

Porém, embora funcionalmente equivalente a uma sentença estrangeira, o vínculo a uma ordem jurídica desterritorializada torna os problemas de entrelaçamento bem mais complexos, especialmente pela versatilidade e mobilidade dos contratos e das arbitragens da *lex mercatoria*. Nesse sentido, a probabilidade de conflitos de natureza constitucional entre essa ordem jurídica e as estatais podem apresentar, em certa medida, efeitos bem mais graves do que entre duas ordens delimitadas territorialmente.

Evidentemente, há riscos graves no que se refere ao desenvolvimento de uma “conversação” transconstitucional com a nova *lex mercatoria*. Embora essa ordem jurídica transnacional sustente, com firmeza e êxito, pretensão de autonomia perante as ordens do Estado constitucional, ela é fortemente dependente do sistema econômico e, portanto, também de seus agentes. Estando em primeiro lugar a serviço da eficiência econômica no campo mercantil, sua vinculação ao princípio jurídico-constitucional da igualdade é secundária e débil. Caracterizada como “direito corrupto” na própria linguagem de um dos seus mais importantes teóricos²¹¹, sua “capacidade constitucional” é limitada, especialmente a capacidade de envolver-se de maneira satisfatória com questões de direitos fundamentais. Por isso, na avaliação do transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e *lex mercatoria*, cumpre observar o seu caráter limitado, pois, em princípio, uma das ordens não se orienta primariamente para enfrentar e resolver problemas constitucionais. O fato de que a *lex mercatoria* tenha pouca disposição para o transconstitucionalismo, não deve forçosamente levar a um belicismo constitucionalista contra essa ordem transnacional, com efeitos desastrosos para ambas as partes. Ao contrário, o envolvimento transconstitucional do Estado de direito com a nova *lex mercatoria* pode possibilitar tanto a limitação de sua tendência expansiva quanto a fortificação de sua capacidade reflexiva para desenvolver-se com autonomia operativa perante os interesses concretos e particularistas de atores econômicos altamente estratégicos.

Um dos argumentos para negar o caráter transnacional em sentido estrito à *lex mercatoria*, no plano da arbitragem, pode resi-

dir na invocação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ato internacional celebrado em Nova Iorque, na Conferência da Nações Unidas sobre a Arbitragem Comercial, em 6 de junho de 1958²¹². Inclusive no caso acta *Rena Holding* invocou o art. VII dessa convenção internacional²¹³. Mas esse argumento permanece na superfície de um complexo fenômeno jurídico. Em verdade, o que se infere da decisão do Tribunal de Cassação francesa é o fato de que a ordem jurídica da arbitragem transnacional não está ancorada em nenhuma ordem estatal. Isso significa que ela, em si mesma, já é uma ordem “estrangeira” em relação à ordem de todo e qualquer Estado. O que a convenção de Nova Iorque regula é o reconhecimento e a execução dos laudos arbitrais estrangeiros pelos Estados, valendo isso tanto para arbitragens subordinadas à ordem processual de outros Estados, quanto para a arbitragem transnacional, vinculada a uma ordem que, progressivamente, afirmou sua autonomia perante as ordens jurídicas estatais em geral, inclusive diante da ordem do Estado onde tenha ocorrido ou venha a ter lugar, geograficamente, a arbitragem. O que se pode observar, quando se leva em conta a Convenção de Nova Iorque, é um entrelaçamento entre ordens jurídicas que não se restringe apenas à bilateralidade (ordem estatal/ordem transnacional da arbitragem comercial), mas inclui, em um sistema jurídico mundial de “níveis” múltiplos, a ordem internacional e a ordem de outros Estados: nesse sentido, ampliam-se as possibilidades de conversação transconstitucional entre ordens jurídicas.

Mas não só em relação à *lex mercatoria* destaca-se o problema de entrelaçamentos entre ordens jurídicas transnacionais e ordens jurídicas estatais, com possibilidades de colisões transconstitucionais. A *lex sportiva*, ordem jurídica construída em conexão com o esporte como sistema funcional da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais, tem afirmado um alto grau de autonomia perante o direito estatal, com impactos em questões de direitos individuais de natureza constitucional, espe-

