementos centrais de um *standard* mínimo de *dignidade*. Assim como no nascedouro do constitucionalismo moderno, essa dicção consistiu em nova tentativa de controle garantístico do poder político e, por isso mesmo, dirigiu-se primordialmente contra os Estados, enquanto executores das maiores atrocidades contra indivíduos já realizadas, durante a Segunda Guerra.

A DUDH, embora formalmente sem eficácia normativa, consistiu em marco do Direito Internacional que repercutiu sensivelmente no conteúdo dos constitucionalismos domésticos, especialmente por dois motivos. Primeiro, esse documento introjetou a categoria *dignidade humana* no vocabulário jurídico e na agenda das democracias liberais, sob a forma de *sobreprincípio constitucional*. Segundo, esse documento apresentou um catálogo de direitos inerentes à identidade humana, os quais compõem o núcleo essencial de proteção dos sujeitos. A partir de então, esse catálogo foi paulatinamente incorporado pelos textos constitucionais, em maior ou menor escala, sob as mais diversas formas — direitos fundamentais, direitos programáticos, cartas de direitos etc.

Tais movimentos históricos decorreram do consenso de que a proteção da dignidade humana demandaria a inextricável articulação cooperativa entre instituições domésticas e internacionais. Ganhou força a concepção de constitucionalismo como instância de estabilização da democracia, na medida em que o primeiro deveria funcionar para o resguardo de um núcleo mínimo de direitos fundamentais.

Essa concepção dispôs o constitucionalismo e a democracia em inevitável posição de tensão. Reiterasse: passa a haver fricção entre ambos os institutos, não necessariamente oposição. Afinal, a democracia — tradicionalmente construída como forma de governo majoritário, decorrente da indisponível e intangível vontade popular — deparou-se, por meio do constitucionalismo, com a necessidade de tematizar as

<sup>8</sup> A Oitava Emenda à Constituição americana determina que “*não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns*”.

<sup>9</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Printz v. United States*, 521 US 898 (1997).

<sup>10</sup> ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *State v Makwanyane and Another* (CCT 3/94).

<sup>11</sup> *Sujit Choudhry, The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

aspirações e as necessidades das minorias e, portanto, de inaugurar espaços de tensionamento dialógicos, reflexivos e inclusivos para oportunizar engajamento a todos os cidadãos. A agenda do constitucionalismo pós-guerra, ao albergar o discurso dos direitos humanos, torna-se essencialmente contramajoritária.

Destarte, majoritariedade (democracia) e contramajoritariedade (constitucionalismo) passam a se relacionar em sadia tensão tanto no plano institucional como no plano discursivo.

No plano institucional, o *design* de alocação de poderes e de funções entre os diversos atores políticos e instituições é formal e informalmente redefinido para reequilibrar os espaços de participação dos mais diversos grupos. Como sintoma dessa influência, as constituições escritas a partir da segunda metade do século XX investiram sobremaneira no perfil contramajoritário do Poder Judiciário e expandiram o escopo da *judicial review*. A criação de cortes constitucionais na Alemanha (1951), na Bélgica (1980), na Hungria (1989), na África do Sul (1993) e em outros cinquenta países, durante a segunda metade do século XX, é reflexo direto desse fator. Por outro lado, mesmo em países que já dispunham de jurisdição constitucional, percebeu-se o incremento das funções de *judicial review* durante o mesmo período, a título de exemplo, esse fato ocorreu no Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e das emendas subsequentes, que ampliaram a jurisdição do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade.

No plano discursivo, reformulou-se completamente a dinâmica e a linguagem da resolução dos conflitos envolvendo questões morais complexas. Adotou-se um estilo de argumentação conhecido como *rights-based approach*, por meio da qual os direitos — notadamente os direitos humanos — ultrapassaram a sua tradicional função ético-pragmática, para adquirir maior relevância no plano normativo. A partir de então, a jurisdição chama para si a tarefa de implementar os direitos previstos nas constituições escritas em sua máxima efetividade, seja garantindo a respectiva concretização para grupos desfavorecidos, seja determinando a redistribuição do respectivo gozo entre eventuais titulares concorrentes. Nesse sentido, os *direitos* transformam-se no cerne vocabular da argumentação jurídica, perdendo o seu caráter absoluto e reinventando-se como categorias flexíveis e ponderáveis. Nesse ínterim, o *trade off* entre os direitos de liberdade e de igualdade transforma-

se na escala argumentativa de solução dos conflitos constitucionais.

Atualmente, *democracia* e *constitucionalismo* parecem ter alcançado um estado de simbiose, como resultado de reiteradas introjeções mútuas de sentidos e de limitações. No plano da linguagem comum, os dois termos praticamente são adotados como expressões sinônimas; no plano institucional, os dois institutos se percebem como indissociáveis segundo o modelo institucional preponderante — não há democracia sem constitucionalismo, e vice-versa.

O modelo de constitucionalismo do pós-guerra, calcado no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e na agenda de direitos humanos, influenciou as experiências jurisdicionais em nível global. Embora a permeabilidade de cada jurisdição a esse novo *standard* tenha sido variável, a depender de elementos culturais e estruturais locais, ele decerto obteve extenso alcance e profundo poder transformador. Segundo Weinrib, essa concepção não apenas “reorientou a interpretação de velhas constituições e influenciou o desenvolvimento das tradições constitucionais não escritas”<sup>12</sup>, como também “influenciou na modelagem do texto e da interpretação de novas e renovadas constituições”<sup>13</sup>.

Quanto a esse último ponto, as constituições confeccionadas durante a segunda metade do século XX — tais como as cartas dos países da Europa Ocidental no pós-guerra; do Sudeste Asiático pós-colonização, nas décadas de 60 e 70; da América Latina pós-militarização e da África pós-colonização, na década de 80; e do Leste Europeu pós-socialista, na década de 90 — incorporaram em sua esfera de normatividade a proteção aos direitos fundamentais, muitos deles categorias homônimas aos *direitos humanos* protegidos na esfera internacional (liberdade, igualdade, liberdade de expressão, liberdade de crença, proibição de penas cruéis etc.).

Esse fator contribuiu diretamente para a formalização de um catálogo de direitos fundamentais

<sup>12</sup> Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, IN *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 (p. 86). Texto original: “It reoriented interpretation of old constitutions and influenced the development of unwritten constitutional traditions”.

<sup>13</sup> Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, IN *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 (p. 86). Texto original: “It shaped the text and interpretation of new and renovated constitutions”.

relativamente comum entre as democracias liberais, de modo que nações sem qualquer conexão histórica ou institucional passaram a compartilhar uma estrutura básica de proteção dos cidadãos, veiculada sob linguagem unificada.

Por óbvio, a recepção dos direitos humanos ocorreu de forma distinta em cada país, na medida em que o conteúdo a eles atribuído por cada jurisdição também recebeu influxos dos elementos específicos de cada cultura política. A título de exemplo, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa assumiram contornos absolutamente dissociados nos Estados Unidos e na Europa Ocidental<sup>14</sup>. No entanto, a vigência de catálogos básicos comuns de direitos humanos facilitou o diálogo comparativo e a migração de ideias entre diversas jurisdições, na medida em que as cortes passaram a observar, com mais frequência, como outras jurisdições solucionam dilemas morais e conflitos constitucionais de conteúdo relativamente idêntico, seja para incorporar ideias constitucionais alienígenas, seja para rechaçar experiências que não se coadunam com os arranjos institucionais de cada jurisdição. Essa empreitada comparativa ensejou um movimento de fertilizações cruzadas de ideias constitucionais sem precedentes a partir da segunda metade do século XX.

## 2.2 O elemento político: o imperialismo jurídico estadunidense pós-Segunda Guerra

Um segundo elemento catalisador a que a doutrina constitucional tradicionalmente concedeu pouco peso consiste na influência estadunidense sobre o processo de migração de ideias constitucionais no contexto do pós-guerra.

Constitui fato notório que os Estados Unidos, como um dos grandes vencedores da Segunda Guerra Mundial, tornaram-se, por volta da década de 50, a maior superpotência econômica mundial. Essa circunstância intensificou a sua influência geopolítica sobre as demais democracias liberais, notadamente sobre a Europa ocidental, a América Latina e a África pós-colonial.

Nesse ponto, é curioso perceber que o modelo constitucional que se disseminou globalmente no pós-guerra apresenta características que remontam o modelo constitucional democrático então vigente nos Estados Unidos. *In casu*, não se tratou de uma mera coincidência. A influência econômica exercida pela nação americana se estendeu também para o campo jurídico.

Não se pode desprezar a íntima relação entre economia e direito, como dois microssistemas intimamente interligados à vida social. Os institutos jurídicos e as atividades econômicas mantêm relações tensionais entre si, de naturezas constitutiva e desconstitutiva. A dinamicidade dessas tensões pode ser basicamente descrita por meio de três intuições.

Primeiro, a economia, muito longe de ser absolutamente autônoma, consiste em plexo de atividades em todo o seu bojo constricto por normas jurídicas, que limitam, expandem ou regulam as possibilidades de atuação dos *players* econômicos. Uma vez que (i) o direito é mecanismo de controle social, e (ii) a atividade econômica é modalidade de conduta interpessoal, qualquer sistema jurídico disporá de um conjunto de normas que definem e delimitam o sistema econômico. Essa intuição é consistente mesmo em relação a países cuja constituição preconiza o absentismo estatal na economia. A mera previsão legal de institutos como a propriedade privada e os contratos consubstancia-se, por si só, em marco normativo-estrutural de enquadramento da atividade econômica, capaz de instituir janelas de atuação aos sujeitos de direito. Tais janelas encontram-se limitadas, em maior ou menor grau, tanto pelas normas jurídicas — mediante os requisitos de existência, de validade e de eficácia dos atos jurídicos — como pela cultura política de cada realidade — a partir dos incentivos e dos desincentivos que ela cria.

