

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional

Transjudicial interactions and transjudicialism: on the ironic language in international law

Ruitemberg Nunes Pereira

Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional*

Transjudicial interactions and transjudicialism: on the ironic language in international law

A figura de linguagem irônica se anula a si mesma, pois é como um enigma para o qual temos no mesmo instante a solução.

Kierkegaard

Ruitemberg Nunes Pereira¹

Resumo

As interações entre cortes nacionais e internacionais estão se expandindo *pari passu* com a ampliação dos poderes do Judiciário ao longo do sistema-mundo e a proliferação do número de cortes internacionais e supranacionais. Reconhecendo que as interações transjudiciais configuram um fenômeno sociológico complexo, o presente estudo pretende concentrar-se sobre o seus aspectos éticos, políticos e epistemológicos. Um dos objetivos da pesquisa é sustentar a íntima relação entre as idéias e valores universais da sociedade ocidental, do capitalismo histórico e da linguagem irônica do direito internacional e que tal relação constitui o fundamento primeiro do transjudicialismo, e defender o paradigma da complexidade como modelo teórico mais adequado para se refletir sobre o fenômeno. Adotar-se-á, fundamentalmente, uma análise teórica, que tem como pano de fundo uma crítica à perspectiva comunitarista subjacente ao transjudicialismo, embora não raras as incursões sobre os próprios precedentes invocados nos episódios de interação transjudicial.

Palavras-chave: Transjudicialismo. Linguagem irônica. Capitalismo histórico. Judiciário internacional.

Abstract

The interactions among national and international courts are expanding *pari passu* with the expansion of the powers of the judiciary throughout the world-system and the proliferation of the number of international and supranational courts. Taking in consideration that transjudicial interactions configure a complex sociological phenomenon, this study intends to focus on its ethical, political and epistemological aspects. One goal of research is to sustain the intimate relationship between ideas and universal values of Western society, historical capitalism and the (ironic) language of international law, and that such a relationship is in the core foundation of the transjudicialism, defending the paradigm of complexity as the more appropriate theoretical model to analyze the phenomenon. The essay adopts fundamentally a theoretical analysis, which has as its background a critique of the communitarian perspective underlying the transjudicialism, though not rare incursions through judicial precedents will be also made.

* Artigo recebido em 11/12/2012

Artigo aprovado em 25/01/2013

¹ Doutorando em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB/DF), Mestre em Direito e Estado (UnB/DF) e Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF). Email: ruitemberg.pereira@gmail.com

Key-words: Transjudicialism. Ironic language. Historical capitalism. International judiciary.

1 Introdução

Em todo o ocidente, as cortes judiciais têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio fato de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais. Essa expansão das interações judiciais tem-se intensificado de tal modo que já há quem sustente a possibilidade da formação de uma verdadeira comunidade global de cortes, apta a dar novos sentidos, significados e consistência ao direito internacional no plano doméstico. Se considerarmos que os precedentes judiciais nascem numa determinada cultura, cumpre reconhecer que as interações transjudiciais suscitam importantes questões ética, políticas e até mesmo de ordem econômica, revelando-se um fenômeno sociológico complexo que acompanha o movimento de expansão internacional do direito e das funções judiciais.

As interações transjudiciais em contínua expansão poderiam constituir uma forma de ocidentalização do mundo a partir das idéias defendidas pelas cortes européias? Quais seriam as questões éticas derivadas de um possível diálogo transjudicial entre cortes asiáticas e cortes européias? Por que as cortes domésticas tem sido cada vez mais estimuladas a invocar os precedentes judiciais internacionais em suas decisões? Por que algumas cortes internacionais têm-se mantido distante desse fenômeno transjudicial? Que critérios e fundamentos são invocados pelas cortes domésticas para escolher determinados precedentes internacionais e adotá-los como razões de decidir? Eis um esboço de questões que remetem à necessidade de um aprofundamento do debate sobre a filosofia moral e a filosofia da linguagem adotada pelo direito internacional, porquanto as interações transjudiciais revelam sobretudo uma forma interação transcultural ao logo do sistema-mundo ocidental.

O “ocidente” é uma metafísica histórica que encerra uma pretensão de universalidade de valores em expansão contínua.² A idéia de ocidente indica uma forma de vida

bem identificada: a forma de vida do que chamamos *sociedade ocidental*, cujas expressões típicas estão identificadas em valores como a democracia, os direitos humanos, o judaísmo/cristianismo, o cientificismo e sobretudo o capitalismo. À medida que a idéia ocidental propõe à humanidade uma metafísica, sendo a própria *humanidade* e o complexo dos valores da *pessoa humana* uma criação sua, apresenta-se também comprometida com princípios que a subvertem, num gesto de verdadeira auto-traição, a revelar a *linguagem irônica* como uma marca histórica fundamental de si mesma. *Ironia* pode ser a palavra que bem resume as complexidades e os paradoxos do ocidente.³

O sistema-mundo ocidental e a linguagem irônica se complementam e se interligam a um sistema mais abrangente: o sistema do capitalismo histórico.⁴ Na base do sistema capitalista, o ocidente e a ironia encontram o seu habitat natural. Embora a ironia tenha aparecido em fase mais recuada da História, foi no sistema da ideologia ocidental capitalista que ela se desenvolveu e se redescobriu.

É sob o pano de fundo deste contexto complexo de interligação sistêmica entre linguagem irônica, filosofia moral e capitalismo histórico que discutiremos o fenômeno das interações transjudiciais ou do transjudicialismo.

Um dos objetivos principais do trabalho é discutir a relação entre as interações transjudiciais e a linguagem irônica que marca a sociedade capitalista (ocidental), notadamente para estudar a presença do expansionismo capitalista na idéia de que essas interações poderiam contribuir para um reforço da eficácia do Direito internacional e do papel do Judiciário em nível global. A par dessa perspectiva, faremos alguma incursão nas questões de ética global que exsurtem dos debates acerca dos modos de interação transjudicial. Trata-se, portanto, de um ensaio sobre filosofia moral e filosofia da linguagem aplicada ao fato sociológico das interações entre cortes de países diversos.

Para desenvolver esses objetivos, faremos primeiramente um esboço geral dessas interações, para discutirmos uma possível taxonomia. Em seguida, poremos em destaque as questões éticas oriundas das interações judiciais, a fim de ressaltar a idéia de que as interações judi-

² CALLIES, Christian. Europe as transnational Law. The transnationalization of values by European Law. *German Law Journal*, v. 10, n. 10, p. 1367-1382, 2009. RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international Law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 929-961, 2004.

³ MUECKE, D. C. *Ironia e irônico*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.

⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

ciais são, em seu sentido mais substantivo, a forma de uma cultura jurídica relacionar-se com outra, do que emergem temas como o pluralismo, a incomensurabilidade de valores, a empatia judicial, o reconhecimento do Outro, o problema da ocidentalização do mundo etc. Num terceiro momento, discutiremos a tese, sustentada por muitos, de que as interações transjudiciais poderão ensejar uma imaginada comunidade global de cortes, a partir da expansão dos “diálogos” entre juízes ao longo do sistema-mundo. Nas duas últimas seções do trabalho, faremos um exercício de filosofia da linguagem, a partir do que denominamos de linguagem irônica como forma de discurso no cenário do direito internacional, para enfim sustentar o paradigma da complexidade como o mais adequado à análise das interações transjudiciais. Por fim, discutiremos eventuais reflexos das interações transjudiciais no plano dos Estados-nacionais.

2 Os sentidos das interações transjudiciais: aproximação conceitual

Partindo de uma proposta de revisão do conceito de soberania estatal, parte da doutrina internacional tem proposto uma classificação das interações judiciais nos seguintes moldes:⁵

(I) Formas de comunicação transjudicial:

- a. *Diálogos horizontais*: são as comunicações que se estabelecem entre cortes que possuem o mesmo *status* (nacional, regional ou supranacional), no âmbito das quais a citação de jurisprudência estrangeira constitui mera cortesia;⁶
- b. *Diálogos verticais*: são as comunicações que se estabelecem entre cortes nacionais

e supranacionais, como as que se verificam entre as cortes dos Estados componentes da União Europeia em face das decisões da Corte Europeia de Justiça, e, em menor grau de verticalidade, a citação dos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos pelos Estados-membros da Convenção Europeia (ECHR) ou por Estados estrangeiros fora da União Europeia (Suprema Corte da Argentina ou da Austrália, por exemplo);

- c. *Diálogos mistos* (vertical-horizontal): verifica-se quando os *Tribunais supranacionais funcionam como instrumento ou estímulo para as comunicações horizontais*, e, numa segunda variante, quando esses mesmos Tribunais atuam como disseminadores de princípios (não simplesmente de precedentes judiciais internacionais, do que nos parece ser a doutrina da ponderação ou da margem nacional de apreciação, amplamente desenvolvidos na Corte Constitucional da Alemanha e na Corte de Estrasburgo, os exemplos mais significativos);

(II) Grau de envolvimento recíproco:

- a. *Diálogos diretos*: verificam-se quando as interações transjudiciais se iniciam por uma Corte e são correspondidas em seguida pela Outra, a exemplo das interações transjudiciais que, normalmente, se estabelecem entre a Corte Europeia de Justiça e as Cortes dos Estados-membros da UE;
- b. *Monólogos*: refere-se à grande maioria das comunicações transjudiciais, uma vez que as Cortes não se apresentam como participantes de um processo institucionalizado de conversação transnacional. O que se verifica, em verdade, é apenas um uso doméstico (ou, mais raramente, no âmbito das Cortes supranacionais) do precedente judicial internacional, em relação de horizontalidade (comunicação horizontal);

⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, v. 6, p. 533; 103-114, 1995. Tal classificação é semelhante à desenvolvida por Burgogue-Larsen (2010), que distingue entre “diálogo orquestrado” (*dialogue orchestré*) e “diálogo espontâneo” (*dialogue débridé*). No contexto dos diálogos transjudiciais orquestrados, distingue o “diálogo integrado” (*dialogue intégré*) e o “diálogo convencional” (*dialogue conventionnel*).

⁶ Tribunais *supranacionais* são os tribunais internacionais que admitem acesso direto dos indivíduos. V. HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, California, v. 93, p. 1-58, 2005.

- c. *Diálogos intermediários*: aproxima-se do “monólogo” acima descrito, referindo-se à primeira variante das comunicações transjudiciais mistas;

Essa classificação apresenta algumas dificuldades teóricas, em face da polissemia dos termos “comunicação” e de “transjudicialismo”. Se a expressão comunicação (*communication*) diz respeito à *práxis* da citação cruzada (*cross-citation*) e portanto aos usos dos precedentes internacionais (ou supranacionais) há de se concluir que a distinção entre comunicações horizontais, verticais ou mistas não subsiste, pois em geral as interações transjudiciais não se dão num contexto de hierarquia funcional entre as cortes.

Como o precedente internacional não possui força vinculante (*binding precedent*), no sentido técnico-jurídico do termo, até mesmo se considerada a excepcional situação das cortes supranacionais da Europa, há diferenças substanciais, por exemplo, entre uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha que invoca um precedente da Corte de Estrasburgo (que diz respeito, por hipótese, à análise de um problema envolvendo a Turquia ou a Rússia) e uma adotada pelo Supremo Tribunal do Brasil invocando o mesmo precedente.

Neste particular, contudo, há um elemento comum: nem a Alemanha nem o Brasil estão obrigados a invocar os precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos como fundamento em suas decisões. Desse modo, o elemento hierárquico que sustenta a classificação *supra* não se mostra justificado, porque simplesmente tal hierarquia inexistente nos casos de interação transjudicial. Em verdade, as interações transjudiciais — embora não possamos dizer sejam completamente espontâneas, como sustentaremos posteriormente — decorrem de contingências de ordem política, cultural ou mesmo econômica, e não propriamente de imperativos jurídicos.

Semelhantemente, nos casos envolvendo decisões da Corte Européia de Justiça em resposta a procedimentos iniciados pelos Estados-membros da União Européia, não se verifica propriamente o fenômeno das interações transjudiciais, porque aquelas decisões se apresentam como impositivas para os Estados nacionais, não decorrendo de um exercício de cortesia judicial (*judicial*

comity).⁷ Ademais, em rigor, o fato de os Estados-membros remeterem questões à análise da Corte Européia indica que esta decide por aquelas, não se podendo falar em “comunicação” entre cortes. Nesse sentido, é forçoso reconhecer que as interações transjudiciais exigem cerca *voluntariedade* (ainda que não totalmente *espontânea*), o que afasta a idéia de hierarquias jurídicas neste particular. Se a corte doméstica está obrigada, por alguma norma jurídica, a seguir o precedente de uma corte supranacional ou internacional, não se pode falar de interações transjudiciais.

Tal distinção vigora, a propósito, no próprio plano doméstico, como se constata no fato de, a despeito de uma corte ordinária (um Tribunal Regional Federal do Brasil, por exemplo) estar funcionalmente obrigada a acatar as decisões específicas ou vinculantes emanadas de cortes superiores (Supremo Tribunal ou Superior Tribunal de Justiça), não é correto dizer que aquela corte inferior esteja obrigada a sempre invocar os precedentes desta cortes superiores como razões de decidir. Mesmo no contexto dos precedentes vinculantes (a exemplo das súmulas vinculantes no Brasil), o que se verifica é apenas um dever (negativo) de não-contrariedade, mas não o dever positivo de citação ou invocação.

Desse modo, impende reconhecer que o precedente internacional está no mesmo plano da doutrina doméstica ou internacional, como mera “*piece of evidence*”.⁸ Sua invocação é sempre um gesto de escolha, de voluntariedade, ainda que em face dos constrangimentos políticos, econômicos, culturais etc. Assim, é mais adequado pensar que as interações transjudiciais refletem pontos concretos de contato entre cortes, mas não necessariamente “diálogos” como formas bilaterais de comunicação. Mesmo porque não é comum que as cortes internacionais e supranacionais, que normalmente são citadas ao longo do sistema-mundo, reciprocamente a cortesia, citando precedentes de outras cortes estrangeiras.

⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. Court to Court. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 4, p. 708-712, 1998.

⁸ MILLER, Nathan. An International jurisprudence? The Operation of “precedent” across international tribunals. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 483-526, 2002. Destaque-se que o Artigo 38, d, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça registra as decisões judiciais internacionais no mesmo patamar da doutrina internacional, ambas reconhecidas como fontes do direito internacional.

Acentue-se ainda que as interações transjudiciais decorram basicamente do esmaecimento das normas de direito internacional, especialmente aquelas que foram preconizadas no sentido de uma ampliação do papel das cortes internacionais ou supranacionais. O objetivo primeiro da expansão dessas interações é ressaltar a liberdade ou voluntariedade, em certo sentido, que as cortes domésticas possuem para selecionar os precedentes não vinculantes que adotarão como fundamentos de suas decisões, da mesma forma como escolhem seus materiais doutrinários. Esse espaço de liberdade das cortes domésticas é que tende a ampliar-se com o contínuo enfraquecimento do papel das cortes internacionais e supranacionais. Interessa notar, portanto, que a ampliação das interações transjudiciais ao longo do sistema-mundo se desenvolve em sentido inversamente proporcional ao papel das cortes internacionais e supranacionais.

Por sua vez, a idéia de *comunicação por monólogo* traduz uma verdadeira contradição em termos, pois mesmo no contexto dos chamados “diálogos transjudiciais” não se verifica, propriamente, uma conversação entre cortes, uma vez que não se detecta uma “troca” de idéias entre umas e outras. Neste particular, não há uma via de mão dupla, que identifique enunciados de linguagem transmitidos de um lado a outro reciprocamente. Falta, neste particular, o elemento *reciprocidade*.

