

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HISTÓRIA DO DIREITO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-059-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O interesse pela História do Direito tem crescido significativamente no Brasil nos últimos anos. A inclusão da disciplina no conteúdo dos cursos de graduação, desde o início dos anos 2000, tem contribuído para o conhecimento e expansão da área. Sendo ainda uma área (ou sub-área) nova, a História do Direito, ainda luta para sedimentar-se academicamente dentre as disciplinas chamadas de zetéticas. Ao contrário da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito, já consagradas em currículos, eventos e produções nacionais, a História do Direito ainda carece, se comparada com as outras áreas, de um certo fortalecimento metodológico e teórico.

Nesse sentido a existência de fóruns, como o GT de História do Direito no CONPEDI, auxilia que trabalhos, já com preocupações metodológicas e teóricas de grande sofisticação, convivam com os de pesquisadores iniciantes no tema. Mas, se por um lado, a referida disciplina luta para consolidar sua especialidade em relação à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, ela é palco de internacionalização e de refinados trabalhos acadêmicos. A ausência da disciplina no Brasil, durante alguns anos, fez com que o intercâmbio internacional fosse uma necessidade, logo na formação da disciplina. O mencionado fato levou diversos professores e pesquisadores a uma profunda inserção no meio acadêmico internacional. Daí o contraste da História do Direito: uma disciplina jovem, pouco difundida e sedimentada em muitos cursos jurídicos, mas que, por outro lado, tem dentre seus pesquisadores mais inseridos, um elevado nível de pesquisa e internacionalização.

Neste contexto, os trabalhos apresentados no CONPEDI e publicados aqui, servem para demonstrar uma área em transição e em processo de fortalecimento. Assim, eles contribuem para problematização de métodos, metodologias e teorias que podem ser aplicadas à História do Direito.

As apresentações tiveram temas genéricos e específicos, abarcando desde aspectos da presença e influência do "common law no Brasil, passando pelo direito romano e temas conexos. Também foram discutidos pensadores como Hobbes, Virílio, Habermas e Leon Duguit, e temas como espaços femininos, ideias marxistas, movimentos sociais e a trajetória do Direito no Brasil. Este foi o principal tema dos trabalhos que reuniu contribuições sobre o Período Colonial, a escravidão, a educação e a cultura jurídica. Também foi problematizado o Direito no Período do Império, as eleições de 1821, a obra de Diogo Feijó, a questão da

legislação sobre a adoção e o Estado laico e confessional. Sobre o Período Republicano, os trabalhos preocuparam-se com história do Direito Penal, crimes políticos, jurisprudência do STF e Relatório Figueiredo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Antonio Carlos Wolkmer (UFSC - UNILASALLE)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Zélia Luiza Pierdoná (MACKENZIE)

A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW E SUA INFLUÊNCIA ATIVISTA NAS INSTITUIÇÕES DOS SISTEMAS DE JUSTIÇA BRASILEIRAS

LA APROXIMACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS CIVIL LAW Y COMMON LAW Y SU INFLUENCIA ACTIVISTA EN LAS INSTITUCIONES DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA BRASILEÑAS

Paulo Fernando Soares Pereira

Resumo

O artigo aborda aproximação dos sistemas ocidentais do Civil Law e da Common Law e suas implicações no direito brasileiro, principalmente no que se costumou denominar de ativismo judiciário que efervesceu após a Constituição Federal de 1988. Assim, procura-se discutir as principais características dos dois grandes sistemas jurídicos, para, em seguida, discorrer-se sobre o encantamento que o sistema da Common Law causa na figura do juiz brasileiro. Metodologicamente, o artigo aborda, primeiramente, a Common Law, apresentando a praticidade como a sua principal característica. Em seguida, apresenta-se o sistema Civil Law, caracterizado, em sua essência, pelo formalismo. Encerra-se discutindo o encantamento que a praticidade e a proeminência da jurisprudência da Common Law causam nos juízes do Civil Law, gerando o que se procurou denominar de postura ativista.

Palavras-chave: Sistemas jurídicos, Aproximação, Influências, Ativismo.

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo aborda la aproximación de los sistemas occidentales de lo Civil Law y de la Common Law y sus implicaciones en lo derecho brasileño, especialmente en lo que se llamó de activismo judicial que tenido mayor efervescencia después de la Constitución Federal de 1988. Así, se discute las principales características de los dos grandes sistemas jurídicos, para luego adelante discutir sobre el encantamiento que el sistema de la Common Law ejerce sobre la figura del juez brasileño. Metodológicamente, el artículo analiza, em primer lugar, la Common Law, com lo sentido práctico como su característica principal. Después, se discute lo sistema Civil Law, que se caracteriza, en esencia, por el formalismo. Se cierra com las discusiones sobre el encanto que la praticidade y el protagonismo de la jurisprudencia de la Common Law causan en los jueces de lo Civil Law, generando lo que tratamos de llamar de la postura activista.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sistemas jurídicos, Aproximación, Influencias, Activismo.

I – INTRODUÇÃO

Investigar por qual razão houve um crescimento do protagonismo judicial no Brasil, país bastante atrelado aos paradigmas modernos de legalidade e igualdade formais, alcançados pelo Estado burocrático, requer certa digressão a respeito do direito comparado e as questões que envolvem dois dos grandes sistemas jurídicos vigentes: o *Civil Law* e a *Common Law*.

