

# COMPARAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONVERGÊNCIA, RESISTÊNCIA, ENGAJAMENTO<sup>1</sup>

Vicki C. Jackson<sup>2</sup>

Referências em *Roper v. Simmons*<sup>3</sup> ao direito estrangeiro e internacional - como fontes relevantes, mas não vinculantes<sup>4</sup> - são, em aspectos importantes, um retorno aos métodos tradicionais de análise, que remontam às primeiras discussões da Corte sobre a Oitava Emenda. Em 1879, a Corte rejeitou um recurso interposto contra sentença de morte por fuzilamento no território de Utah em parte porque haveria “regras correspondentes [que] prevalecem em outros países” que apoiavam a prática<sup>5</sup>. Em muitos casos, posteriormente, o

---

1 Artigo traduzido, com aprovação da autora, por Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco. O texto original foi publicado na *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 109-128.

2 Professora de Direito na Harvard Law School. Agradeço a Alex Aleinikoff, Sue Bloch, Sarah Cleveland, David Fontana, Neal Katyal, Marty Lederman, Dan Meltzer, Carrie Menkel-Meadow, John Mikhail, Judith Resnik, Mark Spindelman, Dan Tarullo, Bob Taylor, Mark Tushnet, Carlos Vázquez, Pete Wales e meus colegas do Workshop de verão da Georgetown Law.

3 125 S. Ct. 1183 (2005).

4 Embora existam muitas formas de direito internacional, esse artigo considerará o uso de fontes do direito internacional apenas como autoridade comparativa não vinculante (como o direito estrangeiro), como ocorrido em *Roper* – Cf. Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 501, 525 (2000) (enxergando “o direito internacional por meio das lentes do direito comparado”) – e não se abordará questões como quando o direito internacional é obrigatório ou quando seu efeito o é. O termo “direito transnacional” refere-se tanto ao direito estrangeiro quanto ao internacional.

5 *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130, 134 (1879). Pelo menos uma decisão anterior referiu-se à lei estrangeira para decidir se uma lei estadual impôs uma “punição” em violação ao Artigo I, Seção 10, proibição de leis *ex post facto* ou *bills of attainder*. Veja *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. (4 Wall.) 277, 318, 320-21 (1867) (considerando o código francês contemporâneo e a lei inglesa mais antiga). As reivindicações de violação à Oitava Emenda levantadas antes de *Wilkerson* foram negadas porque a Oitava Emenda não era na época, nem por muitos anos depois, entendida como aplicável aos estados. Cf., por exemplo, *Pervear v. Massachusetts*, 72 U.S. (5 Wall.) 475, 479-80 (1867) (comentando a título de *obiter dictum* que a punição não foi “cruel ou incomum”); *O’Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323, 332 (1892).

Tribunal também considerou práticas estrangeiras na resolução de questões sobre punições “cruéis e incomuns”<sup>6</sup>.

6 Em *Wilkinson*, a Corte se referiu positivamente ao direito estrangeiro, enquanto em casos posteriores os Magistrados se referiram às práticas ou opiniões estrangeiras tanto negativa quanto positivamente. Ver, por exemplo, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 377 (1910) (observando a “fonte estrangeira” de uma punição, “de um governo de forma e gênio diferente do nosso”, ao sustentar que a sentença violou a cláusula de punição cruel e incomum da Constituição das Filipinas (tratada como idêntica à Oitava Emenda)); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 102 (1958) (opinião pluralista) (argumentando que a imposição da apatridia como punição foi condenada “praticamente por unanimidade” entre as “nações civilizadas do mundo”); *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 204-05 (1971) (discutindo a experiência britânica contemporânea em sentenças de pena de morte); *Idem* em 280-82 (Brennan, J., voto divergente) (respondendo ao argumento da experiência britânica); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 255-56 (1972) (Douglas, J., voto concorrente) (sugerindo que a pena de morte estava sendo aplicada como na Índia antiga, ofendendo os compromissos anticastas da Constituição dos EUA); *Idem* em 275 n. 18, 278-79, 296 (Brennan, J., voto concorrente) (referindo-se às práticas de outros países “ocidentais”); *Idem* em 351, 371 (Marshall, J., voto concorrente) (afirmando que a experiência nos EUA e no exterior sugere que a abolição da pena de morte não afeta as taxas de criminalidade e destacando “as aproximadamente 70 outras jurisdições no mundo que celebram sua estima pela civilização e humanidade rejeitando a pena capital”); *Idem* em 404 (Burger, C.J., voto divergente) (argumentando que a tendência mundial de abolição legislativa da pena capital não é argumento para a abolição judicial); *Idem* em 438 & n. 23-24, 453-54, 462 (Powell, J., voto divergente) (comentando a experiência do Canadá e da Grã-Bretanha na abolição legislativa da pena de morte); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 184 n.30, 193 n.43 (1976) (voto de Stewart, Powell e Stevens, JJ.) (referindo-se ao Relatório da Comissão Real Britânica sobre a Pena Capital); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 592 n.4, 596 n. 10 (1977) (argumentando que a morte não pode ser uma pena “indispensável” para estupro à luz das práticas de outros países e observando o “clima da opinião internacional” por considerá-la inconstitucional); *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782, 788, 796 n.22 (1982) (observando o direito estrangeiro e internacional ao considerar inconstitucional a pena de morte por homicídio qualificado); *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 830-31 (1988) (opinião pluralista) (referindo-se aos pontos de vista de “outras nações que compartilham nossa herança anglo-americana” e dos “principais membros da comunidade da Europa Ocidental” ao concluir que a pena de morte não poderia ser imposta a quem fosse menor de dezesseis anos no momento do crime); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 316-17 n. 21 (2002) (observando a desaprovação mundial da pena de morte para pessoas com retardo mental); ver também *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 672-73 (1962) (Douglas, J., voto convergente) (observando o tratamento britânico do vício em drogas como uma doença ao invés de um crime); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 292 (1983) (observando a referência anterior da Corte à prática estrangeira); Cf. *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144, 161 n. 16 (1963) (referindo-se às consequências drásticas da apatridia [que] levaram à reafirmação na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Artigo 15, do direito de todo indivíduo de manter uma nacionalidade”); *Rudolph v. Alabama*, 375 U.S. 889, 889 n. 1 (1963) (Goldberg, J., discordando de negar o certiorari) (observando a tendência em todo o mundo,

Em 1989, o *Justice* Scalia buscou superar essa tradição interpretativa, afirmando que apenas a prática dos EUA deveria ser considerada ao se delimitar o que seria “cruel e incomum”<sup>7</sup>. Mas, conforme sugere a jurisprudência anterior, é a visão do *Justice* Scalia - que as práticas de outros países são irrelevantes para a compreensão das “concepções americanas de decência”<sup>8</sup> - que é anômala e devidamente rejeitada em *Roper*.

Fora dos casos relacionados à Oitava Emenda, as referências a fontes estrangeiras e internacionais ocorrem periodicamente em decisões constitucionais ao longo da história da Corte<sup>9</sup>. Embora o Tribunal não discuta direito estrangeiro ou internacional tanto quanto alguns outros tribunais nacionais, as referências em

---

exceto em cinco dos sessenta e cinco países declarantes, que exclui a pena de morte para estupro). Incluo referências positivas e negativas ao direito estrangeiro, pois ambas são consistentes com o modelo que apresento abaixo.

7 Cf. *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 369 n. 1 (1989) (afirmando que as práticas de outras nações não podem “estabelecer o primeiro pré-requisito da Oitava Emenda, o de que a prática seja aceita entre nosso povo”, embora possa ser relevante para decidir se uma “prática uniforme entre nosso povo” é exigida pela Constituição (citando *Thompson*, 487 U.S. em 868 n.4 (Scalia, J., voto divergente))).

8 *Idem*.

9 Os Magistrados se referiram à experiência estrangeira nos votos majoritários, bem como em importantes votos concorrentes e divergentes. Ver, por exemplo, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31-33 & n. 1, 35 (1905) (discutindo leis estrangeiras sobre vacinação); *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412, 419 n. 1 (1908) (referindo-se a normas na Grã-Bretanha, Suíça, Áustria, Holanda, Itália e Alemanha); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 125-26 & n. 27 (1942) (discutindo poderes nacionais em outros sistemas federais); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 710 n. 8, 718 n. 16, 734 (1997) (observando visões normativas e experiências empíricas de outros países sobre suicídio assistido); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952) (Jackson, J., em voto concorrente) (analisando diferentes abordagens estrangeiras ao poder executivo em situações de emergência); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 71 (1905) (Harlan, J., voto divergente) (comparando a média de dias de trabalho nos EUA e em outros países e descrevendo as horas de trabalho como “um assunto de séria consideração entre os povos civilizados”). Para casos anteriores a 1850 que utilizaram o “direito das nações” na interpretação constitucional, cf. Vicki C. Jackson, *Transnational Discourse, Relational Authority and the U.S. Court: Gender Equality*, 37 LOY.L.A. L. REV. 271, 335-37 e n. 227-28 (2003). Para uma discussão mais aprofundada sobre casos constitucionais relativos ao direito transnacional, cf., por exemplo, Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Yearsof Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47WM. & MARY L. REV. (2005); Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 YALE J. INT’L L. (2005) (disponível na biblioteca da Harvard Law School); e David Fontana, *Refined Comparativism in Constitutional Law*, 49 UCLA L. REV. 539, 545-49, 552-56 (2001).