3 As questões éticas das interações transjudiciais

A par das questões econômicas, jurídicas e políticas, o transjudicialismo também suscita algumas questões de natureza ética.⁹ Para identificar algumas dessas ques-

tões, partiremos da idéia de que as interações transjudiciais ocorrem no contexto de um imaginado mercado de idéias que repercutem os princípios e valores do direito internacional ocidental e que estão atreladas a interesses representativos das questões econômicas, políticas, jurídicas e éticas. Se os precedentes judiciais internacionais representam idéias a serem “vendidas” e “consumidas” neste mercado imaginário, cumpre questionar:

1) Por que consumir as idéias? — esta questão diz respeito aos fatores culturais ou morais que justificariam ou estimulariam as cortes domésticas a tomarem parte no movimento de interação transjudicial;

2) Que idéias devem ser consumidas? — neste aspecto, o questionamento envolve o processo de escolha e justificativa dos precedentes representativos das interações transjudiciais, o que culmina na discussão sobre os motivos da preponderância européia no contexto das interações transjudiciais;

3) Como consumir as idéias? — aqui, o problema diz respeito ao modo como as cortes domésticas invocam as idéias representadas nos precedentes judiciais estrangeiros, o que se pode dar, resumidamente, de duas formas: a) *referência positiva*, que ocorre quando o tribunal doméstico invoca um precedente estrangeiro que se alinha ou vem ao encontro das teses que se pretendem sustentar, como reforço argumentativo; b) *referência negativa*, que se verifica quando o tribunal doméstico invoca um precedente estrangeiro para criticá-lo e portanto para exemplificar uma forma de argumentação inadequada à análise do problema posto a exame.¹⁰

A análise do caso *Lawrence v. Thomas*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2003, traz algumas luzes sobre essas questões.¹¹ No caso, tratou-se do julgamento de um cidadão de Houston (Texas) que, em função de uma denúncia de perturbação da ordem (*disturbance*) com porte de armas, numa residência privada, foi surpreendido pela polícia e preso por suposta prática de relações sexuais homossexuais/sodomia con-

⁹ KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: Reflections on Kantian themes about international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 1, p. 9-36, 2010. YEH, Jiunn; CHANG, Wen-Chen. The Emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n.1, p. 89-124, 2008. BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004. PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international Law as universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 903-916, 2004. HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of international Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004. SIMMA, Bruno. Universality of international law from the perspective of a practitioner. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.

¹⁰ Neste particular, aproveito a distinção proposta por MILLER, Nathan. An International jurisprudence? The Operation of “precedent” across international tribunals. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 483-526, 2002. p. 490.

¹¹ GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas* and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. *Lawrence v. Thomas*: 539 U.S. 558 (2003).

sentidas no interior do seu apartamento, conduta que, segundo a legislação do Texas então vigente, era tipificada como delito criminal. Mantida a condenação pela Corte de Apelações do Estado, a matéria chegou à análise da Suprema Corte dos Estados Unidos, que conheceu e acolheu o certiorari, reconhecendo a inconstitucionalidade da legislação estadual e, com isso, superando o entendimento firmado em *Bowers v. Hardwick*, por decisão na qual concorreram os Juízes Kennedy (*Opinion*), Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer e O'Connor (*concurring opinion*), vencidos os Juízes Scalia, Rehnquist e Thomas.

A par de superar o precedente *Bowers v. Hardwick*¹² (que versava sobre a criminalização do homossexualismo pelo Estado do Texas), a decisão da Suprema Corte ensejou um intenso debate, que até hoje repercute, sobre as interações transjudiciais a partir do uso dos precedentes judiciais ou doutrina estrangeiros pelos tribunais norte-americanos, uma vez que, ao proferir sua decisão, a Corte incorporou aos votos proferidos citações a precedentes da Corte de Estrasburgo e ao Relatório Wolfenden, do Parlamento Britânico.

Tal discussão chegou ao ponto de estimular uma proposta de Resolução pela Câmara dos Deputados (*US House of Representatives*) “sugerindo” aos juízes que não adotassem em suas decisões, no todo ou em parte, quaisquer julgamentos, leis ou pronunciamentos de instituições estrangeiras, a menos que tais atos haja sido incorporados ao Direito doméstico dos Estados Unidos.¹³

A principal crítica que fundamentava esta proposta de Resolução era a de que os juízes não teriam critérios para justificar racionalmente a decisão sobre a escolha dos precedentes ou atos jurídicos estrangeiros a citar, ou seja, não haveria uma racionalidade epistemológica na

praxis das interações transjudiciais. Neste sentido, parte da doutrina questionava se tudo não seria uma questão de consumo transjudicial *self-service* ou mesmo de consumo por discriminação (que, ao longo do texto do precedente aludido, percebe-se beirar a xenofobia)¹⁴, ou se haveria idéias mais *transjudicializáveis* que outras. Tal debate veio confirmar a posição refratária dos Estados Unidos em relação às questões de direito internacional de modo geral, o que, no caso das interações transjudiciais, assume até mesmo uma certa forma narcísica de xenofobia cultural.¹⁵

A *soi-disant* ironia *Estados- Unidos*, que reflete o excepcionalismo norte-americano¹⁶ neste ponto específico das interações transjudiciais parece revelar não apenas a presença marcante da linguagem irônica do direito internacional, como pode indicar também a existência de uma certa competitividade dissimulada de idéias entre as cortes judiciais norte-americanas e as cortes europeias, aspecto que exige um maior aprofundamento. Nesse sentido, a posição peculiar (mas importante) dos Estados Unidos no cenário das interações transjudiciais revela um paradoxo, porque o amplo prestígio que a Suprema Corte norte-americana goza no cenário internacional, inclusive em termos de interação transjudicial por parte das cortes estrangeiras, não é correspondido com igual tratamento por partes dos juízes norte-americanos. Tal posição põe em xeque, de forma irônica, a tese de boa parte da doutrina norte-americana no sentido de que as interações transjudiciais podem constituir uma forma gentil de aprendizagem recíproca. Em relação aos Estados Unidos, pelo menos, como na ironia socrática, esta tese não se confirma, porque neste mercado de idéias os Estados Unidos se apresentam como vendedor, mas raras vezes como consumidor.

¹² 487 U.S. 186 (1986).

¹³ A proposta de Resolução (*Resolution*) foi apresentada pelo Deputado Feeney, do Partido Republicano do Estado da Flórida. Dizia o texto da proposta: “Resolved, That it is the sense of the House of Representatives that judicial determinations regarding the meaning of the laws of the United States should not be based in whole or in part on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements are incorporated into the legislative history of laws by the elected legislative branches of the United States or otherwise inform an understanding of the original meaning of the laws of the United States.” *Apud* GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority*. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 358, 2004.

¹⁴ FITT, Virginia A. The Tragedy of Comity: questioning the american treatment of inadequate foreign courts. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 4, p. 1021-1044, 2010. PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court's use of foreign law. *University of Illinois Law Review*, v. 2007, n. 2, p. 637-680, 2007.

¹⁵ Burgorgue-Larsen fala de “narcisismo jurisprudencial”, ao refletir sobre a atuação da Corte Internacional de Justiça, que simplesmente ignora o *caselaw* de outros tribunais, até mesmo da Corte de Estrasburgo. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 *Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*. 2010. p. 124.

¹⁶ Uma interessante diferenciação entre o excepcionalismo norte-americano, chinês e europeu é feita em BRADFORD, Anu; POSNER, Eric A. Universal exceptionalism in international Law. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, v. 290, p. 1-53, 2009.

Apesar do mais recentes posicionamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, simbolicamente representados no *dissenting vote* do Juiz Scalia no precedente *Lawrence*, Glensy procura demonstrar um outro quadro, confirmador do excepcionalismo irônico *Estados- Unidos*, sustentando embora o engajamento da Suprema Corte deste País numa tradicional prática de comparatismo jurídico em suas decisões, baseado na previsão da Constituição (que data de 1787), ao assegurar primazia ao Direito internacional.¹⁷ Contudo, segundo a autora, essa prática tradicional, que se desenvolveu ao longo do Século XX, sofreu um expressivo declínio no início do século em curso, pois são poucas as referências a materiais estrangeiros nas decisões da Suprema Corte dos EUA.¹⁸

Neste contexto, duas questões emergem: a primeira diz respeito às causas desse declínio, a indicar um possível desinteresse dos Estados Unidos pelo transjudicialismo; a segunda diz respeito ao verdadeiro significado dos mais recentes precedentes, nos quais se debateu como

nunca a possibilidade e a necessidade de os Estados Unidos se engajarem no movimento das interações transjudiciais. O que esperar dos Estados Unidos no contexto das interações transjudiciais? O transjudicialismo poderá subsistir sem a participação ou mesmo diante da recusa expressa dos Estados Unidos? Conseguirá a Europa desenvolvê-lo sozinha e transformá-lo num movimento enraizado nas práticas institucionais das cortes ao longo do sistema-mundo? Nesta competitividade de idéias euro-americanas, qual o lugar das cortes de cultural oriental?

A pesquisa empírica desenvolvida por David Zaring aposta numa tendência da Suprema Corte dos EUA e demais cortes norte-americanas a fazerem uso cada vez maior de precedentes e materiais estrangeiros.¹⁹ Segundo Zaring, há uma tendência comparatista da Suprema Corte norte-americana de se apoiar em direito e materiais estrangeiros, o que decorreria do próprio protagonismo político desta Corte, o que a induz a consultar mais as fontes jurídicas consubstanciadas nos tratados e nos precedentes internacionais, a exemplo da citação dos julgados da *High Court* do Canadá, que é a fonte mais invocada pelos tribunais federais norte-americanos (34% das citações de fontes estrangeiras) e, coincidentemente, o maior parceiro comercial dos Estados Unidos.²⁰ Contudo, observado o cenário vivido, os mesmos estudos demonstram que o número de citações a precedentes estrangeiros nos Estados Unidos não aumentou tão significativamente no período analisado, pois no total identificaram-se apenas cinco precedentes da Suprema Corte em que há referência a material teórico ou judicial estrangeiro.²¹ Dessa forma, o engajamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no movimento das interações transjudiciais ainda parece uma construção teórica, sem fundamentação empírica. O que se mostra paradoxal, contudo, é que essa realidade não se confirma no âmbito das cortes ordinárias e supremas cortes dos Estados-membros da Federa-

¹⁷ Como exemplo do tradicional comparatismo norte-americano, Glensy faz referência ao antigo precedente adotado no caso *Fong Yue Ting v. United States*, de 1893 (149 U.S. 698). “In *Fong Yue Ting*, the Supreme Court was examining the constitutionality of a federal statute that allowed for the expulsion of Chinese laborers. As part of its analysis, the Court majority examined the practices of ‘every sovereign and independent nation’ to conclude that such expulsions were within the right possessed by the state. The dissenters also used comparative analysis in their arguments, invoking foreign countries as a model which the United States should not follow due to such countries ‘despotic’ or ‘barbaric’ roots. Encapsulated within *Fong Yue Ting* are, therefore, examples of both ‘positive’ and ‘negative’ reinforcement derived from foreign materials.” GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas* and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. p. 368. Outros precedentes vêm na mesma linha, de utilizar o comparatismo como fonte, tais como *Culombe v. Connecticut* (367 U.S. 568, 1961), *Rochin v. California* (342 U.S. 165, 1952), *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), *Trop v. Dulles* (356 U.S. 86, 1958) e *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973).

¹⁸ GLENSY, Rex D. Which Countries count? *Lawrence v. Texas* and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. p. 372. No período subsequente ao ano de 1988, Glensy identifica os seguintes casos, como exemplos do emprego de materiais estrangeiros: 1) 8ª Emenda: *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S. 815, 821, 1988), *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361, 1989), *Knight v. Florida* (528 U.S. 990, 1999), *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304, 2002), *Foster v. Florida* (537 U.S. 990, 2002), *Roper v. Simmons* (2005 U.S. LEXIS 2200, Mar 1, 2005); 2) Substantive due process: *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702, 1997); 3) Federalismo: *Printz v. United States* (521 U.S. 898, 1997); 4) Equal protection: *Grutter v. Bollinger* (539 U.S. 306, 2003).

¹⁹ ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005.

²⁰ ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005. p. 21-22.

²¹ V. Nota 17.

ção, onde se registra uma maior interação transjudicial.²² Considerando o expansionismo do sistema-mundo capitalista e se as interações transjudiciais ocorrerem, como se sustenta, principalmente por razões econômicas ou de hegemonia política, é possível cogitar que esse fenômeno transjudicial regional se estenda à Suprema Corte norte-americana.

Outras questões éticas do transjudicialismo estão ligadas aos temas do *pluralismo*, da *incomensurabilidade* de valores, da empatia (*judicial empathy*) e dos *limites da tolerância ocidental*.

O problema do pluralismo²³ se revela no contexto do transjudicialismo em função da fragmentação dos diversos regimes jurídicos internacionais ao longo do sistema-mundo. Essa multiplicação de ordens jurídicas tem sido acompanhada por uma igual proliferação de tribunais, cortes e *judicial bodies* em geral. O pluralismo jurídico (normativo) ostenta duas faces irônicas: uma *face luminosa*, que concerne à ampliação da diversidade

cultural que se injeta nos sistemas estatais e no próprio sistema-mundo, o que pode ensejar um verdadeiro encontro ético com a diferença; e uma *face obscura*, que, retratada pelas ideologias ocidentais presentes no direito internacional e pelos valores pretensamente universalistas, dá ensejo a novas formas de exclusão, indiferença e hegemonia cultural. Neste cenário, o pluralismo jurídico apresenta-se como uma das facetas do pluralismo multicultural, tema que guarda pertinência com o problema do reconhecimento ético da diversidade dos valores na modernidade.

David Kennedy analisa isso que denomina de “lado negro”, “pontos cegos”, e “preconceitos” do pluralismo jurídico (*the dark sides, blind spots, e bias of legal pluralism*).²⁴ A análise de Kennedy nos coloca diante dos dilemas do pluralismo jurídico, à medida que essa idéia está associada não apenas ao reconhecimento de uma diversidade de governos sobre as sociedades contemporâneas, que somente não conduz ao caos devido à nossa crença de que partilhamos algum ideal comum, o que está na base do *cosmopolitismo* e da idéia de *comunidades imaginadas*.²⁵ Nesse sentido, o Direito é muito mais parte do problema do que a sua própria solução.

O cosmopolitismo (que está na base da teoria liberal da comunidade global de cortes, examinada a seguir) decorre da irônica perspectiva de que as diferentes formas de vida das sociedades humanas alimentam um *thélos* fundamental, uma grande narrativa, um projeto de vida boa comum ou de bem-estar global, dando sentido à noção de “comunidade global” que se desenvolve na perspectiva kantiana de um federalismo mundial regulamentado por uma constituição republicana, representativa da normatização da política internacional.²⁶ Desse modo, o cosmopolitismo se apresenta uma forma de governança: *a governança cosmopolita*.²⁷

²² Segundo os dados colhidos por ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005. p. 13, no período entre 1945 e 2004 (período analisado) foram identificadas 752 decisões dessas cortes federais fazendo referência a precedentes estrangeiros (fonte: *Weslaw Allfeds database*), o que perfaz uma média de 12 referências por ano. O estudo demonstra ainda que não houve uma grande variação ano a ano, mantendo-se as referências transjudiciais estáveis (58 referências no período entre 1945-1949 e 77 referências no período de 2000-2004). Destaca o autor que o Distrito Sul de Nova Iorque é onde se detecta o maior número de interações, o que se atribui ao cosmopolitismo do Estado. A tese de Zaring é no sentido de que as interações transjudiciais nos Estados Unidos revelam um fenômeno regional, razão por que não alcançam a Suprema Corte no mesmo nível do que ocorre nos Estados federados.

