



## OS DIÁLOGOS ENTRE JUÍZES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL MUNDIALIZADA E A IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO “CHERRY PICKING”.

### THE DIALOGUES BETWEEN JUDGES IN THE GLOBALIZED CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND AN INABILITY TO CARRY OUT THE CHERRY PICKING.

Patrícia Adriani Hoch<sup>1</sup>  
Fernanda Graebin Mendonça<sup>2</sup>

#### RESUMO

O Século XXI é marcado pela sociedade em rede e pela transcendência de fronteiras, de modo que o Direito sofre os impactos do fenômeno da mundialização. Esse contexto desafia a atuação dos juízes, já que as decisões precisam considerar essa possibilidade de integração/diálogo, que ultrapassa os limites espaciais e, ao mesmo tempo, ao dever de proferir respostas adequadas ao texto constitucional. Nesse sentido, o presente estudo visa realizar, mediante abordagem fenomenológico-hermenêutica, uma interlocução entre a teoria de Dworkin - sobretudo em relação à integridade do Direito - e a mundialização do Direito, defendida por Delmas-Marty e Allard e Garapon. A partir disso, tem-se a ideia de uma jurisdição constitucional mundializada, na qual o juiz nacional passa a ser um juiz global, todavia, não se admite a discricionariedade do intérprete. Constata-se a necessidade de que os juízes, diante da mundialização do Direito, dialoguem, realizem um juízo crítico e profiram decisões constitucionalmente adequadas e íntegras ao contexto nacional, evitando arbitrariedades.

Palavras-chave: integridade do Direito; jurisdição constitucional; mundialização; papel dos juízes.

#### ABSTRACT

The 21st Century is marked by the network society and the transcendence of borders, so that the law suffers the impacts of the phenomenon of globalization. This context challenges the judges, since decisions need to consider this possibility of integration/dialogue, which goes beyond spatial limits and, at the same time, to the duty to give right answers to the constitutional text. In this sense, the present study aim to accomplish, using a phenomenological-hermeneutic approach, an interlocution between Dworkin's theory - especially in relation to the integrity of the law - and the globalization of law, defended by Delmas-Marty and Allard and Garapon. From this, there is the idea of a constitutional jurisdiction principle, in which the national judge becomes a global judge, however, the discretion of the interpreter is not allowed. It is possible to notice the need for the judges, considering the globalization of law, dialogue, to make a critical judgment and make decisions that are constitutionally right and integral to the national context, avoiding arbitrariness.

Keywords: constitutional jurisdiction; globalization; integrity of the law; role of judges.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela UFSM. Professora do Curso de Direito da UFSM e Coordenadora do Núcleo de Jurisdição constitucional e direitos fundamentais (NUJUDI). Advogada. [patricia.adriani@hotmail.com](mailto:patricia.adriani@hotmail.com)

<sup>2</sup> Mestre e Graduada em Direito pela UFSM. [fernandagmendonca@gmail.com](mailto:fernandagmendonca@gmail.com)



## INTRODUÇÃO

A partir da (re)evolução tecnológica, diante da utilização massiva da Internet, surgiu a sociedade em rede, definida por Manuel Castells, como aquela que é transformada e organizada em torno da utilização das tecnologias de informação e de comunicação (TIC). Paralelamente a isso, vive-se, no Século XXI, uma época em que ocorre a mundialização, com a transcendência de fronteiras. A política, a economia, a cultura, a tecnologia, entre outros, sofrem constantemente os impactos desse paradigma social inovador. Do mesmo modo, o Direito também absorve essa transformação e transcende o espaço geográfico nacional.

Para a jurista francesa Mireille Delmas-Marty, esse processo é fruto da globalização econômica e da universalização dos direitos do homem, fundada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Um bom exemplo desta universalização - que abrange, também, uma regionalização - é o surgimento, além dos variados tratados e declarações internacionais de direitos humanos que se seguiram à DUDH, dos sistemas de proteção destes direitos, entre os quais se pode apontar o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) - ou sistema global -, o europeu, o interamericano e o africano.