Dessa forma, o objetivo do presente artigo é discutir a aproximação entre os sistemas *Civil Law* e a *Common Law* e as implicações que esse fenômeno tem trazido para a postura ativista do direito brasileiro, adepto do primeiro sistema mas, atualmente, fortemente seduzido por diversas práticas judiciárias daquele outro sistema.

Deixe-se claro, porém, que a presente pesquisa não pretende fazer um estudo de direito comparado, mostrando semelhanças e diferenças de determinado instituto jurídico. Não se investigará um instituto jurídico específico. Pretende-se apenas analisar e contrapor algumas das características principais de dois grandes sistemas: o *Civil Law* e a *Common Law* e as implicações que essa aproximação têm proporcionado às instituições dos sistemas de justiça brasileiras, principalmente a denominada postura ativista dos magistrados.

Metodologicamente, o artigo aborda, primeiramente, a *Common Law*, apresentando a praticidade como a sua principal característica. Em seguida, apresenta-se o sistema *Civil Law*, caracterizado, em sua essência, pelo formalismo. Encerra-se discutindo o encantamento que a praticidade e a proeminência da jurisprudência da *Common Law* causam nos juízes do *Civil Law*, gerando o que se procurou denominar de postura ativista.

II – DA PRATICIDADE COMO CARACTERÍSTICA PRINCIPAL DO SISTEMA *COMMON LAW*

A análise comparada permite revelar o exagero de preconceitos, mostrando-se como outras nações aderiram a fórmulas diferentes ou rejeitaram outras, inclusive algumas falsamente tidas como democráticas e adotadas pelo direito nacional (DAVID, 1996).

Assim, uma das características mais marcantes do sistema jurídico da *Common Law* é o seu caráter prático, ou seja, a sua preocupação com resultados úteis ao processo, em contraponto ao formalismo do sistema do *Civil Law*, fortemente apegado às fórmulas romanas.

De onde vem tal praticidade? Evidentemente, tal característica decorreu de uma necessidade histórica. A *Common Law*, originária na Inglaterra, teve como fonte principal do

direito a jurisprudência e não a lei, sendo tida como um sistema marcado pela continuidade histórica, fruto dos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), não tendo sido perturbada por nenhuma revolução e não tendo conhecido a renovação do direito romano e tampouco a renovação da codificação, o que aconteceu com os direitos da família romano-germânica (estes últimos evidenciados por seu caráter racional e lógico)¹, caracterizando-se, ainda, pelas faculdades de adaptação, do seu permanente valor e pelas qualidades de seus juristas (DAVID, 1996).

A *Common Law*, em uma **primeira fase**, não é o direito comum de origem romana, mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surgiu diretamente das relações sociais e que foi acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; em uma **segunda fase**, tornou-se um direito de elaboração judiciária, pois constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais; tais regras se tornavam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o precedente obrigatório (BOBBIO, 1995).

Enquanto os juristas do continente europeu eram educados no culto pela lei e admiravam os códigos, parecendo-lhes estranho, e quase inconveniente, ver um país altamente civilizado, a Inglaterra, o maior país comercial do mundo, rejeitar a fórmula da codificação e continuar ligado a uma fórmula no seu entender ultrapassada, vendo na jurisprudência a fonte fundamental do direito (DAVID, 1996).

A lei inglesa, tradicionalmente, traria apenas corretivos e complementos aos princípios que precisassem de solução ou retificassem os princípios estabelecidos pela jurisprudência. Entretanto, atualmente, deve-se abandonar a ideia de considerar a legislação como fonte secundária, já que a mesma alcançou importância semelhante à jurisprudência (DAVID, 1996). Em que pese isso, atualmente, no sistema de *Common Law*, a jurisprudência continua a ocupar o posto principal fonte do direito, não obstante, por exemplo, o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos (RAMOS, 2010).

Na *Common Law*, ao contrário dos direitos codificados, houve uma necessidade prática em se organizar a grande quantidade de precedentes e de normas, exigindo que os princípios fundamentais que lhe servissem de base fossem identificados e expostos

¹ O sistema dos direitos românicos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas, graças à obra das universidades e do legislador. Subsistem nele, sem sombra de dúvida, numerosas contradições e anomalias devidas à história ou que se explicam por considerações de ordem prática. Os direitos da família romano-germânica estão longe de uma ordenação puramente lógica, mas realizou-se um grande esforço nesse sentido para simplificar o seu conhecimento. O direito inglês, pelo contrário, foi ordenado, sem qualquer preocupação lógica, nos quadros que eram impostos pelo processo; só numa época recente – nos últimos cem anos -, tendo sido abolido o antigo sistema de processo, a ciência do direito pôde esforçar-se no sentido de racionalizar estes quadros (DAVID, 1996).

sistematicamente para orientar a atividade prática dos juristas, o que correspondeu ao que se denominou *Jurisprudence* (LOSANO, 2007).

Em seu processo evolutivo, a *Common Law*, inicialmente, não se apresentou como um sistema que visasse realizar justiça, mas como um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios (*remedies precede rights*) (DAVID, 1996), daí a sua característica prática, o que poderia ser muito bem absorvido pelas Instituições dos Sistemas de Justiça brasileiras, fortemente apegadas a fórmulas bacharelescas e burocráticas, resquício do pedestal jurídico do princípio da legalidade formal, como se verá adiante.