212. A respeito, ver Booyesen, 2003, pp. 785 ss.

213. Cf. Pinsolle, 2008, 281, 293 e 295.

211. Teubner, 1996b, p. 279.

Paris rejeitou esse argumento considerando que não haveria base para recusar a execução de decisões arbitrais anuladas no país de origem, pois essa hipótese de recusa não estava prevista na legislação processual francesa. Essa decisão não traz nada de novo em relação a uma série de casos decididos anteriormente pela justiça francesa, inclusive o caso *Hilmarton* (1997). Só em face do recurso interposto, em última instância, por Putrabali, o Tribunal de Cassação da França oferece o elemento inovador em relação à arbitragem transnacional²⁰⁶. Os dois fundamentos da decisão são os seguintes: (1) uma arbitragem transnacional (usa-se imprecisamente o termo "internacional") não está ancorada em qualquer ordem jurídica nacional; (2) um julgamento arbitral transnacional ["internacional"] é uma decisão judicial transnacional ["internacional"]²⁰⁷.

O aspecto mais relevante desse caso reside na admissão explícita, por parte do mais alto tribunal judicial da França, de que a *lex mercatoria* é autônoma em face de qualquer ordem jurídica estatal, seguindo uma tradição já presente na jurisprudência e doutrina francesa. Trata-se de ordem jurídica "deslocalizada"²⁰⁸. No caso, não se afirmou apenas que a arbitragem não está ancorada na ordem jurídica do país de origem (local) da arbitragem, mas se deu um passo adiante, sustentando-se que ela não está ancorada em qualquer ordem jurídica estatal. Isso tem consequência, para o nosso contexto, porque casos envolvendo concomitantemente a *lex mercatoria* e a ordem jurídica estatal no âmbito de matérias constitucionalmente relevantes exigem um tratamento nos termos do transconstitucionalismo, uma vez que cada uma das ordens remete a uma pretensão de autofundamentação. Portanto, em alguns casos, além de um diálogo transjudicial, impõe-se uma "conversação" transconstitucional entre ordens jurídicas de tipos diversos, sobretudo mediante a relação construtiva entre os seus tribunais.

Essa compreensão torna-se ainda mais plausível quando se considera a tese contida no outro fundamento da decisão do Tri-

206. *Arrêt* [julgamento] n.º 1021 de 29/07/2007 – Tribunal de Cassação – Primeira Câmara Civil (trad. ingl. como Apêndice iii; Pinsolle, 2008, pp. 293-5).

207. Para essa apresentação sintética do caso, recorremos a Pinsolle, 2008, que oferece uma exposição e uma análise detalhadas.

208. Pinsolle, 2008, pp. 281 s.

bunal de Cassação francês: um laudo arbitral transnacional é uma decisão judicial transnacional. Isso implica reconhecer que o laudo arbitral da *lex mercatoria* é uma decisão judicial que não precisa da aprovação de nenhuma corte nacional para ser reconhecida e executada. Embora uma corte do local de origem da arbitragem possa rejeitar a sua execução no âmbito da respectiva jurisdição estatal, isso não impede que a decisão seja executada no âmbito territorial de outro Estado. A esse respeito, discorre Pinsolle, analisando os fundamentos da decisão do Tribunal Cassação da França (usando "internacional" em vez de "transnacional"):

"A justificação teórica para esse raciocínio funda-se na existência de uma ordem jurídica arbitral distinta da ordem jurídica nacional. É porque o laudo arbitral internacional é fundado na ordem jurídica arbitral que a existência desse laudo está fora do alcance das cortes do local da arbitragem. Tudo que as cortes do local da arbitragem podem decidir é que a esse laudo arbitral será negada existência na sua ordem jurídica."²⁰⁹

Pinsolle argumenta, então, que a proposta segundo a qual, em nome da consistência, as partes contratantes devem respeitar a decisão da corte do local da arbitragem parece insustentável, pois só valeria para o caso de anulação do laudo arbitral: no caso em que não houvesse a anulação, não haveria essa consistência, porque nenhuma das partes manteria o direito de executar ou não executar a sentença arbitral. Além disso, os que sugerem essa solução por uma suposta consistência concentram-se no tribunal do local da arbitragem, esquecendo que, em primeiro lugar, havia uma sentença arbitral²¹⁰. Cumpre acrescentar que essa proposta importaria vincular a decisão do tribunal do local da execução ao tribunal do local da arbitragem, independentemente da consistência no âmbito da ordem jurídica em que se pretende realizar a execução. O problema, portanto, é análogo à execução de sentença estrangeira por uma ordem estatal qualquer, com força de coisa julgada, nos termos do direito internacional privado clássico.