Segundo, institutos e normas jurídicas são constantemente desenhados, reformados ou revogados para responder a necessidades ou a aspirações econômicas, emergentes a partir da interação — nem sempre sadia — entre agentes econômicos, instituições públicas e privadas, e elementos contextuais de qualquer ordem. A título de exemplo, quando da instituição do direito de propriedade, a cristalização de um conjunto de poderes de um sujeito de direito sobre determinada coisa sob a forma de único plexo normativo objetivou, entre outros aspectos, estabilizar e dinamizar relações jurídicas de natureza econômica.

<sup>14</sup> Sobre o tema, vide: Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in *European and US Constitutionalism* 49, 68 (Georg Nolte ed., 2005).

Mais recentemente, os movimentos regulatórios da Administração Pública, a partir da década de 60, e a instituição de parcerias público-privadas, a partir da década de 90, surgiram como reação a determinadas disfunções das atividades privadas e públicas, muitas delas de natureza econômica. Em suma, institutos jurídicos não são criações aleatórias do direito, mas decerto incorporam concepções responsivas a projetos dominantes em cada sociedade.

Terceiro, a economia e a jurisdição constantemente se retroalimentam. Embora seja um truísmo que a jurisdição provoque intervenções das mais variadas formas e graus na atividade econômica, não se pode desprezar que o inverso também ocorre, na medida em que a economia consiste em poderoso *input* da atividade jurisdicional. A economia, como ciência social que estuda a organização e o funcionamento das sociedades, fornece elementos de informação que ajudam o intérprete a preencher o sentido dos diversos textos normativos abertos e, por isso mesmo, consubstancia-se em elemento de convicção indireto da cognição judicial. No entanto, muito mais do que contribuir para a construção da esfera axiológica do direito, a atividade econômica também fornece dados empíricos que permitem ao julgador, com uma razoável margem de probabilidade, manejar critérios de eficiência e de proporcionalidade durante a solução de controvérsias judiciais, especialmente naqueles casos em que se descortinam mais de uma resposta legal aparentemente correta.

A permeabilidade da jurisdição para a economia é variável temporal e contextualmente. A título de exemplo, em tempos de crise, a cognição judicial se torna mais sensível ao argumento econômico, mediante desde a priorização de pautas pró-austeridade pelas cortes até o modo como argumentos consequenciais são tematizados e acolhidos.

Em síntese, considerados os diversos modos como direito e economia se inter-relacionam — a exemplificação acima não pretendeu ser exaustiva —, é possível perceber como a influência econômica dos Estados Unidos corroborou a influência jurídica sobre as democracias liberais. A segunda metade do século XX consistiu em interregno de transplantes de estruturas constitucionais sem precedentes, no âmbito do qual o modelo constitucional americano até então consolidado espalhou-se sobre as diversas jurisdições — antigas e novas — do mundo ocidental. Tal modelo consistiu em pacote que incluía (i) catálogo de direitos

fundamentais; (ii) sistema econômico capitalista; (iii) princípios da *rule of law*, da separação de poderes e da governança democrática; e especialmente (iv) jurisdição constitucional com poderes qualificados de controle de atos legislativos e executivos, bem como de aplicação de remédios processuais estruturais para o resguardo dos cidadãos em face de abusos estatais — a dificuldade contramajoritária.

O Professor Duncan Kennedy, da *Harvard Law School*, assevera que pelo menos três itens institucionais que se disseminam a partir do pós-guerra têm fortes raízes norte-americanas: as cortes constitucionais, as jurisdições transnacionais e o mercado jurídico integrado por escritórios e organizações não governamentais (ONGs) com atuação transnacional<sup>15</sup>.

Para ele, “em cada um desses contextos, a influência dos Estados Unidos é manifesta”<sup>16</sup>, seja por meio de imposições coercitivas, seja por meio de barganha ou exploração do próprio prestígio como superpotência. Exemplo do primeiro ponto consistiu na instituição de tribunais constitucionais após vitória dos EUA sobre a Alemanha, a Itália e o Japão na Segunda Guerra Mundial, na medida em que o primeiro impôs o próprio modelo de constitucionalismo para os demais<sup>17</sup>. Igualmente, houve

[...] o processo pelo qual a USAID e as instituições financeiras internacionais negociaram com os regimes do Terceiro Mundo desesperados por ajuda financeira, e lhes impuseram *rule of law reforms* como parte do ajuste estrutural<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Para o professor Duncan Kennedy, “along with this conceptual genealogy, each of the main sites for the development of contemporary legal consciousness has a strong U.S. connection. I would include among these sites, first the constitutional courts, with judicial review often of the issues of distribution of power in federal systems as well as over rights against the state, that have come into existence all over the world since 1945. Second, the rise of transnational jurisdictions, in a host of different contexts. [...]. Third, in the world of law practice there is the development of the U.S.-style large international law firm dealing with the issues of the globalized economy, and of a nonprofit NGO sector, equally globalized, understanding itself as constituting the international community or international civil society”. In Duncan Kennedy, “Three Globalization of Law and Legal Thought”, in *The New Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek & Alvaro Santos, 19-73 (Cambridge, 2003), p. 68.

<sup>16</sup> Duncan Kennedy, “Three Globalization of Law and Legal Thought”, in *The New Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek & Alvaro Santos, 19-73 (Cambridge, 2003), p. 68.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem. Texto original: “Then there is the process by which USAID and the international financial institutions bargain with third world regimes

Duncan Kennedy conclui:

Por que é que, em um número considerável de sistemas jurídicos nacionais e periféricos, os tribunais constitucionais estabelecidos ao longo de todo o período, desde os anos quarenta (Índia) até os anos 1970 (Portugal, Espanha, Grécia) e os anos 90 (Europa Central, África do Sul), vieram a exercer poder significativo, com sucesso invalidando ações legislativas e executivas? O pano de fundo da hegemonia militar norte-americana, as pressões das instituições financeiras internacionais e dos mercados de capitais mundiais e o prestígio das instituições norte-americanas fazem parte desse fenômeno<sup>19</sup>.

Em suma, os transplantes e as migrações de ideias e de estruturas constitucionais provocados pelos Estados Unidos nesse contexto de pós-guerra foram um fator político determinante para a expansão da jurisdição constitucional e de uma pauta relativamente comum de teorias constitucionais entre as diversas democracias liberais.

### 2.3 O elemento jurídico: a centralidade no constitucionalismo do pós-guerra

No paradigma do pós-guerra, o juiz se tornou a figura central do constitucionalismo. O poder das cortes de revisar normas emanadas pelos demais braços do Estado, consagrado pela Suprema Corte Americana no célebre *Marbury v. Madison*<sup>20</sup> (1803), disseminou-se por todo o globo, a partir da consolidação de duas premissas teóricas. Primeiro,

a constituição, como lei fundamental de um povo, tem autoridade para governá-lo e, por isso mesmo, os princípios que ela encorpa consubstanciam-se na base axiológica essencial para a solução de conflitos de toda ordem. Segundo, os agentes estatais, entre eles os juízes, detém autoridade para interpretar e aplicar os princípios constitucionais quando da solução de conflitos levados ao Estado. Ao realizarem essa tarefa, os agentes estatais contribuem para a concretização e para a preservação da normatividade da constituição.<sup>21</sup>

*Marbury v. Madison* não inaugurou a *judicial review*, ideia já discutida previamente entre os federalistas (Federalist 78) e plantada na constituição americana<sup>22</sup> (Art. 3º, Seção 2, Cláusula 2) e no *Judiciary Act*, parágrafo 3º (1789)<sup>23</sup>. Algumas cortes locais já haviam se utilizado desse poder previamente, tal como em *Kemper v. Hawkins* (1793)<sup>24</sup>, decidido pela Corte da Virgínia. Tais marcos pavimentaram o caminho para que a Suprema Corte, anos depois, utilizasse, pela primeira vez, do seu poder de revisão de atos legais.

No entanto, a Suprema Corte, durante o século seguinte, exerceu com cautela e discrição o poder de *judicial review* em casos específicos. Somente a partir da segunda metade do século XX, especialmente com o advento da Warren Court, a Suprema Corte exerceu com mais frequência a *judicial review*, mediante a construção de um modelo de interpretação mais criativo e propositivo, relativamente desconectado das interpretações preconizadas pelos *founders*. Esse processo coincide com os dois elementos catalisadores supracitados, especialmente quanto à mudança de vocabulário no exercício da jurisdição constitucional

*desperate for financial outs, imposing rule of law reforms as part of structural adjustment.*"

<sup>19</sup> Idem at 69. Texto original: "Why is that, in a googly number of peripheral and semiperipheral national legal systems, constitutional courts established over the whole period, from the late forties (India) into the 1970s (Portugal, Spain, Greece) and the 1990s (Central Europe, Colombia, South Africa), have to come to exercise significant power, successfully invalidating legislative and executive actions? The background of U.S. military hegemony, the pressures of the international financial institutions and of world capital markets, and the prestige of U.S. institutions are all part of the story".

<sup>20</sup> ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803): "It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank.

Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument".

<sup>21</sup> Vide: Larry Kramer, *Understanding Marbury v. Madison. Proceedings Of The American Philosophical Society. VOL. 148, NO. 1, MARCH 2004.*

<sup>22</sup> "In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned [within the judicial power of the United States], the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make", U.S. Constitution, Article III, Section 2, Clause 2.

<sup>23</sup> *The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after provided for; and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts [...] and writs of mandamus [...] to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States. — Judiciary Act of 1789, § 13.*

<sup>24</sup> ESTADOS UNIDOS. *Kemper v. Hawkins*, 3 Va. (1 Va. cases) 20, (1793).

— *rights-based discourse* — e ao aumento da influência americana entre as democracias liberais.

Casos como *Brown v. Board of Education*<sup>25</sup> (1954) e *Loving v. Virginia*<sup>26</sup> (1967), em que a corte invalidou normas estaduais que permitiam a segregação racial em escolas e proibiam o casamento inter-racial, respectivamente, são exemplos clássicos dessa transformação. Sob a liderança do *Justice Warren*, a corte consolidou uma farta jurisprudência sobre direitos fundamentais — direito ao voto, garantias processuais penais, liberdade religiosa, liberdade de expressão, direitos reprodutivos, direito à privacidade etc. — e não hesitou em exercer a *judicial review* para declarar a nulidade de normas que contrariavam a Constituição.

