

Novo constitucionalismo e mundialização do direito: notas sobre a atuação jurisdicional transnacional

Viviane Candeia Paz*
Vladimir de Carvalho Luz**

Resumo

O presente artigo realiza uma análise do processo de mundialização do direito em face dos cânones do novo constitucionalismo moderno. Para cumprir tal desiderato, enfrentou-se a questão específica da atuação judicial no contexto de expansão transnacional, com ênfase para o ativismo jurisdicional e o “comércio entre juízes”. Para elucidar tais questões, procedeu-se um breve resgate dos cânones do novo constitucionalismo a fim de estabelecer o seu impacto em face das demandas específicas da atuação judicial contemporânea. A seguir, enfrentou-se o papel dos juízes neste novo contexto, tendo como base as ideais de Allard, Garapon e Cárcova. Partindo dos autores mencionados, buscou-se pontuar como se constitui esse espaço judicial novo, ainda impreciso, que nasce independentemente das amarras de um sistema jurídico homogêneo e vinculativo típico do modelo constitucional moderno.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Mundialização. Novo constitucionalismo.

Introdução

Apesar de não ser um fenômeno novo, o direito cada vez mais transcende as fronteiras nacionais. Essa nova

* Doutoranda pela Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de León, Espanha. Diploma de Estudos Avançados em Direito Civil pela Universidade de León. Mestra em Direito, Cidadania e Desenvolvimento, Unijuí; advogada e professora de Direito Civil do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia. Linha de pesquisa: Novo constitucionalismo e transnacionalidade. E-mail: vivianecandeiapaz@windowslive.com.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente é professor convidado da Universidade de Passo Fundo. Editor Associado da revista *Justiça do Direito* da Universidade de Passo Fundo. Líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia da UPF. Linha de pesquisa: Novo constitucionalismo e transnacionalidade. Pesquisador nas áreas de teoria do direito, serviços legais, pensamento jurídico-crítico e hermenêutica. Autor do livro: *Assessoria jurídica popular no Brasil* (Lúmen Júris, 2008).

↳ Data de submissão: 15.08.2012. Data de aceite: 01.12.2012.

mobilidade expansionista do direito não visa a apenas resolver contendas entre vizinhos, mas objetiva regular a circulação econômica de bens, capitais e informações entre diversos espaços transnacionais.

Esse processo já conhecido tem em conta apenas uma dimensão muito parcial de expansão: a que impacta os processos operacionais, funcionais do direito, todos estes subjacentes ao todo da mundialização, como se observa no impacto dessa expansão na mutação dos diversos ramos do direito (civil, penal etc.). Para além dos processos subjacentes da mundialização do direito, a questão central a ser abordada neste trabalho passa pela avaliação – ainda que tópica – das consequências desse processo, ou seja, voltar o olhar para a compreensão dos intervenientes da mundialização do direito, os juízes. Nessa perspectiva, sem pretensões de exaurir o tema, busca-se, na presente pesquisa, realizar alguns apontamentos sobre como o processo de mundialização do direito contemporâneo impacta o modelo de constitucionalismo ocidental.

Diante dos inúmeros desafios (teóricos e práticos) referentes ao contexto citado, apresenta-se de suma relevância o enfrentamento do papel do novo constitucionalismo em face de questões inerentes ao processo de mundialização jurisdicional. Com

efeito, tendo por mote as ideias de Allard, Garapon e Cárcova, o fio condutor das presentes reflexões sobre os nexos entre novo constitucionalismo e transnacionalidade partirá das noções de “comércio entre juízes”, a partir da qual se poderá refletir sobre a nova configuração da atual jurisdicional global.

Os primados do novo constitucionalismo ocidental

Conforme foi afirmado em outra oportunidade,¹ três primados articulados entre si estão na base do novo constitucionalismo ocidental. Primeiro, a noção contemporânea de direitos fundamentais, o que levou a se pensar toda a teoria das cláusulas pétreas; segundo, a rigidez constitucional que se verifica com o princípio da supremacia da Constituição em um dado ordenamento jurídico; e, em terceiro, a noção de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, das quais todos os esforços da teoria constitucional contemporânea trataram de explicitar suas exigências e particularidades em face de princípios democráticos e republicanos. Tais primados não são isoláveis, pois estão, em verdade, imbricados numa mesma estrutura lógico-jurídica; apesar de

ser difícil isolar cada aspecto, um novo constitucionalismo teve de enfrentar esses primados e dar respostas compatíveis para os conflitos alçados ao campo da discussão desses direitos.

