

RDIET, Brasília, V. 11, nº1, p. 277 – 320, Jan-Jun, 2016

**TRANSCONSTITUCIONALISMO E DIREITO DOS EUA: ELEMENTOS PARA
O CONTRAPONTO ENTRE ORDENS JURÍDICAS EM CASOS
TRANSNACIONAIS ENVOLVENDO DIREITO CONSTITUCIONAL ***

**TRANSCONSTITUTIONALISM AND AMERICAN LAW: ELEMENTS FOR A
COUNTERPOINT BETWEEN JURIDICAL ORDERS IN TRANSNATIONAL
CASES INVOLVING CONSTITUTIONAL LAW**

Mateus de Oliveira Fornasier^{}**

Luciano Vaz Ferreira^{*}**

Carla Froener Ferreira^{**}**

* Artigo recebido em: 05/04/2016.

Artigo aceito em: 28/06/2016

^{**} Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasil. Professor e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), Ijuí/RS e da Graduação em Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS), Porto Alegre/RS. **E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br**

^{***} Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS), com período de pesquisa na American University (Washington, D.C., EUA). Mestre em Direito (UNISINOS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), nos Cursos Graduação em Relações Internacionais e Comércio Exterior. Professor Colaborador do Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG). **E-mail: luciano.vaz@furg.br**

^{****} Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC, Brasil. Mestranda do **Centro Universitário La Salle - Canoas**, Brasil. **E-mail: carlafroener@gmail.com**

RESUMO: O presente trabalho visa estudar as principais instituições da ordem jurídica estadunidense, de forma que se possam vislumbrar futuros diálogos transconstitucionais entre a referida ordem e outras, no Direito da Sociedade Mundial. Tem como hipótese a afirmação de que a comparação dialógica entre essa ordem e outras carece do estudo da história da sua formação, do funcionamento do seu Poder Judiciário, e da importância da sua Constituição como parâmetro normativo primordial. Possui dois objetivos específicos: 1) estudar o transconstitucionalismo em suas bases sistêmico-autopoiéticas, a fim de que diálogos construtivos (e não transplantes) de instituições de uma ordem sobre outras possam se dar no futuro; 2) analisar a origem do Direito norte-americano e as fontes que o compõe, enfatizando-se os precedentes judiciais e a importância da Constituição Federal daquele país para sua ordem jurídica. Sua metodologia é sistêmico-construtivista.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo; Common Law; Estados Unidos da América.

ABSTRACT: This work aims to study the main institutions of the US legal system, so that future transconstitutional dialogues between this order and others in the Law of the World Society can be envisioned. It has a main hypothesis that dialogical comparison between this order and other needs the study of the history of its formation, the functioning of its Judiciary Branch, and the importance of its Constitution as fundamental normative parameter. It has two specific objectives: 1) to study the transconstitutionalism in its systemic-autopoietic bases, so that constructive dialogue (not transplantations) between institutions of an order on others may occur in the future; 2) to analyze the origin of the US Law and the sources that compose it, being emphasized the importance of the judicial precedents, as well as the importance of the Constitution of that country to its legal order. Its methodology is systemic-constructivist.

Keywords: Transconstitutionalism; Common Law; United States of America.

1. Introdução

Em diversos momentos, os meios de comunicação divulgam decisões do Judiciário dos Estados Unidos que não são compreendidas em sua totalidade por falta de conhecimento do sistema jurídico do país. O Brasil não possui uma grande tradição no Direito comparado, de modo que as pesquisas envolvendo estudos aprofundados do Direito norte-americano são raras, especialmente pela barreira linguística. Frente a essa lacuna, impõe-se conhecer as particularidades do modelo *Common Law* e do sistema jurídico norte-americano, para que então se possa entender a influência e os desdobramentos de suas decisões.

Nesse sentido, o presente artigo possui como tema o sistema jurídico dos Estados Unidos. O objetivo da pesquisa é desvendar os aspectos gerais do funcionamento do Direito estadunidense, a fim de que pontes transconstitucionais possam ser pensadas entre aquela ordem jurídica e outras, como, por exemplo, a brasileira.

O problema que norteou a elaboração deste artigo foi: que instituições do constitucionalismo americano devem ser observadas, primordialmente, para que se possam, futuramente, construir diálogos transconstitucionais entre a ordem jurídica estadunidense e outras (mormente, de outros Estados), sem que esse estudo venha a significar mero transplante colonizador de uma ordem jurídica por outra?

A hipótese que se apresenta é que, a fim de que se possa comparar a ordem jurídica estadunidense com outras é que, antes de mais nada, a história da sua formação, bem como o funcionamento do seu Poder Judiciário e a importância da sua Constituição como parâmetro normativo primordial (e o seu papel na práxis

daquele país) são os pontos fulcrais para uma compreensão inicial daquela ordem. Ademais, um estudo desse cariz pode possibilitar a quebra de preconceitos trazidos por lições errôneas – como, por exemplo, a de que na *Common Law* as leis, quando existentes, não detêm importância fundamental, sendo o único foco da práxis os precedentes judiciais.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em duas partes. No primeiro capítulo serão tecidas explicações acerca da metodologia do transconstitucionalismo, conforme explanada por Marcelo Neves, bem como as suas bases a partir de postulados oriundos da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos. Serão feitas, aqui, também, análises comparativas entre o sistema do Direito e o da Ciência, a fim de que se consiga contrapor, de modo criativo, a transdisciplinaridade científica a uma transdisciplinaridade jurídica, inspirada também em Basarab Nicolescu.

No segundo capítulo será feita uma análise da origem do Direito norte-americano e as fontes que o compõe, dando-se ênfase aos precedentes judiciais, tendo em vista a relevância que possuem no sistema *Common Law*. A influência do Direito inglês na experiência jurídica norte-americana também será objeto de estudo nesta primeira parte. Também serão tecidas explicações acerca da principal fonte do Direito da ordem jurídica estadunidense, qual seja, a sua Constituição Federal, sendo ela retratada desde a sua formação histórico-institucional. Será reservado espaço para uma breve análise de alguns artigos do documento constitucional, especialmente referente à estrutura dos três poderes. Por fim, nesse mesmo capítulo será descrito o Poder Judiciário (Federal e Estadual) dos EUA, assim como a importância do ingresso de John Marshall na presidência da Suprema Corte dos EUA e do julgamento do caso paradigmático *Marbury v. Madison* para o delineamento da importância do Judiciário naquele país.

A metodologia aqui utilizada é sistêmico-construtivista, a partir da qual se parte com a ideia de que a complexidade da sociedade funcionalmente diferenciada faz nela emergirem sistemas comunicativos de códigos, programas e funções diversas – o que impede a possibilidade de uma normatividade e de uma descrição omniabarcadora da sociedade. Nesse sentido, cada sistema comunicativo (sendo que Direito, Política, Economia, Ciência e Religião representam bons exemplos seus) observa o entorno (constituído pelos demais sistemas), sendo aberto à sua cognição, mas com organização interna fechada – o que faz com que cada sistema, por sua vez, reorganize o que observa do entorno a partir da sua própria autopoiese (entendida, principalmente, como autorreferência).

O Direito seria, assim, um sistema comunicativo autopoietico, cujo código binário pode ser descrito como “em conformidade ao direito/contrário ao direito”; seu programa, por sua vez, é o conjunto de todas as decisões anteriores tomadas (judiciais, doutrinárias, interpretações de leis, etc.) para cumprir a função precípua do sistema – qual seja, a estabilização de expectativas normativas na sociedade. Contudo, apesar de tal sistema ainda ser, na maioria dos países ocidentais, fundamentalmente influenciado pelo princípio moderno da soberania, entende-se que esta faz parte apenas do programa de decisões do Direito, e não de sua estrutura fundamental. É com isto que se pode afirmar que não apenas o Estado produz Direito: outras organizações também o fazem.

Por fim, o método de abordagem deste trabalho é o monográfico, centrado na sua temática específica e delimitado à América Latina. Sua técnica de pesquisa, nesse compasso, é bibliográfica.