Há uma questão geopolítica nessa análise. No contexto da Guerra Fria, em que havia franca oposição entre dois sistemas de produção — o capitalismo e o socialismo — os EUA deliberadamente pretenderam se mostrar ao mundo como a vitrine de proteção dos direitos fundamentais. Por um lado, havia um consenso de que os direitos humanos e o respeito à dignidade deveriam prevalecer em qualquer regime estatal, em reação às atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Por outro, era necessário construir um modelo concreto e efetivo de proteção de tais direitos. Nesse sentido, nada mais oportuno do que a então maior potência econômica do planeta arrogar para si o protagonismo desse processo, para se tornar não apenas o modelo econômico e político de sucesso, mas certamente o *leading case* de concretização dos direitos fundamentais. Conseqüência lógica de se transformar na nação de maior prestígio mundial também é dispor da corte constitucional de maior prestígio, como um farol para as demais jurisdições e, por óbvio, também uma provocação estratégica ao mundo socialista.

Resultado evidente de todo esse processo é a consolidação e a disseminação da ideia americana de que o Poder Judiciário é o intérprete último das constituições e o guardião dos direitos fundamentais nela encartados. Essa tese, que hoje representa um truísmo nas leituras de direito constitucional, consistiu em uma construção teórica lenta, resultado

da conjunção de vários vetores jurídicos, políticos e sociais.

Nesse ponto, é curioso perceber que diversas transformações progressistas, em termos de costumes sociais, nas mais diversas democracias liberais, tiveram assento jurisprudencial. Década a década, a partir da segunda metade do século XX, as cortes constitucionais de todo o globo passaram a decidir as grandes questões das esferas social, econômica e política. Nos últimos 30 anos, o Judiciário se tornou o desaguadouro dos conflitos administrativos e políticos. Os teóricos falam que caminhamos para uma anômala juristocracia, em que os juízes se tornaram o superego de uma sociedade complexa, caótica, incoerente e profundamente desigual<sup>27</sup>. Críticos dessa prevalência jurisdicional afirmam que o questionamento central da filosofia do direito até a década de 70 do século passado — *qual a natureza jurídica do direito* — se transformou em *como os juízes decidem*<sup>28</sup>.

Em suma, a centralidade política que as cortes constitucionais adquiriram nas democracias liberais consistiu em importante elemento catalisador do engajamento comparativo, na medida em que se produziu, em todo o mundo, uma rica jurisprudência sobre conflitos constitucionais e dilemas morais, apta a ser compartilhada entre as diversas jurisdições.

#### 2.4 Uma breve síntese: o recrudescimento do direito constitucional comparado

A conjunção dos três elementos catalisadores acima analisados — o apogeu do discurso da normatividade dos direitos humanos, a influência central do constitucionalismo americano sobre as demais democracias liberais e a centralidade das cortes constitucionais no exercício de interpretação da constituição — ensejou o recrudescimento do direito comparado. Com cada vez mais frequência, cortes do mundo inteiro passaram a resolver casos sob o prisma do direito constitucional, emitindo decisões através de um vocabulário comum e recorrendo sem hesitações a importações e a exportações de ideias constitucionais.

<sup>25</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S.483 (1954).

<sup>26</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)

<sup>27</sup> Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

<sup>28</sup> Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become*, 138 (Verso, 1996).



Constitucionalistas asseveram a vigência do paradigma do *engajamento comparativo*, no âmbito do qual (i) os intérpretes das constituições se dedicam a pesquisar o funcionamento de outros sistemas de jurisdição constitucional e (ii) e adotam ideias constitucionais estrangeiras e internacionais como elemento de convicção e de interpretação. Essa empreitada não implica conceder autoridade normativa a elementos jurisdicionais alienígenas, mas decerto implica analisar como outras cortes constitucionais (i) exercem procedimentalmente a respectiva jurisdição; (ii) constroem cânones de interpretação dos princípios e das regras constitucionais locais; (iii) preenchem o sentido das categorias constitucionais abstratas — direitos fundamentais, elementos de ponderação e de proporcionalidade, cláusulas abertas de estruturação do Estado etc. —; e (iv) solucionam conflitos constitucionais similares. Esse exercício comparativo tem sido hodiernamente um dos principais fatores de migração de ideias constitucionais entre jurisdições.

Na defesa do engajamento comparativo, a Professora Vicki Jackson, da *Harvard Law School*, elenca três circunstâncias que impulsionam esse paradigma<sup>29</sup>.

Primeiro, independentemente das particularidades locais, sistemas constitucionais exercem funções básicas similares em qualquer país — organização da estrutura estatal, alocação de poderes e de funções públicas, definição do grau de intervenção do Estado nas atividades econômicas e sociais, previsão de garantias fundamentais e sistematização da *judicial review*. Ao mesmo tempo, num mundo globalizado, os dramas humanos — as questões morais de relevante discordância, as crises econômicas e políticas etc. — também se repetem em diversos países.

Nesse sentido, não surpreende o fato de que os conflitos sociais levados às cortes, quando traduzidos da *linguagem fática* para a *linguagem dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos impessoais*, descortinam conflitos constitucionais não apenas entre as diversas possibilidades de solução do caso concreto, mas entre os *standards* que guiam as escolhas interpretativas<sup>30</sup>. Por isso mesmo, segundo Jackson,

[...] se mais de uma interpretação da constituição é plausível a partir das fontes domésticas, abordagens adotadas por outros países podem fornecer informações empíricas úteis para a decisão acerca de qual interpretação melhor funcionaria<sup>31</sup>.

Segundo, o engajamento comparativo possibilita não apenas o empréstimo de teorias, mas também a depuração das diferenças entre os diversos sistemas constitucionais. Nesse sentido, cabe lembrar que analisar jurisprudência estrangeira não conduz — nem deve conduzir — necessariamente à importação acrítica de ideias. Em muitas hipóteses, o exercício de comparação conduz o intérprete a rejeitar determinada solução adotada por outro país, consideradas as diferenças contextuais, políticas e culturais, o que tornaria artificial qualquer transplante. A título de exemplo, as categorias “liberdade de expressão” e “proibição de pena cruel”, embora sejam compartilhadas por várias constituições, assumem contornos específicos nas mais diversas culturas políticas. Mesmo países vizinhos, como os Estados Unidos e o Canadá, os quais compartilham diversos elementos históricos, construíram concepções bem distintas sobre o conteúdo do direito de “liberdade de expressão”, o que não pode ser desprezado pelo intérprete cauteloso. Nesse ponto, na medida em que elucida distinções estruturais e axiológicas entre os países, o engajamento comparativo também funciona para rejeitar importações indevidas de ideias constitucionais.

Terceiro, “direito estrangeiro e internacional podem iluminar as dimensões suprapositivas dos direitos constitucionais”<sup>32</sup>. Afinal, conforme já discutido, diversas categorias constitucionais foram deliberadamente formalizadas sob um alto grau de abstração. A pesquisa comparativa auxilia sobremaneira o preenchimento do conteúdo dos respectivos textos e a construção da norma jurídica para cada caso concreto, na medida em que a maioria

<sup>29</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 116.

<sup>30</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 116.

<sup>31</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 116. Texto original: “If more than one interpretation of the Constitution is plausible from domestic legal sources, 35 approaches taken in other countries may provide helpful empirical information in deciding what interpretation will work best here”.

<sup>32</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 118. Texto original: “foreign or international legal sources may illuminate “supra-positive” dimensions of constitutional rights”.

dessas categorias constitucionais dispõe de conteúdos mínimos universalmente compartilhados — especialmente no que tange aos direitos humanos, aos critérios de proporcionalidade, às teorias de justiça, aos conceitos de equidade e de igualdade, entre outros.

Por sua vez, o Professor Mark Tushnet pontua que o engajamento comparativo permite ao intérprete perceber as *falsas necessidades* do próprio sistema constitucional. Inevitavelmente, o intérprete isolado, ao negligenciar outras experiências constitucionais além das suas próprias, tende a desenvolver a falsa percepção de que (i) as estruturas e as doutrinas inscritas na sua própria cultura política formam uma amálgama exclusiva, e que (ii) nenhum outro conjunto de estruturas e de doutrinas encaixaria nas especificidades contextuais de seu próprio sistema constitucional. Esse olhar enviesado do intérprete acaba por fossilizar as suas percepções acerca de sua própria estrutura constitucional, na medida em que ele enxerga todas as instituições respectivas como absolutamente *necessárias* e *responsivas* aos elementos contextuais de seu sistema.

Por outro lado, o engajamento comparativo descortina experiências diversas sobre conflitos sociais semelhantes, levando o intérprete a perceber que determinados arranjos locais são, em verdade, *falsas necessidades*. Para Tushnet, a partir dessas percepções, o ponto central da análise comparativa passa a ser a definição de como (i) os limites impostos pelas instituições e pelas normas de um determinado país, (ii) os limites impostos pela doutrina historicamente construída, (iii) os limites impostos pela cultura jurídica e (iv) todos os demais limites estruturais se interseccionam de tal forma a reduzir o conjunto de escolhas (sejam elas institucionais, doutrinárias, normativas e judiciais etc.) a apenas uma, qual seja, a escolha atualmente vigente<sup>33</sup>.

Nesse sentido, constitucionalistas concordam que o *engajamento comparativo*, muito longe de ser “uma passagem sem volta a uma destinação única”<sup>34</sup>, é uma ferramenta avançada para uma profunda reflexão sobre o que a constituição significa para

cada nação. Certamente, consiste em método para conhecer melhor a própria cultura política, na medida em que o empreendimento comparativo acaba por descortinar semelhanças e diferenças entre os diversos sistemas constitucionais e, conseqüentemente, faz o intérprete refletir sobre o próprio sistema, as suas falsas necessidades e os componentes do seu contexto.