Outrossim, para Canotilho, o constitucionalismo clássico baseou-se na ideia “criacionista” de um poder constituinte originário e que o texto constitucional fundava juridicamente o estatuto político de uma nação. Esse processo de eticização do direito constitucional, que caminhou ao lado da ampliação de eticização do direito internacional, buscava recuperar, via estabelecimento jurídico de um catálogo de direitos, a então perdida indiferenciação ou distanciamento entre o direito e a política (CANOTILHO, 2008, p. 190).

Com toda essa carga axiológica e tensões, os direitos fundamentais podem ser vistos como essa construção histórica que acompanha a trajetória do constitucionalismo, como valores ético-políticos positivados em catálogos de direitos e que tratam das estruturas mínimas da convivência social, das liberdades públicas, direitos políticos e sociais, estabelecendo parâmetros para a forma democrática e pluralista de convivência, estrutura e limites do Estado, e que gozam de proteção em face das maiorias legislativas infraconstitucionais. Tendo em foco a Constituição brasileira, Sarlet

entende tais direitos a partir da sua fundamentalidade material e formal. Nessa concepção marcada por duas dimensões, os direitos fundamentais mostram-se

[...] como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam-lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5, 2 CF, a qual prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais) (SARLET, 1999, p. 140).

As ideias-chave do constitucionalismo contemporâneo, como já referidas, caminham imbricadamente. Uma noção, por suposto, só tem sentido a partir de outra, ou seja, são inseparáveis da noção de direitos fundamentais conquistados pelo constitucionalismo as noções de supremacia da Constituição e sua força normativa. Emergem, pois, com vital relevância na história recente do constitucionalismo as ideias de supremacia da Constituição e de força normativa. Como visto, ainda para apresentar os elementos históricos dessas noções, o germe de todo esse processo já se insi-

nuava no ambiente anglo-americano. Data de 1803, antes mesmo da promulgação do Code civil, a decisão do juiz John Marshall que se constituiu como a pedra de toque do sistema Judicial Review of Law. No famoso caso *Marbury v. Madison*, o princípio basilar da supremacia da Constituição pode ser resumido da seguinte forma: “Um ato legislativo contrário à Constituição não é Direito.”² Nascido a partir da construção jurisprudencial oriunda da tradição do direito norte-americano, o princípio estruturante da supremacia da Constituição implicou se juridicizar a esfera da proteção da Constituição. Esse debate, colocado nas balizas do direito europeu continental, implicou um debate profícuo acerca de como se estabelecer os mecanismos formais de uma jurisdição constitucional apta ao controle abstrato da constitucionalidade dos atos e das leis infraconstitucionais. Ficou marcado como momento importante desse processo o célebre debate Kelsen v. Schmitt sobre quem deveria ser o “guardião” da Constituição.

Assim foi que, em 1918, Karl Renner, então Chanceler do governo provisório austro-alemão, conferiu a Kelsen a incumbência de ajudar na elaboração da carta política daquele país. Assim, apesar de a parte elaborada por Kelsen, que tratava dos direitos fundamentais e de liberdade,

não ter sido considerada, uma comissão de especialistas acatou, em 1920, na íntegra, a proposta que tratava do controle da constitucionalidade, capítulo este que mais interessava ao jurista de Viena (BASTOS, 2003, p. 35-37). Como marco deste constitucionalismo, é importante registrar que Kelsen tinha em mente que uma Constituição, por ser basicamente um documento jurídico limitador do poder, deveria igualmente ser dotada de mecanismos técnicos para afirmar a sua juridicidade. Isso implicava, pois, ter-se um campo específico no qual a jurisdição se voltasse especialmente para a realização jurídica da Constituição no controle dos atos a ela contrários. Tal concepção levou ao inevitável debate do constitucionalismo contemporâneo: afinal, quem deveria estar incumbido de tão alto mister, tendo em vista o tênue liame político que o debate constitucional suscita?