O aspecto utilitário desse sistema (*Common Law*) decorreu da complexidade e da tecnicidade dos seus processos, que não poderiam ser compreendidos senão pela experiência, o que pouco teria contribuído uma formação universitária, baseada no Direito Romano, que não permitiria solucionar um caso simples, o que explica o fato de, na Inglaterra, juristas e juízes continuarem, até hoje, a ser formados essencialmente pela prática², diferentemente dos países da Europa Continental (DAVID, 1996).

É bem verdade, no entanto, que, modernamente, principalmente após a experimentação do *Welfare-State*, a *Common Law* teve que se adaptar às transformações, aproximando-se da elaboração legislativa e doutrinária do direito (DAVID, 1996). Assim, o *Welfare-State* teve uma forte crença na força da legislação e no direito administrativo, o que abriu espaço para a legislação naquele sistema.

De acordo com Michel Crozier (1983), o *Welfare-State* foi fenômeno que decorreu da complexidade das relações sociais, pois quanto mais uma sociedade se torna complexa, mais ela necessita de serviços administrativos e de desenvolvimento de regulamentação. No entanto, na medida em que os cidadãos exigem intervenção do Estado, essa extensão do papel do último acaba desequilibrando o sistema, já que as atividades de serviços acabam ultrapassando a mera atividade de controle, levando-se à criação de novos papéis que não integram o esquema tradicional, podendo levar, inclusive, a desintegração do mesmo devido à sua extensão demasiada, o que exigirá novas posturas.

Conforme Mauro Cappelletti (2010, p. 189-190),

O Estado de bem estar social teve uma grande fé, a fé na lei, isto é que o levou àquilo que Gilmore e Calabresi chamaram de 'orgia da legislação', uma orgia de leis

² O processo inglês não se opunha somente à influência do direito romano; a sua complexidade desencorajava os juristas a irem receber nas universidades uma aprendizagem de princípios, que não lhes serviria para nada na prática. Os juristas ingleses nunca foram formados pelas universidades, e, ainda hoje, quando é obrigatória uma licenciatura para se tornar advogado ou *solicitor*, esta licenciatura pode ser outra que não em direito (DAVID, 1996).

primárias e secundárias, leis e ‘leizinhas’ e regulamentos intervenção nos mais disparatados setores da vida econômico-social, voltadas de fato para transformar a realidade no sentido de uma maior justiça social. Mas esta orgia de leis, ‘leizinhas’ e regulamentos, que foi inevitavelmente acompanhada de um crescente gigantismo do aparato administrativo-burocrático direcionado para a atuação de leis, levou a uma reação, hoje particularmente acentuada na Itália e no exterior [...] Trata-se, se fato, da reação contra os excessos daquilo que Lawrence Friedman, André Tunc e outros, em um recente congresso florentino, chamaram de ‘Estado Administrativo’, que ameaça desta forma degenerar em um opressivo ‘Estado Burocrático’, ou ainda mais grave em uma ‘*administrative tyranny*’. É exatamente esta reação contra o mito da onipotência e onipresença da lei e contra o gigantismo do Estado-aparato, que estimulou o emergir deste novo fenômeno de uma justiça ‘deslegalizada’, que é, pois, também ou pode ser aos olhos de muitos uma justiça mais humana e mais acessível, e subtraída, tendencialmente, à profunda crise da lei e dos parlamentos modernos, os quais querendo fazer muito, terminaram por fazer tarde e mal.

Na mesma linha de pensamento Luiz Werneck Viana *et al.* (1999, p. 149) entende que o *Welfare-State* entrou em crise ao tentar regular excessivamente as relações sociais.

A crise do *Welfare State* nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

Deixando de lado as discussões em torno do *Welfare-State*, que evidenciou a necessidade desse sistema em se aproximar do sistema *Civil Law*, e retornando às origens da *Common Law*, nos Estados Unidos, segundo Mario Losano (2007), o direito inglês teve influência fundamental, mesmo após a separação da Coroa inglesa, em 1775, pois as 13 (treze) colônias, conquanto independentes, continuaram a ter um *Common Law* de cunho feudal na aplicação do direito privado. No entanto, as colônias assumiram uma estrutura constitucional fundamentada no federalismo e na rígida separação de funções estatais, com diferenças profundas do modelo praticado na Grã-Bretanha, como as prerrogativas de cada Estado de ter duas ordens de tribunais, um para os problemas estaduais e outra para os federais (LOSANO, 2007).

Não se pense que o advento da *Common Law* nos Estados Unidos esteve imune a assédios de outros sistemas. A *Common Law*, graças à língua e ao povoamento predominantemente inglês, acabou triunfando nos Estados Unidos. Contudo, a partir da

Independência em 1776, a mesma adquiriu originalidade³, decorrente principalmente da existência do federalismo (DAVID, 1996), no qual a dualidade na distribuição das competências fez surgir uma nova espécie de jurisdição: a federal, distinta da jurisdição dos Estados, cujo modelo o Brasil incorporou ao seu Sistema de Justiça.

O sistema de justiça dual, com uma Justiça Estadual e outra Federal, e a relevância do Judiciário dos Estados Unidos em muito se assemelha ao brasileiro. Evidentemente, o padrão institucional das Instituições dos Sistemas de Justiça desse país se deve a séculos de amplo regime democrático, o que pode constituir um norte para ser analisado ou até mesmo seguido no que diz respeito às demandas que envolvem as mais diversas políticas públicas, já que contextos históricos diferentes nem sempre permitem caminhos institucionais idênticos.