2. O transconstitucionalismo como metodologia para um diálogo entre ordens jurídicas de estados diversos

A destruição seria o destino da sociedade moderna multicêntrica, formada por múltiplas esferas conflitantes entre si, se não desenvolvessem mecanismos intervinculantes que possibilitam o aprendizado e a influência recíproca – os acoplamentos estruturais, os quais possibilitam as interferências entre diversos subsistemas sociais. Estes mecanismos, verdadeiras interpenetrações entre sistemas, filtram (excluindo certas influências e facilitando outras) e promovem as influências e os estímulos intersistêmicos recíprocos de maneira duradoura, estável e concentrada, sem que os sistemas mediante eles acoplados percam suas características autônomas (LUHMANN, p. 121). Aliás, configura-se uma simultânea relação de independência e dependência entre tais sistemas, visto que suas estruturas “passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa” (NEVES, 2009, p. 35). Alguns dos mais significativos exemplos de acoplamentos estruturais podem ser assim elencados:

a) Entre sistema(s) psíquico(s) e sociedade: o acoplamento é representado pela linguagem, dada sua possibilidade de influência recíproca entre comunicação e representações mentais, bem como sua realização de exclusões mútuas e seletivas de fluxos de sentido – o que resulta na admissão da incorporação de outros sentidos em cada âmbito acoplado (LUHMANN, 2007, p. 79 e ss).

b) Entre Economia e Direito: a propriedade e o contrato seriam exemplos bastante indicativos. Estas formações elementares constituem o critério que orienta, juridicamente, a definição entre o lícito e o ilícito; já no subsistema econômico, funcionam como critérios e programas que orientam o lucro conforme o código binário ter/não ter (LUHMANN, 2007, p. 621 e ss). O sentido do contrato e da propriedade permanece específico em cada um dos sistemas, mesmo que um

deles seja normativo (Direito) e o outro, cognitivo (economia): enquanto o primeiro tem estes institutos jurídicos como imprescindíveis na dinâmica das trocas, da circulação e da apropriação de bens e valores, a economia opera imperativamente para com eles para se desenvolver.

c) Entre economia e política: o regime fiscal de despesas e receitas é o que acopla estruturalmente ambos os sistemas citados (LUHMANN, 2007, p. 618 e ss). É imperativo aos agentes econômicos que este regime seja incluído para o desenvolvimento dos negócios econômicos; paralelamente, é necessário, para a manutenção do Estado, que um sistema equilibrado de despesas e receitas. Contudo, enquanto para a economia o regime fiscal interessa sob a perspectiva da lucratividade, para a política se tem neste regime um elemento condicional para o preparo e a tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Os acoplamentos estruturais permitem a construção de uma racionalidade transversal (WELSCH, 2013) entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial, pois são mecanismos estruturais que permitem o

intercâmbio constitutivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo (NEVES, 2009, p. 38).

Sempre que dois sistemas comunicativos se interconectam, tornam-se capazes de desenvolverem seus próprios mecanismos de aprendizado e influência estáveis e mútuos. Dessa forma, tem-se que os acoplamentos estruturais constituem racionalidades transversais parciais, sendo que cada uma dessas racionalidades está estruturalmente vinculada às racionalidades particulares, parciais (sistêmicas) confrontadas – sendo, portanto, pontes de transição específicas (NEVES, 2009, p. 42).

Tanto a racionalidade transversal quanto o acoplamento estrutural são formas de dois lados: um positivo, que permite a influência mútua intersistêmica; e uma negativa, representada pela obliteração (ou sabotagem) recíproca das autonomias sistêmicas pelo fenômeno da corrupção (NEVES, 2009, p. 42-43).

A “compra de votos”, por exemplo, representa a falta de capacidade da política (cujo código consiste na diferença democraticamente construída governo/oposição) de impedir a influência deletéria do código da economia (ter/não ter). Corrupção oposta pode ocorrer quando subsídios politicamente concedidos para grupos econômicos que apoiam o governo. A compra de sentenças, denúncias ou de pedidos de arquivamentos de processos indicam que o sistema jurídico é incapaz de conter as investidas do econômico, ocorrendo, igualmente, corrupção. Pode haver a corrupção do Direito pela política quando o poder, por pressão ilícita, obtenha decisões e atos a ele favoráveis.

Aliás, é interessante ressaltar que, para Luhmann, a corrupção sistêmica representa o grande problema moral da sociedade mundial contemporânea – apesar de afirmar que a fragmentação da moral é uma forma especial de comunicação, eis que entende ser seu código binário (diferença entre consideração e desprezo pelas demais pessoas) não está sujeito a critérios e programas generalizados (LUHMANN, 1993, p. 1008). A moral, no atual cenário policontextual acêntrico, atua difusamente com um código binário que contribui para assegurar-lhes a autonomia, alertando e denunciando a sabotagem de códigos e suas análogas corrupções sistêmicas (TEUBNER, 1998, p. 423-424).

Ao se analisar a racionalidade transversal, tem-se que a corrupção sistêmica não é seu único aspecto negativo: há uma consequência ainda mais nefasta deste aspecto, caracterizado pelo esvaziamento da capacidade de autorreferência sistêmica em razão dos bloqueios externos – o que acaba, também e

consequentemente, com a função seletiva dos acoplamentos estruturais. Isso degrading num “autismo [e a] expansão de um âmbito de racionalidade sem reconhecimento do outro” (NEVES, 2009, p. 45) – negando-se a alteridade, pois uma esfera de racionalidade perde a capacidade de aprendizado provocável pela outra, ou ainda, atua negativamente no desenvolvimento desta. Em conjunto, estes problemas podem acarretar as seguintes consequências (NEVES, 2009, p. 46-48):

a) Atomização: ocorre quando um sistema se especializa exageradamente, acabando por se tornar letárgico, indiferente em relação aos demais – degenerando-se em absolutização da consistência interna sistêmica, passando a ser desconsiderada a necessidade de adequação ao ambiente, resultando num excesso de redundância acompanhada da falta de variabilidade. Configura-se um excesso de consistência em detrimento da adequação – o que é, em outras palavras, irracionalidade;

b) Expansão imperialista (de uma racionalidade face às demais): fenômeno negativo que ocorre quando um sistema expande tanto a sua racionalidade que impede o desenvolvimento das demais. Esta expansão não se confunde com o primado de um tipo de código – pois este pode ocorrer sem que haja o detrimento de outras formas de racionalidade (a economia pode ser, junto com a mídia, o sistema de código mais forte; mas isto não necessariamente impede que haja outros sistemas sem funcionamento corrupto). Ela ocorre quando um sistema de código forte relega outros à insignificância, prejudicando os acoplamentos estruturais (causando sua atrofia).

O desenvolvimento científico adventício em conjunto com a Modernidade foi um desenvolvimento transdisciplinar – e nunca teria surgido a ciência sem essa transdisciplinaridade: há uma unidade de métodos e postulados (objetividade, linguagem matemática, formalização, etc.) em toda(s) a(s) ciência(s). Ademais,

a história da ciência é percorrida por grandes unificações transdisciplinares marcadas com os nomes de Newton, Maxwell, Einstein, o resplendor de filosofias subjacentes (empirismo, positivismo, pragmatismo) ou de imperialismos teóricos (marxismo, freudismo) (MORIN, 2005, p. 136).

Só foi possível conceber uma trajetória de evolução científica propriamente dita mediante a manutenção de certo grau de transdisciplinaridade nos postulados mais abstratos de todas as ciências. A fundo, são as mesmas bases que sustentam todas as “disciplinas” científicas – e são também essas bases que fundamentam a separação em disciplinas. Seria interessante pensar o desenvolvimento do sentido jurídico também a partir desse ideário. Não se trata de analisar cientificamente o Direito, apenas; tampouco, não se trata de tão-somente estabelecer a possibilidade de acoplamentos estruturais entre Direito e ciência; a questão pode ir além: como analisar o desenvolvimento do Direito *na* complexidade que se apresenta na atualidade, e *com* essa complexidade?

Para isso, dever-se-á buscar o que há de análogo, no Direito, às disciplinas na ciência. Sugere-se, assim, que o Direito pode ser dividido em várias disciplinas no que tange à sua dogmática (Direito Público e Privado; Direito Constitucional, Civil, Penal e Processual, etc.); também podem suas normas, por exemplo, serem subdivididas em vários tipos (princípios, regras primárias, regras secundárias, etc.) e de processos (processo civil, processo penal, processo trabalhista, etc.; rito sumaríssimo, rito sumário, rito ordinário, etc.). Mas pode-se também analisar o Direito da sociedade mundial como estando dividido em várias *ordens* – e é com esta conceituação que se trabalhará para desenvolver a teorização de possibilidades dialogais entre a ordem jurídica brasileira e a estadunidense.

O entrelaçamento entre o Direito e outros sistemas sociais (notadamente, para os fins deste trabalho, entre Direito e outros sistemas funcionais parciais) que permite a construção de uma racionalidade transversal pelo aprendizado recíproco

e pelo intercâmbio criativo é conceituado por Neves (2009, p. 115) como Constituição transversal. Este conceito implica em externalização e internalização de informações entre os mais diversos sistemas sociais funcionais que primariamente se reproduzem com fundamento em códigos binários de diferentes formas de comunicação.

O transconstitucionalismo, por sua vez, se referiria às relações entre ordens jurídicas diversas, que ocorrem no interior do mesmo sistema funcional da sociedade mundial atual, o Direito – onde ordens jurídicas diferenciadas e subordinadas ao mesmo código binário (direito/ não direito), mas com programas e critérios diferentes. Isto significa que ocorre no interior do Direito a diferenciação entre ordens – que vão para além da segmentação entre ordens estatais: para além destas, há ordens supranacionais, internacionais e transnacionais (as quais são desvinculadas de qualquer critério de territorialidade). Estas ordens não estão desconectadas: há a ligação, por exemplo, entre ordens estatais e internacionais pelo instituto da ratificação; entre ordens estatais, o Direito Internacional Privado tem desenvolvido mecanismos conectivos.

É peculiar, no entrelaçamento das diversas ordens jurídicas, o fato de haver relativa independência da mediação do sistema político em seu estabelecimento (que se daria, por exemplo, com tratados interestatais ou legislação estatal). No âmbito jurídico, são relevantes as “pontes de transições” desenvolvidas diretamente a partir dos respectivos centros dos seus sistemas (os juízes e tribunais) (LUHMANN, 2004, p. 293). Com isto, tem-se que não apenas a sociedade mundial, mas também seu Direito é multicêntrico – e os centros das demais ordens jurídicas constituem periferia para o centro de uma dada ordem (NEVES, 2009, p. 117). O caráter multicêntrico, com certa possibilidade de comunicação entre centro(s) e periferia(s) de maneira a constituir aprendizado, pode se dar entre as mais diversas categorias de ordens: entre Cortes estatais, entre Cortes estatais e

internacionais, etc. Mas este diálogo entre centros não pressupõe uma cooperação permanente entre eles, já que vários conflitos são perceptíveis na experiência prática (NEVES, 2014).