209. Pinsolle, 2008, p. 291.

210. Pinsolle, 2008, p. 291 s.

nomia e autofundamentação, tanto da *lex mercatoria* quanto das ordens estatais, exigem uma capacidade de prontidão para o aprendizado e intercâmbio, tendo em vista a fluência de casos relevantes para ambas as ordens. O grande perigo que está presente é o desprezo recíproco, nos termos de estatalismo predominantemente ideológico, em detrimento do desenvolvimento econômico, ou de um privatismo primariamente calcado em interesses concretos de agentes econômicos com alta capacidade estratégica, com consequências destrutivas para terceiros social e economicamente mais frágeis. Nesse particular, as reações das ordens estatais variam em face do desenvolvimento das instituições e organizações da *lex mercatoria*, enquanto essas tendem a enfatizar sua autonomia e expansão, com pouca disposição de envolverem-se em um diálogo transconstitucional com os respectivos Estados entrelaçados em casos de interesse comum, especialmente quando esses afetam direitos fundamentais.

A esse propósito, tem-se advertido para a postura mais reticente das cortes americanas face às arbitragens transnacionais, enquanto se aponta para a posição mais aberta do judiciário francês com relação às cortes arbitrais²⁰¹. A prontidão da justiça estatal francesa em relação à arbitragem em matérias concernentes ao direito econômico transnacional manifestou-se de forma marcante no caso *Putrabali*, julgado pelo Tribunal de Cassação francesa, a mais alta corte judicial na França, em 29 de junho de 2007²⁰². Trata-se de um marco em um desenvolvimento que remonta ao caso *Gosset*, decidido, em 7 de maio de 1967, pelo Tribunal de Cassação, em que este "admitiu, pela primeira vez o princípio da separabilidade do acordo de arbitragem"²⁰³. A importância da decisão no caso *Putrabali* pode ser atribuída, à simples vista, ao fato de que foi a primeira vez em que o Tribunal de Cassação teve de decidir sobre a execução de um laudo arbitral anulado no país de origem, desde o caso *Hilmarton* (junho de 1997)²⁰⁴; mas a razão dessa importância é mais fundamental, como salienta Philippe Finsolle: além

201. Cf. Slaughter, 2004, p. 92.

202. Cf. Finsolle, 2008.

203. Finsolle, 2008, p. 277.

204. A respeito desse caso, ver Gaillard, 1999, pp. 21 ss.

de endossar soluções tomadas pelo Tribunal de Apelação de Paris e pelo próprio Tribunal de Cassação no caso *Hilmarton* e outros subsequentes, este Tribunal ofereceu fundamentos teóricos mais firmes e abrangentes para adotar essa solução²⁰⁵.

O caso *Putrabali* envolve uma contenda de direito marítimo entre uma companhia indonésia, *P.T. Putrabali Adyamulia* (vendedora), e uma companhia francesa, *Société Est Epices* (mais tarde *Renau Holding*) (compradora), em torno de um contrato de compra e venda de pimenta branca, embarcada por navio em 27 de janeiro de 2000, tendo o navio afundado na Ilha Bangka, na Indonésia, em 1º de fevereiro de 2000. A controvérsia surgiu em virtude da exigência do pagamento da mercadoria pela vendedora, que entrou com pedido de arbitragem conforme as regras da Associação Geral Internacional de Produção LTDA (IGPA). Tendo em vista que os dois árbitros indicados pelas partes não chegaram a um acordo, um árbitro desempatedor decidiu favoravelmente ao autor da ação arbitral (a vendedora), considerando que a compradora descumpriu o contrato. A compradora recorreu ao Órgão de Apelação arbitral, nos termos das normas da IGPA, tendo sido revertida por esse Órgão a decisão da primeira instância, por ter sido negada a ocorrência de qualquer rompimento do contrato pela compradora. Dessa decisão arbitral, a vendedora recorreu à Alta Corte Inglesa. Em 19 de maio de 2003, este tribunal anulou parcialmente o laudo arbitral, por entender que houve quebra de contrato por falta de pagamento, e remeteu o caso para uma outra arbitragem. Na nova decisão arbitral, em 19 de agosto de 2003, a compradora foi condenada a pagar uma soma de 163.086,04 Libras Esterlinas. Paralelamente, ela entrou, na França, com pedido de *exequatur* (reconhecimento e execução) do laudo arbitral anterior, datado de 10 de abril de 2001, que foi concedido. Então, a vendedora recorreu à Corte de Apelação de Paris, que decidiu, em 31 de março de 2005, mantendo o julgamento de *exequatur* da primeira instância judicial francesa. *Putrabali* argumentou que a decisão arbitral de 10 de abril de 2001 havia sido anulada e teria sido uma fraude a tentativa de executá-la na França. A Corte de Apelação de