É necessário lembrar que aquele padrão institucional é fruto de um padrão cultural, através do qual o povo dos Estados Unidos, através de instituições livres, por meio da liberdade, combateu o individualismo que a igualdade fazia nascer. Com as instituições livres, os estadunidenses possuem direitos políticos usualmente exercidos, o que faz recordar, em cada indivíduo, que ele é um cidadão que vive em sociedade, devendo dirigir seu espírito para a ideia de que o dever e o interesse dos homens seria tornar-se útil aos seus semelhantes (TOCQUEVILLE, 1987)⁴, pois se a democracia é tida como o primeiro grande tema do constitucionalismo moderno, a sua limitação é o segundo (ACKERMAN, 2007).

III – A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E A INFLUÊNCIA DA POSTURA ATIVISTA NAS INSTITUIÇÕES DOS SISTEMAS DE JUSTIÇA BRASILEIRAS

O estado burocrático foi uma conquista moderna em que os poderes estatais são limitados pela legislação, daí se dizer que um dos pilares do estado moderno é o princípio da legalidade, segundo o qual, em assuntos administrativos, por exemplo, “*só é lícito fazer aquilo que a lei permite*”, proibindo-se comportamentos administrativos que não estejam contemplados na legislação.

³ O direito, nos Estados Unidos como na Inglaterra, é concebido essencialmente como um direito jurisprudencial, fundado antes de tudo sobre os precedentes e a razão. As leis e regulamentos são observados, segundo a tradição, como complementos ou corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema da *Common Law* (DAVID, 1996).

⁴ “A princípio, ocupa-se do interesse geral por necessidade, e depois por escolha; o que era cálculo passa a ser instinto; e, à força de trabalhar para o bem dos seus concidadãos, adquire-se, afinal, o hábito e o gosto de servir-lhes” (TOCQUEVILLE, 1987, p. 391).

A superioridade técnica dos peritos, os processualistas, no caso, foi um dos fatores que contribuíram para o avanço do sistema *Civil Law*, consoante Max Weber (s/d, p. 43-45),

O decisivo foi o ordenamento racional do Direito Romano e, particularmente, a necessidade técnica de colocar o procedimento processual em mãos de peritos racionalmente instruídos, ou seja, homens instruídos nas Universidades e conhecedores do Direito romano. A instrução especializada era necessária, dada a crescente complexidade dos casos legais práticos e a crescente racionalização da economia, que exigiam um procedimento racional de evidência em vez da verificação da veracidade dos fatos mediante revelações concretas ou garantias sacerdotais que, claro, são meios de prova ubíquos e primitivos. [...]

A decisiva conversão do pensamento jurídico é pré-determinada pela índole técnica da instrução do procedimento processual, confiada às formulas do edito legal, as quais eram adaptadas a concepções legais. Atualmente, o predomínio do princípio de substanciação prioriza a apresentação dos fatos, qualquer que seja a perspectiva de uma compulsão similar que leve a apresentar formalmente e com precisão o sentido dos conceitos; [...] A racionalização do Direito Romano em um sistema fechado de conceitos manejados cientificamente somente foi aperfeiçoada durante o período de burocratização da própria comunidade política. Este caráter racional e sistemático diferencia categoricamente o Direito Romano de todo o Direito originado no Oriente ou na Grécia helênica.

No entanto, todo esse tecnicismo não foi capaz de atender a uma série de demandas, tampouco em mascarar a realidade social de desigualdade entre os homens. Por isso, não em vão, o princípio da legalidade, um dos pilares jurídicos dos países atrelados ao *Civil Law*, tem sido constantemente abalado pelo surgimento de novas demandas, bem mais urgentes do que a natural morosidade do processo legislativo e ao burocratismo da atividade administrativa, exigindo-se novas posturas do Estado, sobretudo da atividade judiciária.

De acordo com Eduardo Novoa Monreal (1988, p. 152),

O princípio tradicional de Direito Público de que a autoridade e seus órgãos somente podem fazer aquilo que a lei expressamente autoriza parece incompatível com a necessidade de faculdades discricionais que são requeridas para tarefas como essas. O vasto aumento de funções governativas, a exigir ‘um amplo grau de faculdades discricionais’, de acordo com Friedmann, fica em excessivo desacordo com as possibilidades que permitem o atual desenvolvimento do Direito. O Direito Administrativo, deixado para trás pela evolução social, não é capaz de resolver, todavia, a necessidade de ‘harmonizar a liberdade de ação de que a administração precisa para cumprir, com eficácia e rapidez, seus fins, no que tange à segurança do cidadão e o controle jurídico da atividade administrativa, de modo a evitar o risco da arbitrariedade’, segundo as palavras de Latorre.