Os direitos humanos, portanto, ganham destacada relevância a partir das inúmeras convenções e dos mecanismos de proteção, que - em que pese seu caráter internacional ou regional - não deixa de dialogar com os ordenamentos e os sistemas jurídicos internos de cada país. Assume destaque, diante desse contexto, o papel dos juízes, uma vez que sua atuação jurisdicional, especialmente em casos complexos e difíceis, é impactada pelo fenômeno da mundialização. Assim, sobretudo no que tange à mobilidade expansionista do Direito, os julgadores acabam, invariavelmente, fadados à observação cada vez mais atenta dos direitos humanos na sua atuação.

O papel do julgador, aliás, já foi bastante abordado pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que trouxe importantes contribuições para a ciência jurídica. Dentre suas teorias, destaca-se a integridade do Direito, segundo a qual a interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada pelo julgador, bem como a ideia da prestação jurisdicional vista como um romance em cadeia (em continuidade). A busca de Dworkin reside exatamente no fato de que existe uma resposta correta para cada caso concreto, bem como deve haver um mecanismo de



justificação nas decisões, na medida em que não aceita que o juiz decida conforme sua própria consciência, baseado em suas convicções pessoais e subjetivismos.

A partir desse aporte teórico, o presente artigo visa fornecer elementos de compreensão acerca do papel dos juízes na mundialização, tendo como fios condutores a teoria da integridade do Direito e a ausência de poder discricionário dos julgadores, conforme o pensamento dworkiniano, utilizando-se, ainda, as contribuições trazidas por Allard e Garapon e Delmas-Marty. Sem a pretensão de esgotar o tema, busca-se, assim, uma interlocução entre a integridade do Direito, à luz da perspectiva de Dworkin, e o papel dos juízes na mundialização.

Para tanto, tendo em vista que o enfoque da pesquisa está centrado em lançar um olhar crítico-reflexivo sobre o tema proposto, entende-se imprescindível a adoção da “metodologia” de abordagem fenomenológico-hermenêutica, que sempre parte da ideia que o pesquisador, uma vez que ser-no-mundo e dotado de pré-compreensão, poderá chegar ao desvelamento de sua investigação. Ainda, serão utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica acerca do tema, para compreender a influência da mundialização na atividade jurisdicional, refletindo-se acerca do papel dos juízes nesse emergente contexto.

Para a fluidez da compreensão, o artigo foi dividido em dois tópicos, sendo que no primeiro será exposta a teoria da integridade do Direito dworkiniana e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais para que seja proferida uma decisão constitucionalmente adequada. Num segundo momento, será enfrentado o diálogo e o papel dos juízes na jurisdição constitucional mundializada, levando-se em consideração a importância de que o juiz atue como em um “romance em cadeia”, no sentido de possibilitar a consolidação do Estado Democrático de Direito.

## **1 A INTEGRIDADE DO DIREITO E AUSÊNCIA DO PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NA PERSPECTIVA DWORKINIANA.**

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin trouxe importantes contribuições para a compreensão e aplicação do Direito, destacando-se a teoria da integridade do Direito. A integridade, na perspectiva dworkiniana, impõe ao julgador o desenvolvimento dos entendimentos jurídicos, levando em consideração os entendimentos passados e atualizando-os ao presente, exatamente como o contexto paradigmático e peculiar da



sociedade em rede exige. Para Dworkin, “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito”<sup>3</sup>.

Significa dizer que os juízes não estão aptos a criar direito novo em vez de aplicar o direito estabelecido e preexistente, como entendia o positivista Herbert Hart<sup>4</sup>, para quem o direito seria parcialmente indeterminado e incompleto, justificando a atividade criativa do julgador. A interpretação do direito em Hart está relacionada à textura aberta das regras e a discricionariedade judicial, já que, segundo o autor, há um poder discricionário aberto pelos limites apresentados pela linguagem, especialmente nos casos difíceis, em que existe a zona de penumbra, frente à qual o juiz deve escolher qual sentido deve prevalecer.