²³ Segundo Zorrilla (que, neste particular, se reporta à perspectiva de Isaiah Berlin), “el pluralismo básicamente consiste en la tesis según la cual existe un conjunto finito de valores últimos que persiguen los hombres, entre los que se encuentran por ejemplo la libertad, la utilidad, la seguridad, la justicia, el poder, la virtud, la compasión, la igualdad, la fraternidad, etc.; tales valores son irreductibles (no son distintas manifestaciones de un único valor al cual pueden reducirse, como por ejemplo opinan los utilitaristas respecto de la utilidad); además, son en última instancia incompatibles, por lo que no puede acudir en caso de conflicto a ningún criterio o valor objetivamente superior, debiendo proceder en estos casos a realizar una elección, que comporta el sacrificio de alguno de los valores en conflicto, siendo imposible construir una teoría armonizadora...”. MARTÍNEZ ZORRILLA, David. El Pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo e la incomensurabilidad. *Revista de Estudios Políticos*, n. 109, p. 173-199, 2000.

²⁴ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007.

²⁵ ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁶ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina. Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997, p. 3-28

²⁷ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007. p. 646.

Outro aspecto importante criticado por Kennedy é o de que o mundo é governado (ou pode ser governado) e que tal governo possa ser exercido por *experts*.²⁸ “O Direito internacional é um grupo de *peessoas* que visam satisfazer projetos a partir de uma linguagem profissional comum”, havendo de notar que tais projetos e linguagem sofreram apenas rearranjos ao longo do tempo, mantendo, contudo, o seu esqueleto intacto.²⁹ Neste contexto, justifica-se a importância atribuída aos juízes e tribunais ao longo do sistema-mundo.

Kennedy propõe então que abandonemos as perspectivas do universalismo e do cosmopolitismo, uma vez que apenas idéias não bastariam para enfrentar os problemas da complexa tessitura social, política e econômica da modernidade. Essa tessitura complexa revela a impossibilidade de uma autêntica “comunidade” (que não seja apenas o seletto grupo da elite dos acumuladores de capital) dotada de uma “grande ética universal”. No cenário do pluralismo político os conflitos encontram o *habitat* adequado, e esses conflitos não podem ser enfrentados apenas com base nas nossas intuições morais, porque há questões que são contra-intuitivas.³⁰ É portanto inadequado (senão ideológico) atribuir às interações transjudiciais a natureza de verdadeiros “diálogos”, se nos ativermos ao fato inegável do pluralismo e da diversidade das culturas em que tribunais e cortes estão inseridos. Neste aspecto, ganham importância as questões do multiculturalismo assim como as críticas que se lhe podem formular, nomeadamente quanto ao fato de a idéia de cultura não pode ser concebida apenas sob o olhar irônico da sociedade ocidental, sob pena de se tornar ideológico o argumento pluralista.

Por sua vez, a questão da incomensurabilidade de valores³¹, no que respeita às interações transjudiciais, está associada à justificação racional dos juízos de escolha realizados pelas cortes nacionais e internacionais no momento em que decidem interagir transjudicialmente. O dilema que se coloca neste contexto configura-se nas dificuldades de justificar a escolha dos precedentes e na própria forma como esses precedentes serem empregados na decisão. Seriam as escolhas livres de qualquer preconceito (no sentido de discriminação cultural)? De que forma as pré-compreensões morais, políticas e culturais do juiz e da corte nacional ou internacional interfere neste processo de escolha? Enfim, como se justificam escolhas entre valores incomensuráveis?

Se considerarmos como ponto de partida a idéia de que os precedentes são produtos de uma determinada cultura local ou internacional, é inevitável colocar em xeque a tese da igualdade entre as nações.³² As interações transjudiciais revelam as próprias assimetrias existentes entre as nações, vistas como repositórios de cenários multiculturais, porque uma coisa está em reconhecer uma cultura diversa como uma forma de válida, outra diversa é aceitar incorporar as percepções dessa cultura diversa no próprio seio interno de instituições domésticas como cortes e juízes.

Pode-se cogitar que as escolhas realizadas no contexto das interações transjudiciais seguirão os critérios subjetivos da maior proximidade ou do grau de mais íntima amizade e parceria entre nações que apresentem uma certa identidade cultural, a distinguir uma espécie de *empatia transjudicial* (as relações entre Estados Unidos e Inglaterra, Estados Unidos e Canadá, Austrália e Europa ocidental, por exemplo), da natureza da sociedade (democrática ou não democrática, “civilizada ou não civilizada”, “ocidental” ou “oriental”), o que nos remete ao grave problema de distinguir entre culturas jurídicas “aceitá-

²⁸ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007. p. 647.

²⁹ KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007. p. 650.

³⁰ Sobre a distinção entre intuição e contra-intuição no plano da filosofia moral, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O intuicionismo moral e a ética dos desafios. *Direitos fundamentais & Justiça*. ano 4, v. 12, p. 203-234, jul./set. 2010.

³¹ Basicamente, “incomensurabilidade” significa a ausência de uma medida comum, que possa identificar como melhor ou pior o valor de um determinado item CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard, 1997.

³² GLENSY, Rex D. Which Countries count? Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004. p. 405. É o princípio consagrado no Artigo 2, §2º, da Carta das Nações Unidas: “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.”

veis” e “não aceitáveis”. Desse modo, o transjudicialismo confirmaria a tese de uma moralização das relações internacionais, que separa, de um lado, os aliados e parceiros de elementos predominantes de cultura (*partners*), e, de outro, os que professam formas de vidas morais diversas. Por conseguinte, a questão ética colocada pelo transjudicialismo diz respeito às próprias (im)possibilidades da construção de uma Ética aplicável às interações e capaz de estabelecer uma interligação entre as diferentes formas de vida morais desenvolvidas ao longo do sistema-mundo. Mais uma vez, destaca-se como de fundamental importância o debate sobre a questão do reconhecimento, que tem a ver com a necessidade de rompermos com a sociedade íntima e fechada dos *partners*, para promover um processo de inclusão dos outros.

Todos esses aspectos tocam nos limites da tolerância cultural ocidental e suscitam questões éticas globais importantes. O modelo de tolerância desenvolvido pelo ocidente não consegue enxergar o Outro na sua aparição total e real. Através das lentes do ocidente o Outro sempre aparece inferior e subvalorado, o que justificaria o fato de que um precedente da Suprema Corte do Zimbábue talvez tenha menos peso argumentativo do que um precedente da Corte de Estrasburgo sobre o mesmo problema. Nesse sentido, o modelo de tolerância ocidental ainda parece enclausurado pela noção de imparcialidade fechada e se mostra incapaz de uma imparcialidade aberta.³³ No “livre” mercado das idéias transjudiciais não há espaço para os *outsiders*, como a China e outros.

Se analisarmos tal problema sob o enfoque da corte que faz a referência, pode-se entender que as escolhas perseguem um incremento estratégico de credibilidade ou de reputação, o que implica proporcionalmente um ganho de credibilidade da corte produtora do precedente e das idéias que o sustentam. Nesse sentido, a ampliação do fenômeno das interações transjudiciais, considerado o sistema-mundo capitalista, pode significar também ganhos em termos políticos e até econômicos, levando a crer que, “no médio prazo, o que mede realmente a força dos Estados é o resultado econômico.”³⁴ Pode-se esta-

belecer, nesse sentido, uma relação entre capitalismo e transjudicialismo?

As relações bilaterais entre os Estados Unidos e o Canadá, ao mesmo tempo parceiros na economia e nas interações transjudiciais, pode ser um importante ponto de partida para aprofundarmos a tese da relação entre relações econômicas e relações transjudiciais. Assim, a pergunta correta a ser formulada, neste contexto, não é se as interações transjudiciais produzem resultados econômicos, mas sim se a intensidade das relações econômicas justifica o maior grau de interação transjudicial. Em outros termos, cabe indagar de que forma a economia influencia as interações transjudiciais, e não o inverso.

A escolha transjudicial fará sentido conforme auxilie o citante a acumular mais capital reputacional, no médio ou no longo prazo. Para que isso aconteça, é intuitivo acreditar que a escolha deve recair sobre “citandos” que gozem de *credibilidade* e *autoridade persuasiva* no contexto do sistema-mundo, o que mais uma vez justifica a importância internacional de tribunais como a Suprema Corte dos Estados Unidos, a Corte Internacional de Justiça e a Corte de Estrasburgo. O ponto importante, neste particular, é saber de que forma esses Estados dotados de maior capital reputacional, e sobretudo os seus agentes econômicos, influenciam os processos de decisão desenvolvidos pelos Estados nacionais ao longo do sistema, e de que forma essa influência passa pelo estímulo às interações transjudiciais.

Em continuidade, as questões éticas das interações transjudiciais também se relacionam com a questão da ocidentalização do mundo e portanto com a influência cultural do ocidente.

“*Occidere*” e “*Occidens*” remetem à idéia de “tombar” ou de “cair” que indicam um lugar, o lugar do ocaso, do pôr-do-sol ou do poente.³⁵ A luz que se apaga para alguns é a mesma que permanece com esses e se revela para outros, num ciclo contínuo. O ocidente que se acha em crises constantes é o mesmo que reaparece no dia seguinte, dia que pode ser anos ou séculos. As suas luzes são as mesmas de sempre, mas nunca são as mesmas. O lugar do ocidente também é o mesmo, mas nunca é o mesmo. Nem se pode dizer que o Ocidente seja, propriamente,

³³ SEN, Amartya. Imparcialidade aberta e fechada. *ALCEU: Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 5-30, jan./jul. 2003.

³⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 49.

³⁵ DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 11.

um *lugar*, pois o lugar, que antes era Atenas, hoje é também os Estados Unidos, a China, a Índia ou o Brasil.

Nesse sentido, o ocidente representa uma idéia dinâmica e continuamente expansiva do movimento global de interligação do mundo. Tal movimento é o responsável por fenômenos tão marcantes da modernidade tardia como a globalização econômica e a internacionalização do Direito. O ocidente é esse contínuo renovar-se das luzes que se apagam para renascerem no dia seguinte, essa metamorfose constante entre crepúsculo e aurora. Esse movimento contínuo, fundado na linguagem irônica, trabalha em prol do capitalismo histórico.

Mas é inegável o ponto de referência da idéia do ocidente: a Europa ocidental.³⁶ Pelo menos no que diz respeito ao objeto dos nossos estudos, neste texto, o centro de referência se confirma, à medida que as interações transjudiciais³⁷ têm demonstrado, enfaticamente, a sinonímia entre *mundialização* e *ocidentalização* do mundo, considerada a posição de supremacia que nessas interações têm assumido as cortes internacionais da Europa ocidental, com destaque para a Corte Internacional de Justiça e a Corte Européia de Direitos Humanos.

Esse movimento ocidental das interações transjudiciais engloba um dos problemas fundamentais da ética moderna: a questão do reconhecimento do Outro, pois no momento em que uma corte nacional, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, decide invocar um precedente do Supremo Tribunal da Índia, tal interação transjudicial imediatamente transborda o debate meramente jurídico para o campo das interações multiculturais ou transculturais. No fundo, o cerne deste debate tem a ver com o modo como duas culturas tão diversas podem relacionar-se e interagir, ainda que na limitada esfera dos processos judiciais.

É o Outro, o estrangeiro, o Diferente (o Oriente, por assim dizer) que permite que o ocidente se descubra como tal. Este é o ponto fundamental de contato entre as duas idéias do ocidente e da linguagem irônica, que se irmanaram historicamente, com o mesmo propósito de

sustentar a metafísica do sistema-mundo do capital. O ocidente se revela de tal modo ao Outro a não se revelar por completo. Há no mover da idéia ocidental um eterno desvelamento velado, um descobrir-se parcial, uma máscara que esconde mentiras atrás de verdades. Suas idéias de universalismo de valores, do fetiche pela surpresa e pela novidade (que traduz essencialmente a idéia ocidental de felicidade), e do amor pelo questionamento constante, parecem condenadas a carregar consigo a acumulação incessante do capital, da tolerância cultural modulada pelo olhar do próprio ocidente em relação às culturas *exteriores*, o deslocamento do Outro como forma de construção do Mesmo ocidental. O ocidente é uma imagem, que se quer projetar no Outro, transformando-o em Narciso. O ocidente é o próprio Narciso, faminto por réplicas. Ironicamente, o ocidentalismo da idéia multicultural parece ser o mesmo que pugna por regularidades e uniformidades culturais toleráveis e civilizadas, rejeitando todas as formas de fundamentalismo.

Para o ocidente, a idéia dos direitos do homem enquanto homem só faz sentido se combinada com a idéia do homem enquanto representação do homem ocidentalizado. Não é à toa que o ocidente, na angustiante esperança de não ser devorado por suas próprias ironias, contorna uma radicalização dos direitos humanos, que o mortificaria, negando ao Outro a marca ocidentalizada do homem. Os *fundamentalistas*, por exemplo, seriam, nesse sentido, tudo menos *homens*, seguindo-se aqui a receita produzida pelo capitalismo histórico desde o Século XVI, quando concebeu o racismo e o sexismo. Assim, o Ocidente que emancipa o homem é o mesmo que o coloniza.

A tolerância ocidental avança um liberalismo mitigado, que somente valora o Outro sob as suas próprias luzes, transformando as luzes do Outro em trevas, na escuridão eterna que sucede ao pôr-do-sol. A ironia ocidental envolve certa aceitação de um *mimetismo* entre as espécies, no âmbito das quais o ocidente se apresenta como modelo a ser imitado. Assim, é possível ao ocidente evitar que as espécies mimetizadas produzam os seus males, por certa assimilação ou pela crença de que são iguais ao modelo ou que partilham o comum, embora o comum seja apenas algo particular à espécie ocidental. Contudo, o modelo não se pode manifestar ostensivamente, em todas as suas características e intencionalidades, sob pena de pôr em risco a sua própria sobrevivência. O revelar-se

³⁶ DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 14.

³⁷ REID JR, Charles J. Edward Douglass White's use of Roman and Canon Law: a study in the Supreme Court's use of foreign legal citations. *University of St. Thomas Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 281-310, 2005.

por completo é uma traição à linguagem irônica do ocidente.

Com isso, o ocidente irônico transmite a todas as espécies miméticas a idéia de que formam todos uma mesma comunidade de seres vivos. A ideologia ocidental consiste precisamente neste imaginar coletivo. No entanto, ao avançar o mimetismo como mecanismo de defesa, o ocidente revela às espécies mais perspicazes as suas próprias deficiências, aquelas que podem pôr em risco as suas estruturas miméticas. Neste contexto, os conflitos podem exsurgir a qualquer momento, tão logo percebam os miméticos que os modelos, em verdade, são de outra espécie. Assim, se por um lado o mimetismo irônico ocidental cria laços entre espécies antagônicas, são esses laços que podem romper-se, a qualquer momento, em conflitos trágicos e letais.

À mesa ocidental, figuram como comensais o universalismo e o totalitarismo (que, ironicamente, é a totalidade do universal, que pretende alcançar a todos)³⁸, a tolerância e a superioridade racista-sexista ironicamente velada, a diversidade e a identidade (uma das preocupações primeiras da sociedade ocidental, preocupada em situar o lugar de todos os homens num não-lugar, a *u-topia* do sistema-mundo ocidentalizado). Tal comensalismo, alcança a pluralidade das máscaras humanas, da religião à cultura, da política à moral, da economia à tecnologia, do meio ambiente à linguagem, da burocracia à religião, numa circularidade que pode ser simultaneamente viciosa e virtuosa, o que é da essência da linguagem irônica do ocidentalismo.