205. Finsolle, 2008, p. 277.

transnacionalismo jurídico), não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica estatal. Nesse contexto, também surge o problema do transconstitucionalismo, quando questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais supremos. Embora as ordens jurídicas transnacionais tenham dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com os quais estão estruturalmente vinculadas (economia, esporte, internet, organizações não governamentais etc.), elas afirmam, exatamente com base na força dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação, entre elas e as ordens estatais. Alguns exemplos servem como referência empírica aos problemas de transconstitucionais entre essas duas ordens.

Um caso típico é o da nova *lex mercatoria*, que tem sido estudado em uma ampla literatura¹⁹⁸. Trata-se de uma ordem jurídica-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas re-

198. A discussão atual sobre a nova *lex mercatoria* remonta a Goldman (1964), o qual, embora admitisse que ela constitui "um sistema jurídico incompleto", sustentava que as "normas que a compõem - em verdade todas, com exceção dos contratos-tipo emanados de empresas isoladas - são certamente regras gerais de direito (e não simples normas individuais 'penduradas' a uma regra estatal reconhecida da força obrigatória dos contratos)" (1964, p. 192). Sobre essa discussão a respeito da natureza da *lex mercatoria* e sua autonomia em relação ao direito estatal ver, entre muitos, Lagarde, 1982; Mustill, 1987; Fouchard, Gaillard e Goldman, 1996, pp. 813 ss. (n.º 1143 ss.); Mertens, 1997; Gaillard, 2001; Booyesen, 2003, pp. 9 ss.; Loquin, 2006, pp. 165 ss. Na perspectiva sistêmica, caracterizando a *lex mercatoria* como estrutura discursiva ou sistema de comunicação autônomo (e não primariamente como expressão de interesses de grupos ou de organizações), ver Teubner, 1996b. Vinculado a esse modelo sistêmico, ver, de maneira abrangente, o substancial trabalho de Mendes, R., 2008. Para uma posição crítica, ver Dezalay e Garth, 1996, que não apenas qualificam os árbitros transnacionais com a fórmula "mercadores do direito como compreendedores morais" (pp. 33 ss.), mas também insinuam que a "comunidade" deles constituem uma "máfia": "Membros do círculo interno e estranhos referem-se a esse grupo com uma 'máfia' ou um 'clube'" (p. 10).

cíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas. Não interessa aqui a consideração isolada da estrutura dessa ordem jurídica, nem apenas o seu entrelaçamento em geral com a ordem estatal. O que é relevante, no presente contexto, é saber como problemas constitucionais podem surgir na relação transverbal entre essas ordens. Nesse particular, não cabe simplesmente afirmar uma relação entre heterarquia da *lex mercatoria* e hierarquia da ordem estatal. Ambas contêm tanto dimensões hierárquicas quanto heterárquicas, devendo-se antes falar de um entrelaçamento complexo de duas ordens caracterizadas por *tangled hierarchies* e *tangled heterarchies*, no âmbito do transconstitucionalismo. Também não me parece correto afirmar que se trata de uma relação entre centro e periferia do sistema jurídico. Em primeiro lugar, tratando de um sistema jurídico mundial multicêntrico, o centro localiza-se na ordem de que parte o observador. Dessa maneira, as instituições que estão no centro de uma determinada ordem jurídica, os tribunais, constituem parte da periferia do sistema jurídico para uma outra ordem jurídica. Assim, embora na perspectiva de observação da ordem jurídica nacional e dos tribunais estatais, a *lex mercatoria* e os seus tribunais estejam na periferia do sistema jurídico, para a própria *lex mercatoria* e os respectivos tribunais arbitrais, as ordens estatais e seus respectivos tribunais fazem parte da periferia do sistema jurídico. Por fim, rejeita-se aqui a tese de que a *lex mercatoria*, assim como as ordens transnacionais em geral, estariam vinculadas aos setores espontâneos da sociedade mundial, enquanto o direito estatal estaria vinculado aos seus setores organizados.¹⁹⁹ Evidentemente, se compararmos o alto grau de organização das empresas e escritórios de advocacia que atuam no âmbito da *lex mercatoria*²⁰⁰ com o baixíssimo nível de organização de certos Estados da África e de outras regiões do globo terrestre, fica evidente o quanto é ilusória essa concepção dos problemas de relacionamento entre *lex mercatoria* e ordens estatais. Fundamental é apontar que pretensões diversas de auto-