Na visão de Dworkin, por outro lado, o que é incompleto não é o Direito, mas sim a imagem que dele produz o positivismo jurídico, devendo ser rejeitada a ideia de “delegação” ao juiz para o preenchimento das lacunas nos casos difíceis através de um poder discricionário. Deste modo, adotando posicionamento contrário ao de Hart, Dworkin não admite a discricionariedade em nenhum caso, independentemente de ser considerado fácil ou difícil, não cabendo ao julgador escolher e sim decidir, com integridade e coerência. Essa controvérsia ficou mundialmente conhecida como célebre debate Hart-Dworkin, sendo o primeiro adepto ao positivismo jurídico e o segundo expoente da hermenêutica.

O problema do positivismo (teoria aderida por Hart) consiste justamente na possibilidade de o juiz desenvolver um papel que não é seu, qual seja o de legislador. Todavia, “o juiz deve descobrir os direitos das partes e não criar normas”, de modo que “a questão fundamental aqui é saber se as partes possuem ou não possuem ‘direitos’, e isso não pode depender da discricionariedade do juiz”<sup>5</sup>, conforme afirma Adalberto Hommerding. Na perspectiva oferecida por Dworkin, os juízes não possuem discricionariedade porque, mesmo nos casos chamados difíceis (*hard cases*), esses estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta, descritos como princípios jurídicos. Destarte, “a integridade é a chave da melhor interpretação construtiva das

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 128.

<sup>4</sup> HART, Hebert. **O conceito de Direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 140.

<sup>5</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 98.



diferentes práticas legais, em especial da forma como os juízes decidem os casos difíceis (*hard cases*)”<sup>6</sup>.

Significa dizer que o Direito deve observar o pressuposto da integridade, sob pena de que o julgador se utilize de convicções pessoais para decidir ou escolher qual resultado estará de acordo com a sua subjetividade. Vale ressaltar que Dworkin entende que o Direito sempre proporciona uma boa resposta ao caso concreto, já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história, proferindo uma resposta correta. A boa resposta seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz: fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade<sup>7</sup>. Para tanto, é imprescindível que cada caso concreto seja julgado de acordo com os fatos e o direito aplicado àquela determinada situação e não através de “decisões por atacado”.

Neste ponto, Lenio Streck<sup>8</sup> alerta que o Brasil é permeado pela cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tribunalísticas, uma vez que são amplamente conhecidas as teses de que “a Constituição é aquilo que o STF diz que é” e “o direito infraconstitucional é o que o STJ diz que é”, as quais traduzem a ideia de que o direito é aquilo que o judiciário diz que é, todas pautadas na concepção de que a lei é traduzida pela consciência do juiz. Isso muitas vezes é materializado através do que Streck denomina “hermenêutica de resultados”<sup>9</sup>, de modo que a decisão é construída através do pensamento “decido-e-depois-busco-o-fundamento”, o qual é permeado pela subjetividade do julgador (filosofia da consciência).

A fim de que sejam evitados esses posicionamentos, que são completamente contrários ao pensamento dworkiniano, a resposta correta, sugerida por Dworkin e aperfeiçoada por Streck para “resposta adequada à Constituição”, em atenção ao princípio democrático, não pode depender da consciência do juiz, do livre convencimento e da busca pela “verdade real”. A partir disso, Dworkin coloca a célebre metáfora do romance

<sup>6</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>7</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial - o velho realismo e outras falas. *In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 196.





escrito em continuidade, denominada “romance em cadeia”, segundo a qual cada juiz deve se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudenciais.

Evidencia-se, assim, a importância da integridade do Direito<sup>10</sup>. Isso significa dizer que na complexidade da tarefa a que estaria submetido cada escritor ao redigir o romance deve escrever cada capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance com a complexidade da tarefa enfrentada pelo juiz que, ao decidir um caso (fácil ou difícil), teria a função de dar continuidade à história. O julgador, portanto, não inicia do grau zero de sentido, como afirmado por Gadamer, para quem “[...] a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”<sup>11</sup>.

Isso, pois, “[...] o processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nunca nos banhamos na mesma água do rio)”, de modo que “[...] há sempre um sentido antecipado. Não há grau zero de sentido”<sup>12</sup>. Daí a importância do caso concreto submetido à apreciação do juiz, pois a mesma decisão (padrão/modelo) não serve para qualquer caso. Assim sendo, já que não se parte de um grau zero de sentido, a decisão necessariamente deve abarcar a reconstrução da história institucional do direito (fundada em princípios) e a colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito<sup>13</sup>.