Deve-se, novamente, salientar um fator importante quanto ao constitucionalismo: diferentemente da sua noção moderna – com a qual ainda era possível delimitar as problemáticas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais e da limitação e organização estatal às fronteiras nacionais –, a noção atual do caráter constitucional se abre para além do Estado, exigindo-se atualmente a consideração da constitucionalização por outras ordens jurídicas (as que versam sobre Direitos Humanos, por exemplo). Deve-se referir a constitucionalismos nacionais, internacionais, supranacionais e transnacionais – os quais dialogam de maneira a estabelecer processos de aprendizado (seja em situações cooperação, seja em situações de conflito entre ordens) (NEVES, 2009, p. 119-121).

Diante de problemas de direitos fundamentais que ocorrem de modo transfronteiriço, por exemplo, não há mais como se falar em constituições estatais detentoras de uma capacidade de regulação tão ampla que seja capaz de solucionar os problemas normativos de uma sociedade mundial cada vez mais diferenciada, complexa, policontextual e desafiada por outras ordens tão distantes (mas ao mesmo tempo tão influentes) da estatal. Diálogos que sejam limitadores sem serem destrutivos; abertos, mas não ao ponto de serem incapazes de reter a corrupção ou o imperialismo de códigos; consideráveis, mas não ao ponto que possam causar a ilusão da criação de unidade jurídica do mundo inteiro.

Teorias que versam acerca do monismo – embasadas tão-somente numa norma fundamental – não seriam compatíveis com a ideia de acoplamentos estruturais entre os sistemas jurídicos de vários níveis e *loci*: tais formas de

observação se centram na constituição de uma ordem, relegando todas as demais a níveis inferiores (o que vem a significar, ao fim e ao cabo, autismo) (NEVES, 2009, p. 116). O sistema funcional do Direito seria único na sociedade mundial, já que todas as suas subdivisões operariam com base no mesmo código binário, diferindo apenas nos programas – mas mesmo as subdivisões buscam afirmar suas identidades (e o princípio da soberania seria o fundamento principal desta afirmação identitária). Todavia, a operação com base no mesmo código binário permite que a cognição de outras ordens (já que os sistemas são normativamente fechados, mas cognitivamente abertos, configurando-se uma paradoxal unidade de diferenças) – e nem mesmo a autoafirmação identitária e a diferença de programas são capazes de impedir tal diálogo. Assim, se pode tratar de aprendizado recíproco entre as mais diferentes ordens jurídicas, dos mais variados níveis – de forma que se compatibilizem o fechamento da cadeia interna de validade com a capacidade de aprendizado de uma ordem pela observação de outra, a partir dos seus próprios parâmetros (NEVES, 2009, p. 127).

Caracteriza-se, assim, a possibilidade de diálogo e de aprendizado entre as mais variadas constelações normativas do Direito da sociedade mundial. Mas deve-se ressaltar, contudo, para o fato corriqueiro da existência de conflitos de ordens normativas: como se pode resolver casos em que duas ordens estão entrelaçadas, mas que seus programas, por exemplo, conflitam empiricamente? A resposta está justamente na identificação e no desenvolvimento de “pontes de transição” entre tais ordens, a fim de que uma racionalidade transversal possa levar à solução da contradição intersistêmica.

A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas

antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros “encontros” para enfrentamento de casos comuns (NEVES, 2009, p. 129).

Várias são as hipóteses de ocorrência de entrelaçamento de ordens para a definição do transconstitucionalismo: entre Direito nacional e Internacional Público; entre Direito supranacional e estatal; entre ordens jurídicas estatais; entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais; e entre Direito supranacional e internacional (NEVES, 2009, p. 132-152). Passa-se, a seguir, a delinear esboços acerca de cada uma dessas possibilidades.

Numa bela analogia para com a linguagem musical, segundo a qual se entende por contraponto a contribuição entre estruturas internas de cada voz melódica diversa dentro de uma polifonia, a qual reforça e comenta as estruturas das vozes individuais (RAHN, 2001, p. 177) surgiria, assim, um “Direito contrapontual” que promove a autonomia das “melodias” nacionais, as quais contribuiriam, paralela (e não hierárquica)mente para a construção de uma racionalidade transconstitucional em rede colaborativa (MADURO, p. 524 e ss).

Em relação à construção do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, pode-se tratar acerca da migração de ideias constitucionais da ordem jurídica de um Estado a outro mediante legislação, doutrina, instrumentos e práticas (WALKER, 2005, p. 1-2); pode-se também argumentar acerca de um entrecruzamento de problemas que tornam imperativo o diálogo constitucional no nível jurisdicional (exigindo que se desenvolvam tribunais constitucionais; é possível falar-se de referências recíprocas entre decisões de tribunais de diversos Estados; mas o transconstitucionalismo neste caso pode ir mais além, e importar na invocação de decisões constitucionais de certo Estado por outro como razão para decidir (NEVES, 2009, p. 167).

Apesar de o Direito de alguns Estados (tais como os Estados Unidos da América) ser provincianamente reticente em observar a práxis judicial de outros países, observa-se que em outros (e.g. alguns julgados da Suprema Corte do Canadá, da Corte Constitucional da África do Sul, da Suprema Corte da Índia, do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, da Câmara dos Lordes britânica, do Tribunal Federal Suíço e dos tribunais supremos do Zimbábue, da Nova Zelândia, de Israel e da Irlanda) o comportamento vem se tornando inversamente proporcional: são indícios de que uma postura transicional – da ocorrência tão somente da simples recepção (de casos de outras jurisdições, para aplicação ou modificação) à caminhada em direção a um diálogo entre razões persuasivas (de uma jurisdição a outra) – está sendo desenvolvida, portanto (NEVES, 2009, p. 171). Aliás, cumpre salientar que “cortes constitucionais ou tribunais supremos de países da Europa ocidental, com sólida tradição jurídica e influência na sociedade mundial [têm invocado] precedentes de outros Estados em suas decisões” (NEVES, 2009, p. 173).

No que concerne ao Direito brasileiro, em especial, deve ser destacado o transconstitucionalismo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que tem levado em consideração, como razão para decidir, jurisprudência constitucional estrangeira. Paradigmático é o caso do julgamento do Habeas Corpus n.º 82.424/RS, de 17 de novembro de 2003 (BRASIL, 2003) – no qual se decidiu pela caracterização do crime de racismo na publicação de livro contendo ideias antissemitas –, em que as jurisprudências de Cortes estadunidenses e inglesas serviram de parâmetro racional fundamental para a argumentação dos julgadores. Também o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.112/DF, em que se pediu a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei n.º 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) (BRASIL, 2003). A rejeição quase integral deste pedido fora fundamentada, em boa

parte, em precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BRASIL, 2007).

Pode-se, ainda, citar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, de 29 de maio de 2008 (BRASIL, 2008, p. 550-551), como exemplo de caso em que julgados de tribunais de vários outros países foi a razão para se decidir. Nesta situação específica, decidiu-se favoravelmente pela possibilidade de utilização de células-tronco embrionária em pesquisa e terapia, sendo rejeitado o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) (BRASIL, 2005).

A doutrina jurídica brasileira também tem se demonstrado favorável ao diálogo para com precedentes jurisprudenciais estrangeiros. Nesta senda, há esforços teóricos que valorizam o Direito Comparado – obviamente, com a imprescindibilidade de adaptações e “filtragens” – como contributo na atribuição de verdadeiro caráter normativo à Constituição Federal de 1988 (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 262). Aliás, é interessante notar que,

Enquanto no STF o transconstitucionalismo pende para um diálogo com o constitucionalismo alemão, no plano da dogmática constitucional recente há um equilíbrio entre uma conversação com o constitucionalismo americano e o alemão, cujas influências são dominantes na experiência brasileira (NEVES, 2009, p. 182).

É importante salientar, contudo, a necessidade de bastante “vigília” em relação à invocação frequente da jurisprudência de outros Estados, para que isso não venha a configurar uma “colonização” na cultura jurídica brasileira – ou seja, a mera incorporação acrítica de postulados e *decisis* de Cortes e/ou doutrinadores estrangeiros se torna um agravante para tal risco (NEVES, 2009, p. 182-183). A consideração do contexto jurídico e social é imprescindível para que o diálogo transconstitucional seja realmente efetivo e cooperador. Em outras palavras, deve-se analisar a “qualidade” da práxis jurídica donde será extraída a tese alienígena a

participar da conversação: aspectos como a (ausência de) corrupção sistêmica (idoneidade e a imparcialidade) da Corte, o respeito à democracia naquele Estado, a (as)simetria entre as culturas jurídicas a dialogarem, entre outros, são exemplos de indicadores que podem servir de parâmetro para a seleção de fontes estrangeiras.