Mas o comensalismo ocidental que aceita a presença do Outro à mesa é o que também recusa o alimento preparado por este, a refeição intolerável dos povos, por assim dizer, *inocidentalizados*, de culturas inferiores, estranhas, mas não admite ser recusado. Eis o sentido irônico da hospitalidade ocidental: o que deseja fertilizar não pretende fertilizar-se; não admite a possibilidade de que no Exterior do seu próprio Interior expandido mundialmente haja alguma idéia digna de ser incorporada; não admite a negativa ética de si mesmo.

A recusa à idéia ocidental parece indicar apenas duas alternativas: o “alimentar” inexoravelmente o Outro com os recursos da própria superioridade cultural (por vezes, a superioridade sustentada pelos músculos da tecnologia militar) ou permitir a morte do Outro por inanição civilizatória, como vimos em diversos episódios de nossa história (das Cruzadas à guerra do Iraque). A linguagem irônica do ocidente, neste aspecto, parece superior ao próprio ocidente, ao mostrar-lhe que o deixar-se fertilizar pelo Outro não parece ser uma opção disponível.

Sentar-se à mesma mesa pode impor o Desejo do Outro de experimentar o intolerável sem combates. Isso significa que, no sistema-mundo, muitas vezes, as coisas não se realizam como pretende o movimento ocidentalizante do mundo, momento em que se operam as reações anti-sistêmicas que, embora em menor profundidade e extensão, terminam por (re)orientalizar o Ocidente.

A etiologia do ocidente fundamenta a sua linguagem irônica. O ocidente constrói os seus próprios caminhos, para em seguida transformá-los em labirintos sem saída ou solução. O sistema aberto de sociedade que o ocidente construiu parece não poder levar a sério a distinção entre Interior e Exterior, porquanto o Exterior é sempre examinado pelos binóculos dos soldados nas fortalezas das idéias do próprio ocidente. O ocidente que se desenvolveu sob a pretensão de construir a ação moral dos demais sistemas sociais (não apenas do oriente), em forma abrangente, construiu a sua própria prisão. Ironicamente, o ocidente é a própria ironia.

Sob esse enfoque, falar em crise da idéia ocidental parece descurar da própria essência da idéia que fundamenta a linguagem irônica, esse elemento que a nutre desde o encontro primeiro. O ocidente se renova nos momentos de crise, do mesmo modo que, ironicamente, esses momentos de crise põem em dúvida as suas possibilidades, os seus fundamentos e suas perspectivas de futuro. A cada momento em que o ocidente parece destinado a tombar, ele se levanta novamente, renovando-se e redescobrimo-se.

O transjudicialismo parece indicar esse movimento de renovação. É fato que as Cortes internacionais estão “dialogando” ao longo do sistema-mundo, do que é exemplo a aplicação do método de *cross-citation* adotado pela Corte Suprema do Zimbábue, ao invocar em seus

³⁸ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 221-222.

julgamentos a jurisprudência da Corte de Estrasburgo, notadamente nos casos de punições corporais de adultos e jovens, pelas Cortes do Quebec ou pelas Cortes da Índia citando precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.³⁹ Nesse sentido, alguns autores se aventuram em falar numa espécie de globalização judicial (*judicial globalization*).⁴⁰

A partir do exemplo da Corte Constitucional da Alemanha, Slaughter sustenta que a proliferação dessas interações (“diálogos”, em sua forma de interpretação do fenômeno) atende à perspectiva de uma relação de cooperação entre cortes, como o cenário que descreve no âmbito das interações entre a Corte Alemã e a Corte Européia de Justiça.

Para que as interações transjudiciais aconteçam, Slaughter sugere ser necessária a presença das seguintes *pré-condições*: (1) certa identidade e autonomia judicial: Cortes engajadas em comunicações transjudiciais autodefinem-se como atores autônomos, dotados de uma identidade bem delimitada; (2) autoridade, conceituada como capacidade persuasiva e não coerciva (uma vez que esta inexistente no contexto transnacional), o que remete à idéia de credibilidade, reputação e prestígio das Cortes envolvidas (ou, em nossa perspectiva, ao conceito de *autoridade carismática*, no sentido da tipologia weberiana); (3) recíproco reconhecimento de que as cortes são, antes de mais nada, “cortes”, comprometidas com os ideais comuns de uma determinada região ou mesmo do sistema-mundo, e que detêm capacidades, competências e metodologias semelhantes para pôr em prática esses ideais.⁴¹

As idéias de “identidade” e “reconhecimento”, não obstante, revelam os problemas próprios da tolerância liberal, que, nesse sentido, representa uma forma irônica de tolerância intolerante, que vê o Outro como uma caricatura, que deve seguir um modelo de valores e formas culturais pré-concebidos à moda do ocidente. Neste particular, invade-se o campo onde a ironia nega-se a si mesma, porque se deixa mostrar por completo, traindo-

-se em seu gesto de dissimulação. Assim, para que os diálogos transjudiciais aconteçam é necessário compartilhar alguns pontos de partida, o que revela certo dogmatismo (no sentido de indiscutibilidade desses pontos de partida), representados na idéia da *Rule of Law* liberal.

A mesma problemática se revela no que tange ao pressuposto da “consciência da comunidade” (*awareness of a common enterprise*), por meio da qual se propõe a superação das diferenças culturais (*cultural differences*) sempre em prol dos ideais comuns que alimentam a idéia de Ocidente. Esse transcender as diferenças, longe de significar um processo de aprendizagem recíproca, alimenta a perspectiva da domesticação cultural típica do ocidente (traduzido aqui como o ocidente dos grandes acumuladores de capital no sistema-mundo). Sendo assim, o universalismo ocidental se apresenta como nada mais que um particularismo.

Transcender as diferenças radicais, num contexto onde as assimetrias, notadamente as assimetrias econômicas, estão sempre presentes, nada mais significa, na linguagem liberal típica, do que uma gentil imposição da metafísica dos valores do ocidente aos mais fracos, no contexto do sistema mundo, num gesto de dominação cultural mais do que num gesto de cortesia ou deferência. Neste contexto, o Outro Real não fala, rende-se, constrangido, diante da força que o subjuga sob a ameaça velada da exclusão, que é a mesma exclusão que alimenta o capitalismo histórico, separando moralmente os parceiros (*partners*) dos párias (*pariahs*).⁴² Ele não nega a si mesmo (o que seria um exercício ético), mas é gentilmente negado.

Sob esse enfoque, o transjudicialismo pode colocar-se como uma forma eficiente de despolitização do Direito e da Política internacionais.⁴³ Na prática, esse uso, a pretexto de ressignificação do Direito internacional no plano doméstico da corte “consumidora”, significa uma descontextualização do entendimento adotado pela Corte “fornecedora”. Tal prática de descontextualização ignora as diferenças culturais e não permitem afirmar um sentido universal da “liberdade” ou da “igualdade”, a ponto de se acreditar que a reprodução dos hábitos de uma

³⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-137, 1994-1995. p. 103-114.

⁴⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, p. 1103-1124, 1999-2000.

⁴¹ BERMAN, Paul Schiff. Judges as cosmopolitan transnational actors. *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, v. 38, p. 101-112, 2004.

⁴² COLONOMOS, Ariel. *Moralizing international relations*. New York: Palgrave MacMillan, 2008.

⁴³ ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. Seis notas à margem. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2008b.

determinada cultura acerca desses ideais não importaria numa desconstituição de sentidos e significados. Feita essa distinção em torno da singularidade de cada conflito, o uso de precedentes internacionais, sobretudo em matéria de direitos humanos, atende fundamentalmente a estratégias e projetos particulares do ocidente capitalista.

Nesta perspectiva, as múltiplas e crescentes interações transjudiciais criam um verdadeiro mercado de idéias, no qual o capitalismo histórico busca desenvolver os seus valores, por intermédio da atuação dos atores sub-estatais (judiciais). Neste mercado, adquirem-se idéias (precedentes) como uma forma de ampliação da reputação do Estado no cenário de competição global capitalista. Neste contexto, as Cortes (e, por assim dizer, os próprios Estados) são tão “livres” para adquirirem os produtos que os acumuladores de capital do ocidente produzem, como em qualquer mercado de consumo do sistema-mundo. Daí a adequada conclusão de que “o mercado de idéias (...) não tem a ver apenas com a produção do Direito, mas também com a criação de um ambiente que seja propício ao livre movimento do capital no contexto de um mercado econômico global.”⁴⁴

Nesta comunidade de atores livres e iguais impem as assimetrias históricas que induzem ao consumo de precedentes estrangeiros. Nenhum Estado liberal estará disposto a ficar de fora da “comunidade” dos *partners*, a não ser as superpotências que detêm poderes suficientes para tornar possível a imaginação dessa comunidade, o que explica em parte a posição dos Estados Unidos em relação ao transjudicialismo. Assim sendo, a comunidade transjudicial constitui, em verdade, uma comunidade de consumidores compulsivos, que vibram com a última novidade hermenêutica que exsurge em Haia ou em Estrasburgo, na Alemanha ou nos Estados Unidos. A novidade alimenta esse Desejo de felicidade consistente em experimentar coisas e idéias, sobretudo as vindas de fora, qual uma imaginada comunidade universal de experimentadores de coisas.

Neste contexto, como na psicanálise lacaniana, o Desejo não é o Desejo de um Eu autônomo, livre para

dizer a recusa. Esse Desejo de dialogar e interagir (que é o Desejo da comunidade, e que, em última instância, é o desejo da paz ou do reconhecimento autêntico) não é um Desejo livre. É o Desejo do Outro, em sua forma e conteúdo. É o Desejo do Grande Outro, representado pelo ocidente (e, portanto, o Desejo do sistema-mundo do capitalismo histórico de origem européia ocidental).⁴⁵ Não há diálogo ou verdadeira tolerância onde são impostas as barreiras dogmáticas da ideologia ocidental, como ponto de partida inelutável, como requisito de ingresso, sobretudo se o pensamento liberal que lhe é subjacente não for uma constante mesmo no âmbito interno dos próprios Estados liberais.

4 O transjudicialismo e a imaginada comunidade judicial global

Dizer que o transjudicialismo é um fenômeno ocidental é um truísmo.⁴⁶ Tal qual o ocidentalismo e o capitalismo histórico, o transjudicialismo sofre com as suas próprias ironias. Diversos autores têm sustentado que as interações transjudiciais crescentes podem contribuir não apenas para minorar os efeitos deletérios da fragmentação do direito internacional, como também pode contribuir para a formação de uma autêntica *comunidade global de cortes e juízes*, formada a partir do aprofundamento das relações entre juízes vistos como verdadeiros agentes subestatais, o que se daria por intermédio do conhecimento e da difusão das diferentes visões de mundo

⁴⁵ ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur, 2008a, p. 91.

⁴⁶ Sobre o neoinstitucionalismo, THELEN, Kathleen; STEINMO, Sven. Historical institutionalism in comparative politics. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank (Ed.). *Structuring politics. Historical institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge, [s. d.]. p. 1; LIMONGI, Fernando. O Novo institucionalismo e os estudos legislativos: a literatura norte-americana recente. *Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 3-38, 1994. MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The New Institutionalism: organizational factors in political life. *American Political Science Review*, n. 78, p. 734-49, 1984. SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à sociologia política: política e sociedade na modernidade tardia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. p. 40-43; CARON, David D. Towards a political theory of international courts and tribunals. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, p. 401-423, 2007. p. 401-423.

⁴⁴ MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter's liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005. p. 28; MICHAELS, Ralf. Two paradigms of jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, v. 27, p. 1003-1069, 2007.

retratadas nos precedentes de cortes nacionais, internacionais e supranacionais ao longo do sistema-mundo.⁴⁷

Na base desse entendimento está a idéia de que as *interações transjudiciais* podem culminar num fenômeno universal de cortesia judicial (*judicial comity*) que revelaria essa disponibilidade mundial para uma aprendizagem globalizada recíproca, acerca dos sentidos fundamentais do direito internacional, dos valores universais das sociedades civilizadas e as preocupações coletivas sobre os problemas que afligem o sistema-mundo.

A idéia de que as interações transjudiciais podem culminar na formação de uma comunidade mundial de cortes parte do princípio de que todos os juízes do sistema-mundo estão engajados na mesma tarefa de julgar e resolver conflitos sobre temas que transcendem as fronteiras do Estado nacional. Neste cenário, os precedentes internacionais não seriam meros precedentes, mas autênticas *decisões* investidas de superior (universal) autoridade persuasiva (*persuasive authority*), que ensejariam uma verdadeira jurisprudência global emergente (*an emerging global jurisprudence*).⁴⁸

Sustenta-se que para emergir tal Comunidade global é necessário que as Cortes nacionais reconheçam um conjunto de princípios básicos que disciplinam as comunicações transjudiciais, tais como os princípios de *checks and balances* (vertical e horizontal), do conflito positivo (possibilidade de discussão aprofundada sem a ameaça da ruptura de diálogo)⁴⁹, do pluralismo e da diferença legítima (os juízes reconhecem a possibilidade de diferentes formas de abordagem acerca de um mesmo problema jurídico) e o valor da autoridade persuasiva (em vez da

autoridade coercitiva).⁵⁰ Em suma, é preciso desenvolver uma identidade judicial comum, que se projetaria não para o plano interno das fronteiras do Estado nacional, mas para além dessas fronteiras.⁵¹

Contudo, partindo da premissa de que tais princípios estão definidos pelo sistema-mundo, no cenário restrito da Europa ocidental, e considerando ainda a idéia da autoridade persuasiva que se localiza precisamente nas cortes supranacionais estabelecidas na Europa, é forçoso reconhecer que a idéia de “comunidade global de juízes” enseja algumas dificuldades enquanto idéia reguladora. A questão primeira que pode ser colocada diz respeito ao eventual enfraquecimento da soberania dos Estados nacionais.

Por outro lado, se se imaginar que as interações transjudiciais constituem uma busca caótica de “idéias” que possam ser adotadas como razões de decidir (no que a doutrina do precedente não se apresenta como algo tão estranho assim em relação às interações transjudiciais), é difícil supor que essa busca, desprovida de uma metodologia própria e comum, seja capaz de construir uma imaginação comunitária global, ao menos se concebermos “comunidade” como um conjunto de relações minimamente estáveis e previsíveis entre indivíduos que se vêem e se aceitam (ou imaginam-se) como membros de uma mesma comunidade. No mercado transjudicial, portanto, onde o consumo de idéias transjudiciais alimenta a idéia central e fundadora do capitalismo histórico, somente faz sentido falar num ideal sistêmico como atributo funcional do transjudicialismo se tivermos em conta a pretensão de manutenção dos valores que configuram o ocidente, com destaque para o super-valor da metafísica capitalista.

Presente essa crítica à idéia-matriz da civilização capitalista, faz sentido a interpretação de Burgorgue-Larsen acerca do que chama de “ideal sistêmico” como uma das funções principais do transjudicialismo, ao menos no contexto da União Européia. Esse ideal se revela, sobretudo, no âmbito dos processos de integração econômica e sistêmica, que induzem os juízes a ampliarem as inte-

⁴⁷ TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. Towards a community of international judges. *Loyola Law School Los Angeles & Comparative Law Review*, v. 30, p. 319-471, 2008. ADDIS, Adeno. Imagining the international community: the constitutive dimension of universal jurisdiction. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 129-162, 2009. BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004.