Deste modo, para que a compreensão de algo seja correta (e a resposta, consequentemente, também) o julgador deve preocupar-se tanto com a história como com a atualidade, a fim de que a decisão respeite a história institucional e a integridade. Consoante explica Francisco Motta<sup>14</sup>, “[...] a Constituição não é só um documento, mas também uma tradição; assim, o operador do Direito (intérprete) deve ter a disposição de

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges e revisado por Gildo Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fortes, 2005, p. 238.

<sup>11</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 1a ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 489.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 21.

<sup>13</sup> Idem. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial - o velho realismo e outras falas. *In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

<sup>14</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 40.



entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do Direito”.

A compreensão da história e da atualidade e, sobretudo, a tradição da norma constitucional, deste modo, permitem que o juiz realize uma interpretação correta e adequada das leis, deixando de lado a arbitrariedade e o subjetivismo. Nesse contexto, adequar a norma constitucional, vigente desde 1988 (e não menos importante ou mais fraca no conjunto normativo) ao contexto da sociedade em rede, das novas tecnologias e da mundialização do Direito é um exemplo disso, com a observância da integridade.

Nesse aspecto, convém lembrar a ideia defendida por Konrad Hesse quanto à força normativa da Constituição, para quem “[...] em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca”<sup>15</sup>. Ou seja, em tempos de expansão do capitalismo, do consumismo desenfreado, do poder tecnológico e da sociedade em rede, é fundamental que não se fortaleça o desrespeito à Constituição, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais. Ou seja, “[...] a Constituição encontra-se no topo normativo e sua observância é essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito”<sup>16</sup>.

A decisão judicial, nesse viés, deve estar em consonância com o direito da comunidade política, retomando as ideias do “romance em cadeia” e da integridade concebidas por Dworkin e já elucidadas, o que é condição de possibilidade para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Necessário, portanto, pensar o processo civil através da lente hermenêutico-filosófica, ou seja, de uma filosofia no processo que evite deixá-lo nas mãos do julgador<sup>17</sup>.

Como iniciativa legislativa nesse sentido, é válido ressaltar que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o qual entrou em vigor em 18 de março de 2016, trouxe no artigo 489 a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, reforçando o pensamento de Dworkin. Ademais, tal dispositivo legal veio no sentido de reforçar a justificativa ou fundamentação da decisão como condição de possibilidade de

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

<sup>16</sup> HOCH, Patrícia Adriani Hoch. **Levando a sério no contexto da sociedade em rede**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Maria, 2017, p. 139.

<sup>17</sup> ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 233.



sua legitimidade, em consonância com a obrigação contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição<sup>18</sup>.

A partir dessas considerações teóricas, em que se enfatiza o papel do julgador em face da supremacia da Constituição Federal, é importante que se contextualize o cenário e o impacto da mundialização do Direito, em que o juiz nacional é, também, um juiz global, sobretudo quando ocorre o “comércio de juízes” ou “diálogo entre juízes”, conforme será exposto no próximo tópico.

## 2 DO JUIZ NACIONAL AO JUIZ GLOBAL: O PAPEL DOS JUÍZES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL MUNDIALIZADA DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO “CHERRY PICKING”.

Manuel Castells<sup>19</sup> definiu a sociedade em rede, a qual derivou do contexto inovador, transformando e organizando a vida em sociedade em torno da utilização das tecnologias de informação e de comunicação (TIC). É certo que as novas tecnologias ampliaram as possibilidades de conhecimento e de contato para além da esfera nacional, considerando seu caráter imediatista e transfronteiriço. Em face desse contexto, os julgadores podem, por certo, apropriarem-se das TIC, especialmente da Internet, e utilizá-las para proferirem decisões adequadas, íntegras e corretas. Assim, com base nos pressupostos teóricos expostos anteriormente, o presente tópico se destina à reflexão e à interlocução desses elementos com a mundialização do Direito, buscando-se identificar qual é a função dos juízes nesse contexto.