O ponto de partida do método do transconstitucionalismo é a dupla contingência (LUHMANN, 1995, p. 79-81), presente na reciprocidade de observação entre *alter* e *ego*. Essa noção pode muito bem se referir a sistemas sociais – ou seja, os papéis de *ego* e *alter* são perfeitamente ocupáveis por sistemas (LUHMANN, 1995, p. 80). *Ego* e *alter* “podem não ser só o direito como sistema funcional abrangente, mas também suas organizações e ordens jurídicas” (NEVES, 2009, p. 270), além disso. Portanto, sempre que se estiver tratando de uma perspectiva dialogal transconstitucional, se está abordando o problema da dupla contingência entre as mais plurais ordens jurídicas existentes no Direito da sociedade mundial.

A posição de *ego* deve contar com a possibilidade de que a perspectiva de *alter* seja diversa da sua, sendo a recíproca verdadeira. Por mais que uma “dupla contingência pura” não possa persistir, neste arranjo entre *alter* e *ego* “a tentativa de [um] calcular o outro necessariamente fracassa” (LUHMANN, 1995, p. 109, tradução nossa).¹ Isto permite que cada um deles pressuponha mutuamente “graus de liberdade” (LUHMANN, 1995, p. 86-87) (em que a ação de um pode ser totalmente diversa da projetada na vivência do outro), e esta liberdade é capaz de converter comportamento em ação: “o comportamento se converte, dentro do espaço de liberdade de outras possibilidades de determinação, em ação” (LUHMANN, 1995, p. 120, tradução nossa). Neste sentido, a própria dupla

¹ Texto original: “any attempt to calculate the other will inevitably fail”.

contingência vem a se tornar “autocatalisadora” dos sistemas sociais (LUHMANN, 1995, p. 121) sendo suposta a liberdade recíproca como sendo uma certeza autocondicionante num círculo autorreferencial – no qual “eu faço o que tu queres se tu fizeres o que eu quero” (LUHMANN, 1995, p. 117, tradução nossa). Com isto, a dupla contingência combina a não identidade com a identidade:

Ego experimenta alter como alter ego. Mas em razão da *não identidade de perspectivas*, ego experimenta a *identidade desta experiência* em ambos os lados. A situação é indeterminável, instável e inaceitável para ambos os participantes. *Nesta* experiência as perspectivas *convergem*, e isso possibilita supor um interesse em negar esta negatividade, um interesse na determinação. Formulando-se em termos da teoria geral de sistemas, isto implica num ‘estado de prontidão condicional’, uma possibilidade de formação de sistemas que pode usar quase qualquer tipo de situação para desenvolver estruturas (LUHMANN, 1995, p. 121-122, grifo do autor, tradução nossa).²

A dupla contingência acarreta, em si mesma, a questão do reconhecimento – sendo que, quando se observa a negação do reconhecimento, isso significa que um dos polos na relação de observação recíproca (*alter* ou *ego*) se indis põe em suportar a margem de liberdade do outro, seja por não considerar seu comportamento como ação (aqui, *ego* concebe que o comportamento de *alter* não pode divergir do comportamento que acerca dele projetou), seja porque não considera com seriedade a não identidade da sua perspectiva (NEVES, 2009, p. 272). Assim, quando “a possibilidade de ser de outra maneira” (LUHMANN, 1995, p. 131) do comportamento de *alter* não existir na existência de *ego*, a perspectiva daquele é desprezada – e, se for considerado que o surgimento da confiança (ou da desconfiança) é uma das mais importantes consequências da dupla

² Texto original: “ego experiences alter as alter ego. But along with the *nonidentity of perspectives*, ego also experiences the *identity of this experiences* on both sides. The situation is indeterminable, unstable, and unacceptable for both the participants. In *this* experience the perspectives *converge*, and that makes it possible to suppose an interest in negating this negativity, an interest in determination. Formulated in the terms of general systems theory, this provides a ‘state of conditional readiness’, a suspended possibility of systems formation that can use almost any chance situation to develop structures”.

contingência (LUHMANN, 1995, p. 127-128), é possível afirmar que a negação do reconhecimento do outro se expande de tal forma que se quede obliterada a construção de interações baseadas na dupla contingência.

O transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, se elas estão confrontadas com problemas comuns, [...] impõe-se que seja considerada a alteridade. Caso contrário, a tendência é bloqueio recíproco. [É fundamental, portanto], que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. Evidentemente, permanece uma incerteza de resultados, mas só mediante essa disposição é possível absorver o dissenso originário (NEVES, 2009, p. 272-273).

Em razão da dupla contingência, portanto, o transconstitucionalismo deve ter como ponto de partida os problemas apresentados no entrelaçamento entre as várias ordens envolvidas em cada caso: "da desconexão inicial entre ordens presas em suas respectivas identidades, o transconstitucionalismo viabiliza a articulação recíproca de regras e princípios em face do caso" (LUHMANN, 1995, p. 275).

É observável, portanto, ser o transconstitucionalismo uma forma de pensar um diálogo entre ordens normativas (as quais, por óbvio, possuem suas respectivas "fontes"), totalmente adaptável aos mais complexos problemas referentes às ordens constitucionais dos mais variados tipos na atualidade. Seu embasamento científico se dá sobre sólidas influências sistêmicas, sendo enfatizada a pluralidade e a importância da comunicação. Ademais, observa-se que

a obediência aos postulados do Direito, para tal teoria, observa suas fontes como sendo conteúdo de normas que narram valores a serem respeitados – os quais podem servir como verdadeiros fundamentos para a interpretação e o diálogo.

Têm-se observado, contudo, já há algumas décadas, aproximações *interdisciplinares* bastante fecundas entre arte (cultura) e ciência, bem como entre vários ramos da ciência. A via interdisciplinar pode abrir espaço para uma espécie de *transpercepção*, a qual permite a compreensão global do conjunto de níveis de realidade (NICOLESCU, 2005, p. 111). A pluri e a interdisciplinaridade reforçam a possibilidade de diálogo entre âmbitos culturais (e científicos). A cultura científica e a cultura humanista, até então construídas como (aparentemente) antagônicas, podem ser dialogicamente conciliadas – sendo respeitadas as diferenças, obviamente, mas observando-se uma possibilidade de aprendizado cognitivo mútuo – numa espécie de cultura transdisciplinar.

É claro que devem ser sempre guardadas as proporções, diferenças, peculiaridades inerentes a cada cultura, a cada “idioma”; aliás, estas diferenças, muitas vezes, constituem verdadeiros obstáculos para a comunicação. No entanto, é possível realizar uma tradução entre duas culturas (mesmo que, muitas vezes, aproximações grosseiras sejam realizadas em decorrência de impossibilidades de exatidão). Apesar dessa impossibilidade de tradução exata em razão das peculiaridades de cada ordem, as mudanças tecnológicas têm possibilitado um encontro entre culturas até então distantes no *mesmo lugar* (real ou virtual). “Paradoxalmente, hoje *tudo está ao mesmo tempo aberto e fechado*” (NICOLESCU, 2005, p. 114, grifo do autor): as culturas até então múltiplas e separadas se encontram, ocorrendo a necessidade cada vez maior de estabelecimento de diálogos. Paradoxalmente, pois ao mesmo tempo em que a tecnologia aproxima as culturas, cria abismos entre elas, e esfacela culturas que até então eram, aparentemente, unas e sólidas.

A percepção da pluralidade de culturas e o estabelecimento de diálogos interculturais são benéficos, indubitavelmente, pois se mostram como tentativas de superação da exclusão do diferente. É necessário, todavia, o estabelecimento de uma possibilidade de transobservação entre todas as culturas – sem colonizações, sem transplantes, se enxertos forçados. Uma abertura *cognitiva* de todos os âmbitos é possível, mesmo que a operatividade de cada um seja fechada: da (auto)observação que revela a criação de um *alter ego* (quando da “interação” entre *alter* e *ego*) é possível o estabelecimento de um diálogo.

3. Direito dos EUA e possibilidades de observações recíprocas

Passa-se, agora, a analisar o Direito estadunidense à luz do Direito no Brasil, de modo comparado, a fim de que se possam realizar paralelos de modo contrapontual, e não simples transplantes. Isto depende não apenas de um elogio às formas e estruturas, mas também, de uma análise crítica, já que é do estabelecimento de diferenças estruturais e históricas que se poderão estabelecer futuros diálogos transconstitucionais entre ordens de modo não colonizador de culturas.

3.1 Origem e Fontes do Direito Estadunidense

Uma vez que a história dos Estados Unidos da América origina-se a partir da fundação, desenvolvimento e revolução pela Independência das treze colônias de origem britânica, é impossível se desassociar o presente estudo da influência que a

ordem jurídica inglesa (de *Common Law*) teve sobre a formação da ordem estadunidense. Partindo-se, portanto, de um breve estudo nesse sentido.