Dessa indagação resulta um dos debates clássicos do constitucionalismo. É importante notar que nas palavras de Sérvulo da Cunha, enquanto o judicial review norte-americano nasce e se desenvolve num ambiente libertário e democrático, a ideia de supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade havidos, no ambiente em que se situavam Kelsen e Schmitt, emergem num contexto constitucional de cariz autoritário

(CUNHA 2003, p. xiv). Kelsen parte da premissa de que não é o legislativo quem deve tutelar a Constituição, apesar de esse poder se considerar livre para criar o direito e não ser um simples ente aplicador do direito vinculado aos limites do texto constitucional. Essa tarefa, a de anulação de atos inconstitucionais capazes de afirmar os limites impostos pela própria Constituição, deveria ser exercida por um órgão judicial, um tribunal constitucional (KELSEN, 2003, p. 150). Em contraposição a essa visão, em 1929, Schmitt lança seu libelo, *O guardião da Constituição*, apresentando posição que refutava o controle da carta política via Judiciário, mediante uma jurisdição especial. Contando com os pontos de partida de sua posição anti-liberal e tendo em vista que o art. 42 da Constituição de Weimar determinava por juramento que o presidente do Reich “defenderá a Constituição”, Schmitt lança o argumento de que o presidente é eleito pela totalidade do povo e a legitimidade de impor seu poder político em face dos órgãos legislativos encontra respaldo na possibilidade de dissolução do parlamento e convocação de plebiscito. Tudo isso conferiria ao presidente a legitimidade de se colocar como um “contrapeso” capaz de equilibrar as tensões decorrentes do pluralismo de setores econômicos e sociais para, assim, “de-

fender a unidade do povo como uma totalidade política” (SCHMITT, 2007, p. 233-234). Em resposta, em 1931, Kelsen oferece sua réplica, num opúsculo intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Kelsen assevera que Schmitt retirou anacronicamente os fundamentos da tese do chefe de Estado como guardião da Constituição baseando-se em Benjamin Constant, defensor da monarquia constitucional, o que seria incompatível em um cenário de constitucionalismo republicano (SCHMITT, 2007, p. 233-234). Para Kelsen, além de todas as impropriedades e objetivos não científicos ocultos em seu libelo, Schmitt desconsiderava uma análise da experiência concreta da jurisdição constitucional austríaca que, àquela altura, já contava com mais de um decênio de funcionamento organizado (KELSEN, 2003, p. 261).

Desses inúmeros conflitos e debates acerca da natureza do órgão, que determinaria a invalidade de atos infraconstitucionais, com os quais o debate Kelsen v. Schmitt é um exemplo clássico, sobrelevaram-se inúmeros outros problemas relativos ao debate político-democrático que determinadas decisões constitucionais não poderiam se desviar, o que, atualmente, se encontra pautado pelo debate acirrado do “ativismo judicial” ou da “judicialização da política”. O

processo de afirmação da juridicidade constitucional engendrou, necessariamente, passo a passo, os cânones de uma nova teoria da Constituição, ou, no sentido hermenêutico, um conjunto legítimo de valores, regras e saberes que afirmaram uma nova tradição jurídico-constitucional.

Em seguimento, não bastaria, para concretizar a supremacia da Constituição em face de atos de governo ou do legislativo, sua mera enunciação; para sua efetivação, pelo menos num sistema democrático de garantias, era necessária uma engenharia jurídico-processual inserta numa esfera jurisdicional extraordinária, na qual haveria o pronunciamento juridicamente legítimo para invalidar atos inconstitucionais. Numa expressão: meios difusos e concentrados de controle de constitucionalidade. Esse debate foi e é crucial ao pensamento jurídico ocidental, na medida em que, no extremo, estar-se-ia trocando a ditadura liberal-clássica do legislativo, ao menos, em tese, fundada na vontade popular expressa pelo princípio majoritário, pela ditadura dos juízes, agentes não eleitos do Estado. O primado da soberania da Constituição e seu respectivo controle judicial fez com que, marcadamente desde o século XX, a importância do legislativo tenha sido amenizada em contraposição à imensa relevância com que o

Judiciário passou a protagonizar em países que adotam um constitucionalismo desses moldes. Se é verdade, assim, que o anterior império dos códigos fazia parte do ideário jurídico-político do Ocidente, hoje, com o primado da Constituição, a juridificação das esferas da vida pública e privada, os juízes passaram a assumir um posto de extrema visibilidade. Repita-se que, em arremate, sem olvidar toda a riqueza do pensamento estaduniense em relação à matéria, o debate Kelsen v. Schmitt ilustra bem essa fase de afirmação.