### 3 As aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo

Este é o estado da arte atual: um conjunto numericamente considerável de países veiculam constituições escritas, as quais organizam as estruturas do poder político (*power map*), apresentam um catálogo relativamente comum de direitos fundamentais e dispõem de cortes constitucionais que resolvem conflitos morais complexos sob a linguagem dos direitos e dos princípios impessoais, mediante técnicas interpretativas de ponderação. A construção de um paradigma de constitucionalismo calcado sobre estruturas normativas e institucionais similares em diversos países consistiu em elemento estrutural e cultural precursor de pelo menos três circunstâncias: (i) a aproximação dogmática entre as jurisdições constitucionais, na medida em que as cortes passam a pesquisar como as demais funcionam e decidem; (ii) a transformação das cortes em desaguadouro dos conflitos morais e políticos de toda ordem e escala; e (iii) o alto grau de presença do Judiciário na vida social.

Essas três circunstâncias são a base fática do surgimento de três grandes discussões teóricas que atualmente dominam o *mainstream* do Direito Constitucional: (i) a popularização do fenômeno de “empréstimo de ideias constitucionais”; (ii) a judicialização da vida social e política; e (iii) o discurso dicotômico entre as condutas *minimalista* e *ativista* do Poder Judiciário.

Embora não sejam recentes, os doutrinadores constitucionais têm produzido, já há algum tempo, um repertório relativamente comum de críticas à jurisdição constitucional. Lançando o olhar para o futuro, tarefa essencial consiste em analisar criticamente o atual estado da arte e perceber o quanto essas discussões têm efetivamente tematizado as realidades e as necessidades das diversas culturas políticas, de modo a apontar algumas reorientações teóricas — ou novos questionamentos — que poderiam torná-las mais responsivas às novas complexidades que se descortinaram nos últimos anos.

<sup>33</sup> Mark Tushnet, *Some reflections on method in comparative constitutional law*. In: *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 81.

<sup>34</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 128.

O presente trabalho enxerga duas aspirações do constitucionalismo global, especificamente relacionadas à jurisdição constitucional.

Primeiro, a *aspiração metodológico-discursiva* decorre da percepção de que se tornou comum a prática do *transplante acrítico* de ideias entre as diversas cortes, em que os intérpretes não se incumbem de tematizar elementos contextuais quando do empréstimo de ideias constitucionais. Nesse sentido, propõe-se o refinamento metodológico do engajamento comparativo, tarefa imprescindível para o aumento da sua eficácia persuasiva.

Segundo, a *aspiração político-funcional* propõe ultrapassar o discurso binário e formalista *minimalismo v. ativismo judicial*, a partir da percepção de que não há necessária conexão entre o grau de intervenção judicial e seus eventuais impactos positivos ou negativos no mundo fenomênico. Destarte, impõe-se problematizar (i) a complexidade da relação entre o Poder Judiciário e as demais instituições políticas, inclusive percebendo novas funções que as cortes constitucionais têm assumido no processo democrático, (ii) e o modo como a construção das soluções para os conflitos constitucionais (técnicas de interpretação, remédios processuais, linguagem jurídica, técnicas de decisão etc.) pode ser aprimorada e dinamizada.

### 3.1 A aspiração metodológico-discursiva: o combate ao transplante acrítico de ideias constitucionais

A popularização do fenômeno de empréstimo de ideias constitucionais entre cortes do mundo inteiro pareceu vir desacompanhada de uma preocupação metodológica acerca da possibilidade de acomodação de determinadas teorias ou estruturas normativas em culturas políticas distintas. Percebe-se, com cada vez mais frequência, o fenômeno do “transplante acrítico”, mediante o qual cortes fazem referência a julgados e a normas estrangeiros sem a devida problematização contextual, o que, em último grau, compromete a efetividade argumentativa e a cientificidade do engajamento comparativo.

São exemplos de transplante acrítico: (i) o intérprete, ao se deparar com determinado conflito entre direitos constitucionais, busca na jurisprudência estrangeira casos similares e transplanta a solução neles adotada, sem estabelecer nenhuma consideração contextual; (ii) o intérprete direciona a pesquisa à jurisprudência estrangeira, de modo a considerar, como espaço amostral, apenas casos cuja

solução coincide com o desfecho que ele previamente decidiu adotar para o caso em decisão; (iii) o intérprete restringe a pesquisa a países por ele previamente selecionados, pelos quais ele nutre certa admiração cívica ou alinhamento ideológico, e utiliza elementos estrangeiros como argumentos de autoridade; (iv) o intérprete limita-se a cotejar trechos normativos de diferentes constituições, sem estabelecer qualquer conexão com elementos da cultura política dos países pesquisados; (v) o intérprete despreza os textos normativos e os precedentes vinculantes do seu próprio sistema, em privilégio a elementos normativos e precedentes estrangeiros que, em tese, não estariam albergados pelo ordenamento doméstico.

Dois argumentos refutam esses comportamentos. Primeiro, o exercício comparativo é eminentemente metodológico. Segundo, a principal metodologia do exercício comparativo é o contexto. Tão importante quanto o cotejo comparativo em si é a metodologia adotada nesse empreendimento. A metodologia no direito comparado é a chave da eficácia argumentativa da referência a julgados alienígenas.

Normas constitucionais encontram-se mergulhadas no âmbito de uma cultura política específica, a qual consiste um plexo de arranjos institucionais diversos, compromissos políticos, aspirações de transformação ou de estabilização social, elementos culturais, consensos e dissensos morais. Cada elemento cristalizado no texto constitucional — seja o catálogo de direitos fundamentais, seja o rito do processo legislativo —, ali foi implantado como resultado de uma decisão política que, embora seja passível de crítica, deve ser tematizada pelo intérprete.

Nesse sentido, o exercício de comparação entre dois sistemas constitucionais não pode se restringir ao mero cotejo de textos constitucionais ou à mera citação de casos aparentemente afins para justificar premissas prévias de convicção. Sistemas constitucionais não são apenas textos de norma ou acórdãos de decisão judicial, mas decerto a reunião desses elementos com o contexto no qual eles estão inscritos e os valores aos quais eles pretendem ser responsivos.

A título de exemplo, há evidente déficit de cientificidade ao se comparar o mecanismo de nomeação de juizes de cortes constitucionais em diferentes sistemas sem se tematizar o modo como a estrutura adotada em cada país se relaciona com os demais elementos políticos, históricos e estruturais internos. A eficácia persuasiva do argumento “no

país X, os juízes são escolhidos pelo voto popular e, portanto, o país Y deveria adotar esse procedimento" é potencialmente reduzida, se desacompanhada de qualquer cotejo contextual. Nesse caso, a crítica ao engajamento comparativo será primordialmente metodológica, pois o raciocínio lógico apresentado conduz à impressão de que a mesma estrutura institucional, uma vez imersa em qualquer das culturas políticas, produz incentivos e desincentivos semelhantes, o que nem sempre pode corresponder à realidade.

Estruturas institucionais satisfatoriamente acomodadas em determinados contextos podem gerar consequências indesejadas se transplantadas acriticamente para outros países. Imagine-se como no Brasil seria recepcionada a prerrogativa da Suprema Corte Americana de decidir sigilosamente quais casos serão apreciados em cada termo, sem qualquer obrigação de justificar o motivo pelos quais determinadas controvérsias foram rejeitadas pelos juízes. Embora essa seja uma tradição no país norte-americano, certamente o histórico da cultura política de progressiva transparência e justificação de julgamentos estabelecida no Judiciário brasileiro não comportaria esse transplante.

Esse mesmo raciocínio se aplica à referência à jurisprudência estrangeira. O conflito constitucional entre liberdade de expressão *versus* intimidade pode assumir conotações absolutamente distintas nos EUA e no Canadá, justamente porque a construção do núcleo essencial de direitos fundamentais, ainda que homônimos, está intrinsecamente ligada a arranjos institucionais e à cultura política locais. Dois textos constitucionais rigorosamente semelhantes, se aplicados em países distintos, geram incentivos e desincentivos distintos, na medida em que se encontram mergulhados em um plexo de elementos históricos, culturais e axiológicos distintos, e, conseqüente, a eles se atribuem sentidos condizentes com o modo como tais elementos interagem entre si. Afinal, textos constitucionais, por si só, não produzem cultura política, mas formam com ela uma relação de retroalimentação constante, por meio de introjeções mútuas de significados e de limitações.

Em suma, engajamento comparativo pressupõe engajamento contextual. A própria função judicial é eminentemente contextual. Muito mais do que arenas, as cortes são *players* não centrais que interagem com as demais instituições (formais e informais) mediante relações de poder e de razão, dois elementos em constante tensão. Por esse mesmo motivo, a referência

a qualquer julgado estrangeiro, como resultado da função judicial, não pode prescindir da análise da conjuntura em que construído.

No entanto, se, por um lado, elementos contextuais consistem em fator que recomenda cautela ao intérprete no ato de transplante de ideias constitucionais, por outro, eles não se podem tornar em uma barreira intransponível para o engajamento comparativo. O ponto nodal da metodologia comparativa envolve a reunião de elementos empíricos e contextuais das culturas políticas pesquisadas, os quais funcionam como evidências que suportam ou infirmam a hipótese conclusiva — a qual absorve ou rechaça, parcial ou integralmente, o transplante constitucional. Esse iter lógico-argumentativo deve ser explicitado pela corte em sua decisão, com o fito de reforçar a eficácia argumentativa da conclusão.

O engajamento comparativo é normalmente apresentado sob a forma de *inferência indutiva*<sup>35</sup>. Trata-se de modalidade lógica pela qual a condição de verdade das premissas, embora não garanta integralmente a verdade da conclusão, baliza a crença na verdade da conclusão em certo grau de probabilidade.

São duas as formas de *inferência indutiva*: a *generalização indutiva* e a *especificação indutiva*<sup>36</sup>. A primeira envolve a generalização a partir de observações de objetos particulares que apresentam propriedade comum. Nesse tipo de argumento, as premissas reportam-se a elementos particulares, para sustentar uma conclusão que veicula uma generalização probabilística inferida de particularidades:

<sup>35</sup> Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

<sup>36</sup> BREWER Scott, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review Vol. 109, Nº 5 (Mar., 1996). Artigo publicado por The Harvard Law Review Association. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/1342258?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/1342258?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, The Yale Law Journal Vol. 107, No. 6 (Apr., 1998). Artigo publicado por The Yale Law Journal Company, Inc. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/pdf/797336.pdf?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/pdf/797336.pdf?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Scott, *Logocratic Method and the Analysis of Argument in Evidence*, Artigo publicado 01 September 2011 no Oxford Journal Academic. Disponível em: <<https://academic.oup.com/lpr/search-results?page=1&q=Logocratic%20method%20and%20the%20analysis%20of%20arguments%20in%20evidence&SearchSourceType=1>>. Acesso em: 10 out. 2015.