199. Em perspectiva diversa, cf. Teubner, 2000, 2003a, p. 25 s.

200. Cf. Dezalay e Garth, 1996, salientando que a "arbitragem comercial internacional tem-se tornado mais *formal* e cara, mais do que o processo litigioso nos EUA" (pp. 60 s. - grifei).

tratados internacionais¹⁹⁴. Parece-me, porém, que a negociação transjudicial pode ter significado para outras áreas do direito, quando os casos ultrapassassem fronteiras. Assim, por exemplo, nas hipóteses de catástrofes ambientais, criminalidade transnacional etc., caberia abrir-se um espaço de negociação transjudicial para a solução razoavelmente satisfatória do problema. E não se deve excluir a possibilidade futura de negociações transconstitucionais entre tribunais supremos de diversos países, tendo em vista o entrelaçamento e a relevância simultânea de casos que ultrapassam fronteiras estatais.

Por fim, cabe observar que o transconstitucionalismo entre ordens jurídicos estatais constitui o sintoma mais marcante de que não se deve confundir transconstitucionalismo com uma ordem jurídica global abarcante e supra-ordenada. A esse respeito, cabe invocar, mais uma vez, as reflexões de Slaughter que, referindo-se a uma assertiva do Juiz Guido Calabresi, da Segunda Circunscrição de Apelações dos Estados Unidos, ressalta: "Um diálogo entre órgãos judicantes da comunidade mundial não seria composto de cortes dos EUA, da França, Alemanha e Japão, nem de tribunais internacionais, mas simplesmente de entidades judicantes comprometidas em resolver litígios, interpretando e aplicando o direito da melhor maneira que elas possam. Essa é uma visão de um sistema jurídico global, estabelecido não por um Tribunal Mundial em Haia, mas sim por cortes nacionais trabalhando conjuntamente em torno do mundo."¹⁹⁵ Formulando com mais precisão, sem esse ponto de partida, ou seja, sem a conversação transconstitucional entre ordens jurídicas estatais mediante os seus respectivos tribunais supremos, um transconstitucionalismo mais abrangente entre ordens jurídicas de tipos diversos, em um sistema jurídico mundial de "níveis" múltiplos, terá dificuldades *reais* de desenvolver-se adequadamente no contexto de heterogeneidade e complexidade da sociedade global hodierna. Tampouco será capaz de legitimar-se, tendo em vista a pluralidade e, inclusive, a fragmentação dessa sociedade no plano das estruturas normativas. O ponto

194. Slaughter, 2004, pp. 94-6; 2003, pp. 213-5.

195. Slaughter, 2003, p. 204. Cf., com formulações quase idênticas, Slaughter, 2004, p. 85; 2000, p. 1114.

de partida do transconstitucionalismo não é a negação, mas sim a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de espécie diversa.

5. Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais

Uma das dimensões mais instigantes do transconstitucionalismo refere-se ao relacionamento das ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, ou seja, com ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase-públicos. Negar-lhes o caráter de ordens jurídicas com pretensão de autonomia não parece mais ser sustentável. Nesse particular, não é preciso estar associado a um modelo pós-moderno ou de desconstrução, como proposto enfaticamente por Gunther Teubner e Andréas Fischer-Lescano, que vêm sublinhando o significado crescente do transconstitucionalismo jurídico em sentido do estrito¹⁹⁶. Também um destacado jurista vinculado à tradição do constitucionalismo estatal, Dieter Grimm, não deixou de perceber esse desenvolvimento no âmbito da sociedade mundial hodierna:

"A essa instituições criadas por Estados [OMC, Banco Mundial e FMI] somam-se, entretanto, atores que atuam globalmente, como empresas multinacionais e organizações não governamentais, que, em virtude do seu raio de ação, podem seguir sua própria lógica sistêmica, sem ter de observar os *standards* e os deveres válidos intra-estatalmente. Não obstante, elas também não podem sobreviver sem regulações jurídicas. O setor globalizado da economia depende de um direito transnacional, que, por conseguinte, nenhum legislador estatal pode preparar."¹⁹⁷

Essas ordens, que não se restringem à dimensão econômica (embora essa se apresente como a dimensão mais relevante do