Mas esses cânones fundantes do constitucionalismo europeu foram mimeticamente adotados na América Latina. Considerando essas variáveis, o processo de emergência das constituições e do constitucionalismo foi decorrente da crise funcional do modelo clássico de Estado liberal. Isso se deu, a grosso modo, à luz do descompasso revelado pela equação instável entre demandas sociais crescentes por afirmação e gozo de direitos e a ineficácia da regulação jurídica ordinária, o que se agudizou nos países europeus com o advento da revolução industrial. Há, tendo por pano e fundo o que significou socialmente a hegemonia do modo de produção capitalista, desdobramentos específicos, ou constitucionalismos localizados, vinculados às realidades e tradições de países com grau de de-

envolvimento econômico nem sempre similar. Dessa forma, por exemplo, na leitura crítica de Wolkmer, houve um constitucionalismo espontâneo na Inglaterra em razão do quadro institucional em que o desenvolvimento econômico adequou-se ao capitalismo industrial, cenário em que a burguesia já se encontrava numa fase “distributivista”. Por isso, é preciso ter em conta como tais demandas geraram diferentes processos de constitucionalismo. De forma geral, Wolkmer também percebe o processo histórico do constitucionalismo ocidental em etapas estratégicas, nas quais restou evidente, em cada contexto, o grau de consensualidade havido nas estruturas autônomas do Estado versus estruturas subordinadas da sociedade civil. O constitucionalismo, assim, não é apenas um campo teórico monolítico, na medida em que abriga forças em que se expressariam as tensões, os “rearranjos” e os “compromissos” que emergem do conflito entre os dois elementos citados (WOLKMER, 1989, p. 21-22). Assim, a Constituição poderia ser vista, como na visão de Lassale, como os fatores reais de poder que regulam uma nação, incorporados pela escrita e positivados em instituições jurídicas (LASSALE, 1998, p. 32).

Depois da Revolução Industrial, o modelo liberal-legal entra em crise. Essa crise passou pelas dificuldades

enfrentadas pelo modelo capitalista em 1929, também por conta das demandas por reconstrução social e política verificadas após as duas grandes guerras, a afirmação de novos grupos sociais demandantes de bens e serviços do Estado, demandas essas cuja regulamentação por vezes seguia ainda amparada pela lógica totalitária e individualista dos grandes códigos novecentistas. A realidade social, nesse contexto pluralista e complexo, articulada numa lógica de economia de mercado, passava a impor uma nova regulamentação jurídica prestacional do Estado, uma vez que não se amoldava à lógica da cultura jurídica monológica, autorregulativa, baseada na autonomia da vontade que informava a estrutura dos grandes códigos de direito privado e servia de base para cultura jurídica que lhe dava sustentação.

Após esse resumido itinerário, tendo em vista a articulação entre o ideário constitucional ocidental e a organização das forças produtivas e políticas de cada contexto histórico, impõe-se pensar como a atividade jurisdicional, mormente o intercâmbio entre juízes, apresenta-se num contexto constitucional transnacional.