Ao refletir a respeito do problema das fontes do Direito, o autor espanhol Pérez Luño<sup>20</sup> alerta para os fenômenos que atingem a sociedade e a jurisdição, destacando o êxodo dos códigos para outras fontes do Direito; a evolução do Estado de Direito e dos direitos fundamentais; a primazia da Constituição no Estado constitucional e o pluralismo nas sociedades democráticas. Por consequência, segundo o autor, hoje o foco não está

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2019.

<sup>19</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Revisado por Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 8.

<sup>20</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Las fuentes del Derecho y su problemática. El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho actual**. Madrid: La Ley, 2011, p. 73-101.





mais no controle jurisdicional de legalidade e sim no controle jurisdicional da constitucionalidade, ratificando a supremacia e a importância do texto constitucional.

Em face disso, Pérez Luño<sup>21</sup> alerta para um novo paradigma teórico das fontes do Direito, com uma perspectiva universalista e superação do marco territorial do Estado nacional. A partir desse entendimento, a mundialização do Direito e os diálogos entre juízes são uma realidade, ainda em construção, mas com amplas possibilidades de aprimoramento no contexto da sociedade em rede, conforme se demonstra no presente estudo. Para tanto, é imprescindível que se discuta o papel dos julgadores diante desse novo cenário tecnológico e com inúmeros caminhos a serem seguidos.

Esse enfrentamento se mostra relevante, sobretudo, diante da preocupação de que seja empreendido um “governo dos juízes”, consoante salienta a jurista francesa Delmas-Marty<sup>22</sup>, para quem “[...] com a imprecisão das normas renasce o velho temor de um governo dos juízes que não seria mais que outra forma de arbitrariedade, quanto à ausência de hierarquia, ou seu enfraquecimento, porquanto “[...] ela perturba seriamente a representação e o funcionamento de uma ordem jurídica, concebida como uma ordem unificada e hierarquizada, unificada porque hierarquizada”.

Nesse diapasão, a autora alerta para a necessidade de se pensar no “papel do juiz na geração do direito - ou seja, a interação entre o texto e sua interpretação - e o lugar dos princípios gerais do direito no ponto em que o texto produz consciência jurídica”<sup>23</sup>. A utilização de princípios e o papel do juiz perante os textos normativos, através da interpretação que por ele é dada no momento de julgar, são temáticas enfrentadas por Dworkin, consoante brevemente exposto no tópico anterior, e também por Delmas-Marty, demonstrando a importância e a atualidade do presente enfoque jurídico-científico.

É válido destacar, ainda, a reflexão feita por Delmas-Marty<sup>24</sup> quanto à numerosidade e complexidade de normas jurídicas que atualmente se apresenta: para além das normas internas, os juízes, hoje, devem estar atentos também a normas internacionais - em particular as de direitos humanos - que, por meio de atos políticos de internalização ou mesmo em razão da natureza das normas, têm validade e também

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004b, XI.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>24</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel*. Paris. Seuil. 2004a.



devem ser por eles respeitados e até mesmo invocados em suas decisões, o que se mostra de extrema delicadeza à tarefa judicial.

Delmas-Marty<sup>25</sup> sustenta que a extensão jurídica que hoje se observa não registra precedentes na história, de modo que nenhum Estado pode dela se esquivar. A nova realidade do Direito pode ser vislumbrada a partir superposição de normas nacionais, regionais e mundiais, bem como na abundância de juízes e tribunais, nacionais e internacionais. Constata-se a vivência de mutações na concepção de ordem jurídica, uma vez que o Direito evoluiu na direção de sistemas interativos, complexos e instáveis.

Delmas-Marty deixa clara a importância dos juízes e sua arte de interpretar, mas também o desafio que lhes cabe, uma vez que ele está limitado às prescrições da lei, mas é incentivado a lhe completar as lacunas sem poder tomar o lugar do legislador. A fim de tornar esta etapa do processo de construção do direito mais adequada ao cenário atual, a autora propõe o desapego ao método da lógica clássica e o emprego de novas lógicas de interpretação para evitar a figura da transgressão por parte do intérprete.