' $\alpha 1 \dots \alpha n$ ' representam um conjunto de indivíduos (Exemplo: países da América Latina);

' $\varphi$ ' representam uma característica percebida nos elementos  $\alpha 1 \dots \alpha n$ ;

' $\theta$ ' representam uma segunda característica percebida nos elementos  $\alpha 1 \dots \alpha n$ ;

O padrão da generalização indutiva é o seguinte:

( $\epsilon 1$ )  $\alpha 1$  corresponde tanto a  $\varphi$  e a  $\theta$

(i.e., possui ambas as características  $\varphi$  e  $\theta$ )

[e.g. País 1 tem característica  $a$  e País 1 tem característica  $b$ ]

( $\epsilon 2$ )  $\alpha 2$  corresponde tanto a  $\varphi$  e a  $\theta$

[e.g. País 2 tem característica  $a$  e País 2 tem característica  $b$ ]

( $\epsilon 3$ )  $\alpha 3$  corresponde tanto a  $\varphi$  e a  $\theta$

[e.g. País 3 tem característica  $a$  e País 3 tem característica  $b$ ]

( $\epsilon n$ )  $\alpha n$  corresponde tanto a  $\varphi$  e a  $\theta$

[e.g. País N tem característica  $a$  e País N tem característica  $b$ ]

( $\epsilon n+1$ ) Há poucos (ou nenhum) indivíduos do grupo  $\alpha$  que correspondem a  $\varphi$  e não correspondem a  $\theta$

[e.g. Não se observou nenhum país da América Latina que dispõe da característica 1 e não dispõe da característica 2]

$h$ : [Provavelmente] [Todos ou a maioria]  $\varphi$ 's são  $\theta$

[e.g. Provavelmente, todos os países da América Latina de característica 1 são também característica 2].

Perceba-se que a conclusão alcançada é apenas uma hipótese cuja força argumentativa depende das evidências que lhe antecedem, as quais funcionam como premissa lógica. Quanto mais o intérprete avança na colheita de evidências, mais alto o grau probabilístico de suporte das premissas em relação à hipótese conclusiva.

Outro tipo de inferência é a *especificação indutiva*. Em vez de alcançar uma conclusão sobre a classe indivíduos, ela oferece uma conclusão sobre um específico indivíduo, baseada numa generalização sobre as classes às quais aquele indivíduo pertence. Trata-se de uma forma argumentativa para se realizarem previsões baseadas em evidência empírica. Abstratamente, tem-se a seguinte forma:

( $\epsilon 1$  até  $\epsilon n$ )  $\alpha 1$  até  $\alpha n$  possuem as características  $\varphi$  e  $\theta$

[e.g., País 1 até País N dispõem das características 1 e 2]

( $\epsilon n+1$ ) Foram observados poucos indivíduos do grupo  $\alpha$  que dispõem da característica  $\varphi$  e não dispõem da característica  $\theta$

[e.g. Não se observou nenhum país da América Latina que não dispõe da característica 2]

Portanto, hipótese: Algum indivíduo  $\alpha n+1$  provavelmente tem tanto a característica  $\varphi$  como a característica  $\theta$ .

Um país da América Latina que dispõe da propriedade 1 provavelmente tem a propriedade 2.

Qualquer exercício comparativo é formado por um plexo de generalizações e de especificações. No entanto, essas formas lógicas, por si, parecem simplórias considerando a complexidade da argumentação comparativa, uma vez que nem sempre as premissas formam um conjunto harmônico, seja para infirmar, seja para sustentar a hipótese conclusiva. Análise depurada conduzirá à conclusão de que os países possuem mais distinções do que semelhanças, as quais parecem mais os distanciar do que os aproximar. Nesse sentido, as evidências colhidas de cada cultura política formam premissas que ora corroboram, ora infirmam, com distintas forças probabilísticas, a hipótese conclusiva de que determinada ideia constitucional pode ser acomodada em terreno estranho.

A título de exemplo, no exercício da analogia comparativa, o intérprete verificará que dois países ou dois grupos de países compartilham as características A, B e C, o que corrobora a hipótese conclusiva tendente ao empréstimo de determinada ideia constitucional. No entanto, o mesmo intérprete poderá verificar que uma característica D se manifesta distintamente nos dois países, o que diminui o grau de suporte das premissas A, B e C sobre a hipótese conclusiva. Nesse ponto, uma metodologia apurada tematizará todas essas circunstâncias na decisão judicial e imputará a cada uma delas o respectivo peso probabilístico, seja para reforçar, seja para reduzir o grau de certeza da conclusão. Esse peso probabilístico depende da própria natureza de cada circunstância e deverá ser justificado pelo intérprete. Ao final, esse iter lógico propicia o alcance de uma conclusão fundada em um potencial probabilístico elevado, a qual recepcionará o transplante constitucional, quando as premissas desfavoráveis não reduzirem sobremaneira o grau de eficácia das premissas compartilhadas, ou rejeitará o transplante, quando as premissas desfavoráveis comprometerem o suporte que as premissas compartilhadas oferecem à hipótese conclusiva.

No julgamento do caso *State v. Makwanyane*, a Corte Constitucional da África do Sul, ao declarar inconstitucional a pena de morte naquele país, ofereceu um belo exemplo de engajamento comparativo. Ao verificar as jurisprudências das cortes internacionais e de diversos países, o tribunal africano rejeitou a adoção de entendimentos consolidados pela Suprema Corte Americana e pela Suprema Corte da Índia, as quais acolheram a constitucionalidade da pena de morte. O relator do caso, Juiz Chaskalson, apresentou como premissas de evidência contextual inúmeras semelhanças e distinções entre a cultura política sul-africana e a cultura política desses países. Após, concedeu os devidos pesos a cada premissa, para concluir que havia pouco embasamento para que as ideias inscritas nos países em referência pudessem ser acomodadas sob o manto da constituição sul-africana, que, diferentemente das demais, havia concedido ao direito à vida uma relevância não encontrada nas outras:

Quando os recursos contra a condenação à morte em tribunais ou tribunais internacionais ou estrangeiros não obtiveram êxito, a Constituição ou o instrumento internacional que serviu de referência previu diretamente a pena de morte ou especificamente estabeleceu que o direito à vida está sujeito a exceções sancionadas por lei. O único caso em que não existiam disposições expressas na Constituição foi a decisão do Tribunal Constitucional húngaro. Naquele caso, o recurso teve êxito e a pena de morte foi declarada inconstitucional

Nossa Constituição expressa o direito à vida sob uma forma não qualificada e prescreve os critérios que devem ser cumpridos para a limitação de direitos entranhados, inclusive a proibição de legislação que anula o conteúdo essencial de um direito arraigado. Ao lidar com o direito comparado, devemos ter em mente que somos obrigados a interpretar a Constituição da África do Sul, e não um instrumento internacional ou a constituição de algum país estrangeiro, e que isso deve ser feito com a devida consideração ao nosso sistema legal, nossa história e circunstâncias, e a estrutura e linguagem de nossa própria Constituição. Podemos derivar assistência do direito internacional público e da jurisprudência estrangeira, mas não estamos obrigados a segui-lo<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *State v. Makwanyane and Another* (CCT 3/94). Texto original: “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

Perceba-se que a corte sul-africana baliza-se em um elemento da cultura política de natureza formal (a deferência da constituição ao direito à vida) para rechaçar o transplante constitucional. A natureza dessa premissa contextual (o próprio texto constitucional) é suficiente para que a corte lhe conceda um peso tal que infirme o peso das eventuais semelhanças entre os demais sistemas que serviram de referência, de modo que o balanceamento entre premissas de semelhança e premissas de distinção conduziu à rejeição da hipótese de transplante constitucional.

Essas considerações iniciais nos permitem a reunião de alguns *standards* de comparação para experiências futuras de jurisdição constitucional.

Primeiro, como já explicitado, o exercício comparativo deve ser guiado metodologicamente, como forma de ampliar a força argumentativa da referência a julgados alienígenas, e evitar que esse empreendimento tenha força meramente retórica ou de falso argumento de autoridade.

Segundo, conforme ensina a Professora Vicki Jackson, a legitimidade da pesquisa a precedentes estrangeiros varia de acordo com o conflito constitucional em análise, com a especificidade do texto da constituição doméstica em relação a esse tema e do grau de abertura que o texto constitucional concede a ele<sup>38</sup>. Não se pode transformar o engajamento comparativo em um fetichismo jurisprudencial, de modo a sempre tentar acolher entendimentos estrangeiros de forma acrítica, ainda quando a própria constituição e a cultura política em que ela está inscrita apresentem soluções adequadas e definitivas para os conflitos constitucionais em análise.

---

*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.*

*Our Constitution expresses the right to life in an unqualified form, and prescribes the criteria that have to be met for the limitation of entrenched rights, including the prohibition of legislation that negates the essential content of an entrenched right. In dealing with comparative law, we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has to be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution. We can derive assistance from public international law and foreign case law, but we are in no way bound to follow it”.*

<sup>38</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 128.

Quanto maior a abertura textual e a generalidade dos direitos envolvidos no conflito constitucional, maior a probabilidade de a jurisprudência estrangeira oferecer elementos de convicção efetivamente úteis para a solução das controvérsias.

Terceiro, a carga persuasiva do precedente estrangeiro depende de uma combinação entre a coerência interna de seus argumentos, a comparação entre os contextos e as suas origens institucionais<sup>39</sup>. O engajamento comparativo nem sempre resulta no transplante da ideia constitucional, mas também — e possivelmente na maioria das vezes — resulta na rejeição de determinada ideia, consideradas as diferenças contextuais e institucionais. A possibilidade de rejeição não pode significar um desincentivo ao exercício comparativo, na medida em que, conforme já explicitado, o iter lógico dessa empreitada conduz o intérprete a um autoconhecimento maior de seu próprio contexto, bem como a um questionamento acerca das falsas necessidades nele existentes.