*Lawrence v. Texas*<sup>10</sup> e *Grutter v. Bollinger*<sup>11</sup> também podem ser vistas como um retorno à prática anterior: por exemplo, entre 1949 e 1970, votos de *Justices* da Suprema Corte se referiram à Declaração Universal dos Direitos Humanos em várias ocasiões<sup>12</sup>.

Como sugerido acima, a história interpretativa da Oitava Emenda apoia o uso da maioria do direito estrangeiro e internacional ao decidir o que é “cruel e incomum”. A prática passada, no entanto, é apenas uma resposta parcial aos debates sobre se o direito transnacional deve ser considerado na resolução de questões do direito constitucional dos EUA, debates ligados a um conjunto mais amplo de desacordos sobre a interpretação constitucional. A Parte I abaixo argumenta de forma mais geral que considerar o direito estrangeiro e internacional dentro de uma estrutura de aprendizado pelo engajamento - assumindo nem convergência nem desacordo - é uma ferramenta interpretativa legítima que oferece benefícios modestos (e menos riscos do que o debate atual sugere) para os processos de adjudicação constitucional. A Parte II faz sugestões preliminares para padrões de investigação no uso do direito comparado na adjudicação constitucional e alerta sobre as dificuldades de se desenvolver entendimentos contextualmente precisos do direito estrangeiro.

## I. AS CONSTITUIÇÕES E O TRANSNACIONAL: TRÊS MODELOS

Embora as referências ao direito estrangeiro remontem à história constitucional dos EUA, há muito mais a que se referir agora. Antes da Segunda Guerra Mundial, outros países ofereciam experiência em governança, mas muito menos experiência em matéria de direito constitucional judicial. Uma era de constitucionalismo baseado em direitos humanos nasceu no momento constitucional global após a derrota do nazismo, produzindo leis internacionais de direitos humanos e com mais tribunais emitindo decisões constitucionais fundamentadas. Fontes de direito que vão além das fronteiras dos EUA continuam a crescer. Enquanto algumas fontes são vinculantes (como tratados ratificados), outras claramente não o são, incluindo o direito constitucional de países estrangeiros, que, no entanto, alguns tribunais nacionais consideram relevante como autoridade “persuasiva” ou “relacional”<sup>13</sup>. A Suprema Corte dos EUA deixou de ser uma das únicas para se tornar uma das muitas cortes constitucionais do mundo, uma mudança que cria tanto

---

10 123 S. Ct. 2472, 2481, 2483 (2003)

11 123 S. Ct. 2325, 2347 (2003) (Ginsburg, J., voto concorrente).

12 Cf. Jackson, nota supra 9, em 307 n. 127 (também observando referências à Carta das Nações Unidas).

13 Cf. *Idem* em 290-306, 315-18; Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L. L. J. 191, 194-204 (2003).

oportunidades de aprendizado mútuo quanto ocasiões de ansiedade. Como o *Chief Justice* Rehnquist comentou extrajudicialmente, “agora que o direito constitucional está solidamente fundamentado em tantos países... é hora de os tribunais dos EUA começarem a olhar para as decisões de outros tribunais constitucionais para ajudar em seu próprio processo deliberativo”<sup>14</sup>. A questão não é se, mas como a adjudicação constitucional responde a esse *corpus* crescente.

## A. OS MODELOS

Pelo menos três modelos podem descrever amplamente as relações entre constituições domésticas e leis de fontes transnacionais. O *Justice* Scalia acusou o Tribunal que julgou o caso de *Roper* de assumir a conveniência da convergência com as leis de outras nações - o Modelo de Convergência. Em vez disso, ele propôs uma abordagem que apreciase a resistência das constituições nacionais à influência externa - o Modelo de Resistência. Nenhum desses modelos, isoladamente, se ajusta bem às nossas práticas constitucionais. Em vez disso, a Constituição pode ser melhor vista como um local de engajamento com o transnacional, informado, mas não controlado, pela consideração das normas jurídicas de outras nações e pelas perguntas que eles colocam aos intérpretes de nossa constituição especificamente nacional - o Modo de Engajamento.<sup>15</sup>

O Modelo de Convergência vê as constituições nacionais como locais para a implementação do direito internacional ou para o desenvolvimento de normas transnacionais. Refletido em estudos que exploram o direito constitucional “genéri-

---

14 William H. Rehnquist, Prefácio de *Defining the field of Comparative Constitutional Law*, vii, viii (Vicki C. Jackson & Mark Tushnet eds., 2002) (reimpressão das observações feitas em 1999); veja também Sandra Day O'Connor, *Broadening Our Horizons: Why American Judges and Lawyers Must Learn About Foreign Law*, INT'L JUD. OBSERVER, June 1997, 2, 2 (prevendo que os juízes recorrerão a tribunais constitucionais estrangeiros, por exemplo, da Alemanha, Itália e África do Sul, porque “[eles] lutaram com as mesmas questões constitucionais básicas que temos: proteção igualitária, devido processo, o Estado de Direito em democracias constitucionais” e todos “têm algo a nos ensinar sobre a função civilizadora do direito constitucional”).

15 Esta breve apresentação é necessariamente simplificada. Por exemplo, a “convergência”, um processo descentralizado de desenvolvimento de normas por juízes nacionais que leva a métodos comuns de raciocínio e resultados semelhantes, é agrupado com a “implementação”, em que as constituições e os tribunais domésticos são vistos como locais para impor um corpo uniforme do direito internacional dos direitos humanos. Além disso, os modelos podem se sobrepor, e esses três podem não capturar alguns fenômenos, incluindo os papéis das constituições nacionais no desenvolvimento de princípios de escolha de leis em disputas multinacionais.

co” ou abordagens interpretativas<sup>16</sup>, esse modelo também pode ser visto nas constituições pós-Segunda Guerra Mundial que incorporam explicitamente o direito internacional como norma jurídica controladora.<sup>17</sup> A Constituição sul-africana exige explicitamente que o direito internacional seja levado em consideração na interpretação dos direitos constitucionais e autoriza especificamente seus tribunais a considerar o direito estrangeiro<sup>18</sup>, manifestando uma visão da constituição como um local para possível convergência com normas constitucionais transnacionais ou internacionais. Mesmo sem um mandato tão explícito, os tribunais em vários outros países recorrem ao direito estrangeiro ou internacional para orientação na resolução de questões constitucionais domésticas<sup>19</sup>.

---

16 Cf., e.g., David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004); David S. Law, *Generic Constitutional Law*, 89 MINN. L. REV. 652 (2005). Para uma discussão sobre o argumento de David Beatty, cf. Vicki C. Jackson, *Being Proportional About Proportionality*, 21 CONST. COMMENT. (2005).

17 Cf., e.g., Grundgesetz [GG] [Lei Básica] art. 25 (F.R.G.), traduzido em Press & Info. Office (F.R.G.), *Basic Law For The Federal Republic of Germany* (Christian Tomuschat & David P. Curry, trad., 1998) (tornando “as regras gerais do direito internacional... uma parte integrante do direito federal”, tendo “precedência sobre as leis e criando diretamente direitos e deveres” para os habitantes da Alemanha); ver também Kay Hailbronner, *Fifty Years of the Basic Law - Migration, Citizenship, and Asylum*, 53 SMU L. REV. 519, 521-22 (2000). Para uma descrição das constituições nacionais, incluindo as da Argentina e da Áustria, que conferem status constitucional específico aos tratados de direitos humanos, cf. Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 STAN. L. REV. 1863, 1891-95 (2003). Cf. Grondwet Ned. [Constituição] art. 91.3 (Neth.) (autorizando tratados inconsistentes com a constituição se aprovados por dois terços dos votos de ambas as câmaras dos Estados Gerais).

18 Constituição da África do Sul, 1996, art. 39(1)

19 Cf. Jackson, nota 7, em 292-302 & n. 108 (discutindo casos na Índia, Botsuana e Canadá referentes ao direito internacional ou estrangeiro na interpretação dos direitos constitucionais); cf. também: idem, 310 n.136 (observando os Princípios de Bangalore, que incentivam a interpretação, inclusive do direito constitucional, nos países da Commonwealth, à luz dos direitos humanos internacionais). A Carta de Direitos e Liberdades do Canadá só permite limitações de direitos se “demonstravelmente justificadas em uma sociedade livre e democrática”, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, §1º, Parte I, do *Constitution Act*, 1982 (Schedule B do Canada Act de 1982, c. II (U.K.)), e pode ser visto como autoridade implícita para considerar práticas constitucionais comparadas. Para outras análises, por juízes canadenses, da abordagem do Canadá como implementadora de obrigações internacionais de direitos humanos, cf. Knop, nota 2, em 514, 518. Até mesmo os Estados Unidos têm uma posição padrão para interpretar normas domésticas de acordo com o direito internacional. Cf. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804); cf. também *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

As constituições também podem fornecer uma base para resistência ou diferenciação de leis ou práticas estrangeiras.<sup>20</sup> Fora dos Estados Unidos, as disposições das constituições domésticas sobre a propriedade nacional ou o controle de recursos têm funcionado como base para resistir às pressões econômicas da globalização.<sup>21</sup> Dentro deste país, o federalismo tem sido apresentado como uma forma de resistir à constitucionalização das normas de direitos humanos derivadas de fontes transnacionais.<sup>22</sup> A posição do *Justice Scalia* é mais agressiva, por vezes demonstrando uma espécie de indiferença deliberada ao direito estrangeiro na interpretação<sup>23</sup> constitucional e insistindo que “a análise comparativa [é] inadequada à tarefa de interpretar uma constituição”.<sup>24</sup>

---

20 Cf., por exemplo, Sujit Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, 2 INT’L J. CONST. L. I (2004) (discutindo *Lochner* como um precedente negativo significativo no desenvolvimento constitucional canadense); Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT’L J. CONST. L. 296, 313-20 (2003) (argumentando que modelos estrangeiros “aversivos” influenciaram o direito constitucional dos EUA).