Desse modo, parece pertinente investigar por quais razões o Judiciário em países como o Brasil, adepto do sistema *Civil Law*, tem aumentado a sua importância e visibilidade, seja ao “criar” normas, substituindo-se o legislador, seja “interferindo” na execução das políticas públicas, substituindo-se o administrador. Parece que, finalmente, os juristas “caíram na real”, tomando pé da realidade, para acreditar que, de fato, a legislação não é perfeita, e que possui lacunas, diversas vezes insuperáveis. Max Weber (s/d, p. 50) há muito tempo já fazia tal questionamento:

A ideia de ‘uma lei sem lacunas’ é claro, energicamente questionada. A representação do juízo moderno como autômato que recebe os processos e os custos a fim de poder emitir o veredicto, junto com as razões justificadoras deste, mecanicamente transcritas de parágrafos codificados, é uma representação aereamente resistida, talvez com motivo de que uma sólida burocratização da justiça traz aparelhada certa aproximação a esse modelo. No âmbito do procedimento judicial há setores nos quais o legislador leva diretamente o juiz burocrático a ‘individualizar’ os procedimentos.

Essa inversão dos papéis tradicionais dos agentes estatais (legislador, administrador e julgador), alterando um dos dogmas do direito público (teoria da separação das funções estatais), no entanto, é fenômeno que já ocorreu em outros países, como nos Estados Unidos há bastante tempo, sendo interessante que se analise a razão desse fenômeno, pois a importância do estudo do direito comparado ajuda a revelar as múltiplas influências entre os diversos sistemas jurídicos em um mundo integrado, pois o ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, percebendo-se o fenômeno de maneira diferente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Judiciário (RAMOS, 2010).

Nesse contexto, tradicionalmente, no Estado burocrático, os governantes estariam vinculados às diretrizes legislativas, não podendo tomar decisões que ultrapassem as permissões do Legislativo, impondo-se ao Judiciário, por outro lado, o monopólio da interpretação, já que o processo de criação da legislação compete àquela outra função. Já em relação ao Executivo, elucidativas são as considerações de Max Weber (s/d, p. 52-53), para quem,

O Estado burocrático, por sua vez, faz entrar no orçamento todos os gastos administrativos e proporciona às autoridades inferiores os meios de pagamento ordinário, cuja utilização é regulada e controlada por aquele. Isto apresenta o mesmo sentido para a “economia” da administração como a grande empresa capitalista centralizada. [...] Apesar da sua segura superioridade técnica, a burocracia tem sido em todo o descoberto um fato relativamente tardio. Isto deveu-se a um conjunto de obstáculos que somente desapareceram totalmente sob determinadas condições políticas e sociais. [...] A estrutura burocrática chegou ao poder, em geral, em virtude de um nivelamento de diferenças econômicas e sociais. Este nivelamento foi pelo menos relativo e influenciou na importância das diferenças econômicas e sociais para a distribuição de funções administrativas.

Porém, a previsibilidade legislativa do Estado Moderno, eminentemente burocrático, não foi capaz de acompanhar as novas demandas individuais e sociais, gerando o que se denominou o “desencantamento da modernidade” (HABERMAS, 2003). Confirma-se, por exemplo, o pensamento de Nietzsche, que bem representa essa filosofia do desencantamento com o Estado moderno. Nas palavras de Simone Goyard-Fabre (2002, p. 41),

Segundo Nietzsche, o *homo politicus* dos tempos modernos se parece como o *homo religiosus* da cristandade: sob a máscara do humanitarismo e dos ideais, ele trai a vida. Depois da ‘morte de Deus’, o político substituiu o teológico e o Estado se tornou ‘o novo ídolo’, odioso em sua monstruosidade: no direito político do ‘humano, demasiado humano’, tudo é mentira – uma mentira extra moral na qual Nietzsche descobre a negatividade do homem decaído. Com seus hábitos políticos estereotipados, suas categorias jurídicas e administrativas capciosas, suas leis com pretensão de serem gerais e formais, o Estado moderno, ídolo democrático, por sua maquinaria demente e com uma boa consciência estonteante, é um empecilho ao bom funcionamento: possuído pelo ‘espírito da lerdiceza’, ele não passa de um empreendimento de embrutecimento que favorece o instinto do rebanho. Em todos os pontos, opõe-se ao ‘sentido da Terra’. O Estado, como a Igreja, é o mundo dos ‘moedeiros falsos’. Nietzsche declara que sente apenas um ‘grande desprezo’ e um ‘grande asco’ por essa ‘doença de pele’ da terra que é a modernidade política, cujo símbolo é, na esteira mortífera de Rousseau, a Revolução Francesa.

Esse desencantamento na crença da legislação, por parte dos juízes do sistema *Civil Law*, leva a uma postura ativista, muito parecida com o papel dos juízes no sistema *Common Law*. O chamado ativismo do Judiciário brasileiro é fenômeno bastante antigo nos Estados Unidos⁵, podendo ser definido, para Elival da Silva Ramos (2010), como a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, principalmente, bem como da função administrativa e da função de governo, não se tratando do exercício desabrigado da legislação, que, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com a descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outras funções/poderes.

Ainda, para Elival da Silva Ramos (2010), o ativismo judicial reportaria a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa; o ativismo judicial seria o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que, incumbe, de forma precípua, ao Judiciário, a resolução de litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Mas o que explica o encantamento e aproximação do sistema *Civil Law* com a postura ativista do juiz da *Common Law*? Mario Losano (2007, p. 345) afirma que a,

Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o *Common Law* está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro ‘*judge made law*’, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de *Civil Law*. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a ser tornar um direito jurisprudencial.