O declínio do Império Romano (476 d.C.), que dominava grande parte da Ilha da Bretanha (onde posteriormente seria estabelecido o Reino Unido) originou um vácuo de poder na região, que passou a ser dominada por diversos povos de cultura bárbara (anglos, saxões, dinamarqueses e noruegueses), cada qual com seus chefes tribais, pequenos reis, costumes e direitos diversos. Em 1066, os normandos, povo de origem germânica estabelecido ao norte da França (Normandia), que gozava de uma organização econômica e social mais avançada do que a dos insulares, invadiu a Bretanha, estabelecendo um reino (BURNS, 2010, p. 54). Em território hostil e culturalmente diferente, foram obrigados a centralizar o poder nas mãos do Rei e de uma aristocracia normanda com o objetivo de neutralizar possíveis revoltas (GILLINGHAM, 2010, p. 120).³

Nesse cenário, a dinastia real normanda substituiu paulatinamente as autoridades jurídicas locais e tribais pelos Tribunais Reais (Tribunais de Westminster), responsáveis por resolver os conflitos e dizer o Direito no caso concreto. Logo, o Direito não era mais baseado nas antigas tradições germânicas, mas naquilo que os Tribunais Reais (e consequentemente o Rei normando) decidissem.⁴ As decisões dessas Cortes eram aplicadas em todo território britânico,

³ Gillingham (2010, p. 120) estima que no séc. XI os invasores normandos eram 10.000, enquanto a população dominada correspondia entre 1 a 2 milhões de pessoas. Uma das primeiras medidas do rei normando, William, o Conquistador, foi confiscar as terras de mais de 4.000 senhores locais e distribuir entre 200 barões provenientes da Europa continental.

⁴ Apesar de os Tribunais Reais serem a principal instituição do Direito inglês na antiga Inglaterra, Friedman (1973, p. 24) assevera que em alguns momentos coexistiram outros tribunais reconhecidos em solo britânico que não aplicavam o *Common Law*, como é o caso da Corte da Chancelaria (*Equity*), tribunal administrado pelo Chanceler, funcionário de alta hierarquia que possuía a função de auxiliar o rei e que ao longo dos séculos ganhou mais poder e independência, criando um direito paralelo; os Tribunais de Comércio, cortes privadas onde se aplicavam o direito internacional do comércio (*Lex Mercatoria*); os Tribunais de Direito Marítimo (*Admiralty*); e Tribunais Eclesiásticos, principalmente para questões matrimoniais.

independente da origem étnica do destinatário, constituindo-se “Direito Comum” (*Common Law*) do Reino (DAVID, 2010, p. 356-359). Nas palavras de Friedman (1973, p. 17), o *Common Law* é um Direito feito principalmente pelos juízes, moldado, refinado e examinado no caso concreto, e herdado de geração para geração. A produção do Direito é lenta e gradual, contrastando com as ordens predominantemente legalistas, como os europeus continentais (de tradição *Civil Law*), na qual é possível mudar o Direito mais rapidamente com a aprovação de leis (ao menos, a partir do advento da Modernidade).

A curia regis, ou seja, a corte de Guilherme I, tornou-se o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino. Ao redor da curia regis logo se condensou uma classe profissional forense muito homogênea, da qual saíam os juízes que, com suas sentenças, acabaram criando o Common Law. Esse é, portanto, um direito consuetudinário, mas num sentido especial: o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes (LOSANO, 2007, p. 325).

Observa-se, no entanto, que os precedentes também possuem suas limitações. Uma decisão judicial é incapaz de criar, do zero, um complexo sistema jurídico cheio de detalhes (FRIEDMAN, 1973, p. 18).⁵ Aos poucos, as leis produzidas pelo Rei e pelo Parlamento ganharam espaço na Inglaterra, o que também ocorreu posteriormente na ordem jurídica estadunidense.

Inicialmente, o exercício do Direito na antiga Inglaterra não necessitava de formação universitária, pois de pouco (ou nada) era necessário, em tal âmbito, o estudo do Direito Romano e da filosofia, como se fazia na Europa continental. A importância residia em conhecer as decisões e os procedimentos dos Tribunais

⁵ De acordo com Friedman (1973, p. 18), o “direito feito por juízes” não é capaz de determinar, por exemplo, o limite de velocidade no trânsito, a composição máxima de possíveis substâncias danosas em alimentos comercializáveis, nem criar, do zero, um sistema previdenciário.

Reais, experiência adquirida apenas na prática (FRIEDMAN, 1973, p. 20), geralmente em um sistema de tutoria, no qual os profissionais mais velhos ensinavam os mais jovens. Um dos primeiros livros doutrinários do *Common Law* foi *Commentaries on the Laws of England* ("Comentários sobre o Direito da Inglaterra"), escrito por William Blackstone entre 1765 a 1769, que descreveu de maneira sistemática o funcionamento dos principais institutos jurídicos do Direito inglês desenvolvido ao longo dos séculos desde a invasão normanda.

As treze colônias inglesas estabelecidas no leste do território que se tornaria estadunidense⁶ integravam os domínios ultramarinos do Império Britânico, submetendo-se, obviamente, aos ditames do *Common Law*. Sendo assim, é possível dizer que o Direito inglês foi a principal influência na formação do Direito dos EUA. Contudo, ditas normas sofreram devidas adaptações nas mãos dos colonos, de acordo com a realidade local, desconhecida pela Metrópole. Um exemplo pode ser encontrado no direito sucessório: enquanto na antiga Inglaterra a herança passava apenas para o filho mais velho, no Novo Mundo os bens eram repartidos entre todos os filhos. Observa-se que cada colônia desenvolveu seu próprio conjunto de leis visando manter uma relativa ordem em seus territórios em um ambiente de extrema hostilidade e de ausência estatal (FRIEDMAN, 1973, p. 78). Leis escritas criadas pelas autoridades locais eram muito mais fáceis de serem entendidas e difundidas, no âmbito colonial, do que decisões de tribunais ingleses e princípios seculares do *Common Law* metropolitano inglês.

Inicialmente, os colonos repudiavam a profissionalização do Direito e a prática da advocacia. Desconfiavam de britânicos com treinamento jurídico adquirido na Inglaterra, pois eram vistos como membros da aristocracia

⁶ As colônias da Georgia, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Maryland, Virginia, Pensilvânia, Delaware, Nova York, Nova Jersey, Novo Hampshire, Baía de Massachusetts, Rhode Island e Providence e Connecticut.

representante do governo opressor. A ideia predominante era de que o Direito deveria ser entendido e aplicado por leigos, sem intermediários. Na medida em que as interações sociais e econômicas foram se tornando mais complexas, fazendo-se necessários conhecimentos jurídicos mais aprofundados para a redação de documentos, elaboração de leis e representação em tribunais, juristas ingleses foram recepcionados no Novo Mundo. Com isso, iniciou-se um processo de profissionalização, em um sistema de tutorias e guildas, pois as primeiras faculdades de Direito só foram criadas após a independência (FRIEDMAN, 1973, p. 81-88). Entre os juristas coloniais foi muito utilizada e difundida a obra de Blackstone, uma vez que as fontes primárias, como o conjunto de julgados dos tribunais ingleses, eram inacessíveis (SCHWARTZ, 1974, p. 20).

A revolta das colônias frente à interferência do governo britânico e sua união para a formação dos Estados Unidos da América, em 1776, marca a construção de uma ordem jurídica nacional própria. A experiência revolucionária e as decisões políticas dos *Founding Fathers* (Pais Fundadores) moldaram de maneira determinante o Direito estadunidense, diferenciando-se do Direito inglês, apesar da inegável influência inicial. Ao declararem-se desvinculadas da Metrópole, as treze colônias tornaram-se independentes, necessitando *constituir* um novo ordenamento jurídico. Nesse contexto, desenvolveram *Constituições Estaduais*. Compartilhando o mesmo destino, esses novos Estados uniram-se em torno de uma Federação, na forma dos Estados Unidos da América, que também necessitou de uma *Constituição* para garantir a sua unidade e regular os interesses comuns.

O modelo democrático e republicano e a adoção da teoria da Tripartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), influência de Montesquieu (PLATTNER, 1986, p. 20-21) e reproduzida tanto no âmbito Estadual quanto no Federal, também impactou no desenvolvimento das fontes do Direito estadunidense. O Poder Legislativo cria suas próprias fontes jurídicas, as leis

(*Statutes*), com objetivo de regular a conduta dos seus cidadãos. Apesar dos movimentos de codificação não terem tido grande peso nos EUA, como ocorreu nos países da Europa Continental e da América Latina (por aqueles colonizados), tornaram-se relativamente comuns as compilações de diversas leis esparsas em documentos únicos, de modo a facilitar seu acesso. É possível encontrar códigos federais e estaduais, em áreas tão diversas quanto os Direitos Penal, Comercial e Processual Civil (SCHUBERT, 2012, p. 88). Ao Poder Executivo também é reservada a possibilidade de emitir regulamentos administrativos, direcionados ao detalhamento dos aspectos legais. Por fim, ao Poder Judiciário cabe criar o Direito por meio de precedentes judiciais (*Case Law*) (FINE, 2001, p. 50-51).