Quarto, em consequência ao terceiro *standard*, as operações lógicas de inferência indutiva (generalizações indutivas e especificações indutivas) podem ser de considerável valia para que o intérprete adequadamente explicita as premissas contextuais que adotou para acolher ou rejeitar o transplante de determinada ideia constitucional. Nesse sentido, cabe ao intérprete elencar os elementos contextuais relevantes para a hipótese conclusiva, de modo a lhes conceder o devido peso, tanto no sentido de corroborar, como no sentido de infirmar a hipótese de transplante constitucional. A correlação entre todos esses elementos e os seus respectivos pesos permitirá ao intérprete concluir se as premissas, de fato, suportam, com elevado grau de probabilidade, a hipótese de transplante constitucional. A adoção de formas lógicas como inspiração na empreitada argumentativa faz o intérprete tomar conhecimento de uma série de premissas implícitas. Torná-las explícitas no texto argumentativo torna o exercício mais transparente e fortalece a eficácia argumentativa, bem como a coerência interna dos argumentos.

Por óbvio, essas sugestões metodológicas padecem de desenvolvimento posterior, mas, de forma preliminar, abrem uma linha de reflexão e de pesquisa

necessária para o saudável engajamento comparativo no âmbito da jurisdição constitucional.

### 3.2 A aspiração político-funcional: a superação do debate minimalismo v. ativismo judicial e o reconhecimento da função catalisadora da jurisdição constitucional

O paradigma do constitucionalismo global fundou as bases estruturais e culturais para uma expansão sem precedentes do poder judicial durante a segunda metade do século XX. Trata-se de fenômeno global. Pode-se fazer uma generalização, no sentido de que, hodiernamente, onde quer que haja democracia e jurisdição constitucional, há considerável grau de poder judicial, do matiz ideológico adotado pelas respectivas constituições (liberalismo, comunitarismo, conservadorismo, progressismo etc.).

O Professor Ran Hirschl elenca cinco explicações para a expansão do poder judicial em democracias liberais<sup>40</sup>.

Primeiro, a tese da *proliferação democrática* estabelece uma correlação entre (i) o encarte de direitos fundamentais nas constituições escritas; (ii) a instituição de formas fortes de *judicial review*, e (iii) a progressiva independência das cortes em regimes democráticos. Cortes constitucionais poderosas surgiram em países do Sudeste Europeu (1970), da América Latina (1980) e da Europa Oriental (1990) a partir do exato momento em que nações de todos esses continentes passaram por processos de democratização e adotaram constituições escritas que veiculavam o pacote direitos fundamentais e *judicial review*.

Segundo, a tese *evolucionista* funda-se na ideia de que o desenvolvimento da função contramajoritária das cortes constitucionais consiste em estágio avançado do sistema democrático. Na medida em que a doutrina constitucional alcança relativo consenso sobre a necessidade de tematização dos diferentes grupos sociais, com ênfase na proteção das minorias, o próprio vocábulo *democracia* deixa de designar uma espécie de sistema político para designar uma adjetivação ao sistema constitucional. Assim, uma vez que a contramajoritariedade é tarefa que as instituições democráticas de natureza majoritária não conseguem adimplir, o Poder Judiciário arroga essa função, o que se reverte em ampliação de seus poderes institucionais.

<sup>39</sup> Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109, p. 128

<sup>40</sup> Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Legal Stud. 71 (2004).

Terceiro, a tese *funcionalista* assevera que a expansão das cortes decorreu de reação orgânica à disfuncionalidade e à fragmentariedade dos diversos sistemas políticos, de modo que os juízes, uma vez instados pelos *players políticos*, passam a ocupar espaços vazios de poder deixados pela inação ou ação deficiente dos demais poderes.

Quarto, a tese *econômico-institucional*, de cunho utilitarista, percebe o desenvolvimento de constituições e da *judicial review* como um mecanismo para promover a *rule of law* e garantir a credibilidade do respectivo regime político relativamente à habilidade da burocracia de cumprir e de fazer cumprir contratos, bem como garantir aos investidores um ambiente econômico sustentável e favorável que gere incentivos de investimento, inovação e desenvolvimento<sup>41</sup>.

Quinto, a tese do *alcance estratégico* sugere que os detentores de poder político deliberadamente se beneficiam da expansão do poder judicial e, por esse mesmo motivo, promovem-no. Delegar às cortes autoridade política é meio para (i) reduzir custos de decisão e de transação, (ii) alterar a responsabilidade pelo êxito da solução a ser construída para cada conflito constitucional, e (iii) reduzir riscos para as elites políticas e para o aparato institucional que elas operam. A transferência de poder às cortes é deliberada e consciente, mais do que um resultado natural e lógico do mal funcionamento orgânico dos arranjos institucionais.

Por isso mesmo, Ran Hirschl relembra que as transições democráticas que aconteceram na segunda metade do século XX foram acompanhadas da elaboração de novas constituições ou de emenda às cartas já em vigor, nas quais se operou encarte de direitos fundamentais e expansão do poder judicial. Em momentos de incerteza política, como ocorre em transições de regime, elites políticas ameaçadas de apeamento do poder estrategicamente encartam suas agendas políticas em normas jurídicas e expandem o poder das cortes judiciárias. Agem, assim, para minimizar as inevitáveis incertezas do processo político. Afinal, como o seu *status* político é incerto no âmbito do regime que está para se instituir, encartar direitos na constituição preserva a continuidade de seus programas econômicos e sociais, ainda

se, no futuro, elas não mais estiverem no controle do processo político. Ademais, transferir poder a cortes independentes e pretensamente imparciais assegura a longevidade dessa agenda política em longo prazo, bem como reduz o poder e a margem de discricionariedade de futuros governos eventualmente controlados por grupos adversários<sup>42</sup>.

A título de exemplo, no Brasil, a transição de democrática no final de década de 1980, de fato, coincidiu com um período sem precedentes da expansão do poder judicial (por meio do incremento das competências do Supremo Tribunal Federal e da criação de novos tribunais) e de encarte de direitos fundamentais, nada muito diferente do que se percebeu em outros países.

<sup>42</sup> Sobre o tema, vide trecho que o autor escreveu em trabalho pretérito: "Ran Hirschl lists the four traditional theories that explain the expansion of the judicial power in liberal democracies. The *democratic proliferation thesis* links the entrenchment of rights and strong forms of judicial review in constitutions, and the development of relatively independent judiciaries to the strengthening of democratic regimes. Powerful constitutional courts have arisen in new democracies in Southern Europe (1970s), Latin America (1980s), and in Central and Eastern Europe (1990s). The *evolutionist theory* relies on the counter-majoritarian character of the judicial activity – as an advanced stage of the democracy – to justify the increasing power of the courts. The *functionalist explanation* states that powerful courts are an organic reaction to dysfunctional political systems. The *institutional economics model* "sees the development of constitutions and judicial review as mechanisms to mitigate systemic collective actions concerns such as commitment, enforcement, and information problems". Then, Hirschl proposes a new explanation, the so-called *strategic approach thesis*, which suggests that "power holders may profit from an expansion of the judicial power", since "delegating policy-making authority to the courts may be an effective mean of reducing the decision-making costs, as well as shifting responsibility and thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate". Therefore, from his perspective, the deferential role played by the executive and the legislative branches in favor of the courts is self-conscious and actor-oriented, rather than a mere result of a random, organic malfunctioning of institutional arrangements.

Instead, he recalls that transitions to democracy are commonly linked to the entrenchment of rights and judicial empowerment. In moments of political uncertainty – such as regime changes – threatened political elites strategically entrench their policy preferences in legal norms and expand the power of the courts "against the changing fortunes of the democratic politics". Since their political status is uncertain under the regime about to start, (i) entrenching rights in the constitution preserves their political, social, and economic agenda, and (ii) giving power to unelected and impartial bodies locks in their project in the long term, as well as reduces the power of future governments, which might be controlled by other political elites" (Pedro Felipe de Oliveira Santos: *Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of socio-economic rights*. LL.M. Thesis. Texto integral).

<sup>41</sup> Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Legal Stud. 71 (2004). p. 82.



Em última análise, todas essas circunstâncias favorecem o famigerado fenômeno da *judicialização da política*, pelo qual os atores sociais voluntariamente retiram temas sensíveis da arena política e os levam às cortes. A *judicialização da política* e a *expansão do poder judicial*, embora sejam fenômenos absolutamente distintos, retroalimentam-se continuamente. De um lado, a *judicialização da política* é um fenômeno de origem extrajudicial, na medida em que os *players* deliberada e estrategicamente levam temas ao Poder Judiciário, o qual, em obediência ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não pode se eximir de apreciar alegada lesão ou ameaça a direito. Por outro lado, as cortes, como corpos cuja legitimidade democrática é constantemente questionada, respondem afirmativamente a esse chamado, ocupando os espaços de poder que a própria constituição lhes concedeu institucionalmente, na profundidade dos pedidos processuais que os *players* levam até elas.

Este trabalho não pretende problematizar se o sistema de *judicial review* padece de legitimidade política. Embora a discussão sobre a legitimidade de corpos institucionais não eleitos para decidir temas sensíveis da vida social tenha produzido um rico e necessário debate nas últimas décadas<sup>43</sup>, o argumento de que a teoria política acomoda os instrumentos de *judicial review* parece ter prevalecido, ao menos na realidade prática. Primeiro, a *judicial review* é uma realidade na maioria dos países do Globo. Segundo, não há nenhuma evidência de que, em curto ou médio prazo, os arranjos institucionais devam se organizar para extinguir os mecanismos de *judicial review*. Pelo contrário, os *players* políticos estrategicamente continuam a levar temas sensíveis à apreciação do Poder Judiciário e a perceber benefícios nessa prática.