Para Allard e Garapon<sup>26</sup> “o direito tornou-se num bem intercambiável”, permitindo a transposição de fronteiras como se fosse um produto de exportação. Desse modo, as decisões produzidas em alguns países são utilizadas como referência em outros, revelando a mobilidade do direito nos últimos anos e a possibilidade de que os juízes passem a estabelecer relações além-fronteiras, das formas mais diversas, dentre as quais se destacam: referência a julgamentos estrangeiros em decisões de âmbito nacional; intercâmbio de argumentos; formações comuns; diálogos entre tribunais; criação de associações transnacionais, de clubes ou sindicatos de juízes; capitalizações informais de jurisprudências, entre outros<sup>27</sup>. Evidencia-se, assim, a ocorrência de um processo informal de integração normativa em escala mundial<sup>28</sup>.

Nesse contexto, “a comunicação entre juízes intensificou-se nestes últimos anos e as fronteiras políticas já não limitam tão facilmente a circulação do direito”, segundo

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 7.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>28</sup> MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão. **Diálogos entre juízes/organização de Maria Edelvacy Marinho, Solange Teles da Silva, Liziane Paixão Silva Oliveira.** Brasília: UniCEUB, 2014, p. 28.



Allard e Garapon<sup>29</sup>. Ou seja, para os autores, “durante muito tempo limitados à interpretação rigorosa do direito, os juízes são hoje provavelmente os agentes mais activos da sua mundialização e, por conseguinte, os engenheiros da sua transformação”<sup>30</sup>, com inúmeros propósitos. Segundo os autores, a referência a decisões estrangeiras é múltipla, sendo que os juízes buscam encontrar soluções ou argumentos lógicos, servindo as jurisprudências estrangeiras como uma espécie de manancial de ideias.

Essas influências são chamadas de “comércio entre juízes” por Allard e Garapon<sup>31</sup>, que alertam para a existência de duas facetas da mundialização do direito: “é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas, corteses e serenas, uma dependência recíproca dos homens”. Para Marinho e Oliveira, “essa permeabilidade da ordem jurídica interna à externa ampliou o rol de fontes e descortinou outras possibilidades de fundamentação a problemas comuns enfrentados em diferentes jurisdições”<sup>32</sup>.

Tal fenômeno também é reconhecido como “diálogos entre juízes”, que trazem importantes contribuições para a coerência entre sistemas de normas. Isso, pois, “[...] o processo de integração normativa, acelerado pelo processo de integração econômica e globalização, tem evidenciado a importância do juiz como um dos vetores de coerência entre os sistemas normativos internacionais, regionais e nacionais”<sup>33</sup>. Essa atividade integrativa, que, de certa forma, aumenta o poder dos juízes, decorre da necessidade de maior segurança nas relações comerciais e o avanço do processo de internacionalização dos direitos, sendo reforçada pelo crescimento dos conflitos decididos via judicial seja no âmbito interno ou externo. Desse modo, o “cenário de intercâmbio jurídico favorece o fenômeno do diálogo entre juízes”<sup>34</sup>.

Independentemente da denominação empregada, importante considerar que a busca pelo julgador de parâmetros externos ou de decisões já proferidas internacionalmente reflete a ausência de discricionariedade. Conforme ressaltam Allard e

<sup>29</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>34</sup> MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogos entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: **Diálogos entre juízes/organização de Maria Edelvacy Marinho, Solange Teles da Silva, Liziane Paixão Silva Oliveira**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 31.



Garapon<sup>35</sup>, “[...] a citação da jurisprudência estrangeira não tem unicamente por objetivo convencer através de uma espécie de argumento de autoridade”, pois “[...] ela comprova, sobretudo, uma capacidade de recuo por parte do juiz, que se torna árbitro do seu próprio pensamento, da sua própria tradição e que garante uma forma de distanciamento, de imparcialidade”, a qual é elemento indispensável para a legitimidade dos sistemas judiciais.