21 Por exemplo, em 1996, a Corte Constitucional colombiana considerou inconstitucionais dois tratados bilaterais de investimento. Cf. David Schneiderman, *Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism*, in REGULATION 501, 524-26 (Colin Scott ed., 2003) (observando também a emenda constitucional de 1999 como resposta parcial); cf. também *La Bugal-B’laan Tribal Ass’n v. Ramos*, G.R. n. 127.882, 421 S.C.R.A. 148 (27 de janeiro de 2004) (Phil.), disponível em <<http://www.supremecourt.gov.ph>> (invalidando uma lei que autorizava certos contratos de serviços com empresas estrangeiras sob uma disposição constitucional que proíbe o controle estrangeiro da produção de mineração), *rev’d on motion for reconsideration*, G.R. n. 127.882 (S.C. Dec. I, 2004) (Phil.), disponível em <<http://www.supremecourt.gov.ph>>. As tensões entre regimes econômicos transnacionais e constituições domésticas são evidentes em outros lugares, de maneiras relacionadas, mas distintas. Cf., e.g., Kim Lane Scheppele, *A Realpolitik Defense of Social Rights*, 82 TEX. L. REV. 1921, 1941-49 (2004) (descrevendo a rejeição do Tribunal Constitucional Húngaro de mudanças nas leis de bem-estar exigidas pelo Fundo Monetário Internacional); J.H.H. Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe’s Sonderweg*, in *The Federal Vision: Legitimacy and Nives of Governance in the United States and the European Union* 54, 63 (Kalypso Nicolaidis & Robert Howse eds., 2001) (descrevendo como os tribunais nacionais “ficaram à porta e defenderam as constituições nacionais contra a invasão ilícita de Bruxelas”).

22 Cf., e.g., *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 322 (2002) (Rehnquist, C.J., voto divergente); Nelson Lund & John O. McGinnis, *Lawrence v. Texas and Judicial Hubris*, 102 MICH. L. REV. 1555, 1599-1605 (2004).

23 Cf., e.g., *Atkins*, 536 U.S. at 347-48 (Scalia, J., voto divergente) (“Igualmente irrelevantes são as práticas da ‘comunidade mundial’, cujas noções de justiça são (felizmente) nem sempre as de nosso povo.”)

24 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 921 n. 11 (1997).

Terceiro, o direito constitucional pode ser entendido como um local de engajamento entre o direito interno e as fontes e práticas jurídicas internacionais ou estrangeiras. Nesta visão, os intérpretes da constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como presumivelmente a ser seguido. Entretanto, também não colocam antolhos que excluem as fontes e experiências jurídicas estrangeiras. As fontes transnacionais são vistas como interlocutoras, oferecendo uma forma de testar a compreensão das próprias tradições e possibilidades, examinando-as na reflexão dos outros.<sup>25</sup> O caso fundacional sobre a *judicial review* é ilustrativo: em *Marbury v. Madison*<sup>26</sup>, o caráter escrito da Constituição foi usado para diferenciar o governo dos EUA do da Grã-Bretanha e justificar a legitimidade da revisão judicial, a Corte também se baseou afirmativamente nas tradições britânicas de processar o Rei para definir a “essência da liberdade civil”.<sup>27</sup> Exemplos também podem ser vistos na legislação de outros países, incluindo casos canadenses que consideram cuidadosamente os casos da Primeira Emenda dos EUA, às vezes para distinguir e às vezes para concordar com suas conclusões.<sup>28</sup>

É esse terceiro modelo de comparação como engajamento ou interlocução que *Roper* ilustra. Tanto a maioria quanto o *Justice O'Connor* estavam dispostos a olhar para as leis e as práticas externas para questionar seu julgamento sobre se a punição é constitucionalmente desproporcional nos Estados Unidos, mas somente depois de considerar fatores mais importantes, incluindo a lei e a prática estaduais. Para o *Justice Kennedy*, a lei, a prática e o raciocínio jurídicos estrangeiros - embora

---

25 Para discussões úteis sobre o engajamento por meio da interpretação “dialógica”, cf. Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L. J. 819, 835-38, 855-65 (1999); e Sarah K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, 28 YALE J. INT’L. L. 409, 424-27, 437-39 (2003).

26 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

27 Cf. *idem* em 163, 176-78. Não obstante os relatos “genealógicos” ou “originalistas”, a invocação de *Marbury* da lei britânica - enfatizando a distinção entre governo limitado e ilimitado e a disponibilidade de alívio judicial contra o monarca - se assemelha mais a uma comparação contemporânea esclarecedora.

28 Compare *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, 743-44 (Can.) (concluindo que mesmo que as leis de discurso de ódio fossem inconstitucionais nos Estados Unidos, as leis do Canadá são permitidas em parte à luz do compromisso do Canadá com o multiculturalismo), com *United Food & Commercial Workers Local 1518 v. Kmart Can. Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, 1118-21 (Can.) (concordando com a distinção feita na lei da Primeira Emenda entre panfletagem e piquete). Para um caso sul-africano lidando com autoridades estrangeiras bastante divergentes, cf. *S v. Makwanyane* 1995 (6) BCLR 665 (CC) em 685-703 (S. Afr.) (considerando abordagens de jurisdições abolicionistas e retencionistas ao decidir sobre a constitucionalidade da pena de morte na África do Sul).



não “controladores”<sup>29</sup> - ajudaram a confirmar o julgamento da Corte baseado no peso das práticas estatais e em sua visão das capacidades morais dos adolescentes. O *Justice* O’Connor resistiu a qualquer divisão categórica entre a lei dos EUA e as correntes globais: “A compreensão em evolução desta nação sobre a dignidade humana certamente não está totalmente isolada nem inerentemente em desacordo com os valores prevalecentes em outros países”<sup>30</sup>. A lei estrangeira, no entanto, não afetou sua visão de que ainda não existia um consenso doméstico contra a pena de morte juvenil, nem a convenceu de que a pena de morte seria moralmente desproporcional para todos os jovens de dezessete anos.<sup>31</sup> Cada um desses *Justices* preservou uma metodologia da Oitava Emenda, na qual a lei e as práticas dos estados ocupavam o primeiro lugar na análise – não uma postura conducente a um compromisso de convergência com normas internacionais ou transnacionais.<sup>32</sup>

---

29 Roper, 125 S. Ct. em 1198.

30 Idem em 1215-16 (O’Connor, J., voto divergente); cf. também idem em 1216 (“[Um] consenso internacional... pode servir para confirmar a razoabilidade de um consenso americano consonante e genuíno.”).

31 Idem em 1214. A decisão dela de votar pela manutenção da lei estadual refletiu sua confiança na capacidade de determinação de culpabilidade da “sentença individualizada”. Idem.

32 Mas cf. Ernest A. Young, *The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 153-56 (2005) (argumentando que a Corte utilizou jurisdições estrangeiras para “expandir [...] o denominador” pelo qual um consenso foi determinado). Um modelo matemático simples não captura o processo de julgamento da Corte. A Corte primeiro analisou como o peso da lei estadual se comparava com aquele em *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), como o peso da autoridade tinha mudado desde *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), e as práticas reais dos Estados na imposição da pena de morte a delinquentes juvenis. Cf. Roper, 125 S. Ct. em 1192-94, A, em 1200-02 (análise de cinquenta estados). Em seguida, discutiu o status moral dos jovens, observando a capacidade mais limitada dos adolescentes de controlar seus impulsos e de resistir às más influências, bem como a fase ainda formativa de seu desenvolvimento pessoal, para concluir que é improvável que estejam entre os “piores infratores”, com “extrema culpa”, para quem a pena de morte é proporcional. Cf. idem em 1194-98. Análises adicionais das leis dos cinquenta estados sobre o casamento, o voto e a idade para prestar serviço ao júri, idem, B-D, em 1202-05, apoiaram os dezoito anos como uma idade apropriada de maturidade legal. Reconhecendo que um jovem excepcional pode ter a maturidade necessária para ser classificado entre os piores infratores, a Corte considerou que a avaliação individualizada representava um risco muito grande de que a hediondez do crime sobrecarregasse erroneamente a consideração da juventude na mitigação. Idem em 1197. Somente após discutir esses fatores, a Corte abordou o direito estrangeiro e internacional. Embora o peso do direito estrangeiro pudesse ter levado alguns a um novo pensamento, a estrutura do argumento da Corte apoiou sua descrição do uso do direito estrangeiro como confirmatório, em vez de parte integrante de sua análise.