⁵ Uma análise bastante elucidativa a respeito do ativismo judicial estadunidense, em especial no que se denominou como devido processo substantivo, fase na qual os juízes da Suprema Corte não se viam como criadores de lei, mas como cumpridores do direito natural, pode ser encontrada em WOLFE (1991).

Um **primeiro ponto** que deve ser esclarecido é que os países da família *Civil Law* e da *Common Law* tiveram, no decorrer dos séculos, diversos contatos, fruto da influência moral cristã e das doutrinas filosóficas em voga, que puseram em evidência, desde o Renascimento, o individualismo⁶, o liberalismo e a noção a respeito de direitos subjetivos (DAVID, 1996), sendo realidade a confirmação segundo a qual os pontos de encontro entre os sistemas sempre ocorreram e estão se multiplicando (CAPPELLETTI, 2010).

No dizer de René David (1996, p. 20),

A *Common Law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *Common Law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas das vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.

Portanto, entender como se dá o protagonismo judicial nos países do sistema *Civil Law* requer entender a razão pela qual os agentes jurídicos desses países têm voltado os olhos para o sistema da *Common Law*, o que decorre de um novo contexto político que eles têm vivenciado.

Consoante Estefânia Barboza e Kátia Kozicki (2012, p. 67),

O que se percebe nesse novo contexto político-jurídico criado no pós-guerra com o estabelecimento da supremacia dos direitos humanos, seja por constituições escritas ou não, é que esse movimento se dá junto com a expansão do *judicial review* em diversos países.

Essa expansão amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Verifica-se, ainda, que a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que provocada por atores políticos, também legitima o próprio documento constitucional.

O grande desafio está em superar as barreiras colocadas à atuação do Judiciário pela tradição do *civil law*, que pretendia limitar a atuação do juiz no texto normativo. A revolução dos direitos humanos e a judicialização da política expandem a atividade judicial não só no sentido quantitativo, mas também porque assume esse poder o papel de concretizar direitos que só terão significado no caso concreto, o que os aproxima do papel do *judge-make-law* presente nos sistemas de tradição do *common law*.

O **segundo ponto** a ser lembrado é que alguns dos problemas que afligem os Sistemas de Justiça, sejam os da família⁷ anglo-saxônica ou romano-germânica, têm se

⁶ “Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado, para citar o famoso artigo 2º da Declaração de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem ‘é o objetivo de toda associação política’. [...] O individualismo é a base filosófica da democracia: uma cabeça, um voto” (BOBBIO, 1992, p. 61).

⁷ Para DAVID (1996, p. 17), “a noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os

mostrado parecidos, haja vista o movimento de aproximação entre os dois sistemas (DAVID, 1996; LOSANO, 2007; CAPPELLETTI, 1993; VIANA *et al.*, 1999), sendo de elevada importância a análise da posição dos tribunais para aqueles que tentam compreender adequadamente as instituições constitucionais de determinado país, como o caso dos Estados Unidos, no qual a presença de uma Corte Suprema federal faz girar todo o sistema constitucional (SCWHARTZ, 1966), o que, no caso brasileiro, tem parecido ocorrer com Supremo Tribunal Federal – STF, que vem aumentando seu protagonismo em um cenário democrático que se consolida.

Essa aproximação seria explicada por razões históricas, econômicas e culturais; assiste-se a um verdadeiro sinônimo de progressiva tendência à assimilação, senão mesmo à unificação, dos variados ordenamentos jurídicos nacionais, graças as relações econômicas e culturais entre os Estados e entre os cidadãos dos vários Estados, que têm se tornado rápidas, fáceis e frequentes (CAPPELLETTI, 2010).

Referida aproximação leva à tentação de se pensar, como faz René David⁸, que talvez seja possível falar, inclusive, em um sistema de direito ocidental, dada à existência de países em que não é possível definir com certeza a qual das duas famílias pertencem, já que tendem a tirar seus elementos da família da tradição romano-germânica ou da anglo-americana.

Segundo Mauro Cappelletti (2010, p. 56),

Disso deriva que também as diferenças, por vezes profundas, dos institutos jurídicos das várias sociedades organizadas, tendem facilmente, e sempre mais, a atenuar-se ou desaparecer. Como nos métodos – práticos e teóricos – das outras expressões da cultura humana: da economia à medicina, da física à biologia, etc., assim também nos métodos da prática jurídica e da pesquisa jurídica as diferenciações e barreiras nacionais e locais aparecem sempre mais superadas [...] A cultura humana, em quaisquer países, é hoje interdependente; a osmose entre os vários movimentos culturais é da mesma forma rápida e plena; e as fontes de informações que encontram-se também internacionalizadas, o que tornou já concebível uma qualquer corrente de pensamento, base de qualquer movimento ou transformação inclusive no mundo jurídico, que não seja ao mesmo tempo, de alguma forma, derivação ou causa de outros análogos movimentos ou transformações em outros países. Não é mais verdade, hoje, que as diferenças mais radicais ocorram entre as legislações assim chamadas da *Civil Law* e da *Common Law*. Os institutos e os princípios fundamentais do direito e do direito do processo civil, inspirados como são em todos os países ditos ocidentais, em ideologias comuns ou análogas, não diferem substancialmente tanto quanto a uma primeira vista poderia parecer; e mesmo no que refere aos institutos e princípios fundamentais do direito público e especialmente constitucional, em que antigamente ocorria uma nítida contraposição *Civil Law* – *Common Law*, os pontos de união vão se multiplicando.

diferentes direitos. Sendo assim todas as classificações têm seu mérito. Tudo depende do quadro em que se coloquem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante”.