Esse julgamento, baseado no pensamento alargado de que fala Delmas-Marty, reafirma, inclusive, a condição do Estado democrático de Direito, que não permite que o juiz decida exclusivamente com base na sua própria consciência. Assim, a circulação de decisões decorre do próprio dever de os juízes fundamentarem suas decisões, de modo que o comércio entre juízes “obedece, por conseguinte, a dupla exigência de eficácia concreta e de coerência argumentativa, reforçando ambas a legitimidade da decisão”, o que permite a interlocução entre o papel dos juízes na mundialização e o pensamento dworkiniano. “O estabelecimento de relações entre os tribunais assemelha-se à famosa metáfora de Ronald Dworkin sobre a elaboração de um romance por vários autores: o romance do direito, afirma este último, é uma obra colectiva, uma sucessão de decisões”, as quais “[...] pela sua função narrativa e argumentativa, procura alcançar uma forma de coerência, enriquecida gradualmente pelos casos particulares que precisam ser resolvidos<sup>36</sup>.

Nessa perspectiva, a influência de decisões estrangeiras seria positiva no sentido de garantir a integridade do direito em nível global. Todavia, em sentido contrário, essa mobilidade também pode revelar certa discricionariedade do julgador, na medida em que, a partir de uma decisão pessoal, esse pode selecionar as decisões estrangeiras que mais lhe agradam, em detrimento de outras. Nesse sentido, para Allard e Garapon<sup>37</sup>, “os juízes piratas são, conseqüentemente, criticados por praticarem *cherry picking* (literalmente, a escolha das cerejas) ao selecionarem, de entre as decisões estrangeiras, aquelas que tiveram a sorte de lhes agradar”.

Essa preocupação com o papel do juiz, diretamente atrelada à perspectiva democrática da atuação judicial, na medida em que os juízes devem igualmente assegurar

<sup>35</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 77.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 96.



a compatibilidade entre uma política interna e suas referências externas, entre a particularidade da cultura judiciária e os valores universais. Por consequência, essa perspectiva interna/externa do juiz lhe permite criar uma relação e fazer progredir seu próprio sistema, como ela pode também afastá-lo de toda legitimidade democrática. Significa dizer que o material externo não deve ser diretamente aplicado ao cenário nacional, devendo, por certo, ser objeto de um juízo crítico que verifique as condições de adaptação ao contexto local, respeitando-se as particularidades da sociedade, a fim de servir de base para a busca da melhor solução (resposta constitucionalmente adequada) para o caso concreto.

Diante desse cenário, brevemente exposto até então, a mundialização do Direito é permeada por duas formas de observação. A primeira assenta-se na crítica pautada no princípio da soberania, que seria afetado pelas influências externas na aplicação jurídica nacional. Sob essa perspectiva, o “empoderamento” dos juízes é visto “como uma usurpação do poder legislativo, um risco a soberania dos Estados e um risco para a segurança das relações jurídicas”<sup>38</sup>. A segunda, por outro lado, baseia-se na ideia cosmopolítica, com a finalidade de estabilizar as relações entre os homens no plano global. Nessa esteira, “o uso de citações cruzadas é visto como um mecanismo informal de coerência entre diferentes ordens jurídicas”<sup>39</sup>.

A autora Delmas-Marty sustenta a dialética entre o universal abstrato e situações particulares e concretas, a qual produzirá o chamado pluralismo ordenado, com o escopo de evitar a dupla ameaça de uma ordem hegemônica ou de uma desordem imponente. Significa dizer que essa preocupação visa “encontrar uma coerência sistemática para o conjunto de fenômenos que definem a mundialização do direito”<sup>40</sup>. Apesar disso, “o comércio entre juízes demonstra que, mais que o direito, é provavelmente a função terceira desempenhada pelos juízes que tende a universalizar-se com a mundialização”,

<sup>38</sup> MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogos entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: **Diálogos entre juízes/organização de Maria Edelvacy Marinho, Solange Teles da Silva, Liziane Paixão Silva Oliveira**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 34.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 11.





sendo que “esta função é indissociável dos cânones do processo justo e imparcial, ou seja, de um juiz independente, de uma defesa livre e de uma argumentação contraditória”<sup>41</sup>.