## B. EM DEFESA DO ENGAJAMENTO

O compromisso com o direito estrangeiro e internacional, em um espírito de investigação e de abertura para melhores entendimentos<sup>33</sup>, é consistente com o que David Strauss descreveu como o método de interpretação constitucional do *common law*, restringido pelos limites do texto constitucional e das práticas interpretativas anteriores<sup>34</sup> e por uma hesitação, mais importante em casos constitucionais, para interferir na tomada de decisões democráticas. O engajamento com fontes jurídicas transnacionais pode questionar a compreensão de nossa própria Constituição de várias maneiras, três das quais discuto aqui.<sup>35</sup>

Em primeiro lugar, na medida em que os sistemas constitucionais desempenham funções semelhantes, podem surgir preocupações similares sobre as consequências das escolhas interpretativas.<sup>36</sup> Se mais de uma interpretação da Constituição for plausível a partir de fontes legais domésticas<sup>37</sup>, as abordagens adotadas em outros países podem fornecer informações empíricas úteis para decidir qual interpretação funcionará melhor nessa situação.<sup>38</sup> Certamente, há questões difíceis

---

33 Cf. H. Patrick Glenn, *Persuasive Authority*, 32 MCGILL L. J. 261, 263, 287-88 (1987) (conectando a abertura à autoridade persuasiva com a ideia do direito como inquérito).

34 Cf. David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1996) (argumentando que a interpretação legítima não deve ser vista como uma busca por uma única fonte autorizada, mas como fundamentada em entendimentos que evoluem, por meio de decisões racionais no método do *common law*, ao longo do tempo). A batalha sobre referências estrangeiras é em parte sobre a teoria interpretativa, cf., e.g., Roger P. Alford, *In Search of a Theory for Constitutional Comparativism*, 52 UCLA L. REV. 639 (2005), um tópico extenso que não pode ser totalmente abordado neste espaço.

35 Para discussões adicionais, cf. Jackson, nota 7, em 320-24, 347-51.

36 Cf. Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225, 1238-65 (1999).

37 Cf. também Jeremy Waldron, *The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 HARV. L. REV. 129, 140 (ênfatisando a importância de uma questão ser “aberta”). Diferenças textuais e históricas entre as constituições podem excluir certas abordagens. Um grande júri pode não representar a “melhor” abordagem para a investigação criminal preliminar, mas é exigido pelo texto constitucional em certos casos federais.

38 Cf. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 977 (1997) (Breyer, J., voto divergente); cf. também, e.g., *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 117, 125-26 & n.27 (1942) (observando que outras três grandes nações exportadoras de trigo - Canadá, Austrália e Argentina - eram sistemas federais, e em cada uma delas o governo nacional controlava a regulamentação do trigo); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 440 (1964) (White, J., voto divergente) (“Nenhum outro país civilizado considerou necessária uma regra tão rígida... [e] o executivo de nenhum outro governo parece exigir tal isolamento das decisões do direito internacional em seus tribunais...”).

de comparabilidade ao tirar conclusões sobre os efeitos nos Estados Unidos de uma regra aplicada em outro lugar.<sup>39</sup> Por exemplo, a sugestão do *Justice* Breyer em *Printz v. Estados Unidos*<sup>40</sup> de que a experiência federal europeia apoiava a constitucionalidade do *federal commandeering* [nos Estados Unidos, o termo se refere às ações do governo federal que poderiam forçar um governo estadual a tomar alguma ação que não tomaria de forma voluntária] não discutiu as diferenças significativas entre o federalismo americano e o alemão, tornando as comparações diretas muito mais complexas.<sup>41</sup> No entanto, a experiência de países comparáveis oferece informações potencialmente úteis.

Em segundo lugar, as comparações podem esclarecer o funcionamento específico do sistema de cada um. Tribunais constitucionais estrangeiros às vezes consideram a jurisprudência dos EUA, mas se recusam a segui-la,<sup>42</sup> demonstrando que o engajamento com a lei estrangeira não precisa levar à sua adoção. Nossa Corte, não menos que outras, pode fazer tais distinções.<sup>43</sup> Considerar as questões que outros sistemas colocam pode aguçar a compreensão de como somos diferentes.<sup>44</sup> O Canadá, por exemplo, manteve seu estatuto de discurso de ódio usando um ra-

---

39 Sobre os limites do funcionalismo comparado, incluindo o problema das “variáveis omitidas”, cf. Tushnet, nota 34, em 1265-69.

40 5211 U.S. 898, 976-77 (Breyer, J., voto divergente).

41 Cf. Vicki C. Jackson, *Narratives of Federalism Of Continuities and Comparative Constitutional Experience*, 51 DUKE L. J. 223, 269-70 (2001) (destacando que a câmara alta da legislatura alemã é composta por membros dos governos subnacionais); cf. também Daniel Halberstam, *Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems*, 90 VA. L. REV. 731, 819-20 (2004).

42 Cf., e.g., *Lavigne v. Ont. Pub. Serv. Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, 256-58 (Can.) (voto de Wilson, J.); *Amalgamated Soc’y of Eng’rs v. Adelaide S.S. Co.* (1920) 28 C.L.R. 129, 146-48 (Austl.).

43 Cf., e.g., *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811, 828 (1997) (observando que os tribunais constitucionais europeus podem ouvir casos apresentados por legisladores para contestar leis, enquanto sustentam que os membros do Congresso não têm legitimidade para contestar a *Line Item Veto Act*).

44 Cf., e.g., *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 593-94, 597-610, 613-14 (1952) (Frankfurter, J., voto concorrente) (implicitamente distinguindo a Constituição, com sua insistência na separação de poderes e na criação de leis pelo legislativo, das ditaduras fascistas). Como observa Kim Scheppele, “a Alemanha nazista e a União Soviética tornaram-se pontos de referência irresistíveis para a Suprema Corte... em muitos contextos doutrinários”. Scheppele, nota 18, em 313; cf. também, e.g., Richard A. Primus, *The American Language of Rights 177-247* (1999).

ciocínio altamente contextualizado;<sup>45</sup> uma comparação ponderada pode considerar-se uma política mais ampla e com uma justiça criminal mais descentralizada, como a dos Estados Unidos, beneficiaria-se de uma doutrina mais formalista para proteger o discurso.<sup>46</sup>

Terceiro, fontes jurídicas estrangeiras ou internacionais podem esclarecer dimensões “suprapositivas” dos direitos constitucionais,<sup>47</sup> como quando o texto ou a doutrina constitucional exige julgamentos contemporâneos sobre uma qualidade de ação ou a liberdade - a “razoabilidade” de uma busca, a “crueldade” de uma punição. Muitas constituições modernas incluem direitos individuais que protegem valores semelhantes em um nível abstrato, muitas vezes inspirados em textos de direitos humanos.<sup>48</sup> Tais direitos, embora incorporados em constituições nacionais específicas, têm aspectos “universais”, refletindo “a inescapável ubiquidade dos seres humanos como uma preocupação central” para qualquer sistema jurídico e as-

---

45 Cf. Kent Greenawalt, *Free Speech in the United States and Canada*, LAW & CONTEMP. PROBS., Winter 1992, em 5, 15-25 (contrastando a análise de proporcionalidade “nuançada, contextualizada” do Canadá em casos de liberdade de expressão com normas mais categóricas dos EUA, como aquelas que proíbem a regulação baseada em conteúdo [contente-based regulation]).

46 Para uma explicação sobre por que regras formais e categóricas podem resultar em decisões mais corretas, uma vez que os riscos de erro de padrões mais sutis implementados por tomadores de decisão descentralizados são levados em consideração, cf. Frederick Schauer, Formalism, 97 YALE L. J. 509, 538-44 (1988). Cf. também Mark Tushnet, *Transnational/Domestic Constitutional Law*, 37 LOY. L. A. L. REV. 239, 259 (2003) (sugerindo que a descentralização da acusação torna a regulação do discurso de ódio mais perigosa nos Estados Unidos do que no Canadá).

47 Neuman, nota 15, em 1866-72 (descrevendo como os direitos constitucionais têm aspectos “suprapositivos”, “consensuais” e “institucionais”). A controvérsia sobre os usos “normativos” do direito estrangeiro pode refletir uma crítica mais geral da normatividade judicial, mas as considerações de justiça, operando dentro de outras restrições interpretativas, fazem parte do desenvolvimento constitucional do *common law*. Cf. Strauss, nota 32, em 900-02.

48 Ao contrário de algumas constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, a dos EUA não se “alinha” explicitamente com os textos modernos de direitos humanos, cf. Gerald L. Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, 98 AM. J. INT’L L. 82, 86 (2004), e a profundidade da jurisprudência norte-americana existente também pode diminuir o benefício relativo de recorrer ao direito transnacional, cf. Christopher McCrudden, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 499, 523-24 (2000). No entanto, dada a influência dos EUA nos textos de direitos humanos e no direito constitucional estrangeiro, há entendimentos sobrepostos de “conceitos como liberdade, igualdade e privacidade” que fornecem alguma base para iluminação comparativa. Cf. Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AM. J. INT’L L. 43, 54 (2004).

pirações generalizadas (embora não universais) de que a lei restrinja o tratamento governamental dos indivíduos.<sup>49</sup>

### C. COMPROMISSOS ÉTICOS, JULGAMENTOS TRANSPARENTES

Olhar para a lei estrangeira também pode melhorar a tomada de decisões judiciais, expandindo as oportunidades de engajamento ético com os pontos de vista daqueles que têm responsabilidades equivalentes e aspiram a uma imparcialidade semelhante.<sup>50</sup> Juízes dos EUA são eticamente obrigados a evitar discutir casos pendentes de julgamento com pessoas externas<sup>51</sup>, um isolamento que é particularmente importante para juízes em um tribunal de última instância. Tais regras éticas refletem aspirações por decisões baseadas em visões imparciais e fundamentadas dos juízes sobre a melhor compreensão do direito. Alcançar esse entendimento pode exigir que um juiz se distancie de suas primeiras reações, testando-as quanto ao preconceito e submetendo-as a um interrogatório fundamentado.<sup>52</sup> Olhar para decisões de tribunais

---

49 Jackson, nota 39, em 272 n. 2007; cf. também Donald P. Kommers, *The Value of Comparative Constitutional Law*, 9 J. MARSHALL J. PRAC. & PROC. 685, 691-94 (1976) (argumentando que alguns dispositivos constitucionais refletem valores “universais” passíveis de serem iluminados pelos pontos de vista de outros tribunais); cf. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 29 (1905) (observando as limitações sobre “a autoridade de qualquer governo humano, especialmente de qualquer governo livre existente sob uma constituição escrita, para interferir” na autonomia individual).