Destarte, ainda os teóricos refratários à ideia de *judicial review* precisam reconhecer que o debate precisa avançar. O professor Richard Fallon, da Universidade de Harvard, afirma que a tese de que *a legitimidade da judicial review deriva dos fins morais substantivos que ela proporciona* infirma o argumento

de que *cortes com membros não eleitos não podem agir democraticamente*. Nesse ponto, um sistema de *judicial review* pode ser desenhado de maneira a se evitar que os custos morais de uma eventual intervenção judicial exagerada possam ultrapassar os custos morais resultantes da ausência de qualquer tipo de intervenção<sup>44</sup>.

Nesse ponto, um realinhamento teórico a ser considerado consiste em transformar a pergunta “o sistema de *judicial review* é politicamente legítimo?” em “como os instrumentos de *judicial review* podem ser (re) desenhados para se garantir uma redução dos custos morais da intervenção judicial?”.

Avançar metodologicamente nessa pergunta demanda a superação da dicotomia minimalismo versus ativismo judicial, surgida a partir dos discursos que a crítica constitucional produziu nas últimas décadas.

De um lado, os juristas que se autodenominam *minimalistas* defendem uma postura judicial deferente, seja ao processo democrático, seja à intenção legislativa, seja às escolhas do Executivo, seja às intenções originais dos constituintes — o destinatário da deferência varia a depender da vertente teórica de interpretação. Para esse grupo, de maneira geral, cabe ao magistrado reconhecer e apontar violações à norma, deixando aos demais poderes e atores políticos a adoção das providências cabíveis para a restauração da juridicidade violada.

De outro lado, os juristas que pejorativamente são denominados de *ativistas* defendem que ao juiz cabe não apenas reconhecer violações, mas decerto a adoção dos remédios processuais cabíveis para a o restabelecimento da juridicidade violada, sendo legítima qualquer tipo intervenção judicial para o cumprimento desse mister.

Cada uma dessas vertentes reúne diversas escolas de interpretação constitucional e se utiliza dos mais variados argumentos para fundamentar as próprias posições. Embora as defesas mais comuns estejam relacionadas à legitimidade democrática do Poder Judiciário, como um corpo de membros não eleitos, para promover intervenções na vida social e política, têm ganhado destaque argumentos de natureza consequential. Minimalistas denunciam que

<sup>43</sup> A título de exemplo, trabalhos proeminentes nesse debate: contrariamente à *judicial review*, Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L. J. 1346 (2006); a favor, Richard Fallon, *The Core Of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008); para uma crítica contra as duas posições, Mark Tushnet, *How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases for and Against Judicial Review?*, 30 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 49 (2010).

<sup>44</sup> Richard Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693, 1756 (2008).

os impactos agregativos e distributivos da postura ativista são geralmente desastrosos, desmantelam políticas públicas em vigor, causam gastos irracionais aos demais Poderes e, finalmente, não geram transformações sociais positivas. Por outro lado, ativistas afirmam que a postura de deferência não cria incentivos efetivos para que os demais Poderes observem as ilegalidades detectadas pelo Poder Judiciário, o que enseja a persistência do cenário de violação de direitos, cuja concretização permanece à míngua das conveniências administrativa e legislativa.

No entanto, essa resposta binária e generalizada — transplantada das teorias constitucionalistas americanas para todo o Globo, sem qualquer crivo crítico-contextual, e balizada em figuras estereotipadas da conduta judicial — reduz uma discussão altamente complexa a uma abordagem meramente formalista acerca da alocação ideal de poderes entre os braços do Estado. Ademais, despreza por completo os concretos arranjos institucionais do sistema político de cada país. Os entusiastas dessa perspectiva binária parecem mais preocupados com o grau de intervenção judicial (baixo ou elevado) do que com a substância da intervenção judicial em si e os seus impactos no mundo fenomênico, como se uma única opção de comportamento judicial (minimalista ou ativista) pudesse contemplar a especificidades dos casos de qualquer microssistema jurídico.

No entanto, um olhar mais atento à jurisprudência das cortes e aos cânones de interpretação constitucional descortinará algumas perplexidades que parecem estar despercebidas no discurso *mainstream* da crítica constitucional.

Primeiro, conforme pesquisas empíricas recentes têm demonstrado, não há qualquer relação necessária entre o nível da intervenção judicial e o seu impacto positivo ou negativo nas estruturas sociais. Essa relação é estritamente contingente<sup>45</sup>. Não se pode estabelecer qualquer liame entre *grau elevado de intervenção judicial e impacto social negativo*, bem como entre *baixo grau de intervenção judicial e impacto social*

*positivo*, muito menos o contrário. Sob determinadas circunstâncias contextuais, postura judicial minimalista pode acarretar impactos agregativos e distributivos tão negativos como uma postura judicial de elevado grau.

Segundo, a experiência tem demonstrado que o conteúdo do remédio processual adotado pelo Judiciário em determinado caso, e não o nível de intervenção judicial, define o respectivo êxito. Afinal, como não há qualquer relação necessária entre nível de intervenção judicial e potencialidade de impacto social a ser causado, a natureza da *injunction* e a sua adequação com os fins que se deseja alcançar são os principais elementos definidores do êxito da intervenção judicial.

Terceiro, nenhuma constituição traz em seu texto as regras de sua própria interpretação. Conforme enuncia o Professor Cass Sunstein, “entre alternativas razoáveis, nenhuma abordagem de interpretação constitucional é obrigatória”<sup>46</sup>. Ainda segundo o professor,

Algumas pessoas acreditam que a própria ideia de interpretação exige que os juízes adotem um método particular para interpretar a Constituição. O problema com essa visão é que, no direito constitucional, a ideia geral de interpretação é compatível com uma gama de abordagens diferentes, e entre elas, nenhuma é obrigatória, no sentido de ter alguma conexão única ou privilegiada com a ideia geral.

[...]

O significado da Constituição deve ser construído em vez de encontrado, não no sentido grandioso (e absurdo) de que ele está inteiramente à mercê [do intérprete], mas no sentido mais mundano de que deve ser resolvido por uma interpretação que ela própria não contém. A ideia de interpretação é ampla, e uma série de abordagens se encaixam nela. Entre as alternativas razoáveis, qualquer abordagem particular à Constituição deve ser defendida com o fundamento de que ela faz a ordem constitucional pertinente melhor do que pior<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Sobre o tema, ver: David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 *Harvard International Law Journal*, 191, 202 (2012); Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, 143 (Oxford University Press, 2012); Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 *Columbia Journal of European Law*, 1, 2 (2007); Mark Tushnet, *Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century*, 4 *Nujs L. Rev.* 177 (2011).

<sup>46</sup> Cass Sunstein, *There is Nothing that Interpretation Just is*, Harvard University DASH Repository (Aug. 29, 2014).

<sup>47</sup> Cass Sunstein, *There is Nothing that Interpretation Just is*, Harvard University DASH Repository (Aug. 29, 2014). Texto original: “Some people believe that the very idea of interpretation requires judges to adopt a particular method for interpreting the Constitution. The problem with this view is that in constitutional law, the general idea of interpretation is compatible with a range of different approaches, and among them, none is mandatory, in the sense of having some unique or privileged connection with the general idea”.

Quarto, e como decorrência lógica do item anterior, não há necessidade de o Poder Judiciário adotar em todos julgamentos uma única vertente de interpretação única — originalista, ou *living constitution*, ou propositivista etc. Cada caso traz particularidades que devem ser consideradas na adoção do remédio constitucional adequado para restabelecer a juridicidade violada, de modo que, em determinadas situações, o Poder Judiciário pode ser justificadamente mais originalista na interpretação constitucional; em outros, *living constitution*, sem que essa diversidade de comportamento signifique incoerência interpretativa. Afinal, as teorias interpretativas não podem ser encaradas como dogmas absolutos. A responsabilidade do intérprete recairá na justificação do método de interpretação adotado, relativamente à sua adequabilidade ideal para a solução do caso concreto e a sua conformidade com a constituição.

Quinto, o argumento consequencial assume relevância na jurisdição constitucional e não pode ser desprezado. A função judicial é contextual. Por sua vez, a jurisdição constitucional também dispõe de natureza política, embora com alto grau de construção jurídica. Essas constrições são impostas pelos (i) limites das competências institucionais do Poder Judiciário estabelecidos na constituição — mais gravosas do que os limites impostos ao Legislativo e ao Executivo —, (ii) pelas estruturas institucionais e seu histórico, (iii) pelas normas constitucionais e legais, tanto de natureza procedimental, como de natureza substantiva, (iv) pela linguagem adotada pela argumentação jurídica (direitos fundamentais e princípios impessoais), entre outros.

Tanto quanto possível, a intervenção judicial deve ser guiada por elementos de convicção empíricos que evidenciem macrossistemicamente as estruturas a serem impactadas e as possíveis interações resultantes desses impactos. Olhar para fora e para frente permite às cortes selecionar, dentre os diversos instrumentos processuais possíveis, a *injunction* que melhor se adequa para a solução do conflito constitucional em análise. Nesse ponto, o argumento consequencial, unido aos demais elementos de convicção, qualifica a intervenção judicial.

Sexto, a intervenção judicial deve sempre ser a menos drástica possível para restabelecer a juridicidade violada. Esse aspecto implica que, em determinados casos, justificadamente, a corte pode decidir ser mais

minimalista, pois visualiza que uma conduta deferente seja suficiente para a solução do conflito constitucional. No entanto, o Judiciário não pode se eximir de adotar remédios mais intensos se, justificadamente, o quadro que se descortina nos autos demonstra que comportamento judicial mais minimalista seja insuficiente para os fins que se deseja atingir. Para tanto, a corte deve reunir elementos de convicção que informem sobre os arranjos institucionais, consistentes no modo como as instituições e os atores políticos formal e informalmente interagem entre si. Destarte, em consequência, poderá antever os incentivos e os desincentivos que cada tipo de injunção enseja aos *players* envolvidos no conflito em análise, o que será determinante na respectiva resolução.

Sétimo, em determinados casos, intervenções resolutórias no conflito constitucional podem ser desastrosas. Julgar um conflito constitucional não necessariamente requer ao Judiciário a apresentação de uma resposta resolutiva. É possível ao Judiciário decidir devolver o conflito ao processo político, não meramente decidindo “não decidir” — o que seria vedado à luz de nossa Constituição, mas decerto tentando engajar os *players* a assumirem as suas funções institucionais, mediante a promoção de incentivos de atuação institucional coordenada.