⁸ DAVID, René (1996, p. 20). O autor dá como exemplos a Escócia, Israel, a província de Quebec, no Canadá, e as Filipinas.

Nesse contexto, as Instituições do Sistema de Justiça dos países do *Common Law* parecem causar um encantamento em países que enfrentaram regimes ditatoriais e nos quais a esfera pública de discussão das políticas sociais se amplia democraticamente para além do Legislativo e do Executivo, em movimento que já ocorreu há bastante tempo nos Estados Unidos, país com um espírito utilitário refletido na Constituição, preocupada, eminentemente, com questões constitutivas, o qual se distingue dos demais países não por uma ideologia dominante, mas por um processo de governo, em que a Constituição deve prescrever processos legítimos e não resultados legítimos (ELY, 2010), corroborando a tradicional praticidade do sistema da *Common Law*.

Ao que tudo indica, essa aproximação natural entre os dois grandes sistemas tem levado os juízes do sistema *Civil Law*, desencantados com as promessas inconclusas da modernidade, a uma maior crítica aos tradicionais princípios do referido sistema, fazendo com que os mesmos atuem de forma mais ativa, graças a um ambiente democrático que permite a atuação sem censuras, como tem ocorrido no Brasil após 1988.

O prestígio de autores como Ronald Dworkin é compreendido na medida em que o mesmo, ao tratar do sistema *Common Law*, utiliza a metáfora do juiz Hércules⁹, extremamente sedutora. Para Ronald Dworkin, os magistrados apareceriam nas sociedades contemporâneas como o equivalente funcional da *intelligentzia* clássica, por meio de decisões exemplares, empenhados em abrir caminho à realização do justo (VIANA *et al.*, 1999).

Ronald Dworkin (2010, p. 165) bem esclarece a figura metafórica do juiz Hércules:

Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.

Além do mais, Ronald Dworkin (2010) adverte que as concepções de *Common Law* veem as regras do direito costumeiro como vagas, as quais devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las a casos novos, devendo os juízes criar um novo direito, como se fossem delegados do Legislativo, promulgando-se lei que, na concepção dos magistrados, os legisladores promulgariam caso estivesse diante de determinado caso. Assim, “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que

⁹ Sobre Hércules como mito, *cfr.* DWORKIN (2003).

eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas” (DWORKIN, 2010).

O pensamento de Ronald Dworkin não esteve imune a críticas. John Hart Ely (2010) critica-lhe dizendo que o convite aos juízes parece ser claro; os juízes deverão buscar valores constitucionais, podendo, inclusive, anular as decisões dos outros dois poderes do Estado, baseando-se nos escritos dos bons filósofos morais contemporâneos, especialmente John Rawls; a experiência demonstraria, em verdade, que haverá uma distorção que privilegia os valores dos profissionais liberais da alta classe média, de onde provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos, pois as pessoas costumam achar que o que é importante para elas é importante para todos, o que não comportaria exceção entre os juristas.

Deixe-se claro, no entanto, que, ao contrário do que desavisadamente se prega,

Dworkin, porém, não se deixa seduzir pelo direito natural com o que, algum modo, as gerações pretéritas, continuam a exercer governo sobre o presente e o futuro. O seu paradigma é o da ação de Hércules, tipo-ideal no qual resenha a sua opção teórica pelo construtivismo. Na modelagem de Hércules prevalecem os traços do protetor das minorias contra as injustiças praticadas pelas majorias, e do herói que se afirma no campo dos princípios, intérprete do *law as integrity*, isto é, do direito como um conjunto indivisível dos princípios e valores que, à diferença daqueles do direito natural, se acham sedimentados historicamente e compartilhados socialmente (VIANA *et al.*, 1999, p. 35).

Evidentemente, entender como se dá o enfrentamento dessa questão passa pela compreensão da sistemática das forças políticas que controlam o Estado, na sua tripartição das funções públicas (legislativa, executiva e judiciária), na qual se exige uma apurada engenharia institucional para que uma função não usurpe as funções das demais, mas que, a um só tempo, qualquer delas não se mantenha omissa frente a uma violação das regras institucionais pelas outras, mantendo-se o equilíbrio do conjunto.

Nesse contexto, Jürgen Habermas (2003) identificou a ampliação das funções judiciárias como originária da construção do *Welfare State*¹⁰, com a inevitável indeterminação do direito que a ela se seguiu, denunciando a jurisdição constitucional exercida pelo Judiciário como um cenário de disputas em torno do princípio da divisão dos poderes (VIANA *et al.*, 1999). Para Jünger Habermas (2003, p. 301),

A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicar o

¹⁰ “No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se auto programa, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica dos seus quadros em atuar sobre ela. De outra parte, extrai legitimação no campo da opinião pela mediação de partidos que são, na prática, de Estado e não de representação da sociedade civil” (VIANA *et al.*, 1999, p. 20).

direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.

Nesse campo de disputas, no entanto, as Instituições do Sistema de Justiça brasileiras ainda estão fortemente atreladas ao crescimento quantitativo e em busca da satisfação de anseios corporativistas. Ao que tudo indica, a qualidade da jurisdição é mensurada pela quantidade de varas judiciárias e pela quantidade de decisões prolatadas. Há pouquíssimos critérios de mensuração da qualidade do que é decidido. Não à toa, o Judiciário expande-se de forma quantitativa sob o discurso de facilitação do acesso à justiça¹¹.