Mundialização do direito e o “comércio entre juízes”

À luz deste cenário jurisdicional, após a fixação dos cânones do constitucionalismo moderno, *questões relevantes são postas por* Allard e Garapon (2005), que utilizam a expressão “comércio de juízes” para indicar a necessária compreensão do processo de mundialização a partir dos juízes, verificando que: a) os juízes são, hoje, os agentes mais ativos desse processo de mundialização, sendo os “engenheiros da sua transformação”; b) apesar de a literatura caracterizar tal fenômeno com expressões do tipo “mundialização judicial”, “diálogo de juízes” ou “auditório global”, os autores preferem a expressão “comércio entre juízes”. Tal expressão apresenta a vantagem de representar duas facetas da mundialização: uma relativa às trocas e intercâmbios, outra referente a uma nova forma de socialização nascida do desejo de estabelecer relações recíprocas, cortesias e pacíficas entre os homens; c) ao contrário de correntes que percebem na mundialização um processo de que levará a um “pluralismo ordenado” ou de estabilização social em nível transnacional (Delmas-Marty, Anne-Marie Slaughter), esse processo, revelado pelo comércio dos juízes, não sinaliza para um projeto global mundial fiel aos projetos nacio-

nais integrados, mas ocultam, saibam ou não os juízes disso, estratégias expansionistas nacionais, estabelecendo novas formas de dominação; d) o “comércio judicial” tem uma racionalidade própria. Ao se utilizarem de argumentos jurídicos que partem de outros países, juízes modificam o estilo de decidir e também a racionalidade que fundamentam suas decisões. Nisso resulta um problema crucial: numa democracia, podem determinados homens, mesmo que em nome de uma autoridade delegada, decidir com base em fundamentos que não derivam da palavra do legislador soberanamente eleito? A resposta sobre esse aspecto desafiador consistiria a base de uma “revolução no direito”.

Nesse contexto, pretendem os autores Allard e Garapon (2005) descrever como se constitui esse espaço judicial que nasce independente das amarras de um sistema jurídico homogêneo e vinculativo e destacam que o novo “comércio judicial” ocorre basicamente em um fórum informal de intercâmbio que se estabelece geralmente fora dos meios vinculativos formais. Se não se trata de um espaço formal legislativo, o novo “comércio judicial” tem sua legitimidade, força e eficácia situadas em outros fatores: numa parte em fatores institucionais, como a criação de tribunais internacionais, noutra em questões de regu-

lação objetiva entre países e outra na autoridade argumentativa derivada desse novo contexto regulatório.

É possível apontar alguns dos processos em que se forma o *corpus* do “comércio judicial” a partir dos seguintes temas: debate sobre homossexualismo nos Estados Unidos, crimes contra a humanidade em tribunais internacionais, decisões do tribunal europeu de Direitos Humanos Internacional sobre eutanásia, financiamento de campanhas eleitorais, mandado de detenção europeu e arbitragem comercial. Quando a questão a ser debatida é o intercâmbio entre os juízes, os autores Allard e Garapon (2005, p. 2-28) destacam importantes casos judiciais:

a) caso da suprema Corte dos Estados Unidos de 2003: indivíduos do mesmo gênero foram processados pela lei texana por estarem fazendo sexo. A lei texana pune tal ato mesmo na esfera privada. A suprema Corte declarou a lei inconstitucional. Tal decisão se baseou no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Tal decisão gerou séria controvérsia interna. Destaca-se que essa decisão não utilizou do expediente conhecido do direito comparado ou do direito internacional privado. Ela é emblemática para caracterizar o comércio judicial porque os juízes consultaram o direito aliení-

gena mesmo não havendo obrigatoriedade para tal mister, criando uma espécie de costume judicial para a hipótese de lacunas internas;

b) caso da justiça penal internacional: trata-se de um caso típico de intercâmbio judicial. Nesses casos, há uma necessidade prática de se operacionalizar os julgamentos em face de culturas jurídicas diversas. Mesmo em face do princípio da complementaridade, o qual assevera que a jurisdição internacional apenas é competente quando os tribunais nacionais não o puderem fazer ou não quiserem agir, há situações de impasses. Como saber se os tribunais agem com lealdade, nesses casos... são casos dos tribunais mistos que julgaram os casos de Kosovo, Camboja ou Iraque;

c) *hard cases*: é muito comum o fato de juízes nomeados consultarem, facultativamente, decisões de outras jurisdições para encontrar a melhor solução. Casos delicados em que não existe uma solução evidente. Caso Perruche, em que uma criança deficiente pede reparação por erro médico, e o MP e o conselheiro relator se valeram da jurisprudência americana. Caso Pretty, na Inglaterra, em que se usou um acórdão do Supremo Tribunal do Canadá.