50 Cf. Neuman, nota 46, em 88 (observando que “um argumento que já se provou persuasivo para um órgão imparcial responsável por encontrar um equilíbrio entre as reivindicações de ordem e liberdade” pode ser mais persuasivo para os tribunais do que a “advocacia interesseira” ou a “especulação normativa”).

51 Cf., e.g., ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 3(B)(7) & cmt. (2003) (proibindo: comunicações ex parte, inclusive com professores de direito ou outros especialistas, ausência de aviso às partes e oportunidade de manifestação).

52 Ler as petições das partes e as decisões dos tribunais de instâncias inferiores e discutir questões com os próprios assessores são partes importantes desse processo. Mas eles não equivalem a se envolver em igualdade com outros que carregam um peso semelhante de decisão. Vinculadas como são pelas decisões passadas da Corte, as cortes supremas estaduais podem ser mais limitadas para explorar novas questões constitucionais difíceis do que as cortes constitucionais de países estrangeiros. Cf. Gil Carlos Rodriguez Iglesias, *The Judge Confronts Himself as Judge*, em *Judges In Contemporary Democracy: An International Conversation* 275, 277 (Robert Badinter & Stephen Breyer eds., 2004) (“A questão essencial é ... o grau em que um magistrado tem liberdade de escolha. Nesse aspecto, a posição de um juiz dentro de uma hierarquia, na qual as partes podem obter revisões por meio de recursos, difere da de um juiz de uma corte suprema.” (grifos omitidos)). E as oportunidades de intercâmbio dentro da Corte são limitadas, entre outras razões, pelo pequeno número de Magistrados.

constitucionais estrangeiros pode ser um substituto intelectual parcial para a conversa, um teste externo que pode ser particularmente útil nas escolhas mais controversas e aparentemente carregadas de valor. A comparação reflexiva, então, pode oferecer a esperança de mais imparcialidade, em vez de menos, visto que os juízes usam decisões estrangeiras como forma de se distanciar e verificar suas próprias reações iniciais.<sup>53</sup>

A comparação hoje é inevitável. É quase impossível ser um juiz ou advogado bem-informado atualmente sem ter impressões sobre as leis e a governança de outros países que não o seu.<sup>54</sup> Essas impressões, que podem influenciar as visões do constitucionalismo norte-americano, podem estar incorretas ou sujeitas às contestações interpretativas. Referências abertas ao que os juízes acreditam sobre outros países frequentemente oferecem uma transparência útil.<sup>55</sup> Uma sequência recente de decisões fornece um exemplo. O voto concordante do *Chief Justice* Burger em *Bowers v. Hardwick*<sup>56</sup> inferiu que a sodomia homossexual era universalmente condenada na civilização ocidental.<sup>57</sup> Lawrence respondeu observando que, antes de *Bowers*, a Corte Europeia de Direitos Humanos havia considerado que tal proibição

---

53 As comparações reflexivas podem “desafiar as suposições de que as formas existentes de proceder são ‘necessárias’ ou ‘naturais’”. Jackson, nota 7, p. 347; cf Jennifer Nedelsky, *Communities of Judgment and Human Rights* 25 (2 de fevereiro de 2004) (manuscrito não publicado, disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard) (observando que as comunidades de julgamento ajudam a “mitigar o efeito das próprias idiossincrasias [de um juiz]”).

54 Cf. Michael Kirby, Magistrado, Suprema Corte da Austrália, *Grotius Lecture no Annual Meeting of the American Society of International Law: International Law - The Impact on National Constitutions* 40 (29 de março de 2005) (transcrição disponível em <<http://www.asil.org/pdfs/kirbygrotiuso5o4oI.pdf>>) (observando que “a questão real não é se as fontes [internacionais e estrangeiras] vão orientar” as decisões, já que é inevitável, mas se os “juízes devem revelar - e estar prontos para debater” suas opiniões).

55 A prudência pode aconselhar moderação na discussão de materiais estrangeiros, mesmo que sejam levados em consideração. Cf. Judith Resnik, *Law’s Migration: From Shelley v. Kraemer to CEDAW and Kyoto-American Exceptionalism, Silent Dialogue, and Federalism’s Multiple Ports of Entry*, 115 YALE L. J. (2005) (disponível na biblioteca da Harvard Law School) (observando o diálogo silencioso com a transnacional em face da reação política); cf. também Jackson, nota 7, em 324 & n.193; cf. Carlos F. Rosenkrantz, *Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, 1 INT’L J. CONST. L. 269, 292-94 (2003) (argumentando que o uso da lei estrangeira deve ser evitado, pois prejudica a acessibilidade e dificulta o desenvolvimento da cultura constitucional do Estado de Direito). No entanto, se estiverem ausentes circunstâncias especiais, a franqueza deve ser preferida, porque dar razões, submetendo assim a análise ao escrutínio racional, é uma das restrições mais importantes ao julgar. Cf., por exemplo, David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731, 736-38, 750 (1987).

56 478 U.S. 186 (1986).

57 Cf. idem em 196-97 (Burger, C.J., voto concorrente).

violava a Convenção Europeia.<sup>58</sup> Essa sequência sugere que as comparações com o que os juízes acham que sabem sobre outros sistemas são inevitáveis e ilustra que referências abertas podem ser uma forma de responsabilização, permitindo a correção de erros.

#### D. REJEITANDO A RESISTÊNCIA

O Modelo de Resistência, por outro lado, oferece menos espaço para revelar ou corrigir erros. Embora seus proponentes levantem importantes preocupações sobre a legitimidade democrática e a discricionariedade judicial, essas envolvem questões maiores sobre interpretação constitucional e não devem impedir o uso cauteloso do material comparativo.

Os usos empíricos ou funcionais do direito estrangeiro, embora levantem questões difíceis de comparabilidade, não apresentam sérias questões de legitimidade. Embora o *Justice* Scalia se opusesse às referências dos votos dissidentes de *Printz* aos federalismos estrangeiros, três anos antes o *Justice* Scalia, de forma muito similar, invocou informações empíricas sobre o funcionamento de outras democracias - como um argumento funcional para apoiar a constitucionalidade de uma lei contestada.<sup>59</sup> Se a experiência jurídica comparada é relevante para apoiar a constitucionalidade de uma lei contestada, ela não pode logicamente ser excluída da consideração em casos que vão em sentido contrário<sup>60</sup> - mas razões relacionadas ao papel de um juiz em uma democracia constitucional podem exigir maior certeza de todas as fontes antes de declarar uma lei inconstitucional.

Alguns autores argumentam que a referência ao direito estrangeiro para uma visão substantiva sobre questões constitucionais contestadas é inconsistente com o caráter democraticamente “autoconcedido” de nossa Constituição.<sup>61</sup> Este argumen-

---

58 *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2481 (2003).

59 Cf. *McIntyre v. Ohio Elections Comm’n*, 514 U.S. 334, 381 (1995) (Scalia, J., voto divergente) (observando práticas de outras democracias como suporte para reconhecer a constitucionalidade de uma lei estadual que proíbe a cobrança anônima); cf. *Schriro v. Summerlin*, 124 S. Ct. 2519, 2525 (2004) (Scalia, J.) (baseando-se em parte na “recepção mista” do julgamento por júri em outros países para decidir que o habeas corpus não estava disponível por violação anterior de uma “nova regra”).

60 Mas cf. Mary Ann Glendon, Op-Ed., *Judicial Tourism*, WALLST. J., 16 de setembro de 2005, em A14 (distinguindo as referências ao direito estrangeiro nas decisões que confirmam a constitucionalidade de normas a partir dessas referências em decisões que invalidam uma lei).