A partir dessas considerações, percebe-se que a mundialização do Direito pode contribuir positivamente para a atividade jurisdicional, desde que os julgadores não sejam contaminados pela discricionariedade ao buscarem a influência de decisões internacionais, realizando o que Allard e Garapon<sup>42</sup> chamaram de *cherry picking* (a escolha das cerejas), no que tange à seleção de decisões estrangeiras que atendam a sua própria consciência.

## CONCLUSÃO

O presente estudo evidenciou que atividade judicial deve ser norteadada pela integridade do Direito, em detrimento da discricionariedade do julgador e em favor do Estado Democrático de Direito e da legitimidade da atuação do Poder Judiciário. A observância a esses pressupostos revela-se ainda mais necessária diante do contexto da sociedade em rede e da mundialização do Direito, as quais reforçam o papel de extrema importância do julgador, bem como a sua responsabilidade em proferir respostas constitucionalmente adequadas.

Disso se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional que proporcione o fortalecimento da Constituição, a partir da aplicação dos princípios constitucionais, da filtragem hermenêutico-constitucional e de uma interpretação realizada conforme a Constituição. Essa postura deve buscar a garantia de direitos fundamentais e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, especialmente diante da complexidade da sociedade global.

Tais elementos devem ser também observados com o fenômeno da mundialização do Direito, a partir da influência de decisões estrangeiras no âmbito nacional, através de um pensamento alargado, conforme sustenta Delmas-Marty. Nesse sentido, ao utilizarem-se de parâmetros e decisões internacionais, para garantir sua legitimidade, os juízes devem agir com responsabilidade ética e política, buscando coerência e integridade, o que permitirá maior enriquecimento, inclusive, da fundamentação das decisões.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>42</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 96.



No Século XXI, o juiz nacional passa a ser um juiz global, ampliando-se a ideia de sistema para a ideia de rede. Entretanto, foi possível perceber que, em razão da complexidade jurídica que se mostra hoje, decisões atentas à integridade e à busca pela resposta adequada têm se tornado um desafio para este juiz, alçado ao patamar internacional.

A interlocução realizada neste estudo permitiu a constatação de que ao ser impactado pelo Direito mundializado, o juiz possui o papel de observar a integridade do Direito, proposta por Dworkin, sem contaminar-se pela prática de arbitrariedades. Justamente por não poder decidir apenas com base em sua própria consciência, ao receber a influência do diálogo além-fronteiras, o juiz também não pode escolher apenas aquelas lhes agradarem, o que, metaforicamente, consiste em um *cherry picking* (escolha das cerejas), segundo Allard e Garapon.

Esse contexto reforça a ideia da responsabilidade social e política do juiz, que deve realizar um juízo crítico quanto às decisões estrangeiras e afastar-se do paradigma subjetivista para que suas decisões estejam em consonância com a Constituição Federal e com Estado Democrático de Direito. Somente ao agir de forma íntegra, o juiz cumprirá sua responsabilidade de proferir decisões constitucionalmente adequadas, que estejam em consonância com a temporalidade vivenciada em decorrência da mundialização do Direito.

## REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: A nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: Le relatif et l'universel*. Paris. Seuil. 2004a.

\_\_\_\_\_. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Traduzido por Luís Carlos Borges e revisado por Gildo Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fortes, 2005.

HART, Hebert. **O conceito de Direito.** Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOCH, Patrícia Adriani Hoch. **Levando a intimidade a sério no contexto da sociedade em rede.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la legislación y derecho como integridad.* Curitiba: Juruá, 2012.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma História Universal de Um Ponto de Vista Cosmopolita.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual pela sentença (democrática) liminar de mérito.** Curitiba: Juruá, 2012.

MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da. Diálogos entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”. In: **Diálogos entre juízes/organização** de Maria Edelvacy Marinho, Solange Teles da Silva, Liziane Paixão Silva Oliveira. Brasília: UniCEUB, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Unisinos, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Las fuentes del Derecho y su problemática. El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho actual.* Madrid: La Ley, 2011, p. 73-101.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia.** 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial - o velho realismo e outras falas. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado.** Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmänn (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

5

CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2019



Dias 2 e 3 de setembro de 2019 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.