Não é demasiado lembrar Mauro Cappelletti (2003, p. 133), segundo o qual esse caminho de “confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito” constitui “certamente um fenômeno arriscado e aventureiro”.

Nessa perspectiva, parece residir, aqui, um dos grandes ensinamentos do cenário institucional americano, que absorveu o que havia de melhor do espírito prático da *Common Law*, o que permitiu, em diversos momentos históricos de tensão, a superação das crises institucionais. Parece que essa deve ser uma lição a ser assimilada pelas Instituições dos Sistemas de Justiça brasileiras, ao interferirem na execução das políticas públicas.

Essa suposta delegação legislativa acabou levando os juízes americanos, em diversos momentos históricos, ora mais ou menos atuantes, ao ativismo, pois ao tempo em que sustentavam que os tribunais deveriam aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas, desenvolveram princípios de legalidade e igualdade, os quais poderiam ser renovados continuamente conforme a posição moral da magistratura ao julgar os atos do Legislativo e do Executivo (DWORKIN, 2010).

Ocorre que o papel da magistratura nos países que enfrentaram a modernidade tardia não ocorreu no mesmo momento histórico da magistratura estadunidense. Com certo atraso, o protagonismo judicial brasileiro veio a se afirmar, de forma efetiva, somente após 1988, tendo em vista que o ativismo está intimamente ligado à questão de acesso à justiça. Este último, por sua vez, está diretamente ligado à democracia que só floresceu após o

¹¹ “A percepção cappellettiana do caráter estratégico do acesso à justiça para formação da cidadania encontrou recepção na magistratura brasileira. Segundo a versão elaborada por algumas de suas vanguardas intelectuais, o Judiciário deveria fazer um movimento em direção à sociedade, implementando formas mais democráticas, simples e rápidas de acesso à justiça. Sua expectativa era a de que essa reforma seria capaz de alterar a ‘mentalidade popular’ quanto à defesa de seus direitos, favorecendo o cumprimento mais espontâneo da norma e conferindo maior vitalidade à ordem jurídica (VIANA *et al.*, 1999, p. 154),

término do regime militar (RIBEIRO, 2008), o que comprometeu sobremaneira a consolidação das instituições brasileiras, dentre elas o Judiciário e as demais Instituições dos Sistemas de Justiça, que passaram a travar verdadeira guerra em busca da efetividade dos velhos e novos direitos individuais, sociais e coletivos.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho abordou a aproximação entre os sistemas jurídicos do *Civil Law* e da *Common Law*, refletindo sobre a influência deste último sistema nas Instituições dos Sistemas de Justiça brasileiras, que, após 1988, com o advento de um ambiente institucional democrático, permitiu uma postura mais ativista por parte do Judiciário, fenômeno já bastante comum no sistema da *Common Law*.

Inicialmente, discutiu-se a formação da mentalidade prática do sistema da *Common Law*, preocupado eminentemente com a resolução de conflitos, dando, dessa forma, proeminência ao Judiciário, através da jurisprudência, como fonte protagonista da criação do direito.

Deixou-se, claro, no entanto, que essa criatividade sempre esteve atrelada a um ambiente institucional democrático que permitiu o avanço jurisprudencial, sem que, por outro lado, tenha se criado uma ditadura da jurisprudência. A maior lição deixada por esse sistema está na sintonia entre os anseios da sociedade civil e o papel da jurisprudência, o que dá legitimidade a esse processo criativo.

Em seguida, discutiu-se o processo de interpretação do sistema do *Civil Law*, de base formalista e acadêmica, mas, por sua vez, incapaz de atender a uma série de novas demandas que são colocadas na arena pública. Discutiram-se, dessa maneira, o fetichismo da legislação e o burocratismo da atividade judiciária como características marcantes do sistema *Civil Law*.

Deixou-se claro que os sistemas da *Common Law* e do *Civil Law* sempre mantiveram algum contato, tendo ambos os sistemas, principalmente após o *Welfare-State* passado por um processo de aproximação mútuo, graças aos processos históricos, econômicos e culturais que têm ocorrido na civilização.

Nesse ambiente de aproximação, procurou-se discorrer a respeito da assimilação que o sistema *Civil Law*, em países como o Brasil, após o permissivo democrático, têm absorvido características do sistema *Common Law*, principalmente aquelas que proporcionam

uma postura ativista por parte do Judiciário, que passou a ter proeminência na arena institucional pública.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Traducción de José Manuel Salazar. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICHI, Kátia. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista GV**. jan-jun, 2012, p. 059-085.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____.; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. **Processo, ideologias e sociedade**: volume II. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Fabris, 2010.

CROZIER, Michel. **A sociedade bloqueada**. Tradução de Maria Lúcia Álvares Maciel. Brasília: Editora da UnB, 1983.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira do Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Ludmila. A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. **Revista Direito GV**. jul-dez. 2008, v. 4, p. 465-492.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: 1966.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Editora Itatiaia/Editora da USP, 1998.
- VIANA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Brasília: Conselho Federal de Administração, s/d.
- WOLFE, Chistopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Traducción de Maria Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.