A ordem jurídica estadunidense contemporânea divide suas fontes de Direito em primárias (que instituem direitos e obrigações), e secundárias (que explicam, interpretam, criticam e buscam por mudanças, sem serem vinculantes ou imperativas)⁷ (FINE, 2011, p. 49-51). Classificam-se como fontes primárias a Constituição do país e a de cada Estado, as leis federais e estaduais, os regulamentos e atos administrativos, assim como os precedentes judiciais. A hierarquia dentro das fontes primárias reflete os princípios do federalismo e da separação dos poderes, aspectos fundamentais da experiência política norte-americana. Assim, tem-se a Constituição do país como a mais alta e importante fonte de direito, seguida das Constituições estaduais que, da mesma forma, possuem força suprema dentro de seu território. Todas as leis federais terão como base a Constituição dos EUA, sendo superiores, e por isso se sobrepondo, a qualquer lei estadual com a qual possa conflitar (SCHUBERT, 2012, p. 98). Os regulamentos administrativos complementam a legislação e são emitidos dentro de seus parâmetros. Costuma-se defender que as normas administrativas emitidas

⁷ As fontes secundárias compõem-se de artigos científicos (*Law Reviews*), enciclopédias jurídicas, tratados jurídicos (*Treatises*), relatórios legais (*American Law Reports*), compêndios (*Restatements*), leis uniformes e leis modelos, entre outras formas de doutrinárias (FINE, 2011, p. 51).

por agências reguladoras do Poder Executivo Federal, como na área ambiental e de controle do mercado de capitais, possuem força de lei (SCHUBERT, 2012, p. 101).

O papel dos precedentes judiciais no Direito estadunidense merece comentários detalhados. É possível identificar uma inegável influência do *Common Law* inglês, que colocou, pelos motivos analisados, o juiz como protagonista na elaboração do Direito. O conceito é que as decisões judiciais constituem importante fonte de Direito, sendo utilizadas como precedentes de efeitos vinculantes na decisão de casos futuros. Os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novas situações que apresentem fatos similares e questões legais semelhantes. Assim, com frequência, os juízes acabam por estabelecer normas com impacto que se estende para além das partes em um caso particular. Esta tendência é chamada de *stare decisis*, oriunda da expressão em latim “manter as decisões e não alterar questões já definidas” (FINE, 2011, p. 67).

O precedente poderá ter caráter persuasivo ou vinculante. Será de natureza vinculante quando obrigar as decisões subsequentes de Cortes superiores dentro da mesma jurisdição ou da própria Corte, em um sistema hierárquico (FINE, 2011, p. 68). Nas palavras de Friedman (1973, p. 17), os precedentes vinculantes não devem ser vistos como uma “camisa de força” do juiz. Apesar de ser obrigado a citar os casos anteriores, ele detém o poder de afastar a sua aplicação e criar novos precedentes, se verificar mudanças sociais. Os precedentes meramente persuasivos, por sua vez, são aqueles que não dispõem efeitos vinculantes, como é o caso de decisões de tribunais inferiores (no nível mais baixo de hierarquia) ou a citação de precedentes emitidos por sistemas judiciais de Estados diferentes, sem ligação hierárquica com o juízo responsável pelo litígio. Sua função é auxiliar o juiz no processo de tomada de decisão, fornecendo-lhe exemplos e fundamentos da maneira como outros juízes analisaram questões similares e casos análogos (FINE, 2011, p. 68-69).

3.2 A Constituição dos Estados Unidos da América

A Constituição dos EUA é a mais alta e importante fonte de Direito do país (FINE, 2011, p. 49). Ainda durante a guerra da independência, os representantes dos Estados, que exerciam o governo provisório dos EUA, perceberam a necessidade de criação de uma estrutura permanente responsável pela coordenação dos esforços no nível federal. Em 1781, por meio dos “Artigos da Confederação” (*Articles of Confederation*), formalizou-se uma tentativa de um governo nacional. Aos Estados, contudo, não interessava cederem parcela de seus poderes. O documento estabelecia a existência de um Congresso, composto por representantes dos Estados, com atribuições legislativas e executivas.

Mas o modelo apresentava vários problemas. Não havia a figura do Presidente, nem do Poder Judiciário. Suas competências eram limitadíssimas e envolviam questões de guerra e de política externa. O governo não gozava de qualquer poder para instituir tributos, dependendo exclusivamente dos repasses feitos pelos Estados, deixando-o ainda mais vulnerável (KANOVITZ, 2010, p. 04). Uma prática que se tornou recorrente entre os Estados foi a criação de legislações locais que protegiam os seus bens e serviços, estabelecendo-se barreiras ao comércio interestadual, situação prejudicial à unidade da nova nação (POLLOCK, 2009, p. 01). Com o fim da guerra, percebeu-se a necessidade de um governo nacional mais robusto capaz de garantir os interesses comuns dos cidadãos norte-americanos, o que incluía a criação de uma política econômica de abrangência nacional, inexistente na época (FALLON JR., 2004, p. 03).

Frente aos problemas enfrentados, o Congresso convocou os Estados para que estes enviassem representantes com objetivo de propor uma emenda aos Artigos da Confederação. Em maio de 1787, reuniram-se na Filadélfia 55 delegados, que optaram por não emendar o antigo documento, mas redigir uma Constituição, capaz de reestruturar o federalismo dos EUA. O maior desafio era estabelecer um equilíbrio tênue que possibilitasse a existência de um governo federal dotado dos poderes necessários para exercer as suas atribuições – porém, com limitações claras para impedir o abuso e a tirania. Entre os delegados havia homens com experiência no governo e no comércio, políticos, negociantes, juízes, agricultores e advogados. Uma curiosidade na representatividade das profissões diz respeito ao fato de que 31 dos 55 delegados declaram-se como sendo advogados, o que demonstra a importância do fenômeno jurídico na sociedade norte-americana do fim do período colonial (FRIEDMAN, 1973, p. 88).

Os pontos de discussão que resultaram em debates mais acalorados centralizaram-se nos problemas da democracia: deveria o povo eleger os seus representantes? Se todos tivessem permissão para votar, não haveria o perigo de os numerosos pobres vencerem os pouco ricos nas eleições? Não seria melhor que o governo fosse confiado aos varões de posição social, riqueza e instrução (PADOVER, 1987, p. 11-12)? A questão da proibição da escravidão, apesar de discutida nos encontros, ficou de fora do texto da Constituição, uma vez que havia o grande risco de perder o apoio dos Estados de economia escravocrata (FALLON JR., 2004, p. 04-05).

Em 17 de setembro de 1787, após 16 semanas de trabalho constante, a convenção de delegados reuniu-se para concluir os trabalhos e assinar a Constituição dos EUA. Nesta ocasião, apenas 39 dos delegados assinaram o documento completo (PADOVER, 1987, p. 14). Assim, passava-se para a segunda

etapa: a necessidade de ratificação do documento por no mínimo nove Estados-membros, conforme exigência do artigo VII da Constituição.⁸

No momento em que a Constituição foi apresentada aos Estados, criou-se uma série de debates. A divergência entre os que eram favoráveis e os contrários originou duas publicações de destaque: *O Federalista*, uma série de 85 ensaios, escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, o qual defendia a Constituição e a forma de Estado instituída; e *Cartas do Agricultor Federal ao Republicano*, escritos por Richard Henry Lee, que a criticava pela criação de um governo federal excessivamente forte e de cunho antidemocrático. De acordo com os autores d'*O Federalista*, a instituição de um executivo federal seria um importante mecanismo para neutralizar as disputas locais, uma vez que as facções estaduais perderiam poder em um ambiente nacional (MADISON, 2003, p. 83).

Para conseguir o número necessário de ratificações, os defensores da Constituição prometeram uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) contendo garantias estritas e permanentes contra as intromissões governamentais ilegais e indevidas na vida da população. Nesse contexto, em 1791, entraram em vigor 10 emendas à Constituição, que formam o núcleo dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico norte-americano (PADOVER, 1987, p. 17; 27).

Atualmente, considera-se a Constituição dos EUA o documento constitucional mais duradouro do mundo. Vigora desde 1789 e contém apenas 27 emendas, tendo sido a última ratificada em 1992. É formada por 7 artigos, que são divididos em seções. Em seu texto, evitou-se o uso desnecessário de termos jurídicos e excessivo detalhamento, diferentemente de grande parte das

⁸ Ordem cronológica das ratificações da Constituição pelos Estados: 1787 - Delaware, Pensilvânia e Nova Jersey; 1788 - Georgia, Connecticut, Massachusetts, Maryland, Carolina do Sul, Novo Hampshire, Virgínia e Nova York; 1789 - Carolina do Norte; 1790 - Rhode Island (PADOVER, 1987, p. 55-56).

Constituições de outros países, com objetivo de torná-la acessível à população. Caracterizam-se como princípios fundamentais da Constituição o federalismo, a separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), a supremacia do direito (*rule of law*), e o governo republicano por consenso (KOMMERS; FINN; JACOBSON, 2009, p. 32).

Para propor uma emenda à Constituição dos EUA são necessários votos de 2/3 dos membros do Senado e da Casa dos Representantes ou de 2/3 dos Poderes Legislativos Estaduais. Já para aprová-la, é necessária a aprovação de 3/4 dos Poderes Legislativos Estaduais ou Convenções Estaduais, uma vez que os Estados podem criar uma constituinte específica para deliberar sobre o tema, afastando uma possível intervenção política do Poder Legislativo em exercício (KANOVITZ, 2010, p. 06-07).