⁴⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

⁴⁹ Atribui-se a SIMMEL, Georg. *Conflict & The Web of Group-affiliations*. Translated by Kurt H. Wolff and Reinhard Bendix. New York: The Free Press, 1964, p. 13-123, a idéia “conflito positivo”. Em sentido crítico, HIRSCHMAN, Albert O. *Auto-subversão: teorias consagradas em xeque*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 259-277.

⁵⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton, 2004. p. 68-69.

⁵¹ TOUFAYAN, Mark. Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age. *Michigan Journal of International Law*, v. 31, p. 307-383, 2010.

rações transjudiciais, a fim de manter a “coerência” que é vital à efetividade do sistema europeu.⁵²

Em nossa perspectiva, o mesmo ideal sistêmico anima as interações transjudiciais no contexto do sistema-mundo capitalista, sob o enfoque de que tais interações ao longo do sistema-mundo pode fazer avançar os valores do ocidente como forma de ampliar as possibilidades do capitalismo. Por conseguinte, o ideal humanista⁵³ de que fala Burgorgue-Larsen não difere substancialmente do ideal sistêmico anteriormente comentado: ambos alimentam o mesmo ideal sistêmico capitalista.

Neste contexto, há de se ter em mente que esse passeio pelo sistema-mundo em busca de novas idéias é apenas um exercício da ocidentalidade, do Desejo de experimentar coisas, e não de construir ideais, valores ou princípios universais. Assim, não parece promissora a tentativa de construir uma outra metafísica baseada na idéia da comunidade global de cortes, em torno das interações caóticas entre cortes internacionais. Tal metafísica substantiva (baseada em valores ditos universais) se revela até mesmo perigosa, à medida que despolitiza os conflitos ao longo do sistema-mundo, eliminando-os a pretexto de afastar a incerteza que produzem e domesticando-os a partir da visão ocidental de mundo. Ademais, a idéia de “comunidade” apóia-se numa certa homogeneidade de visões de mundo e de formas de vida, que possivelmente só encontra na Europa ocidental um exemplo digno de consideração, mas cuja reprodução não se revela desejável em outras partes do mundo, sobretudo no contexto dos Estados ditos não-liberais.⁵⁴

Ocorre que, despolitizados os conflitos, que passam a ser interpretados à luz dos princípios básicos traçados pelas cortes supranacionais a serviço do sistema-mundo capitalista, já não se pode reconhecer espaço para a diversidade real, do Outro real. Aqui somente há espaço

para o outro domesticado e despolitizado. Não obstante, a pretensão de sublimação dos conflitos não pode ser bem-sucedida por completo, notadamente porque o quadro caótico das práticas de *cross-citation* permite que a citação transjudicial se refira a cortes cujas decisões contrariem a visão das Cortes supranacionais acerca dos princípios básicos da cogitada comunidade judicial global.

Pode vir a ser mais interessante para o Estado nacional invocar precedentes da corte de um outro Estado nacional, possivelmente contrários dos precedentes das cortes supranacionais, simplesmente como uma estratégia para fortalecer as relações comerciais entre os dois Países (ou para não fragilizá-las, pelo menos), seja para ampliar a credibilidade da própria corte nacional no âmbito doméstico, o que pode servir de incentivo para uma verdadeira competição judicial (uma releitura do *Judicial jockeying*, a que se refere Slaughter).⁵⁵

O ponto é que, fora do contexto da Europa, as chances de o transjudicialismo culminar na formação de uma comunidade global de cortes são bastante irrisórias, à míngua de uma ampla rede de cooperação como a que se reconhece existir entre os membros da União Européia. Assim, no cenário global, o transjudicialismo aponta, verdadeiramente, para um esquema de interações que lembram o dilema do prisioneiro: as interações poderão ocorrer conforme o comportamento dos outros Estados, sobretudo nos assuntos que envolvem os temas da segurança e da atividade econômica. Isso tudo indica que, longe de haver uma metafísica universalista por trás das interações transjudiciais, o que se detecta, em verdade, é um conjunto de estratégias as mais diversas, baseadas fundamentalmente numa teoria da escolha racional (*rational choice*) que visa a ampliar os níveis de reputação e reciprocidade entre parceiros econômicos de um modo geral.⁵⁶

De qualquer forma, o transjudicialismo parece apostar na idéia de que o simbolismo irônico do ocidente será mais forte e prevalecerá sobre as cortes “rebeldes”, sejam as que se recusarem a “dialogar”, sejam as que adotem

⁵² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. 2010. p. 122.

⁵³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. 2010. p. 124.

⁵⁴ Sobre a diferença entre cosmopolitismo e metropolitismo, assim como a tese de que a União Européia realiza uma despolitização, reduzindo a esfera pública à medida que fortalece o comércio, v. KENNEDY, David. Receiving the international. *Connecticut Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 1-26, 1994.

⁵⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003. p. 51; COGAN, Jacob Katz. Competition and control in international adjudication. *Virginia Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 411-449, 2008.

⁵⁶ GUZMAN, Andrew T. How international Law works. A rational choice theory. New York: Oxford, 2008.

entendimentos que contrariem os princípios básicos da metafísica irônica do sistema-mundo ocidental do capitalismo histórico. Se essa profissão de fé produzirá bons frutos sistêmicos, somente o tempo poderá dizer. O fato é que, na atualidade, esse sonho ainda não superou as fronteiras da Europa ocidental, não tendo sensibilizado nem mesmo muitos grandes ocidentalizados, como os Estados Unidos.

Desse modo, é forçoso reconhecer que a idéia de uma comunidade global de cortes desenvolvida a partir das interações transjudiciais tem um sentido muito mais prescritivo do que descritivo, uma vez que a realidade das relações internacionais está muito aquém do que o modelo utópico preconiza. E os Estados Unidos, como símbolo do liberalismo, parecem ser o melhor representante desta grande ironia do transjudicialismo.⁵⁷ Considerada a importância que ainda detém os Estados Unidos no contexto mundial, é pouco promissor apostar numa comunidade de caráter internacional sem que tal comunidade seja igualmente imaginada por este País.

Ainda atentando para o caso dos EUA, é possível especular sobre se as interações transjudiciais podem significar realmente um novo lidar com a diversidade, ou um simples uso mais aprimorado e expansivo do precedente das Cortes Internacionais, mais do que propriamente um deixar-se fertilizar pelo sistema-mundo do Direito internacional. O movimento, tal como realmente desenvolvido, mais tem revelado uma pista de mão-única, do que uma larga avenida com veículos indo e voltando.

Nesse sentido, as Cortes judiciais domésticas persistem em assentar-se à mesa com os Mesmos, os *partners* dos valores tradicionais do ocidente, que neste caso continuam sendo europeus ocidentais e norte-americanos. O “alimento” que têm aceitado servir em suas próprias decisões internacionais ainda seguem a receita concebida segundo as tradições da culinária francesa, alemã, italiana, europeia enfim, ou norte-americana, embora se deva enfatizar, como assinalado, que os *chefs* norte-americanos ainda se gabam de não necessitarem de novas receitas, seja dos seus parceiros ocidentalizados, seja sobretudo dos Outros (cortes nacionais ou supranacionais da Ásia, da África ou da América latina). Neste contexto, em que uns, dotados de despensas menos generosas, estão dis-

postos a experimentar as novidades, alguns dos centros de referência do ocidente ainda se mostram desconfiados. Assim, o que pareceria ensinar uma comunidade de comensais e *chefs* de diferentes culturas, engajados num projeto global de formação de uma comunidade transjudicial, pode não se confirmar no futuro.

No transjudicialismo estão presentes a face obscura e a face iluminada do ocidente.⁵⁸ A face iluminada (que pode ser a da luz que antecede ao pôr-do-sol como a da luz do luar) está representada sobretudo por duas importantes marcas do Ocidente já destacadas: 1) o admitir-se a possibilidade da surpresa, da novidade, da aprendizagem partilhada com o Outro, ainda que seja um Outro ocidentalizado, mas que ainda revela alguma diversidade própria da complexidade do movimento moderno e ocidental em expansão, que reúne experiências tão diversas quanto Europa Ocidental, China, Estados Unidos e Brasil, Argentina e Austrália, Zimbábue e África do Sul, dentre outros; 2) o questionar-se continuamente, à medida que o transjudicialismo pode ser uma oportunidade para que cortes, tribunais e corpos judiciais domésticos, internacionais ou transnacionais possam refletir sobre a sua própria forma de ver o mundo a partir das questões que lhe são postas à apreciação em cada julgamento realizado e do modo como diferentes juízes internacionais examinaram o mesmo problema ou a mesma idéia ao longo do sistema-mundo.⁵⁹ No fundo, as idéias da *surpresa* diante do estranho e do *questionar-se* estão interligadas numa idéia comum no ocidente: a idéia do progresso e do desenvolvimento, que alimenta a nossa visão ocidental comunitária e que se apresenta em múltiplos lugares e de múltiplas formas.

A face obscura (ou sombria) do transjudicialismo, por sua vez, está representada numa série de ocorrências

⁵⁷ MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter's liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005.

⁵⁸ Aproveito a construção de DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 43-44, “Até agora, só temos evocado uma face, a clara, a luminosa. Não é a única. A par desta face em que se desenvolvem as ciências, as artes, as idéias mais generosas, os valores morais mais fortes, existe também um Ocidente mortífero, carniceiro, capaz de dizimar civilizações inteiras da superfície da Terra. [...] nenhuma civilização provocou tantos mortos como a do Ocidente. [...] Basta pensarmos, por exemplo, no modo como os ocidentais do Renascimento — sobretudo os Espanhóis, Portugueses e Holandeses — fizeram desaparecer, em poucas gerações, milhões de índios da América Latina e da América Central.”

⁵⁹ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.

que revelam a linguagem irônica presente no uso estratégico, excludente e capital-expansionista das interações transjudiciais, ora para a expansão dos poderes de atores domésticos (notadamente os juízes das cortes domésticas, eles próprios em perspectiva de expandir suas competências no campo da política), ora para a fertilização (não-cruzada, mas unilateral) das economias domésticas com as idéias que orientam o capitalismo histórico (inclusive a idéia-mor dos direitos humanos), permitindo assim a ampliação da incessante vontade de acumulação de capital, ora, ainda de forma mais perversa, para a prática da xenofobia “justificada”, do pré-julgamento de culturas a partir da máxima da superioridade cultural do ocidente, a partir de uma recusa às interações transjudiciais a pretexto de resguardo do próprio ocidente, aqui travestido de “soberania”, como se tem visto em acirradas discussões sobre o *transjudicialismo* no contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Trevas e Luz são comensais que se alimentam reciprocamente, no ocidente. A luz do ocidente também se faz presente mesmo nos momentos de escuridão. Demonstra-o a luz do luar. Mas a luz do luar, que nos ilumina nas trevas, é também a luz que pode nos levar à morte, como no mito indígena da *Vitória-Régia*. Diz a lenda brasileira que numa aldeia vivia Araci, uma índia sonhadora que acreditava que, se conseguisse tocar na Lua, poderia casar-se com o mais belo guerreiro da tribo. Vivia subindo no topo dos morros e das árvores mais elevadas a fim de realizar o sonho. Num certo dia, passeando à beira de uma lagoa, viu a luz da lua refletida na água. Logo imaginou que a lua houvesse descido dos céus para o esperado encontro consigo. Não tendo dúvidas, mergulhou sobre as águas límpidas, nelas afundando cada vez mais, em busca da luz refletida, até o ponto em que não mais pode retornar à superfície. Acabou morrendo afogada. Assistindo à cena, diz-se que a Lua se irressigna. Mas não podendo trazer Araci à vida novamente, transforma-a na mais bela de todas as flores, a *Vitória-régia*.⁶⁰

O ocidente, com as suas Luzes, alimenta sonhos mesmo na escuridão da noite, mesmo após o pôr-do-sol. Alimentar sonhos faz parte do pacote de idéias ocidentais, máxime da idéia de felicidade que se traduz no *experimental novidades* (para Araci, a felicidade era talvez

poder casar-se com o mais belo guerreiro, que possivelmente seria o mais respeitado da comunidade, a simbolizar o nosso fetiche ocidental pelo Desejo, pela *juissance* plena, pela vontade de poder, pelo consumo, pela credibilidade, respeitabilidade ou prestígio, enfim, pelo fetiche primeiro que alimenta o sistema do capitalismo histórico, a incessante acumulação de capital).

O mito de Araci, peculiarmente interpretado, fala-nos sobre ação estratégica, a ação que avança uma ironia potente, porque se revela sem desvelar-se por completo, que apresenta o amor e todas as formas do Desejo estético para justificar, sem contradizer-se explicitamente, intenções ocultas ou simplesmente ingênuas, ainda que tais ações conduzam ao ocaso da vida, que é o momento em que se pode cogitar do Prazer total, a morte, tal qual a morte experimentada por Araci.

Mas assim como o Prazer total, o objeto do Desejo, tão sonhado, afasta-se a cada aproximação nossa. A ironia de Araci era que, a cada nova braçada nas águas em busca da lua, mais ela se distanciava, distanciando-a do Real da vida. Contudo, possivelmente a vida de Araci não faria sentido sem esse sonho, assim como o ocidente não faria sentido sem as suas utopias. Essa perspectiva resume o que Kierkegaard, elegantemente, denominou de “face teórica ou contemplativa” da ironia, que torna a ironia diferente, no sentido de não rejeitar ou reprimir o vão, o passageiro, o sombrio, mas sim até mesmo de reforçar esses elementos produzindo uma forma de “loucura superior”, e não de uma “unidade superior”.⁶¹ É nesta “loucura superior” que se poderia libertar a subjetividade do homem em sua diversidade mais radical, e não no aprisionamento da unidade que poderíamos chamar de “natureza humana” ou “dignidade humana”.

A morte de Araci (como a morte dos milhões de índios latino-americanos pelos colonizadores espanhóis, portugueses e holandeses; como a morte de milhares no genocídio da República do Congo ou Rwanda) é para a Lua o momento do prazer total. Possivelmente, nenhum dos amantes da Lua houvera sido capaz de entregar a sua própria vida em nome desse amor. A recompensa dada é a transformação de Araci num novo símbolo, não num

⁶⁰ SALERNO, Silvana. *Viagem pelo Brasil em 52 histórias*. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2006. p. 34-35.

⁶¹ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 223.

símbolo que imortalizará a Índia sonhadora, mas que imortalizará a própria Lua adorada, que sobreviverá para fazer nascer novas Aracis e novos sonhos.

O milagre ocidental é traduzido por essa esperança por um mundo melhor, ao lado das pessoas e das coisas adoradas. Eis aí resumida a idéia de progresso que alimenta a metafísica transjudicial. E continuaremos a alimentar o sonho deste milagre, enquanto o pôr-do-sol nos trouxer a lua e sua maravilhosa luz, que é a mesma luz do dia, que é a mesma luz que dissipa as trevas da não-civilização, dos fundamentalistas, da barbárie.

Acreditar que o transjudicialismo pode ser a nossa maneira de, elevando-nos aos lugares mais altos, tocar a lua de uma imaginada comunidade internacional de Cortes, pode nos levar ao mesmo destino de Araci, assim como pode, ironicamente, demonstrar que Araci tinha razão em seu prazer estético: o de que a lua pode efetivamente ser tocada. Infelizmente, no atual momento histórico continuamos, como Araci, subindo em árvores e morros, aqui e acolá, mas ainda não podemos acreditar que tocamos a imaginada comunidade internacional.