- d) caso dos juristas estrangeiros: às vezes o comércio judicial ocorre em sentido inverso, não sendo os juízes que buscam autores estrangeiros, mas sendo os autores estrangeiros que se envolvem no debate judicial. Caso dos Estados Unidos sobre a lei que estabelecia limite máximo para despesas em campanhas eleitorais. Uma associação norte-americana apresentou um memorial com inventário da legislação de outros países;
- e) caso do mandado de detenção: normalmente, o comércio entre juízes se dá de maneira não institucional e voluntária. Tem-se o caso de, após o 11 de setembro, Estados europeus decidiram substituir o processo de extradição por um processo unificado denominado “mandado de detenção”. A soberania não foi abolida, mas uma pessoa detida num país estrangeiro era entregue à autoridade do país em causa. Certa confiança transnacional foi necessária para que esse procedimento desse certo;
- f) caso da arbitragem comercial internacional: trata-se de uma última faceta pouco conhecida, mas em crescimento, do comércio judicial. A arbitragem passou por um longo processo de evolução. Inicialmente, era pautada pela solução de litígios internacionais por mecanismos pri-

vados. Em seguida, a arbitragem comercial internacional evoluiu a partir de tratados que protegem investimentos. Atualmente, a arbitragem internacional se nacionalizou, sendo o juiz uma espécie de árbitro, saindo-se da esfera privada para uma solução institucionalizada. Migra-se de uma solução tipicamente privada de litígios para uma solução que guarda um grau de previsibilidade e generalidade de uma norma. Tem-se algo inédito, como uma jurisprudência arbitral, construída pela interveniência de vários atores interessados no processo como os *amici curiae*.

Com base nos inúmeros exemplos citados pelos autores destacados, a intensificação do comércio dos juízes ocorreu por sentimento crescente de um patrimônio civilizacional comum, lacunas no direito positivo, necessidades de tribunais internacionais, construção europeia, pelas demandas do comércio internacional. É possível ver nesse processo as premissas de uma nova ordem mundial. Para as autoras Delmas-Marty e A-M. Slaughter haveria um processo de unificação das fontes, num processo de hierarquia implícita formulada pela jurisprudência, numa espécie de ordem jurídica global (ALLARD, GARAPON, 2005).

Dessa forma, o que se depreende da opinião dos autores menciona-

dos, em contraposição a tais teses, seria preferível falar-se em sociedade dos tribunais. Esse processo desenha outra noção de ordem jurídica, constituída por intercâmbios múltiplos e não vinculada a uma pirâmide de normas ou instância política determinada. A mundialização judicial gera um espaço policêntrico, sem hierarquia, como uma rede (*network*), em conformidade com o que pensam Ost e Kerchove (ALLARD, GARAPON, 2005).

Cárcova e os juízes na encruzilhada: entre o decisionismo e a hermenêutica controlada³

Os efeitos do novo constitucionalismo e o processo de mundialização dos juízes satisfatoriamente delimitados pelos autores Allard e Garapon também fazem com que seja enfrentado o paradoxo entre o decisionismo e a hermenêutica controlada. Os magistrados representam uma forma de poder difuso no território não controlável institucionalmente pelo executivo. Diz ainda o autor citado por Cárcova (1996) que preocupa a súbita ascensão dos juízes; suspeita-se que queiram vingança, que tenham um desejo reprimido de revanche social conquistando a atenção da mídia pela glória e começa-se a temer as consequências

de um excesso de justiça, surgindo novamente o fantasma do governo dos juízes.

Atualmente se encurtam as distâncias entre o direito e as esferas políticas e econômicas da sociedade, sendo os juízes e promotores os atores principais desse novo drama social. É de se ponderar que a real independência do Judiciário não foi ainda alcançada e é generalizado o grau de conluio de suas cúpulas não só com os poderes políticos, mas também com outros poderes fáticos. Salvo as diferenças pessoais pela história de vida de cada magistrado com os seus pontos de vista, costuma existir um atuar corporativo assentado num conjunto de valores básicos compartilhados e em práticas institucionais inveteradas que definem e constituem certa subcultura de grupo (CÁRCOVA, 1996).