O Artigo I da Constituição dispõe sobre o Poder Legislativo Federal. Este é representado pelo Congresso, o qual é dividido em Casa dos Representantes e Senado. A Casa dos Representantes é composta por 435 membros, eleitos pelo povo e distribuídos de acordo com a densidade populacional, para mandatos de 2 anos. Possui a prerrogativa de iniciar o *impeachment* do presidente, vice-presidente e outras autoridades do Poder Executivo e Judiciário. Também é responsável por elaborar o projeto de lei do orçamento do Governo Federal. Já o Senado é composto por 100 membros, eleitos pelo povo, sendo 2 por Estado, para mandatos de 6 anos. Possui a prerrogativa de julgar o processo de *impeachment* das autoridades referidas. É responsável, também, pela aprovação da nomeação de autoridades do Poder Executivo, como os Secretários do Presidente (Chefes de Departamento, equivalentes a Ministros), e do Judiciário, assim como os juízes federais. Outra função exclusiva do Senado é aprovar os tratados internacionais assinados pelo governo dos EUA. Ambas as Casas podem propor projetos de lei, bem como aprovar as propostas da Casa oposta (FINE, 2011, p. 9-11).

De acordo com Schubert (2012, p. 88), uma das marcas do federalismo norte-americano e que se reflete na divisão da competência legislativa é a ampla liberdade que os Estados possuem para legislar, desde que não contrariem o direito federal. O autor dá o exemplo do Oregon, que foi o primeiro Estado a permitir em sua legislação o suicídio assistido, e Massachussets, o primeiro a prever o casamento homoafetivo.

O Artigo II da Constituição dispõe sobre o Poder Executivo Federal, o qual é exercido pelo Presidente, que possui mandato de 4 anos, com direito a uma reeleição subsequente. Conta com a prerrogativa de indicar seus Chefes de Departamento, que serão confirmados pelo Senado. Possui poder de vetar projeto de lei federal, o que raramente ocorre, segundo Schubert (2012, p. 89). Seu veto, todavia, poderá ser derrubado por 2/3 de votos do Poder Legislativo (FINE, 2011, p. 14-15).

O Artigo III dispõe sobre o Poder Judiciário Federal. Este, por ser um dos pontos centrais da presente pesquisa, juntamente com o Poder Judiciário Estadual, será analisado de forma detalhada no subtítulo seguinte deste trabalho. O Artigo IV trata dos deveres mútuos entre os Estados e os requisitos para a admissão de novos membros. O Artigo V, por sua vez, dispõe sobre os mecanismos de emenda à Constituição. O Artigo VI garante a supremacia da Constituição, legislação federal e tratados internacionais ratificados pelos EUA sobre as Constituições e legislações estaduais. Por fim, o Artigo VII detém somente importância histórica, uma vez que estabelece a necessidade de ratificação da Constituição por nove Estados para entrar em vigor, questão já superada (FALLON JR., 2004, p. 06-07).

3.3 O Poder Judiciário Estadunidense

Desde o início de sua formação, os Estados Unidos priorizou pelo modelo federativo, buscando assegurar uma perfeita união entre os Estados. Nesse sentido, criou-se uma estrutura judiciária marcada pela separação e independência entre a justiça federal e a justiça estadual. O Poder Judiciário dos EUA, em especial a Suprema Corte, está previsto no artigo III da Constituição (MENEZES, 2001, p. 45-46) e será analisado no decorrer deste capítulo.

O Poder Judiciário adquire força com a entrada de John Marshall como presidente da Suprema Corte (1801) e, em especial, com o julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual demonstra sua independência dos Poderes Legislativo e Executivo. Este julgamento é considerado como a principal referência ao controle de constitucionalidade, abrindo caminho ao *judicial review* e tornando finalmente respeitável o Judiciário (JOBIM, 2014, p. 170-176; 180). Na eleição presidencial de 1800, os federalistas que faziam parte do governo de John Adams foram derrotados pelos republicanos de Thomas Jefferson. Contudo, antes da transferência do mandato, havia um tempo para Adams tomar algumas decisões. Então, na tentativa de manter certo controle sobre o Estado, com o auxílio de seu secretário de Estado, John Marshall resolveu nomear um grande número de juízes que fossem seus partidários, os quais ficaram conhecidos como “juízes da meia-noite”. Um dos últimos atos de Adams foi nomear Marshall como Presidente da Suprema Corte, após a recusa de vários possíveis pretendentes. A recusa em assumir um cargo tão nobre não deve ser encarada com espanto, levando-se em consideração o contexto da época – quando a função era considerada secundária e despida de poder significativo, enquanto que políticos com aspirações maiores buscavam a Presidência ou o Congresso. Johnson (1964, p. 38) defende que Marshall apenas aceitou o cargo para fazer afronta ao futuro presidente Jefferson, seu adversário pessoal.

Com a mudança da Presidência, Jefferson e seu novo Secretário de Estado, James Madison, verificaram que alguns juízes nomeados por Adams não haviam tomado posse, devido ao curto espaço de tempo. Frente a esse cenário, o novo Presidente cancelou todas as nomeações que não haviam sido completadas, na qual se incluía William Marbury, que ficou sem seu cargo. Marbury ingressou com ação judicial (um *writ of mandamus*, similar ao mandado de segurança brasileiro) contra Madison (*Marbury v. Madison*) para tentar assegurar sua nomeação. Com base em legislação federal de 1789 (*Judicial Act of 1789*), o processo seguiu diretamente para a Suprema Corte em exercício de competência originária, caindo na mesa de Marshall, agora Presidente da Suprema Corte (JOHNSON, 1964, p. 42).

Marshall viu o caso como uma oportunidade para projetar-se na esfera de poder estadunidense. Declarou que o ato do Poder Executivo era injusto, e que Marbury teria direito ao cargo, pois fora nomeado pelo Presidente. Entretanto, não poderia forçar a decisão, pois o processo possuía um grave problema: o acesso à competência originária da Suprema Corte, fundamentado pela lei federal criada pelo Congresso em 1789, contrariava o disposto na Constituição dos EUA, que o permitia apenas para casos envolvendo o corpo diplomático ou quando um dos Estados da União é parte da causa. O Poder Legislativo não poderia ampliar a competência originária por lei federal, apenas mudando a Constituição, o que indicaria que Marbury deveria ter ingressado com a ação em primeira instância. Além do nascimento do controle de constitucionalidade nos EUA, a decisão de Marshall instituiu, para a história, que o Poder Judiciário não devia mais ser visto como uma instituição secundária, mas uma entidade com força de submeter os outros poderes aos seus desígnios (REHNQUIST, 2002, p. 32).

O Poder Judiciário Federal é formado por três níveis ou instâncias. Excetuando-se os casos de competência originária, ao primeiro nível compete a instrução do processo e julgamento do mérito, já aos níveis superiores, cabe a

revisão da decisão proferida (MENEZES, 2001, p. 46). A Constituição prevê mecanismos para manter um Judiciário Federal independente e afastado de pressões políticas: os juízes federais possuem vitaliciedade, só podendo ser removidos por impeachment, e proteção contra redução de sua remuneração. Ademais, os juízes são nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado, não existindo uma carreira autônoma para a magistratura federal (FINE, 2011, p. 32-33). Com o passar dos anos, principalmente a partir de 1980, as nomeações se tornaram mais profissionais e qualificadas, no sentido de que os juízes que ingressaram nos cargos, na grande maioria, exerciam atividades jurídicas não vinculadas a cargos políticos. Outra característica é o elevado número dos que possuem experiência docente prévia (DA ROS, 2012, p. 158-165).

A primeira instância federal possui as Cortes Distritais (*U.S. District Courts*) e as Cortes Especiais (*Special Courts*). O território norte-americano é dividido em 94 distritos. Cada Estado tem pelo menos um distrito, sendo que os Estados mais populosos possuem dois ou mais. Cada distrito possui pelo menos dois juízes federais, de acordo com a demanda e a densidade populacional. Os processos são julgados por um juiz, com auxílio do júri, nas chamadas Cortes Distritais. A primeira instância conta ainda com três Cortes Especiais: a Corte de Falência (*Bankruptcy Court*), que tem por competência julgar casos de falência, havendo uma por distrito; a Corte de Comércio Internacional (*Court of International Trade*), que julga casos de comércio internacional e legislação aduaneira, com jurisdição nacional; e a Corte de Reclamações Federais (*Court of Federal Claims*), também com jurisdição nacional, à qual compete julgar processos propostos contra o governo federal, tais como disputas envolvendo contratos públicos e apropriação da propriedade privada pelo governo (MECHAM, 2001, p. 13)

Na segunda instância, há as Cortes de Apelação (*U.S. Court of Appeals*). Estas não produzem provas nem podem rever fatos, limitando-se a analisar

questões de direito. O julgamento é composto por três juízes. Os 94 distritos judiciais são agrupados em 12 circuitos regionais, cada qual com seu Tribunal de Apelação, o qual analisará recursos oriundos dos distritos localizados dentro de cada circuito. Há ainda uma Corte de Apelação para o Circuito Federal, reservada para processos da Corte de Reclamações Federais e Corte de Comércio Internacional (FINE, 2011, p. 36).

Por fim, tem-se o último grau de jurisdição, representado pela Suprema Corte dos EUA (*Supreme Court of the U.S.*). É composta por 9 Juízes (*Justices*), sendo um deles o seu Presidente. A Corte tem a prerrogativa de escolher os processos de maneira discricionária, de forma a apreciar casos de grande interesse nacional, objetivando a uniformização nacional da questão. As decisões da Suprema Corte são irrecorríveis e vinculam os tribunais inferiores – porém, ela poderá, a qualquer momento, modificar sua decisão em casos subsequentes (FINE, 2011, p. 37).