196. Ver sobretudo Fischer-Lescano e Teubner, 2006. Cf. também Ladeur e Vielckner, 2008.

197. Grimm, 2004a, p. 161.

ministração imparcial da justiça¹⁸⁵. Por outro lado, elas rejeitaram imediatamente afirmações de que os tribunais de Israel e da França eram inadequados para o julgamento imparcial de casos, sustentando que não lhes cabia especular se os colegas israelenses violariam os seus juramentos de ofício, nem caracterizar o sistema judicial francês como menos imparcial que o americano; e da mesma maneira, sobre o padrão de neutralidade das cortes inglesas¹⁸⁶. Essa postura das cortes americanas pode ser interpretada como expressão da assimetria entre ordens jurídicas, tendo em vista que a cortes de países fortes na constelação internacional tendem a não sofrer censuras dos tribunais americanos, enquanto os tribunais de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento não são levados a sério pelo juízes dos EUA. Slaughter distingue, porém, a situação de judiciários menos eficientes do que o americano, com diferenças processuais relevantes, dos contextos em que falta um mínimo de *standard* no que diz respeito à imparcialidade. Só na segunda hipótese, quando houver parcialidade manifesta, corrupção sistêmica ou negação de regras elementares do devido processo legal, caberia a uma corte americana admitir que um litigante a procure, escapando de vínculos contratuais ou geográficos¹⁸⁷. Essa situação não me parece, porém, ser tão simples. Sempre que um país não se dispõe ao transconstitucionalismo, precisamente porque não adota instituições constitucionais no sentido moderno, antes as rejeita radicalmente, há uma dificuldade quase insuperável para a “conversação” transconstitucional. A simples censura e restrição de cortes de um país em relação a tribunais de outros Estados não contribui para a transformação desse estado de coisas. Antes, deve-se procurar promover a integração dos tribunais de países avessos ao constitucionalismo, mesmo como agentes passivos inicialmente. Nesse particular, os encontros face a face entre magistrados¹⁸⁸ são fundamentais para desenvolvimentos positivos. Não se pode, entretanto, negar um pressuposto básico para o êxito de qualquer modelo de transconstitucionalismo: a diferença

185. Slaughter, 2004, p. 93.

186. *Ibidem*.

187. Slaughter, 2004, pp. 93 s.

188. Slaughter, 2004, pp. 96 ss.; 2000, pp. 1120 ss.

entre ordens constitucionais, com seus respectivos particularismos, tanto no que concerne aos conteúdos normativos, quanto no que se refere aos procedimentos. Nesse particular, pontua corretamente Slaughter: “Variações procedimentais de vários tipos, como as diferenças nos meios de prova, a presença ou ausência de honorários condicionais, diferenças no papel do juiz, são partes da variação normal nos sistemas jurídicos, que os litigantes devem esperar quando eles se aventuram atravessando fronteiras.”¹⁸⁹ Isso vale também para os magistrados confrontados com juízes de outras ordens estatais: eles devem estar prontos para se surpreenderem com a diversidade e, se for o caso, abrirem-se para um aprendizado e um intercâmbio. Caso contrário, prevalecerá uma “abstrata insistência em ‘separados mas iguais’, assentada em noções formais de soberania”, do que resulta que “apenas grandes diferenças importam”¹⁹⁰. Essa postura leva a uma desconfiada recíproca e a uma incapacidade para o diálogo transconstitucional. O autismo constitucional aponta para a negação do outro, uma rejeição da dupla contingência na relação de tribunais como pólos institucionais estruturados organizacionalmente.

É evidente que o desenvolvimento de um diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas estatais também depende da emergência de “*comitas* judicial” e de negociação judicial¹⁹¹. A primeira, como já afirmado acima, pode fornecer “a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos”.¹⁹² Evidentemente, há uma certa dificuldade para o funcionamento da “*comitas* judicial”, tendo em vista, entre outros aspectos, a competição e os mal-entendidos entre os juízes. Mas, referindo-se aos magistrados americanos, Slaughter afirma que a disposição de enfrentar conflitos reflete a certeza de que as interações estão em curso¹⁹³. Já a negociação judicial é mais limitada e se reflete, até o momento, nos casos de falências globais. Nessas situações surgem acordos de corte a corte, sem a intermediação de

189. Slaughter, 2004, p. 94.

190. *Ibidem*.

191. Slaughter, 2004, pp. 86 ss. e 94 ss.; 2003, pp. 205 e 213 ss.; 2000, 1112 ss.

192. Slaughter, 2004, p. 87; 2003, p. 206. Cf. *supra* pp. 104 s.

193. Slaughter, 2004, p. 90; 2003, p. 208.