Um dos efeitos colaterais da judicialização da política é a desidratação do processo político, pois temas políticos sensíveis são retirados da arena política — por vezes, de forma prematura — e levados às cortes. O Poder Judiciário tem assumido um discurso de isenção de responsabilidade sobre esse fenômeno, considerando que são os próprios atores políticos que levam voluntariamente os casos às cortes. No entanto, não obstante, de fato, as cortes tenham reduzido controle sobre o ajuizamento de demandas, o simples fato de elas disporem do conflito em mãos e poderem decidir o seu rumo é suficiente para imaginar a possibilidade de elas assumirem a tarefa de devolvê-lo ao processo político, em pelo menos duas hipóteses. Primeiro, a corte percebe que o conflito foi retirado da arena política de forma prematura. Segundo, a corte conclui que qualquer tipo de intervenção judicial resolutória tem potencial efeito deletério, seja (i) por não conseguir alcançar um cenário em que os custos morais de qualquer intervenção sejam menores do que os custos da ausência de intervenção, seja (ii) por não conseguir reunir elementos empíricos suficientes que informem, com razoável grau de justificação

epistêmica, a dinâmica dos arranjos institucionais envolvidos e, assim, há inviabilidade de desenhar uma injunção satisfatória para a resolução do problema.

Entretanto, a devolução do conflito constitucional ao processo político não pode vir desacompanhada de um conjunto de incentivos aos *players* envolvidos. Se, por vezes, o Poder Judiciário não é o *locus* ideal para solução de determinados conflitos institucionais, a natureza do processo judicial e o esperado modo de agir imparcial dos magistrados torna as cortes o ambiente propício para o reengajamento pontual de instituições e de atores, com vistas a incentivá-los a alcançarem, por si, uma solução adequada para o conflito, a cujo êxito eles terão maior sentimento de vinculação, justamente por serem os próprios protagonistas do seu alcance.

Nesse sentido, já se tem observado que diversas cortes constitucionais têm assumido, além da função contramajoritária, a função de catalisação do processo político, mediante a qual elas se colocam como árbitros entre os diferentes níveis de governança e de funções institucionais, a partir de três essenciais tarefas: (i) garantindo a participação e a interação de todos os *players* envolvidos no conflito; (ii) monitorando a adequação epistêmica da base de informações para o processo decisório; e (iii) impondo transparência e *accountability* aos procedimentos, como meio de alcance de um processo decisório justificado por parte dos *players*<sup>48</sup>.

Por meio desse modelo, as cortes passam a se preocupar, cada vez mais, com o aprimoramento do processo político-democrático, especialmente em ambientes em que se percebe uma fragmentação política elevada, bem como um considerável grau de disfuncionalidade institucional. Nesse sentido, na medida em que percebem a sua influência na alocação dos poderes de barganha entre as partes, os juízes passam a calcular melhor as intervenções judiciais, de modo a incentivar os *players* a aderir às suas funções institucionais e, de forma coordenada, reavivarem o processo político outrora desacreditado.

Essa abordagem estimula as cortes, cada vez mais, a investirem num exercício de criatividade institucional — por óbvio, sempre nos limites de suas competências institucionais — para desenhar injunções e remédios processuais que se adequem aos diversos tipos de conflitos constitucionais. Experiências exitosas têm sido percebidas em cortes europeias<sup>49</sup>, na Índia<sup>50</sup>, nos EUA e na Colômbia<sup>51</sup>.

Problematizar essas transformações demanda um realinhamento teórico, consistente da superação da visão dicotômica *minimalismo v. ativismo judicial*. A função judicial é muito mais complexa do que a análise que se tem feito das intervenções judiciais balizada apenas no aspecto formalista do grau de intervenção. Qualificar as intervenções judiciais demanda tematizar que (i) o grau de intervenção sempre deverá ser o mínimo necessário para restabelecer a juridicidade violada, e que (ii) a construção da intervenção judicial adequada resultará de uma combinação epistemologicamente justificada entre diferentes formas de interpretação constitucional, de remédios processuais e de alocação de poderes entre os *players* envolvidos.

## 4 Conclusão

Desde a década de 1950, o constitucionalismo se reinventou, incorporou novos significados, significantes e propósitos, e ocupou o espaço decisório do Poder Judiciário. Mais ainda, o constitucionalismo globalizou-se, descortinando uma era de migrações e de fertilizações cruzadas de ideias constitucionais de intensidade sem precedentes.

Impõem-se avançar com o debate constitucional e tematizar as novas problemáticas que o constitucionalismo global apresenta. O futuro da jurisdição constitucional, no paradigma do engajamento comparativo atualmente vigente,

<sup>48</sup> Vide Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 Columbia Journal of European Law, 4, 5 (2007); Victoria Nourse and Gregory Shaffer, *Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory*, 40 Legal Studies Research Paper Series, 101, 111 (2014); Charles F. Sabel, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015 (2004); David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 Boston College Law Review, 1501, 1503 (2014).

<sup>49</sup> Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 Columbia Journal of European Law, 1, 2 (2007).

<sup>50</sup> Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 751 (Foundation Press, 2014); Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago Press, 1998); Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attemping the Impossible?*, 37 Am. J. Com. L. 495 (1989).

<sup>51</sup> David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 Boston College Law Review, 1501, 1503 (2014).

perpassa pelo menos duas aspirações de realinhamento teórico, as quais que visam a qualificar a intervenção judicial no mundo político, econômico e social.

*A aspiração metodológico-discursiva* assevera que, para que o constitucionalismo se torne efetivamente global, é preciso que se respeitem os limites contextuais do engajamento comparativo. Trata-se de um convite para se refletir sobre as possibilidades e as limitações da migração de ideias constitucionais no âmbito da jurisdição constitucional. Essa tarefa impõe às cortes uma metodologia mais apurada no ato de referenciar julgados e teorias estrangeiras, com vistas a evitar o transplante acrítico, prática tão comum entre as cortes hodiernamente.

*A aspiração político-funcional* reconhece que, especialmente em ambientes políticos disfuncionais e com alto grau de judicialização da política e da vida social, o Poder Judiciário pode assumir uma tarefa catalisadora do funcionamento das instituições democráticas, devolvendo ao processo político temas dele retirados prematuramente e provendo incentivos de atuação coordenada a *players* institucionais. Essa aspiração também é um convite para que as cortes reflitam mais sobre o conteúdo das injunções que impõem — e invistam no (re)desenho dos remédios constitucionais. Mais importante do que o grau de intervenção judicial é a substância da injunção em si, os alvos que ela pretende atingir e as estruturas que ela pretende atacar e preservar. Esses elementos não podem ser desprezados pela jurisdição constitucional.

Em suma, quando as formas jurídicas e as teorias críticas parecem não mais responsivas às especificidades e às complexidades do mundo fenomênico, é tempo de realinhar questionamentos, propor novos debates, abrir novas frentes de pesquisa e testar outras intuições. Pensar o futuro demanda abertura ao novo e, principalmente, uma análise crítica do que efetivamente as instituições representam para a cultura política de cada sociedade, bem como do que cada cultura política espera de suas instituições.

## Referências

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *State v Makwanyane and Another* (CCT 3/94).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44, rel. Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, rel. Ministro Ricardo Lewandowski.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060, rel. Ministro Luiz Fux.

Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism* (1997). Faculty Scholarship Series. Paper 129.

Cass Sunstein, *There is Nothing that Interpretation Just is*, Harvard University, DASH Repository (Aug. 29, 2014).

Charles R. Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago Press, 1998).

David Landau, *A Dynamic Theory of Judicial Role*, 55 Boston College Law Review, 1501,1503 (2014).

David Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, 53 Harvard International Law Journal, 191, 202 (2012).

Duncan Kennedy, *Three Globalization of Law and Legal Thought*, in *The New Economic Development: A Critical Appraisal*, ed. David Trubek & Alvaro Santos, 19-73 (Cambridge, 2003).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. 543 U.S. 551 (2005).

ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

ESTADOS UNIDOS. Kamper v. Hawkins, 3 Va. (1 Va. cases) 20, (1793).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S.483 (1954).

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in *European and US Constitutionalism*, 49, 68 (Georg Nolte ed., 2005).

Jamie Cassels, *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attemping the Impossible?*, 37 Am. J. Com. L. 495 (1989).

Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale L. J. 1346 (2006).

Joanne Scott and Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, 13 Columbia Journal of European Law, 1, 2 (2007).

Katharine G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, 143 (Oxford University Press, 2012).

Larry Kramer, *Understanding Marbury v. Madison*. IN Proceedings Of The American Philosophical Society. VOL. 148, NO. 1, MARCH 2004.

Lorraine E. Weinrib, *The postwar paradigm and American exceptionalism*, IN The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Mark Tushnet, *How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases for and Against Judicial Review?*, 30 Oxford Journal of Legal Studies 49 (2010).

Mark Tushnet, *Reflections on Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Twenty-First Century*, 4 Nujs L. Rev. 177 (2011).

Mark Tushnet, *Some reflections on method in Comparative Constitutional Law*. In: The Migration of Constitutional Ideas. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Pedro Santos, *Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of socio-economic rights*. Harvard Law Schhol, LL.M. Thesis. Texto integral (2015).

Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, 11 Ind. J. Global Legal Stud. 71 (2004).

Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the origins and the consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Richard Fallon, *The Core Of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 Harv. L. Rev. 1693 (2008).

Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become*, 138 (Verso, 1996).

Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard Law Review Vol. 109, No. 5 (Mar., 1996).

Scott Brewer, *Logocratic Method and the Analysis of Argument in Evidence*, Artigo publicado 01 September 2011 no Oxford Journal Academic.

Scott Brewer, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, The Yale Law Journal Vol. 107, No. 6.

Sujit Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 751 (Foundation Press, 2014).

Vicki Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*. Harvard Law Review, Vol. 119:109.

Victoria Nourse and Gregory Shaffer, *Empiricism, Experimentalism, and Conditional Theory*, 40 Legal Studies Research Paper Series, 101, 111 (2014).