61 Cf., por exemplo, Kenneth Anderson, *Foreign Law and the U.S. Constitution*, POL’Y REV., Junho-Julho 2005, em 33,48; cf. também Jed Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 2006 (2004) (“[A] Constituição dos EUA deveria refletir nossos próprios

to desvirtua a origem da legitimidade da Constituição e as tradições interpretativas em que se baseia. A Constituição é nossa porque muitas gerações assim a tornaram, através de um processo complexo que começa com a adoção do texto original e das emendas, mas envolve camadas de contestação e interpretação - incluindo interações prévias com ideias e práticas compartilhadas por comunidades transnacionais - que moldam seu significado ao longo do tempo.<sup>62</sup> A Constituição não veio para proteger a igualdade para mulheres e minorias raciais simplesmente porque foi “autoconcedida” em 1789, 1868 ou 1920, mas por causa de disputas continuadas sobre seu significado.<sup>63</sup>

Uma vertente importante de nossa identidade constitucional nacional é a crença de que os Estados Unidos deveriam liderar a proteção dos direitos individuais que possuem raízes na Constituição norte-americana. *Miranda v. Arizona*<sup>64</sup> articulou claramente essa visão. Depois de discutir as regras para interrogar suspeitos na Inglaterra, Escócia, Índia e Ceilão, o Tribunal escreveu:

---

compromissos jurídicos e políticos fundamentais – e não um conjunto de compromissos que todas as nações civilizadas devem compartilhar. É a autoadoção da Constituição, não a sua universalidade, que lhe confere autoridade como lei.”); cf. Paul W. Kahn, *Comparative Constitutionalism in a New Key*, 101 MICH. L. REV. 2677, 2699-2700 (2003) (sugerindo que a cultura constitucional dos EUA está mais preocupada com a “vontade” e a “legitimidade” do que com a “razão” ou a “justiça”).

62 Cf. Jackson, nota 7, em 337 n. 231-33 (descrevendo o caráter transnacional do movimento das mulheres que levou à adoção da Décima Nona Emenda); cf. também Roper, 125 S. Ct. em 1215-16 (O'Connor, J., voto divergente). A estrutura constitucional, incluindo as provisões de maioria absoluta para emendas do Artigo V, não foi produto de um processo que atendessem aos padrões contemporâneos de igualdade e democracia. Cf. Jackson, nota 7, em 330-41. Portanto, não é surpreendente que as minorias raciais e as mulheres tenham utilizado recursos tanto transnacionais quanto domésticos em suas lutas constitucionais pela igualdade. Cf. Resnik, nota 53 (manuscrito em 15, 19) (argumentando que tanto os direitos civis quanto os movimentos das mulheres devem ser entendidos como “parte de um esforço global” e que não há como “conter as correntes de pensamento que produzem direitos que... não respeitam as linhas que as pessoas traçam pelos territórios”).

63 Cf. Resnik, nota 53; cf. também Mary L. Dudziak, *Cold War Civil Rights* 79-114 (2000); John Fabian Witt, *Crystal Eastman and the Internationalist Beginnings of American Civil Liberties*, 54 DUKE L. J. 705, 709-11, 731-42, 746-50 (2004). Para uma discussão sobre como a linguagem da “dignidade humana” entrou no discurso constitucional dos EUA como parte de uma reação jurídica transnacional ao nazismo e ao stalinismo, cf. Judith Resnik & Julie Chi-hye Suk, *Adding Insult to Injury: Questioning the Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty*, 55 STAN. L. REV. 1921, 1934-39 (2003).

64 384 U.S. 436 (1966).



As condições de aplicação da lei em nosso país são suficientemente semelhantes para permitir referência a essa experiência como garantia de que a ilegalidade não resultará de alertar um indivíduo sobre os seus direitos ou de permitir que ele os exerça. *Além disso, é consistente com o nosso sistema legal que concedamos a esses direitos pelo menos a mesma proteção dada nas jurisdições descritas.* Lidamos em nosso país com direitos fundamentados em uma exigência específica da Quinta Emenda da Constituição, enquanto outras jurisdições chegaram a suas conclusões com base em princípios de justiça não tão especificamente definidos.<sup>65</sup>

Quando um juiz considera útil a prática ou o raciocínio estrangeiro em uma questão constitucional e se refere a ela, ele age como um juiz dos EUA, tentando dar a melhor interpretação à Constituição norte-americana.<sup>66</sup> Certamente, como Gerald Neuman elegantemente observou, mesmo direitos com significados aparentemente “suprapositivos” também podem ter aspectos especificamente nacionais, em seus mecanismos de aplicação e em seus textos particulares.<sup>67</sup> Aprender com as decisões de outros lugares, portanto, é sempre limitado pela necessidade de estar atento às diferenças institucionais e outras diferenças contextuais. Entretanto, a resistência absoluta em considerar o direito estrangeiro na definição daquelas proteções constitucionais destinadas a proteger aspectos da liberdade e dignidade humana que transcendem as fronteiras nacionais não pode ser justificada à luz da história complexa e dos componentes universalistas de nossa Constituição.

Os críticos também argumentam que recorrer ao direito estrangeiro ou internacional, especialmente para esclarecer aspectos substantivos dos direitos, expande

---

65 Idem em 489-90 (grifos acrescentados); cf *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 672-74 (1984) (O'Connor, J., voto parcialmente concorrente e parcialmente divergente)(discutindo o uso da lei estrangeira por *Miranda*). Não obstante a excepcionalidade da declaração acima citada, ela é uma que questiona os entendimentos da lei norte-americana ao se referir às práticas de regimes estrangeiros, uma postura que contrasta com a análise de Rubinfeld, nota 59, em 2006. Cf. também *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 562 (1896) (Harlan, J., voto divergente) (“Nós nos orgulhamos da liberdade desfrutada pelo nosso povo acima de todos os outros povos.”).

66 Cf. Tushnet, nota 44, em 257-67. A distinção entre autoridade vinculante e persuasiva se baseia em objeções da legitimidade democrática: qualquer que seja seu valor persuasivo, a lei estrangeira não é vinculante e não tem a mesma autoridade que os próprios precedentes da Corte.

67 Neuman, nota 15, em 1876-77. A regra de exclusão, por exemplo, pode ser vista como um remédio específico para violações de direito. Mas (1979) (Rehnquist, J., em voto que diverge quanto ao *denial of stay*) (pedindo reconsideração da regra de exclusão e observando que nenhum outro país exclui “mecanicamente” evidências confiáveis).

ilegitimamente a discricionariedade judicial.<sup>68</sup> Porém, a interpretação constitucional em nossa tradição de *commom law* já envolve considerações de múltiplas fontes interpretativas, incluindo texto, intenção, precedente, história, estrutura, valores e consequências pragmáticas.<sup>69</sup> Quando as fontes interpretativas domésticas se alinham, a lei estrangeira ou internacional não levará os juízes dos EUA a um resultado diferente. Quando as fontes internas são mais ambíguas ou contestadas, a reflexão disciplinada dos juízes sobre o direito estrangeiro não expande a discricionariedade, mas sim fornece uma perspectiva sobre a melhor resolução dentro do que é plausível no constitucionalismo norte-americano.<sup>70</sup>

---

68 Cf., e.g., Joan L. Larson, *Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization": Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, 65 OHIO ST. L. J. 1283, 1303-26 (2004) (não encontrando justificativa para o uso de lei estrangeira na "apuração de fatos morais" e argumentando que tal uso amplia a discricionariedade judicial contramajoritária); Cf. também *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2495 (2003) (Scalia, J., voto divergente) (condenando o Tribunal por "impor mentalidade, modismos ou modas estrangeiras" (citando *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990, 990 (2002) (Thomas, J., em voto que concorre em negar o certiorari))). Os casos mais "moralmente" controversos geralmente são genuinamente "difíceis". Não é de se surpreender que os magistrados leiam de forma particularmente ampla sobre tais questões; de fato, isso pode ser especialmente útil. Cf. Jackson, nota 7, em 320-21. Nesses casos, no entanto, a tensão entre o silêncio prudente e a discussão fundamentada também pode ser especialmente aguda. Cf. nota 53.

69 Cf. Richard H. Fallon, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 HARV. L. REV. 1189 (1987); Strauss, nota 32; cf. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 531 (1884) (sugerindo que a interpretação da cláusula do devido processo legal não deve "excluir as melhores ideias de todos os sistemas e de todas as épocas"). As possibilidades interpretativas são limitadas pela necessidade do magistrado de testar as percepções da lei estrangeira dentro do contexto da lei dos EUA e as fontes mais confiáveis.

70 Cf. Jackson, nota 7, em 342-43; supra p. 118-19 (sobre a capacidade do comparativismo de verificar instintos acrícos). Uma estratégia para desacreditar referências a leis estrangeiras é associar o seu uso a resultados infames ou divisivos, como em *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Cf., por exemplo, Roger P. Alford, *Misusing International Sources To Interpret the Constitution*, 98 AM. J. INT'L L. 57, 69 e n. 94 (2004). O que o voto do *Chief-Justice* Taney em *Dred Scott* ilustra é, entre outras coisas, o perigo do originalismo rígido e não da confiança na lei estrangeira. Cf. *Dred Scott*, 60 U.S. (19 How.) em 407-12, 424, 426 (argumentando que os "olhos e pensamentos" originais daqueles que escreveram a Declaração de Independência e a Constituição, como em outros países "civilizados" à época da Promulgação da Constituição, excluíram os "afrodescendentes" da política; e descartando a ideia de que "qualquer mudança na opinião pública ... nas nações civilizadas da Europa ou neste país" deveria levar a uma mudança no entendimento da Constituição). Os dois votos divergentes fizeram uso da autoridade estrangeira contemporânea para contestar as conclusões de Taney. Cf., por exemplo, idem em 534-35 (McLean, J., voto divergente) ("Nenhuma nação na Europa ... considera a obrigação de