Mesmo assim, os juízes aparecem instalados no imaginário da sociedade como a *última ratio*, como garantias finais do funcionamento do sistema democrático. Aliás, a legitimidade democrática do juiz é fundada no exercício da tutela dos direitos fundamentais conforme entende Ferrajoli.

Tal expectativa de garantia gera um aumento de reivindicação de um protagonismo dos juízes que pode ser denominado de ativismo judicial. Eis que surge o juiz Hércules na denomi-

nação de François Ost, fotografia na qual o juiz, mais que um homem da lei, se constitui em um engenheiro social. A exigência de engenharia social junto com o consequente exercício da interpretação teleológica conduz ao risco do decisionismo e o enfraquecimento das conquistas de direitos fundamentais. Nesse sentido, Cárcova (1996) sustenta a tese que o direito deveria ser entendido como discurso (com o significado que os linguísticos atribuem a esta expressão). Isso é, como processo social de criação de sentidos – como uma prática social discursiva que é mais do que palavras, pois é também comportamento, símbolo e conhecimento.

Renova Cárcova (1996) os três níveis de estrutura do discurso jurídico: normas; interpretações técnicas acerca das normas; súditos que condensam com maior eficácia os elementos imaginários, os jogos ficcionais e os mitos operativos do direito. Ainda sobre o discurso jurídico, afirma que toda interpretação é social e que as normas e regras, enquanto produto linguístico, adquirem sentido não só pelo que nomeiam, mas também pelo uso social que delas se faz. A linguagem é uma construção social e move-mo-nos no interior dela como no interior de uma construção social.

Finaliza o mencionado autor dizendo que a visão crítica sobre o direi-

to implica conceber o papel dos juízes como um papel criativo, interveniente, teleológico; como um papel que deve atender tanto ao conjunto de valores contidos nas normas e, fundamentalmente, às garantias básicas consagradas em cada ordenamento quanto aos efeitos sociais de sua aplicação.

As novas funções do juiz para Allard e Garapon

O momento atual indica para a necessidade de enfrentamento pelo Poder Judiciário dos denominados “novos direitos” retratados como temas de extrema complexidade, como, por exemplo, as manipulações genéticas, as questões envolvendo uniões e respectivos direitos sucessórios entre pessoas do mesmo sexo, que conduzem o julgador a um papel de juiz Hércules conforme afirma Ost.

Nesse contexto, aduzem Allard e Garapon (2005) que cresce a *common law*, pois nessa cultura sobreleva-se a questão narrativa e argumentativa da decisão em casos particulares. Trata-se de uma preocupação pragmática, pois a *common law* se estrutura na solução concreta de casos e menos, como ocorre na civil *law*, numa fundamentação abstrata e formal.

Argumentam os autores mencionados que as decisões judiciais dos estados, portanto, não são utilizadas

como regras, mas como efetivadoras de princípios a serem aplicados. Tem-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário que orientara esse comércio, pois as decisões de tribunais consultadas e utilizadas em arrazoados valem pela capacidade prática de efetivar princípios gerais. O comércio entre juízes, como diz Delmas-Marty, opera uma ruptura epistemológica. Os juízes devem se preparar para essa nova forma de diálogo. Nesse sentido, caberia às universidades a abertura para esse novo processo formativo. Não se trata de adotar a cultura do precedente anglo-saxão, até porque essa cultura, com o intercâmbio, sofre nuances.

A solução verificada seria a de integrar o direito comparado na formação jurídica. Mas não como disciplina estanque, mas relacionada a todos os ramos do direito. Nesse sentido, cada sistema faz a autocrítica. Não é mais possível estudar esse intercâmbio pelas fontes tradicionais do direito. Para uma perspectiva global, o método do ensino deve ser aberto, incluindo culturas não ocidentais, não sendo o direito diluído em outras disciplinas, ou relativismo pós-moderno, mas levando em conta a complexidade do mundo (ALLARD, GARAPON, 2005).