Como dito anteriormente, o Poder Judiciário estadunidense conta ainda com as Cortes Estaduais, responsáveis pela aplicação de lei estadual. Cada um dos cinquenta Estados, assim como a capital, possui sistemas judiciários próprios, independentes da justiça federal e estruturados conforme sua própria legislação estadual. Todavia, estas leis também estarão sujeitas às imposições da Constituição. A maioria dos Estados adota um sistema de três níveis, semelhante ao federal, composto por Tribunais de Julgamento, Tribunais de Apelação Intermediários e Corte Estadual. Há ainda os que possuem Cortes especializadas em determinadas áreas como criminais, de família, de homologação ou societária e comercial (FINE, 2011, p. 47-48).

A forma de nomeação dos juízes também difere muito de um Estado para o outro. Em alguns, são nomeados pelo Governador, com ou sem o consentimento

do Legislativo Estadual, enquanto que em outros, são eleitos pelo povo. A escolha por eleição tem sido criticada na medida em que obriga os juízes a buscarem recursos financeiros para a campanha, o que poderia alterar a imparcialidade de quem irá exercer um papel de julgador. Em consequência da forma de nomeação, o exercício da função poderá ser vitalício ou por mandato, com prazo determinado (FINE, 2011, p. 48).

A competência judiciária federal distingue-se da estadual quanto à matéria. São de competência federal, por exemplo, causas envolvendo legislação federal em geral; crimes federais, seguridade social, comércio interestadual e internacional, direito da propriedade intelectual, questões envolvendo tratados internacionais, pessoas ou Estados estrangeiros, direito falimentar, e disputas entre Estados da federação. Já a competência estadual pode-se exemplificar em causas envolvendo legislação estadual em geral, crimes estaduais, direito contratual, responsabilidade civil, direitos reais e direito de família e sucessões (MECHAM, 2001, p. 17).

4. Considerações finais

A globalização (entendida não apenas como econômica, mas também como uma percepção maior dos intercâmbios culturais e pessoais, bem como no incremento na velocidade e na frequência com que tais intercâmbios se dão) faz surgir novas teorizações acerca do constitucionalismo. É nesse sentido que a metodologia do transconstitucionalismo é construída, a partir da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos: de que o mundo não pode mais ser descrito como sendo

composto de sistemas jurídicos fechados em si mesmos, em que a soberania estatal, de forma autista, define cada Direito unicamente. Daí se observa a ocorrência, por exemplo, de comparativos – até mesmo em Cortes Supremas nacionais – entre modos de decidir causas complexas, as quais podem envolver, dentre outros problemas significativos, choques entre ordens jurídicas e constitucionais.

Conforme se percebe pelo desenvolvimento do presente artigo, o Direito inglês, com seu sistema *Common Law*, foi a principal influência inicial na formação do Direito norte-americano. Isto pode ser observado no papel exercido pelos precedentes judiciais, que vinculam as decisões dos juízes nos casos futuros, desde que envolvam fatos e questões legais semelhantes. Assim, o Judiciário acaba por estabelecer normas com impacto que se estendem para além das partes em um processo particular, criando o próprio Direito. Apesar deste forte elemento, o Direito dos EUA também comporta outras fontes importantes. Há um grande espaço reservado para a legislação, na qual se inclui as Constituições e as leis em geral.

Em uma disposição hierárquica das fontes jurídicas, a Constituição dos EUA é considerada como superior a todas as outras. O ímpeto revolucionário e transformador que deu forma à nação norte-americana e a sua Constituição impactou sobre o desenvolvimento de seu Direito. É possível encontrar as marcas indeléveis das opções políticas dos pais fundadores e do povo norte-americano, como o federalismo e da tripartição dos poderes. Por exemplo, todos os três poderes são capazes de emitir fontes jurídicas (precedentes judiciais do Poder Judiciário, leis do Poder Legislativo e regulamentos administrativos do Poder Executivo). Observa-se também a supremacia da Constituição e da legislação federal sobre os instrumentos jurídicos de origem estadual, uma influência da forma federal de Estado.

Uma vez que os precedentes constituem-se como fonte de Direito, faz-se necessário investigar a estrutura do ente responsável por emitir esta norma: o Poder Judiciário norte-americano. O ingresso de John Marshall na presidência da Suprema Corte dos EUA e sua decisão no caso *Marbury v. Madison* são marcos na história da ascensão do Judiciário no contexto norte-americano. Aqui também é possível encontrar a influência do federalismo, uma vez que coexistem um judiciário estadual e federal neste sistema jurídico.

O trabalho que aqui se teceu não teve pretensões de esgotamento do tema. Aliás, o transconstitucionalismo é metodologia extremamente nova, carecendo de maiores tratativas – seja acerca das suas bases teóricas, seja sobre a sua aplicabilidade prática. Ademais, uma ordem jurídica é assunto de grande complexidade, necessitando seu estudo de diversos volumes (e não apenas de algumas páginas) de tratativas. Também as pontes de transição entre uma ordem jurídica e outra necessitam de maiores esclarecimentos futuros, bem como de ocorrências práticas. Contudo, pode-se ver aqui, nesse trabalho, uma possibilidade inicial de metodologia constitucional numa sociedade mundial transnacionalizada,

que se encontra numa situação em que dificilmente um retrocesso a um autismo soberano estatal seja concretizado.

5. Referências

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em 29 mar 2016.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 29 mar 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 29 mar 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 29 mar 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 29 mar 2016.

BURNS, William E. A Brief History of Great Britain. New York: Facts on File, 2010.

ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

DA ROS, Luciano. Juízes profissionais? Padrões de carreira dos integrantes das Supremas Cortes de Brasil (1829-2008) e Estados Unidos (1789-2008). *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 21, n. 41, p. 149-169, fev. 2012.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FALLON JUNIOR, Richard H. *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge, 2004.

FINE, Toni. *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. Nova Iorque: Simon and Schuster, 1973.

GILLINGHAM, John. The Early Middle Ages. In: MORGAN, Kenneth O (Org.). *The Oxford History of Britain*. Oxford: Oxford, 2010.

JOBIM, Marco Félix. O que *Marbury v. Madison* tem a ver com o controle de constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil? In: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix. *Controvérsias Constitucionais Atuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 167-181, 2014.

JOHNSON, Gerald W. *A Suprema Corte dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Record, 1964, p. 35-66.

KANOVITZ, Jacqueline R. *Constitutional Law*. Nova Iorque: Lexisnexus, 2010.

KOMMERS, Donald P.; FINN, John E.; JACOBSON Gary J. American Constitutional Law. v. 1. Lanham: Bowman and Littlefield, 2009.

LOSANO, Mario. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Trad. Marcela Varejão; rev. Silvana Corbucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. La ciencia de la sociedad. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/ITESO/Anthropos, 1996.

_____. La sociedad de la sociedad. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2007.

_____. Law as a Social System. Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Social Systems. Tradução para o inglês de John Bednarz Jr.. Stanford : Stanford University Press, 1995.

_____. The code of the moral. Cardozo Law Review, Nova York, v. 14, n. 3-4. Nova York, p. 995-1009, jan. 1993.

MADURO, Miguel Poiars. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action in WALKER, N. (ed). Sovereignty in Transition. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MADISON, James. O Federalista nº 10. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. 1. ed. Campinas: Russell, 2003. p. 77-83.

MECHAM, Leonidas Ralph. The Federal Court System in the United States: An Introduction for Judges and Judicial Administrators in Other Countries. Washington, D.C: Supreme Court, 2001.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 mar. 2016.

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

NICOLESCU, Basarab. *O manifesto da transdisciplinaridade*. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 2005.

PADOVER, Saul K. *A Constituição Viva dos Estados Unidos*. São Paulo: IBRASA, 1987.

PLATTNER, Marc. *A Democracia Norte-Americana e o Espírito Aquisitivo*. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William (Org.). *A Constituição Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 15-41.

POLLOCK, Earl E. *The Supreme Court and American Democracy: Case Studies in Judicial Review and Public Policy*. Londres: Greenwood Press, 2009.

RAHN, John. *Music Inside Out: Going Too Far in Musical Essays*, Amsterdam: G+B Arts International, 2001.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHUBERT, Frank August. *Introduction to Law and the Legal System*. Boston: Wadsworth, 2012.

SCHWARTZ, Bernard. *The American Heritage History of the Law in America*. New York: America Heritage Publishing, 1974.

SUPREME COURT OF NEW JERSEY. In *Re Baby M*. Disponível em: http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm. Acesso em: 07 jul. 2015.

TEUBNER, Gunther. *After Privatization? The Many Autonomies of Private Law*. *Current Legal Problems*, [S. l.], v. 51, p. 393-424, 1998.

WELSCH, Wolfgang. *Reason and Transition: on the Concept of Transversal Reason*. [S. l.], 29 out. 2000. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/reasTrans.html>>. Acesso em 29 mar 2016. Informação postada no site Prof. Dr. Wolfgang Welsch, no menu Online Texts & Publication abstracts: Reason and transitionn.

WALKER, Neil. *The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional Idea: the Case of EU*. San Domenico: European University Institute, 2005. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3324/law05-04.pdf?sequence=1>>. Acesso em 29 mar. 2016.