## E. CONVERGÊNCIA E “NOSSA CONSTITUIÇÃO”

Ao mesmo tempo, uma importante fonte de legitimidade da Constituição e, portanto, da *judicial review*, é nossa experiência dela como nossa. Para manter a legitimidade, as decisões judiciais que interpretam a Constituição devem ser, e ser vistas como, baseadas nas tradições interpretativas dos EUA. O direito estrangeiro não pode, por si só, representar o que está “profundamente enraizado na história e na tradição desta Nação”,<sup>71</sup> embora possa colocar questões ou fornecer informações que ajudem os juízes a determinar o que de fato está. Na ausência de um claro compromisso constitucional com a convergência (como pode existir em outros lugares), proceder como se a Constituição fosse simplesmente um local para a implementação de normas transnacionais, seria difícil de se justificar. A presunção de que a lei estatutária seja interpretada de acordo com o direito internacional<sup>72</sup>, por exemplo, tem um respaldo considerável: a própria Constituição foi concebida em parte para permitir um melhor cumprimento de nossas obrigações internacionais. Mas, como ferramenta de interpretação constitucional, uma presunção generalizada de convergência com o direito estrangeiro e internacional não vinculativo é inconsistente com a gama de propósitos constitucionais e com as práticas interpretativas existentes.<sup>73</sup>

As constituições funcionam tanto interna como externamente. Elas empoderam e restringem os governos; facilitam o autogoverno democrático; expressam valores nacionais e autocompreensão; e incorporam compromissos e acordos historicamente específicos. Elas também estabelecem a identidade e o status da nação em uma comunidade de nações. Os benefícios de se interpretar o direito interno de acordo com nossos tratados e com o direito internacional consuetudinário incluem promover o respeito pelo direito internacional e influenciar o conteúdo das normas

---

devolver ao seu mestre um escravo fugitivo, sob a lei civil ou a lei das nações.”); idem em 591-92 (Curtis, J., voto divergente) (discutindo diferentes leis estrangeiras sobre escravidão, incluindo a lei britânica, francesa e prussiana).

71 *Moore v. City of E. Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977) (opinião pluralista), citado por Lawrence, 123 S. Ct. em 2489 (Scalia, J., voto divergente). Ao contrário do uso posterior da frase pelo *Justice* Scalia, a referência do *Justice* Powell em *Moore* coexistiu com pontos de referência mais amplos, incluindo “civilização ocidental”. Cf. idem em 503 n. 10-12.

72 Cf. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

73 A convergência, mesmo com respeito ao direito internacional, pode ser impraticável em qualquer caso. Cf. Knop, nota 2, em 507, 525-31 (argumentando que o direito internacional é “multivocal” e será interpretado de forma distinta em diferentes países).

consuetudinárias do direito internacional.<sup>74</sup> E quando a Constituição dos EUA se compromete com uma norma específica – como a proibição de punições cruéis e incomuns – nosso entendimento dessa norma doméstica pode se beneficiar ao considerar materiais transnacionais.<sup>75</sup> Porém, alguns propósitos constitucionais, incluindo a implementação de compromissos históricos específicos, são incompatíveis com um Modelo de Convergência generalizado.

Atualmente, o Modelo de Engajamento apresenta a maior promessa de ser uma abordagem utilizável para o direito transnacional na interpretação constitucional dos EUA. Ele permite convergências e divergências, mas, diferentemente de outros modelos, faz isso de forma imparcial, permitindo influências mais diferenciadas do direito estrangeiro e internacional em um quadro essencialmente interlocutório.<sup>76</sup> Ele concentra a atenção onde ela pertence, no significado da Constituição dos EUA, mas não pretende exigir cegueira intelectual para o mundo jurídico transnacional em que nossa Constituição funciona.<sup>77</sup>

---

74 Cf. Jackson, nota 7, em 313-14. Pelo menos alguns desses benefícios podem resultar da consideração de leis estrangeiras e internacionais não vinculantes no Modelo de Engajamento.

75 Cf. Koh, nota 46, em 45-46 (observando os usos do direito internacional na interpretação constitucional em situações envolvendo “regras paralelas” ou “normas comunitárias”). O termo “incomum” na Oitava Emenda pode fornecer suporte textual para uma abordagem de “convergência” - mas a Corte, em *Roper*, não argumentou isso. De maneira mais geral, o debate nos EUA tem sido “menos sobre se os tribunais devem considerar uma autoridade transnacional não vinculante do que se é permitido fazê-lo”. Jackson, nota 7, em 324-25.

76 Consulte se *Lawrence* exemplifica uma abordagem de convergência ou engajamento. Cf. Anderson, nota 59, p. 41 (argumentando que o comparativismo constitucional, embora defendido “apenas como um meio de adquirir informação racionalmente”, é “algo mais passionalmente normativo”); Michael D. Ramsey, *International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence*, 98 AM. J. INT’L L. 69, 73-74 (2004) (criticando Lawrence por não notar distinções entre o contexto jurídico europeu e o norte-americano). O principal uso do direito estrangeiro por *Lawrence* era para desafiar suposições anteriores sobre o direito europeu, mas a Corte também escreveu de forma mais normativa. Cf. Lawrence, 123 S. Ct. em 2483. Se *Lawrence* fosse lido para sugerir que decisões estrangeiras poderiam estabelecer uma presunção contra a constitucionalidade das leis dos Estados Unidos, ele se moveria em direção à convergência; eu não vejo *Lawrence* como estabelecendo tal padrão, mas sim como achando a lei europeia útil para confirmar a análise da Corte sobre referida questão na lei dos EUA. Cf. Neuman, nota 46, em 900.

77 Cf. Neuman, nota 46, em 87 (observando que na economia moderna “o gozo efetivo das liberdades depende muitas vezes da sobreposição das leis de vários países”).

## II. ENGAJAMENTO, PADRÕES DE INQUÉRITO E ROPER

Ver as constituições como locais de engajamento com o direito estrangeiro e internacional contempla o desenvolvimento de padrões de inquérito. Embora uma análise minuciosa esteja além do escopo deste artigo, o que se segue são alguns pensamentos preliminares sobre esses padrões e sua aplicação em *Roper*.

Primeiro, a legitimidade de recorrer à experiência estrangeira varia de acordo com a questão, dependendo da especificidade e da história de nosso texto constitucional, do grau em que a questão é genuinamente não resolvida, e da força de outras fontes interpretativas. Qualquer que seja a prática estrangeira, a Constituição dos EUA exige um *grand jury* para processos federais; em contraste, o texto da Oitava Emenda convida à comparação com outros países, como sugere sua jurisprudência mais antiga, e alguns termos constitucionais, como “tratado” ou “guerra”, podem exigir consideração da prática internacional.

Segundo, o valor persuasivo de uma fonte estrangeira dependerá de uma combinação de seu raciocínio, da comparabilidade dos contextos e de sua origem institucional. Pode ser importante se a fonte é uma decisão judicial sobre uma questão constitucional, uma norma internacional, ou uma lei ordinária ou prática governamental.<sup>78</sup> Algumas normas internacionais são de caráter mais aspiracional do que executável, mas o Tribunal deve proferir sentenças aplicáveis (*enforceable judgements*).<sup>79</sup> Tribunais nacionais tomam decisões para um governo em vigor do

---

78 O fato de um país estrangeiro democrático ter uma lei específica pode sugerir sua relação empírica com uma democracia em bom funcionamento, mas não fala diretamente se um tribunal, interpretando sua constituição nacional específica, deve sustentar ou invalidar uma lei semelhante. Cf. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 437-38, 461-65 (1972) (Powell, J., voto divergente) (argumentando que a prática estrangeira de abolição legislativa da pena de morte não fundamentou a abolição judicial sob a Constituição).

79 Cf. também *Harding*, nota 23, em 439-52. Fontes internacionais e domésticas, no entanto, podem se sobrepôr. Por exemplo, quando os países implementam convênios internacionais de direitos humanos por meio de suas constituições, a compreensão da constituição requer conhecimento do direito internacional. Além disso, algumas leis internacionais são vinculantes, embora possam surgir dúvidas sobre os seus efeitos internos. Cf., por exemplo, *Medellín v. Dretke*, 125 S. Ct. 2088 (2005). Os tratados ratificados pelo Senado podem incidir sobre questões constitucionais, indicando os pontos de vista dos poderes políticos ou ampliando a autoridade legislativa. Cf. *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920); cf. também *Cleveland*, nota 7 (manuscrito em 58-62) (discutindo a relevância para a interpretação constitucional da aceitação ou rejeição por ramos políticos). Sarah Cleveland também sugere que o uso do direito estrangeiro, distinto do direito internacional, na interpretação constitucional apresenta desafios específicos, incluindo “a má interpretação judicial de uma prática estrangeira culturalmente contingente”. *Idem* (manuscrito em 7 n. 49).

qual fazem parte; suas decisões que impõem limites constitucionais enquanto sustentam um governo nacional eficaz podem ser consideradas pela Suprema Corte como mais graves ou pesadas.<sup>80</sup> E as práticas de países com compromissos com os direitos humanos, a democracia e o estado de direito razoavelmente comparável as nossas provavelmente terão um valor persuasivo mais positivo quanto às consequências empíricas das regras doutrinárias, às justificativas legítimas para a ação do governo ou às implicações de compromissos constitucionais básicos.<sup>81</sup>

Determinar a comparabilidade, no entanto, é um desafio sério, que demanda uma abordagem lenta e incremental para considerar o direito estrangeiro. Advogados e juízes treinados nos EUA podem não ter a experiência para avaliar os materiais jurídicos estrangeiros adequadamente.<sup>82</sup> Decisões constitucionais, mesmo em questões com aspectos “suprapositivos”, são sempre o produto de arranjos institucionais particulares para a *judicial review* da Corte em uma política particular e podem ter características atribuíveis principalmente às particularidades do texto constitucional, à história ou aos precedentes passados. Compreender o que é comparável muitas vezes requer conhecimentos que vão além da pergunta imediata,

---

80 Cf. Charles Fried, *Scholars and Judges: Reason and Power*, 23 HARV.J.L. & PUB. POL'Y 807, 823 (2000) (observando que “porque o juiz exerce o poder, porque sua decisão afeta diretamente vidas, ela terá pensado de maneira diferente e talvez mais profunda, mais responsável” do que os escritores de artigos acadêmicos). Mas cf. idem em 817-19 (opondo-se à referência do *Justice Breyer* ao direito estrangeiro em *Printz* como uma nova expansão do cânone interpretativo).