Conclusão

De acordo com o que se depreende da construção realizada pelos autores Allard e Garapon, a mundialização não é um processo ordenado, mas uma bricolagem. Substitui-se, pois, a ideia de sistema pela ideia de rede. O comércio de juízes, nesse aspecto, gera uma sociedade de homens e mulheres completamente diferentes, mas unidos por funções ou tarefas comuns. Isso ocorre sem hierarquia ou justaposições formais. Outra questão relevante enfrentada por esses autores é a de que esse processo regular da mundialização, via comércio judicial, seria suficiente para gerar uma nova ordem ou um novo sistema coerente? A resposta resta negativa. A rede não produzira uma nova ordem estruturada, como pensa A-M. Slaughter. Não se trata de redes entre tribunais, os quais estabelecem relações de sobreposição. O comércio de juízes não se reduz a isso.

Por sua vez, não se deve observar apenas pelo território, mas pela ação dos homens e suas novas funções. Nessa perspectiva, os juízes cumprem um papel de interligação. Trata-se de um cosmopolitismo que se constrói por baixo, por intercâmbio de casos particulares, sem pontos transcendentais de primazia e, mesmo, orientado por interesses nacionais se expõe a ter de

se justificar racionalmente. Trata-se de um comércio que tem contradições, ao mesmo tempo em que visa pacificar relações transnacionais, aviva suas tensões. O limite desse cosmopolitismo é a vontade política. Assim, o comércio entre juízes não produz novos sistemas nacionais, nem os substitui. Assim visto, não refletem grandes teorias universais, nem fundam uma nova ordem pluralista universal. Portanto, emerge o caráter próprio desse comércio e sua parcialidade, conflituosidade e sua feição de briocolagem.

Quanto ao impacto do constitucionalismo na mundialização e, por consequência, na função judicial, destacam-se, como mencionado anteriormente, inúmeros outros problemas relativos ao debate político democrático que determinadas decisões constitucionais não poderiam se desviar, o que, atualmente, se encontra pautado pelo debate acirrado do “ativismo judicial” ou “judicialização da política”. O processo de afirmação da juridicidade constitucional engendrou, necessariamente, passo a passo, os cânones de uma nova teoria da Constituição, ou, no sentido hermenêutico, um conjunto legítimo de valores, regras e saberes que afirmaram uma nova tradição jurídico-constitucional.

Não resta dúvida que o neoconstitucionalismo trouxe impactos na atuação jurisdicional, pois o juiz exerce atualmente papel mais criativo e

não pode ser mais considerado um mero aplicador do direito, restrito aos problemas clássicos da soberania moderna, agindo a serviço do legislativo. No entanto, é necessário cautela nessa “nova função” em especial quando o debate é o excessivo ativismo judicial ou um “decisionismo” que causa forte impacto nas estruturas clássicas do constitucionalismo ocidental.

Nuevo constitucionalismo y mundialización de lo derecho: Notas sobre la acción judicial transnacional

Resumen

La hipótesis básica del trabajo es realizar un análisis del impacto del nuevo constitucionalismo en la globalización del derecho, analizando la acción judicial, con énfasis en el activismo judicial y el comercio de los jueces por lo tanto, se procedió a un rescate de los cánones del nuevo constitucionalismo en orden para establecer su impacto contra una acción judicial. Entonces, ante el papel de jueces con base en el Allard autores, Garapon y Cárcova. Objetivo de la investigación es la forma de describir esta área legal que nace de los grilletes de un sistema judicial independiente y vinculante homogénea.

Palabras clave: Activismo judicial. Globalización. Nuevo constitucionalismo.

Notas

- ¹ Ver LUZ; PAZ (2012).
- ² Soares pondera que, apesar de o caso *Marbury v. Madison* ser paradigmático, o uso do termo “judicial review” é bem posterior, sendo uma criação dos doutrinadores norte-americanos do século XX. Cf. SOARES (2006).
- ³ Expressão utilizada por Cárcova em sua obra *Direito, política e magistratura*, 1996.

Referências

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Trad. de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Hans Kelsen: resumo biográfico 1881-1973*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Branocos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, política e magistratura*. Trad. de Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- KELSEN, Hans; LUZ, Vladimir de Carvalho; PAZ, Viviane Candeia. Neoconstitucionalismo e pensamento crítico no Brasil: interfaces e diálogos (necessários) em tempos de crise. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, IX, 2012, Santa Cruz do Sul. IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. In: _____. *O direito público em tempo de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. 2006; ____ f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.