Para evitarmos o trágico destino é necessário ter em mente que as idéias ocidentais, das quais o transjudicialismo é uma amostra, se alimentam reciprocamente (e ironicamente) e se equilibram no nível de tensão e de trocas entre a escuridão da noite sem luar (o tempo das trevas, dos fundamentalismos, das intolerâncias, da barbárie, da xenofobia, do centrismo cultural, da ausência de direitos, democracia, autonomia etc) e a luminosidade do dia não-eclipsado, que encerra as próprias idéias do ocidente (universalismo de valores, bem-estar coletivo, progresso e desenvolvimento, paz internacional etc). Nesta perspectiva, é preciso reconhecer que o ocidente é a sua própria fonte interna de conflitos e exerce o fascínio dos buracos-negro, que atraem e conduzem ao desconhecido, quicá ao mundo de Araci, um mundo de sonhos e tragédias.⁶² Assim, o Ocidente, tal qual a ironia, apresenta uma passagem pela qual ambos se “abrem aos conspiradores”.⁶³ É neste

cenário de contradições e utopias que o transjudicialismo faz avançar a linguagem irônica do direito e das relações internacionais, tema objeto de análise na próxima seção.

5 O transjudicialismo e a epistemologia da linguagem irônica: o paradigma da complexidade

A ambigüidade e a dissimulação constituem a noção básica da linguagem irônica. Etimologicamente, a *ironia* ultrapassa o campo do falar neutro (do grego *eirein*, falar) para o do falar manipulador dos oradores (também do grego *eironeia*), sem que, em geral, seja dado distinguir os dois campos de forma imediata e nítida. Na expressão latina (*ironia*), a palavra contempla tanto a repreensão pelo louvor quanto o louvor pela repreensão.⁶⁴ Dois elementos permitem distinguir a ironia dos simples paradoxos, da mentira explícita ou das metáforas: as idéias do *contexto* e da *intencionalidade* de quem enuncia os atos de fala irônicos (falante). Para penetrar nos sentidos da perspicaz linguagem irônica é preciso contextualizar a linguagem manifestada e perceber as intenções do falante. Ocorre que mesmo o disponibilizar-se para ouvir o falante assume, por vezes, a forma irônica, como na *ironia socrática*. Sócrates simulava ingenuidade, permitindo que o falante expusesse suas idéias, para depois explorar-lhes o absurdo a que conduziam.⁶⁵

A par da perspectiva de que os contextos da linguagem assim como as intenções do falante podem ser contraditórias ou contrárias, propiciando uma tensão constante entre falante, ouvinte e auditório, e avançando uma linguagem que não deve ser compreendida em sua literalidade, a ironia também revela, por isso mesmo, uma falta de controle dos participantes da linguagem em relação aos atos de fala que são enunciados. Nesse sentido, a linguagem irônica revela uma superioridade e uma autonomia do discurso. Essa tensão permanente — que identifica o contraste irônico — entre o que se diz e o que se pretende dizer — por vezes imperceptível para o próprio falante, que, pretendendo mentir para o ouvinte, depara-se mentindo para si mesmo —, é que permite a

⁶² A mesma ironia está presente na leitura que Giorgio Agamben no cenário da tensão entre Direito e Estado de exceção AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁶³ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 217.

⁶⁴ MARINO, M. Irony. In: LAMARQUE, Peter V. (Ed.). *Concise encyclopedia of philosophy of language*. Oxford: Elsevier, 1997. p. 404-407.

⁶⁵ COOPER, David E. Irony. In: DAVIES, Stephen et al (Ed.). *A Companion to aesthetics*. 2nd. Ed. Singapore: Willey-Blackwell, 2009 p. 378.

contínua desconstrução da linguagem e a manutenção da esperança de sua reconstrução em melhores termos.⁶⁶

Esse movimento de construção, desconstrução e reconstrução identifica outro traço essencial da ironia: a *circularidade*.⁶⁷ Assim como o pôr-do-sol anuncia a luz da lua ou a escuridão natural da noite, que anuncia em seguida a luz do dia, que se encerrará com um novo pôr-do-sol, permitindo-nos sonhar com o mito do eterno retorno, as crises das nossas regularidades sociais, que anunciam o fim em sua literalidade, revelam-nos novos começos, que podem ser tanto novos começos como fins verdadeiramente trágicos.

A linguagem irônica ensina que o nosso equilíbrio reside no caos permanente, e que a concretização de nossos sonhos, como na fábula de Araci, pode-nos conduzir ao gesto da auto-aniquilação. A ironia alimenta as nossas incertezas e carências de objetividade: a luz que para alguns é apenas o reflexo do espelho d'água ou o reflexo da luz primeira (que vem de um corpo solar que se não apresenta ostensivamente, mas sim travestido em outro corpo, o corpo lunar), para outros pode ser o sonho realizado, a *juissance in concreto*. A ironia ensina-nos que os dois lados da análise andam sempre juntos, deliciosamente inseparáveis.

A ironia demonstra que as nossas literalidades metafóricas não nos permitem abandonar as utopias. As nossas imagens são tão reais quanto a própria realidade do mundo. Nesse sentido, a ironia encerra algo de profético, na perspectiva de “apontar para frente”.⁶⁸ Esse apontar para frente tem a ver com uma das idéias básicas do ocidente, relativa ao gosto pelas novidades, pelo novo, pelo que vai aparecer; a grande utopia do ocidente é essa esperança necessária e imperiosa de que o novo vai surgir a qualquer momento, ainda que em graves contextos de crise, embora não se possa, de forma alguma, anunciar-lhe todos os contornos possíveis.

Essa esperança é também o símbolo da felicidade ocidental. A nossa idéia de felicidade não se concentra

num ideal unitário, num princípio regulador, ao contrário do que pensavam os utilitaristas clássicos, mas sim no nosso constante e renovado Desejo de experimentar coisas. Prova maior disso está no modo como os ocidentais lutam tanto por certas coisas ou movimentos para em seguida abandoná-las depois, muitas vezes sem deixar de sentir certo estorvo por tê-las possuído, perseguido ou feito, providência que é sucedida pela obtenção de novas coisas ou práticas sociais, que alimentarão a nossa felicidade momentânea, para então seguir o destino das coisas antes abandonadas. Nesse sentido, a metafísica da felicidade ocidental não se assenta sobre coisas, que são descartáveis, mas na experimentação de coisas. Ocorre que não é possível uma experimentação de coisas em essência, uma vez que as essências são contrárias à linguagem irônica.

As imagens que construímos não podem ser imagens epistemologicamente simples. A linguagem irônica as revela complexas, como complexo é o sistema-mundo ocidental. Assim, no caso do transjudicialismo, construir uma metafísica comunitarista significa trair a sua essência irônica irrecusável. O transjudicialismo, sendo irônico, não pode ser reduzido apenas à sua face luminosa ou iluminada, retratada na idéia de que seu desenvolvimento tem como destino a imaginação de uma comunidade internacional de cortes. Há nele muitas faces obscuras.

Sendo invencível, a linguagem irônica não se deixa domesticar, ou, pelo menos, não se deixa nunca domesticar por completo, fenômeno que o ocidente já deveria ter apreendido, pois todas as tentativas de domesticação da ironia conduziram o ocidente a pequenas ou grandes tragédias. Neste cenário, o *hard power* da domesticação da ironia empregado no passado há de substituir-se pelo *soft power* moderno, que reconheça uma certa possibilidade de negativa de si mesmo pelo ocidente. Longe de pretender domesticar a ironia, urge experimentá-la, como uma nova fórmula epistêmica da felicidade ocidental que se refestela no experimentar coisas. Nisso talvez resida o sentido da expressão de Kierkegaard: “A ironia não estabelece nada; pois aquilo que deve estabelecer está atrás dela.”⁶⁹

As complexas imagens do ocidente exigem um paradigma do pensar igualmente complexo ou multidimensional, que não pretenda ser completo nem eliminar a com-

⁶⁶ MARINO, M. Irony. In: LAMARQUE, Peter V. (Ed.). *Concise encyclopedia of philosophy of language*. Oxford: Elsevier, 1997. p. 405.

⁶⁷ FACIOLI, Adriano. *A Ironia: considerações filosóficas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33.

⁶⁸ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 226.

⁶⁹ KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 227.

plexidade, transformando-a ou reduzindo-a em fórmula de simplicidade, mas que veja a relação entre identidade e complexidade numa perspectiva ela própria complexa, o que se tem traduzido pela idéia da *unitas multiplex*.

Esta é, basicamente, a proposta de Edgar Morin.⁷⁰ Em sua análise, conforme entendemos, o reconhecimento profundo da complexidade do Real, a partir do *paradigma da complexidade*, pode ensejar a concepção de uma nova forma de universalismo, um universalismo dos particulares, ou uma hegemonia de baixo para cima, ou ainda a uma nova forma de tolerância pelo ocidente, assim como uma politização verdadeiramente radical da sociedade ocidental, como identificamos nas propostas teóricas de Slavoj Žižek.⁷¹

Segundo Morin, a complexidade resulta da multiplicidade de interações entre uma multiplicidade de unidades.⁷² Para nós, é o que se verifica, no transjudicialismo, nas interações entre cortes internacionais e cortes domésticas, de tal modo que a reconhecida proliferação daquelas não pode ser reduzida a uma idéia simples, como a da formação de uma comunidade internacional de Cortes, uma vez que a ampliação do sistema aberto do capitalismo histórico apenas amplia a ironia-mundo, tornando cada vez mais complexo o próprio sistema, de modo que não há alternativas para as incertezas da ironia-mundo. “O mundo nunca será aprisionado num discurso.”⁷³

Morin destaca que a complexidade foi primeiramente apreendida nos romances, notadamente no Século XIX e início do Século XX, nos quais se representam personagens vivos dotados de múltiplas máscaras e que desempenham papéis sociais e identidades os mais diversos, a nos ensinar sobre a diversidade real da vida prática.⁷⁴ No cenário de pessoas reais que vivem a ironia-mundo é

preciso ter em mente três idéias reguladoras: a) a *idéia dialógica*, que sustenta a interação contínua e insuperável entre ordem e desordem, na busca irônica por organização e regularidades; b) a “*recursão organizacional*” (poderíamos dizer, a *circularidade* organizacional do sistema-mundo), que remete à idéia de que as causas aqui podem ser efeitos acolá; de que a face sombria do sistema pode ser a causa e o efeito de sua face luminosa/iluminada; c) o *princípio “hologramático”*, segundo o qual o todo está nas partes assim como as partes compartilham das imagens do todo, de tal maneira que cada célula do sistema-mundo é uma réplica da complexidade envolvente de ordem e desordem do sistema como um todo. Segundo Morin, tais idéias reguladoras estão suficientemente interligadas, de forma que a circularidade organizacional se alimenta das idéias dialógicas e hologramáticas, que se alimentam uma das outras.⁷⁵

A partir dessas premissas, podemos dizer que o transjudicialismo está relacionado à idéia de que é possível estabelecer interações dialógicas no contexto do sistema-mundo do capitalismo histórico entre cortes domésticas e cortes internacionais, ou entre umas e outras. Compreende-se também que a partir dessas interações, podem-se consolidar mecanismos de retroalimentação por meio dos quais não apenas as cortes domésticas (e, por conseguinte, a parcela doméstica do sistema-mundo jurídico) como também as próprias cortes internacionais possam *fertilizar-se* umas às outras, mediante citações cruzadas contínuas, num movimento dialético não-sintetizável de aprendizagem recíproca, com o que se poderiam fortalecer a efetividade do Direito internacional e, sobretudo, do universalismo de valores, expandindo-se as possibilidades da empreitada ocidentalizante do sistema-mundo.

Essa perspectiva de uma retroalimentação contínua entre Interior e Exterior (sendo que Interior e Exterior indicam apenas espaços de um mesmo sistema-mundo e de seus subsistemas interligados) somente é possível por força da *idéia hologramática*, por meio da qual se reconhece que as unidades do sistema-mundo, representadas nos Estados nacionais e nos avolumados precedentes das cortes domésticas, são apenas elementos miméticos do próprio sistema-mundo (total), reconhecendo-se que o sistema-mundo é composto por esses subsistemas, embora com eles não se confunda. Neste contexto, embora estejam

⁷⁰ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

⁷¹ ŽIŽEK, Slavoj. *Arriscar o impossível*: conversas com Žižek. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur, 2008a. ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis notas à margem*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2008b.

⁷² MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 51-52.

⁷³ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 73.

⁷⁴ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 83.

⁷⁵ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 109.

presentes os macroconceitos (representados nas idéias reguladoras desenvolvidas pelo ocidente), falta um elemento fundamental: a *estratégia* (que, em termos de linguagem irônica, está representada na idéia de *intencionalidade*).

Para Morin, a *estratégia* é necessária, diante do conjunto de incertezas e surpresas que preparam as ações humanas na complexidade do sistema. A estratégia tem a ver com saber fazer apostas que lidem da melhor forma possível com o inesperado. *Estratégia* se distingue de *programa*, que se aplica somente em contextos de equilíbrio e estabilidade.⁷⁶ Ao contrário, a estratégia se eleva para o plano das contra-intuições, no qual as intuições humanas não oferecem respostas; procura antecipar decisões em contextos de conflitos contra-intuitivos.

Portanto, estratégia tem a ver com os desafios morais do sistema-mundo (e portanto da sociedade ocidental). Quais são essas estratégias concretas é difícil dizer ou antecipar. O sistema-mundo ainda não foi capaz de prever soluções definitivas para dilemas morais profundos, mesmo porque não é possível mapeá-los ou conhecê-los de forma abrangente, uma vez que exsurtem do inesperado e se retroalimentam do próprio sistema-mundo e de suas dificuldades. Mas é possível antecipar que as estratégias do sistema-mundo se desenvolvem a partir de uma macroestratégia, que dá sentido ao próprio sistema ocidental: a expansão incessante das formas de acumulação de capital.

No caso do transjudicialismo, cumpre indagar se as suas estratégias rumo à pretensão ordenação da fragmentação do sistema-mundo do Direito, renovando os nossos compromissos com o universalismo, não estão simplesmente a serviço da macroestratégia do capitalismo histórico. Nesta perspectiva, é possível divisar nas interações transjudiciais apenas o (re)nascer do ocidente, mas, por isso mesmo, o renovar constante da macroestratégia capitalista de expansão do capital, no âmbito da qual o mecanismo de citação cruzada (*cross-citation*), a pretexto de fortalecer a normatividade do direito internacional e conferir-lhe mais efetividade (*compliance*) no sistema-mundo, serviria apenas para fortalecer a idéia de competição interna (que é retroalimentação sistêmica mas também é seleção natural e morte intra-sistêmica) própria do sistema-mundo do capitalismo histórico.

Neste cenário, a reiterada *cross-citation* pode também revelar uma intencionalidade materialista que veicula uma mensagem subliminar do tipo “invistam aqui!”⁷⁷ a fortalecer intra-sistemicamente a macroestratégia do sistema-mundo, a partir do enfraquecimento (ou mesmo da aniquilação) dos demais elementos (partes) do próprio sistema.

Desse modo, se há uma metafísica a alavancar o transjudicialismo, esta é a metafísica da macroestratégia capitalista, cujos contornos concretos atendem à idéia fundamental de complexidade, revelando a ironia que anima o ocidente. Neste cenário, a linguagem irônica do direito internacional serve de instrumento para seduzir e cooptar adeptos à macroestratégia do capitalismo. Assim, a ironia do ocidente está baseada numa intencionalidade metafísica, que, conforme Kierkegaard, não se trata de uma intenção imediata, mas sim da própria ironia como sua autêntica intenção, a intenção metafísica da ironia; a ironia é o próprio fim em si mesmo do ocidente. O ocidente quer-se livre, e tal liberdade se revela ironicamente, de modo universal.