81 Cf., e.g., Koh, nota 46, em 56 (pedindo pela consideração “das práticas de outras democracias maduras - não daquelas que ficam para trás” na definição do padrão de decência da Oitava Emenda, que segue em evolução); cf. também Strauss, nota 32, p. 923-24 (sugerindo que democracias maduras, mesmo sem constituições escritas, são mais comparáveis aos Estados Unidos do que as mais novas).

82 Cf. Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on “Proportionality,” Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 592-94 (1999). O vocabulário jurídico pode parecer familiar, mas tem diferentes conotações conceituais; ler decisões traduzidas deixam as pessoas dependentes do idioma e das habilidades jurídicas do tradutor. David Strauss sugere que os benefícios “de recorrer à sabedoria acumulada de muitas sociedades seriam superados pela incontornabilidade da tarefa”. David A. Strauss, *Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle*, 112 YALE L. J. 1717, 1738 (2003). Esta conclusão é exagerada: nem todos os usos apropriados do direito estrangeiro envolverão uma pesquisa abrangente, e há uma infraestrutura em desenvolvimento de estudos sobre direito estrangeiro e internacional para consideração judicial. Mas as dificuldades indubitáveis em obter o direito estrangeiro de forma correta exigem cautela. Cf. também Young, nota 30, em 165-67.

especialmente em questões como o federalismo, que envolve estruturas altamente interdependentes e historicamente contingentes.<sup>83</sup>

Terceiro, o argumento legal legítimo requer o uso justo das fontes, incluindo o respeito ao contexto de uma decisão e o reconhecimento apropriado das divisões de opinião.<sup>84</sup> Além disso, há uma diferença entre tentar identificar a prática mundial ao decidir se uma punição é “cruel e incomum”, o que pode exigir uma pesquisa abrangente, e tentar determinar se um ato governamental é “racional” ou “razoável”, quando as práticas de um pequeno número de países razoavelmente comparáveis podem ser úteis. Às vezes, até mesmo uma única opinião na formulação de uma questão pode ser útil para um juiz. O que é considerado um tratamento justo dependerá do uso que está sendo feito da experiência estrangeira.<sup>85</sup>

Julgado por esses critérios, o Tribunal em *Roper* fez uso limitado, mas em geral apropriado, de materiais estrangeiros e internacionais para decidir a questão da Oitava Emenda.<sup>86</sup> A linguagem da crueldade convida a um julgamento moral e a do inusitado a um julgamento mais quantitativo, e a Corte invocou leis estrangeiras em ambas.<sup>87</sup> Descrevendo a “realidade dura” de que os Estados Unidos estavam agora

---

83 Cf. Vicki C. Jackson, *Comparative Constitutional Federalism and Transnational Judicial Discourse*, 2 INT'L J. CONST. L. 91 (2004).

84 Cf., e.g., *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, 753-57 (Can.) (analisando os votos majoritários e divergentes em casos de liberdade religiosa nos EUA ao decidir sobre a constitucionalidade da lei de encerramento de atividades aos domingos de Ontário). Sobre a necessidade de referência justa, cf. Jackson, nota 7 supra, p. 285-86; e McCrudden, nota 46, em 507-08. Os desvios dos requisitos de uso preciso e justo provavelmente serão moderados pelas oportunidades de crítica, pública e privada, oferecidas por um tribunal multimembro.

85 A justificativa de Jeremy Waldron para um uso do direito estrangeiro e internacional - como suporte de “consenso” para uma proposição normativa - ressoa com o relato de David Strauss da “interpretação constitucional do *common law*” e mina, até certo ponto, a distinção entre “nose counting” e “autoridade persuasiva”, cf. Young, nota 30, p. 151-56, sugerindo que um consenso substancial sobre uma questão compartilhada pode refletir iterações normativamente persuasivas de raciocínio e julgamento. Cf. Waldron, nota 35, em 136, 138.

86 A decisão da Corte deu especial peso às leis e práticas estaduais e sua avaliação da culpabilidade moral dos adolescentes. Especialmente levando em conta a mudança na prática estatal desde o início da década de 1980, cf. Joan F. Hartman, “Unusual” Punishment: The Domestic Effects of International Norms Restricting the Application of the Death Penalty, 52 U. CIN. L. REV. 655, 655 n. 4 (1983) (relatando que apenas quatro dos trinta e seis estados com pena de morte proibiram execuções juvenis em 1983), e o movimento contínuo desde Stanford, o relato da Corte sobre o peso atribuído a esses dois fatores é crível. Cf. também nota 30.

87 Cf. *Roper*, 125 S. Ct. em 1198-1200 (observando as razões invocadas, incluindo “a instabilidade e o desequilíbrio emocional dos jovens”, bem como o número de jurisdições que proíbem a pena de morte juvenil).

praticamente sozinhos na aprovação formal da pena de morte para jovens<sup>88</sup>, o Tribunal discutiu várias fontes. A Corte teve o cuidado de observar a falta de acordo dos Estados Unidos com os pactos internacionais citados para demonstrar as posições jurídicas de outras nações e deu peso especial à abolição britânica, tendo em vista as raízes britânicas da proibição da Oitava Emenda.<sup>89</sup>

Casos como o de *Roper*, com um consenso tão forte nas leis e práticas internacionais e estrangeiras que proíbem a pena de morte juvenil, provavelmente serão raros.<sup>90</sup> Reconhecer que nosso país está praticamente sozinho ao permitir uma punição proibida por outros governos nacionais não nos “sujeita” às leis “estrangeiras”, mas pode levar a uma reflexão mais profunda sobre se as interpretações atuais estão à altura dos nossos próprios compromissos constitucionais.

Surgiram preocupações de que a consideração não seletiva do direito transnacional em questões que não a pena de morte pudesse ameaçar aspectos fundamentais do direito constitucional dos EUA.<sup>91</sup> Algumas outras democracias constitucionais têm abordagens bastante diferentes sobre aborto, discurso de ódio, processo criminal e apoio público à religião; as fontes jurídicas transnacionais não são uma catraca de mão única ao longo dos eixos existentes de questões liberal-conservadoras nos Estados Unidos. Porém, isso não é motivo para evitar o engajamento com a lei estrangeira, que exige uma análise caso a caso e não significa necessariamente a adoção, mas a consideração ponderada e bem-informada. Dentro dos limites

---

88 Idem em 1198; cf. também idem em 1199 (discutindo a raridade, desde 1990, de outros países que executam adolescentes).

89 Cf. idem em 1194, 1199-1200 (observando que os Estados Unidos não ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e fizeram uma reserva ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos sobre a execução de menores). Dar força vinculatória a uma convenção que os Estados Unidos não ratificaram colocaria graves problemas de responsabilidade e competência institucional. Cf. Cleveland, nota 7 (manuscrito em 58-59). Não entendo que a Corte tenha feito isso, mas que os tenha anotado e praticado com base nisso, principalmente para mostrar as posições de outros países e pelas suas “perspectivas normativas e funcionais”. Neuman, nota 46, em 88.

90 Se houver linhas conflitantes de lei ou prática transnacional (e dependendo da finalidade para a qual a lei estrangeira está sendo considerada), seria necessária maior atenção às questões de comparabilidade. Cf. 151 CONG. REC. S10, I72 (edição diária de 19 de setembro de 2005) (citando o testemunho do *Chief-Justice* Roberts em suas audiências de que “olhar para a lei estrangeira em busca de apoio é como olhar para uma multidão e escolher seus amigos”).

91 Cf., e.g., *Roper*, 125 S. Ct. em 1226-28 (Scalia, J., voto divergente); cf. também Anderson, nota 59, em 44-45 (argumentando que, na medida em que o comparativismo constitucional é mais compatível com a interpretação pragmática, pode diminuir as atuais proteções das liberdades civis).



do *stare decisis*, a humildade sobre as visões predominantes não é necessariamente algo ruim.<sup>92</sup> A possibilidade de induzir tal humildade é mais uma razão para pensar o direito constitucional doméstico como estando em uma relação interlocutória com fontes jurídicas transnacionais, aberta à troca de ideias, acordos e desacordos. O comparativismo cauteloso dentro desta estrutura é consistente com as práticas interpretativas passadas; não é uma passagem só de ida para um destino constitucional determinado, mas uma ferramenta para uma melhor reflexão sobre o que a nossa Constituição significa para nós.

---

92 Cf. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 171 (1952) (alcançar “objetividade suficiente (...) exige dos juízes (...) autodisciplina e autocrítica, incerteza de que as suas próprias opiniões são incontestáveis e uma tolerância alerta para visões não compartilhadas”).