Uma outra relação (agora de oposição) entre metafísica e ironia é desenvolvida por Rorty em sua teoria do pragmatismo, que contrapõe “ironistas” e “metafísicos”.⁷⁸ Para Rorty, o “ironista” (ou o sujeito irônico) pode ser definido como aquele que: 1) tem muitas dúvidas sobre o nosso vocabulário final (nossas palavras últimas); 2) percebe que há um descompasso entre o vocabulário atual e aquele vocabulário final; 3) não considera que seu vocabulário é mais real do que outros vocabulários.

Nesse sentido, a ironia opõe-se ao senso comum, que poderíamos situar como sendo o *habitat* natural das intuições. Assim, a ironia estaria evidentemente conectada ao campo dos conflitos, que habitam fundamentalmente o plano das contra-intuições. Sendo o ocidente ontologicamente irônico, os conflitos formariam a sua própria etiologia, mas uma etiologia complexa, fluida, irredutível. Ao contrário, o “metafísico” é o sujeito preocupado com as essências de valores como justiça, homem, paz, felicidade ou racionalidade científica. O metafísico

⁷⁶ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008. p. 120.

⁷⁷ TUSHNET, Mark. The Inevitable globalization of constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

⁷⁸ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

crítica como relativista tanto o nominalismo quanto o historicismo dos ironistas, porque acreditam na existência da *última palavra* e na possibilidade de estabelecer relações de tal modo a compreender o sentido da vida.⁷⁹ Os ironistas, por sua vez, preferem o método dialético a um vocabulário fundamental. Alimentam-se das tensões entre significados e significantes, e não do sonho dos princípios primeiros.

Propugnam os ironistas menos uma descoberta de sentidos do que um renovar das coisas, o que os aproxima da idéia do ocidente. A crítica da linguagem irônica não pode ser a crítica a partir de um modelo, mas a crítica a partir do confronto entre as próprias formas miméticas. Inexistindo um modelo cultural por excelência ou um sujeito moral por excelência, o ironista propõe uma dialogia radical entre os envolvidos. Daí por que há mais possibilidades de uma diversidade radical florescer entre os ironistas do que entre os metafísicos, porque é precisamente dos confrontos entre diversidades radicais (e não diversidades caricaturizadas a partir de um modelo cultural pré-concebido sob a máscara da tolerância liberal ocidental) que nascem os conflitos capazes de, ironicamente, estabelecer os laços sociais que sustentam o Ocidente. Em outros termos, a ironia politiza a política, ao passo que a metafísica universalista a despolitiza.

A perspectiva de Rorty sobre a relação entre ironia e metafísica parece, contudo, envolvida em dificuldades, sobretudo se se propõe uma distinção absoluta entre os dois campos, porque parece possível sustentar uma metafísica na própria ironia. Outro elemento complicador diz respeito à questão do Liberalismo, do qual Rorty, em sua crítica à metafísica em prol de um ironismo que reflita profundamente a diversidade, não se pode dar ao luxo de abandonar, o que ele próprio rejeita explicitamente. Como dissociar ironia e metafísica sem deixar de lado o Liberalismo? Isso não parece possível, notadamente se tivermos em conta a construção kierkegaardiana da ironia como ela própria uma metafísica. Se a metafísica pode ser a face iluminada do ocidente (que no transjudicialismo alimenta, para alguns, a idéia de uma comunidade global de cortes); e a ironia, o seu oposto, seria mais adequado recompô-las, em vez de nutrir-lhes a desavença histórica.

Neste contexto, o liberalismo é não apenas o lugar (*topos*) da ironia, mas também a sede natural da metafísica ocidental. Nenhuma das duas idéias contém o monopólio da ameaça ou do progresso do pensamento liberal. Ambas lhe nutrem do que é mais essencial, a linguagem irônica. Assim, o ironista liberal não é menos liberal ou irônico do que o próprio metafísico liberal. Há um ponto de intersecção entre a ironia liberal e a metafísica liberal: a perspectiva de acumulação do capitalismo histórico.

A perspectiva metafísica de um vocabulário final não afasta a linguagem irônica, pois, ainda que as palavras sejam compartilhadas, há dificuldades no partilhar as práticas e os jogos lingüísticos que essas palavras ensejam nas mais diversas culturas, mesmo considerados os horizontes do ocidente. Mesmo as nações ditas não-liberais ou iliberais, por compartilharem o sistema-mundo do capitalismo histórico, tornam-se comensais à mesa do liberalismo, momento em que a ironia se torna a marca comum, reconstruída sob a forma de uma metafísica irônica.

6 As dinâmicas do transjudicialismo: reflexos das interações transjudiciais no plano doméstico

A análise das interações transjudiciais tende a situar-se nos campos opostos da metafísica universal da comunidade global e da ironia da complexidade da ordem jurídica internacional no contexto da modernidade tardia. Um dos grandes desafios do transjudicialismo, neste particular, consiste em manter a metafísica universal do sistema-mundo num cenário real de vertiginosa proliferação de cortes, tribunais e corpos judiciais de solução de conflitos.⁸⁰ Em outros termos, a sua grande tarefa é manter

⁷⁹ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 137.

⁸⁰ SHANY, Yuval. No Longer a weak department of Power? Reflections on the emergence of a New International Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 73-91, 2009. DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. Académie de droit international de la Haye, Recueil des cours, 2002. 279 v. p. 460; WELLENS, Karel. Fragmentation of international Law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 1-23, 2004. ROMANO, Cesare P. R. The Proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *International Law and Politics*, v. 31, p. 709-751, 1999. CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *International Law and Politics*, v. 31, p. 697-708, 1999.

a própria ironia do ocidente, de tal modo que ela não denuncie a si própria, o que poderia ser trágico para a manutenção do sistema-mundo do capitalismo histórico. É fato que o sistema-mundo já percebeu as impossibilidades de um expansionismo contínuo das cortes supranacionais, por razões as mais diversas, que vão desde o alto custo econômico de sua criação e manutenção até as questões envolvendo os limites das soberanias dos Estados nacionais.

Diante dessas dificuldades práticas, o direito internacional construído pelo ocidente parece não ter outra saída senão migrar suas forças para o aprofundamento da efetividade e do assentimento de suas normas no plano doméstico dos Estados nacionais, na tentativa de arregimentar parceiros “desejosos” de exercer o papel que havia sido sonhado para as cortes supranacionais.

Mas uma proposta deste jaez enfrenta sobretudo a competitividade política e econômica dos Estados nacionais (por suas cortes e por seus agente econômicos internos), em face até mesmo da proliferação das cortes supranacionais e portanto da fragmentação do direito internacional, o que, ironicamente, fragiliza a autoridade persuasiva das cortes supranacionais. Assim, como não é promissor o futuro das cortes supranacionais (a despeito de sua momentânea proliferação comparativa), a solução irônica preconizada pelo sistema-mundo capitalista parece ser mesmo o fortalecimento das cortes domésticos, do que emergem sérios riscos para o sistema-mundo.

De qualquer forma, é perceptível a importância atribuída pelo transjudicialismo às cortes domésticas, o que põe em segundo plano não apenas as cortes supranacionais como também algumas instituições do direito internacional público. Tal perspectiva revela que a soberania dos Estados não está morta, mas está a renascer como a fênix, evidenciando a ligação que há entre o sistema do capitalismo histórico e a idéia do Estado nacional

soberano.⁸¹ No particular, o transjudicialismo se apresenta como um importante instrumento concebido pelo sistema-mundo para compor a necessidade de manutenção da metafísica do sistema com o fato de não se ter logrado êxito na superação total das soberanias estatais, reconhecendo que as cortes domésticas são necessárias mesmo quando os acumuladores de capital do sistema-mundo recorrem às cortes supranacionais ou aos sistemas de arbitragem internacional.⁸² Vencido pelos Estados nacionais, cumpre ao sistema-mundo procurar vencê-lo de outra forma, a das alianças no plano doméstico.

O expansionismo político dos Judiciários domésticos, contudo, parece ele próprio uma fonte irônica de conflitos, especialmente se posta em discussão a legitimidade e a autonomia que os juízes nacionais teriam em face dos demais atores políticos domésticos, nomeadamente os membros dos parlamentos locais.⁸³ Tal expansionismo põe em xeque os próprios princípios liberais desenvolvidos no âmbito doméstico, com destaque para o sistema de freios e contrapesos, que fica abalado diante da primazia atribuída aos juízes para a efetivação de normas de natureza internacional no contexto interno. Assim, o

⁸¹ “Dada a estrutura do capitalismo histórico, as alavancas mais efetivas de ajuste político têm sido as estruturas do Estado, cuja própria construção, como vimos, foi uma das realizações institucionais do capitalismo histórico. Assim, não é por acidente que o controle do poder estatal, a conquista do poder de Estado, tenha sido o objetivo estratégico central de todos os principais atores da esfera política ao longo da história do capitalismo moderno.” WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 42. Em outra passagem, Wallerstein estabelece a relação entre capitalismo e soberania. Destaca que os Estados nunca foram entidades autônomas. Em verdade, sempre fizeram parte de um sistema interestatal que o constrangeu e limitou suas possibilidades de atuação: “Soberania nunca quis dizer autonomia total. Pretendia indicar apenas que existiam limites à interferência de um aparato estatal nas operações de outro. As regras do sistema interestatal não foram, é claro, definidas por consentimento ou consenso. Dependeram da disposição e capacidade dos Estados mais fortes de impô-las, primeiro aos Estados mais fracos e depois uns aos outros. Não nos esqueçamos: os Estados situam-se numa hierarquia de poder.” WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 50.

⁸² MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter’s liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005.

⁸³ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.

transjudicialismo instrumental dá margem a conflitos entre a tarefa judicial de ressignificar internamente o direito internacional e a tarefa de aplicação (ou presentificação) do próprio direito doméstico.⁸⁴ Nesse sentido, a ironia transjudicial parece esquecer-se do expansionismo político dos juízes nacionais e de como tal expansionismo pode ser um fator de instabilização dos próprios valores constitutivos do Ocidente no plano doméstico.

Discute-se até que ponto as cortes internacionais, que predominantemente abastecem o transjudicialismo com os seus precedentes, são realmente independentes, de modo que suas interpretações possam ser recepcionadas pelas cortes nacionais do sistema-mundo como expressão dos valores do universalismo ocidental. Ou ainda: o que leva os Estados a aceitarem submeter-se à jurisdição compulsória de um tribunal internacional (como a Corte Internacional de Justiça ou a Corte de Estrasburgo)? A tese sustentada por Posner e Yoo é no sentido de que a jurisdição internacional pode realizar uma função estratégica de habilitar os Estados a superar problemas de cooperação nas relações internacionais.⁸⁵

Segundo os autores, a independência das cortes internacionais guarda pertinência com o fato de os juízes-membros não pertencerem aos Estados-partes, além de gozarem de mandatos fixos (*fixed terms*), proteção salarial e de o próprio Tribunal ser detentor de jurisdição compulsória (ou nem sempre jurisdição consensual).⁸⁶ Resumidamente, a independência existe onde os Estados não tenham poder de veto à jurisdição ou onde a jurisdição se estabelece de modo obrigatório (*compulsory jurisdiction*).⁸⁷ Nesse sentido, o ponto sustentado pelos autores é que a independência judicial das Cortes internacionais pode ser um problema para a cooperação entre os Estados-parte (que integraram o Tratado que deu origem ao tribunal internacional), uma vez que juízes independentes tendem a adotar posicionamentos que

contrariam os interesses dos Estados-parte, sendo fonte contínua de conflitos. Desse modo, “maior independência não significa melhor *performance*” e pode até significar menor aceitação.

A idéia dos tribunais internacionais independentes está ligada à própria independência que normalmente se atribui às cortes domésticas. Desse modo, os tribunais internacionais seriam mais independentes conforme mais se aproximarem do modelo de independência irrogado às cortes nacionais. Por sua vez, a independência das cortes domésticas está associada, em geral, ao fato de que os juízes integram a comunidade política nacional e portanto compartilham dos ideais que impulsionam os laços comunitários. Desse modo, para Posner e Yoo, como tal comunidade não existe no cenário internacional, há de se concluir que a criação de tribunais internacionais atende a outros propósitos, que não os de desenvolver ou manter os laços sociais de uma comunidade histórica.

Assim, o papel dos tribunais internacionais para os Estados nacionais pode ser resumido em dois aspectos: a) os tribunais fornecem informações valiosas para os Estados envolvidos em disputas acerca da aplicação de tratados; b) os tribunais descobrem fatos, ajudam a produzir regras ou auxiliam na aplicação de regras existentes a casos imprevistos.⁸⁸ Quanto ao primeiro aspecto, a tese dos autores se baseia, principalmente, nas arbitragens internacionais, que auxiliam os Estados na elaboração dos acordos para soluções de conflitos, de modo que a solução dada pelo árbitro seria ela própria um esboço do acordo ideal que poderia ter sido imaginado pelas partes, sob pena de um dos Estados não imprimir reconhecimento (*compliance*) à decisão adotada.

Sob esse enfoque, estabelece-se uma interessante ligação entre o precedente e o grau de *compliance* dos Estados nacionais envolvidos, de tal maneira que os precedentes não refletiriam valores universais, mas sim os interesses substantivos dos Estados interessados.⁸⁹ Por conseguinte, o nível de cooperação dos Estados, dentro e fora do contexto da jurisdição internacional, depende do grau de satisfação dos interesses (especialmente econômicos)

⁸⁴ MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter's liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005. p. 20.

⁸⁵ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.

⁸⁶ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 7.

⁸⁷ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 24-25.

⁸⁸ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 14.

⁸⁹ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 37.

envolvidos nos julgamentos e do grau de assimilação desses interesses nos julgamentos realizados. Supondo-se então as inevitáveis assimetrias que se identificam nos conflitos submetidos à arbitragem ou aos tribunais, pode-se concluir que tais assimetrias têm com os precedentes uma relação muito estreita.

Se o raciocínio estiver correto, é possível reconhecer nos precedentes dos tribunais internacionais um vínculo estreito com os interesses dos acumuladores de capital do sistema-mundo, os quais são objeto da disseminação sistêmica (ou inseminação sistêmica) através das comunicações transjudiciais. Ademais, essa análise de custo-benefício se estende inclusive à execução das decisões das cortes internacionais, uma vez que os Estados “sucumbentes” na disputa jurisdicional medem a relação entre a perda imediata decorrente do assentimento (*compliance*⁹⁰) às decisões dos tribunais internacionais e os possíveis ganhos que se podem obter pelo uso contínuo desses tribunais, sobretudo porque, respeitado o precedente, acredita-se que os demais Estados também respeitarão as decisões daqueles tribunais em outras hipóteses que podem ser favoráveis aos que sucumbiram no passado.

Nesse sentido, é interessante para os Estados estabelecer vínculos com tribunais internacionais, do mesmo modo como é possível dizer que é interessante para as cortes domésticas fazerem transparecer à chamada “comunidade internacional” que ordena o sistema-mundo que está vinculada a cortes internacionais, segundo a ironia do “invista aqui!” (que, ironicamente, vale também para as próprias cortes internacionais, porquanto sua credibilidade perante o sistema-mundo é diretamente proporcional ao “uso” que seus precedentes têm ao longo do sistema-mundo).⁹¹ Em suma, temos aqui configurada uma teoria da escolha racional que procura ampliar os níveis de reputação (*reputation*) dos envolvidos.

⁹⁰ POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 20.

⁹¹ HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, California, v. 93, p. 1-58, 2005. p. 35; MATTEI, Ugo. A Theory of imperial Law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, v. 3, n. 2, p. 1-61, 2003.

Do mesmo modo, os próprios tribunais internacionais (possivelmente de forma diversa do que acontece normalmente com os tribunais domésticos, precisamente em razão da maior independência desses) atuam sob a base de uma análise de custo-benefício, no sentido de adotar a decisão que seja a mais adequada para ambas as partes ou maximize o valor dos tratados e convenções para ambas as partes pactuantes. Mesmo porque os tribunais internacionais podem ter a sua atuação esvaziada se não encontram nos Estados-parte uma receptividade, que somente se pode basear na credibilidade que aqueles órgãos judiciais eventualmente possuam. Esse aspecto é pouco explorado no campo da teoria transjudicial, no âmbito da qual se fala nos precedentes judiciais internacionais como permanentes reflexos de decisões neutras e comprometidas com os valores universais, ao passo que a análise da independência judicial no seio dos tribunais internacionais parece pintar uma outra figura.

Se os precedentes judiciais internacionais operam também num nível de ação estratégica (mais do que no plano da ação comunicativa proposta pela metafísica universal liberal) é possível concluir que a sua recepção acrítica no âmbito do *caselaw* das cortes domésticas, além de não importar um fortalecimento dos valores universais apregoados pelo direito internacional, muito menos servindo para uma harmonização entre Direito interno e Direito internacional, serve apenas à expansão das possibilidades da metafísica irônica do sistema-mundo capitalista.

Outro aspecto a ser destacado diz respeito ao fato de que o transjudicialismo, a despeito desse caráter substantivamente estratégico dos precedentes judiciais internacionais, ao assinalar a recepção desses precedentes como forma de inserção em uma comunidade internacional de cortes ou da ampliação do universalismo internacional, não prevê a possibilidade de um juízo crítico sobre os próprios precedentes a serem recebidos (ou “consumidos”).

Os tribunais domésticos, nesse sentido, limitam-se a invocar precedentes internacionais normalmente para aceitá-los ou incorporá-los à argumentação, raramente (senão nunca) para rejeitá-los ou simplesmente criticá-los. Nesta perspectiva, a metafísica que orienta o transjudicialismo é uma metafísica unidirecional, porque não admite senões, o que desconstrói qualquer possibilidade de se falar em “diálogos” autênticos. O fundo estratégico dos precedentes internacionais e do transjudicial-

lismo corrobora uma comunicação monológica, que no fundo é uma forma de domesticação pedagógica, porque não dá espaços para recusas.

Outro aspecto importante destacado no estudo de Posner e Yoo é o de que os precedentes das cortes internacionais, diferentemente do que sucede com as decisões das cortes domésticas, não estão sujeitos a mecanismos de *checks and balances*. No plano doméstico, mesmo as decisões do Supremo Tribunal podem ser invalidadas pela atuação do Parlamento, aprovando novas leis ou mesmo alterando a Constituição, o que não se mostra possível no plano internacional, ante a ausência de um órgão legislativo global.⁹² Desse modo, considerando-se o jogo de interesses que culminaram na edição do precedente internacional, o ponto de estrangulamento do transjudicialismo parece situar-se não apenas na prática da citação cruzada por parte das cortes domésticas mas sim nas dúvidas que possam pairar sobre a legitimidade do próprio processo *in concreto* de formação do precedente, que amanhã poderá servir de auxílio interpretativo ao longo do sistema-mundo.

Essa circunstância permite entender um pouco sobre o fato de o transjudicialismo ser um fenômeno tipicamente europeu (ocidental), fragorosamente recusado pelos Estados Unidos: a Europa que participa ativamente na formação dos precedentes internacionais deve ser a mesma, óbvia e ironicamente, a propugnar os valores do transjudicialismo, em propaganda de sua face luminosa, porque é essa uma fórmula interessante de difundir os valores europeus e erigir novos mercados ao longo do sistema-mundo.

Ao reverso, os Estados Unidos, que pouco participam desse processo de formação de precedentes internacionais (quando, não raramente, se recusa a dar-lhes efetividade, como se verificam em diversos casos julgados pela Corte Internacional de Justiça), evidentemente, não podem admitir que esses mesmos precedentes ingressem na ordem jurídica interna, agora sim pela via independente das cortes domésticas.

7 Conclusões

O estudo pretendeu demonstrar como a linguagem irônica está presente nos diversos movimentos dinâmicos do transjudicialismo. Sendo mais que as metáforas e os paradoxos, a ironia encerra uma intencionalidade, que, no âmbito das relações sociais envolvendo o ocidente, se resume à metafísica que orienta o sistema-mundo capitalista e sua marca principal: a incessante busca pela acumulação de capital. Se, por um lado, o transjudicialismo faz avançar os valores ocidentais universais, dando amplitude ao significado das Cortes internacionais e supranacionais, ampliando o prestígio e a credibilidade do Direito internacional, por outro lado revela-se mais um instrumento a serviço do capitalismo histórico. Nessa contínua presença da face escura e da face luminosa do sistema-mundo capitalista, a ironia encontra o seu lugar ideal para desenvolver-se.

O estudo revela também a necessidade de análises sociológicas, morais, históricas, filosóficas e jurídicas mais aprofundadas acerca desse novo sentido que os precedentes judiciais internacionais alcançaram nos últimos anos, o que vem a reboque da reconhecida proliferação das cortes internacionais e do próprio expansionismo político atribuído ao Judiciário, seja no plano doméstico, seja no plano internacional.

Também se revela irônica a forma como o transjudicialismo enseja tanto o pensamento dos otimistas — que depositam no fenômeno a esperança de dias melhores para o universalismo, o cosmopolitismo e o liberalismo no âmbito global — quanto as interpretações dos pessimistas, que vêm no fenômeno apenas a sua face obscura.

No contexto, talvez a melhor interpretação seja rejeitar uma leitura fundada no paradigma da simplicidade, reservando ao problema transjudicial uma complexidade própria, exigente de uma forma verdadeiramente pluralista de ver as relações internacionais, notadamente as relações entre juízes domésticos e juízes internacionais. À luz do paradigma da complexidade é possível ampliar os horizontes da análise do transjudicialismo, a ponto de evitar todos os maniqueísmos redutores do Real, explorando todas as potencialidades do movimento transjudicial no contexto do sistema-mundo.

Arelado aos valores que orientam o sistema-mundo, não pode haver dúvidas de que o transjudicialismo alimenta o ideal sistêmico, que desemboca no projetar a

⁹² POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005. p. 56.

metafísica do capitalismo histórico sobre espaços além-fronteiras ainda desconhecidos ou arredios. Mas cumpre indagar também como o transjudicialismo pode contribuir para os movimentos anti-sistêmicos, que possam estabelecer novas fronteiras para o avanço da incessante luta pela acumulação de capital. Esta questão nos coloca diante do desafio de transformar o transjudicialismo, alimentado pelo ideal sistêmico do capitalismo histórico, também em movimento de resistência social, em prol do aprofundamento radical da diversidade e de uma cada vez mais intensa politização do mundo.

O destino do transjudicialismo ainda é um enigma e uma ironia, que só o tempo poderá desvendar, se é que isso efetivamente ocorrerá. Com os dados de que dispomos ainda não é possível traçar todos os contornos do fenômeno, nem é possível asseverar que a competitividade judicial que encerra será superada por uma institucionalização da cortesia judicial ao longo do sistema-mundo. O fato é que há muito trabalho a ser feito, nomeadamente em tentar identificar as tensões políticas que o movimento transjudicial enseja. Os conflitos ensejados pelo transjudicialismo correspondem às lutas do próprio Ocidente, que trabalha no sentido de se manter vivo, mantendo viva a máquina capitalista que o impulsiona. A luta travada pelo Ocidente capitalista é a de manter vivo o sonho de tocar a lua. Resta-nos indagar apenas se ele será bem-sucedido, ou se o seu destino será o mesmo dos sonhadores, que se jogam nas águas profundas do sistema-mundo.

Referências

- ADDIS, Adeno. Imagining the international community: the constitutive dimension of universal jurisdiction. *Human Rights Quarterly*, v. 31, p. 129-162, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BERMAN, Paul Schiff. Judges as cosmopolitan transnational actors. *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, v. 38, p. 101-112, 2004.
- BRADFORD, Anu; POSNER, Eric A. Universal exceptionalism in international Law. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, v. 290, p. 1-53, 2009.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges*. 2010. p. 95-130 Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois. 2010.
- BURKE-WHITE, William W. A Community of courts: toward a system of international criminal Law enforcement. *Michigan Journal of International Law*, v. 24, p. 1-101.
- BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004.
- CALLIES, Christian. Europe as transnational Law. The transnationalization of values by European Law. *German Law Journal*, v. 10, n. 10, p. 1367-1382, 2009.
- CARON, David D. Towards a political theory of international courts and tribunals. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, p. 401-423, 2007.
- CHANG, Ruth (Ed.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard, 1997.
- CHARNEY, Jonathan I. The Impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *International Law and Politics*, v. 31, p. 697-708, 1999.
- COGAN, Jacob Katz. Competition and control in international adjudication. *Virginia Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 411-449, 2008.
- COLONOMOS, Ariel. *Moralizing international relations*. New York: Palgrave MacMillan, 2008.
- COOPER, David E. Irony. In: DAVIES, Stephen et al (Ed.). *A Companion to aesthetics*. 2nd. Ed. Singapore: Willey-Blackwell, 2009.
- DROIT, Roger-Pol. *O que é Ocidente?* Tradução de Inês Dias. Lisboa: Gradiva, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*. Académie de droit international de la Haye, Recueil des cours, 2002. 279 v.
- FACIOLI, Adriano. *A Ironia: considerações filosóficas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FITT, Virginia A. The Tragedy of Comity: questioning the american treatment of inadequate foreign courts. *Virginia Journal of International Law*, v. 50, n. 4, p. 1021-1044, 2010.
- FURROW, Dwight. *Ética*. Conceitos-chave em filosofia. Porto Alegre: Artmed, 2007.

- GLENSY, Rex D. Which Countries count? Lawrence v. Texas and the selection of foreign persuasive authority. *Virginia Journal of International Law*, v. 45, n. 2, p. 357-449, 2004.
- GUZMAN, Andrew T. *How international Law works: rational choice theory*. New York: Oxford, 2008.
- HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of international Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 849-863, 2004.
- HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Why states create international tribunals: a response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, California, v. 93, p. 1-58, 2005.
- HIRSCHMAN, Albert O. *Auto-subversão: teorias consagradas em xeque*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- HOOKER, Brad. Rule-consequentialism. In: LAFOLLETTE, Hugh (Ed.). *The Blackwell guide to ethical theory*. UK: Blackwell, 2000.
- KENNEDY, David. One, two, three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 31, n. 641, p. 641-659, 2007.
- KENNEDY, David. Receiving the international. *Connecticut Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 1-26, 1994.
- KIERKEGAARD, S. A. *O Conceito de ironia constantemente referido a Sócrates*. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: Reflections on Kantian themes about international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 1, p. 9-36, 2010.
- KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law. *European Journal of International Law*, v. 8, p. 566-582, 1997.
- LIMONGI, Fernando. O Novo institucionalismo e os estudos legislativos: a literatura norte-americana recente. *Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 3-38, 1994.
- MAPEL, David R.; NARDIN, Terry (Ed.). *Traditions of international ethics*. Cambridge: Cambridge, 2002.
- MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The New Institutionalism: organizational factors in political life. *American Political Science Review*, n. 78, p. 734-49, 1984.
- MARINO, M. Irony. In: LAMARQUE, Peter V. (Ed.). *Concise encyclopedia of philosophy of language*. Oxford: Elsevier, 1997.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. El Pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo e la inconmensurabilidad. *Revista de Estudios Politicos*, n. 109, p. 173-199, 2000.
- MATTEI, Ugo. A Theory of imperial Law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, v. 3, n. 2, p. 1-61, 2003.
- MICHAELS, Ralf. Two paradigms of jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, v. 27, p. 1003-1069, 2007.
- MILLER, Nathan. An International jurisprudence? The Operation of “precedent” across international tribunals. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 483-526, 2002.
- MILLS, Alex; STEPHENS, Tim. Challenging the role of judges in Slaughter’s liberal theory of international law. *Leiden Journal of International Law*, UK, v. 18, p. 1-30, 2005.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- MUECKE, D. C. *Ironia e irônico*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law. *University of Illinois Law Review*, v. 2007, n. 2, p. 637-680, 2007.
- PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international Law as universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 903-916, 2004.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. O intuicionismo moral e a ética dos desafios. *Direitos fundamentais & Justiça*, ano 4, v. 12, p. 203-234, jul./set. 2010.
- PETIT, Philip. Consequentialism. In: SINGER, Peter (Ed.). *A Companion to ethics*. Singapore: Blackwell, 1993.
- POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial independence in international tribunals. *California Law Review*, California, v. 93, n. 1, p. 1-74, jan. 2005.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international Law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 929-961, 2004.

- REID JR, Charles J. Edward Douglass White's use of Roman and Canon Law: a study in the Supreme Court's use of foreign legal citations. *University of St. Thomas Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 281-310, 2005.
- ROMANO, Cesare P. R. The Proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *International Law and Politics*, v. 31, p. 709-751, 1999.
- RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SALERNO, Silvana. *Viagem pelo Brasil em 52 histórias*. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2006.
- SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: the role of United States federal courts in interpreting the constitutional laws. *The Tanner lectures on human values*, Princeton, p. 77-121, 1995.
- SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à sociologia política: política e sociedade na modernidade tardia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.
- SEN, Amartya. Imparcialidade aberta e fechada. *ALCEU: Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 5-30, jan./jul. 2003.
- SHANY, Yuval. No Longer a weak department of Power? Reflections on the emergence of a New International Judiciary. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 73-91, 2009.
- SIMMA, Bruno. Universality of international law from the perspective of a practitioner. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.
- SIMMEL, Georg. *Conflict & The Web of Group-affiliations*. Translated by Kurt H. Wolff and Reinhard Bendix. New York: The Free Press, 1964.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New world order*. Princeton: Princeton, 2004.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-137, 1994-1995.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Court to Court. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 4, p. 708-712, 1998.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law in a world of liberal states. *European Journal of International Law*, v. 6, p. 503-538, 1995.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, v. 40, p. 1103-1124, 1999-2000.
- TERRIS, Daniel; ROMANO, Cesare P. R.; SWIGART, Leigh. Towards a community of international judges. *Loyola Law School Los Angeles & Comparative Law Review*, v. 30, p. 319-471, 2008.
- TEUBNER, Günther. Altera pars audiatur: Law in the Collision of Discourses. In: RAWLINGS, R. (Ed.). *Law, society and economy*. Oxford: Clarendon, 1997.
- TEUBNER, Gunther. Global Bukowina. Legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997.
- THELEN, Kathleen; STEINMO, Sven. Historical institutionalism in comparative politics. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank (Ed.). *Structuring politics. Historical institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge.
- TOUFAYAN, Mark. Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age. *Michigan Journal of International Law*, v. 31, p. 307-383, 2010.
- TUSHNET, Mark. The Inevitable globalization of constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.
- WELLENS, Karel. Fragmentation of international Law and establishing an accountability regime for international organizations: the role of the judiciary in closing the gap. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 1-23, 2004.
- YEH, Jiunn; CHANG, Wen-Chen. The Emergence of transnational constitutionalism: its features, challenges and solutions. *Penn State International Law Review*, v. 27, n.1, p. 89-124, 2008.
- ZARING, David. The use of foreign decision by federal courts: an empirical analysis. *Journal of empirical legal studies*, p. 1-25, 2005.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Arriscar o impossível: conversas com Žižek*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ŽIŽEK, Slavoj. *En defensa de la intolerancia*. Traducción Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur, 2008a.

ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis notas à margem*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2008b.

**Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**