

TRANSNACIONALIDADE E DIREITO:

Interfaces entre os sistemas jurídicos e a função judicial no mundo contemporâneo

TRANSNACIONALIDAD Y DERECHO:

Interfaces entre los sistemas jurídicos y la función judicial en el mundo contemporáneo

Viviane Candeia Paz¹

Dóris Ghilardi²

Resumo:

O presente trabalho aborda os sistemas jurídicos da *common law e da civil Law*, partindo-se dos ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro. Nessa perspectiva, o objetivo da pesquisa é demonstrar se há alguma convergência entre esses sistemas na atualidade e se há a influência na utilização destes na sociedade de risco global, enfrentando-se a atuação dos juízes no cenário atual. Nesse contexto, enfrentou-se a teoria econômica do direito (AED) a fim de investigar se a transnacionalidade possui alguma influência nas possíveis interfaces contemporâneas entre os sistemas jurídicos. A abordagem é realizada a partir de uma metodologia de abordagem indutiva, com uma técnica de pesquisa legal-bibliográfica.

Palavras-chave: Common Law, Civil Law, Judiciário, Teoria Econômica do Direito, Transnacionalidade.

Resumen:

El presente trabajo aborda los sistemas jurídicos de la *common law y de la civil law*, partiéndose de los ordenamientos jurídicos norteamericano y brasileño. En esa perspectiva, el objetivo de la pesquisa es demostrar se hay alguna convergencia entre esos sistemas en la actualidad y se hay la influencia en la utilización de éstos en la sociedad de riesgo global, enfrentándose la actuación de los jueces en el escenario actual. En ese contexto, se enfrentó la teoría económica del derecho (AED) a fin de investigar si a transnacionalidade tiene alguna influencia en las posibles interfaces contemporâneas entre los sistemas jurídicos. El abordaje del trabajo es realizada desde una metodología de abordaje inductivo, con una técnica de investigación legal-bibliográfica.

¹ Doutoranda pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), 2012. Doutoranda pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Diploma de Estudos Avançados em Direito Civil pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento/Unijuí, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia da UPF. Advogada e Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: vivianecandeiapaz@windowslive.com.

² Doutoranda pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), 2012. Mestre em Ciência Jurídica/UNIVALI

Palabras-clave: *Common Law*, *Civil Law*, Judiciario, Teoría Económica del Derecho, Transnacionalidad.

1. INTRODUÇÃO

A hipótese básica deste artigo é que o fenômeno atual da transnacionalidade vem impactando gradativamente na clássica separação entre as famílias (ou sistemas) do direito ocidental. Trata-se, como cediço, não de uma hipótese nova, mas que vem, com os estudos cada vez mais profundos sobre a globalização e a atuação judicial, ganhando força e visibilidade.

Percebe-se uma transformação importante nos sistemas *common law* e *civil law*, o primeiro pela observância do precedente jurisprudencial na atualidade e o segundo, no caso brasileiro, pelo papel criativo do julgador, atuando semelhantemente ao juiz da *common law*.

Aborda-se a questão relativa à atuação específica dos juízes, tendo-se como base as obras de Cárcova e Garapon, analisando-se brevemente o impacto do neoliberalismo globalizante sobre os sistemas jurídicos objeto dessa pesquisa, o que contribui para a verificação dos efeitos da transnacionalidade na atuação jurisdicional.

2. RAÍZES HISTÓRICAS DOS SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS PRÉ-GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Ao analisar as raízes históricas dos sistemas jurídicos ocidentais, faz-se relevante destacar a existência do agrupamento do direito em famílias, face a diversidade de direitos existentes. A exemplo, poder-se-ia agrupar as famílias por religião (cristianismo, islamismo, hinduísmo etc), de lingüística (línguas romanas, eslavas, semitas, nilóticas, etc) de ciências naturais (mamíferos, répteis, pássaros, etc). Dessa forma, o agrupamento dos direitos em famílias é o

meio próprio para facilitar a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo (DAVID, 2002, p. 22).

Esse agrupamento dos direitos em famílias deve-se à “diversidade dos direitos”, em especial, “se se considerar o teor e o conteúdo das suas regras” (DAVID, 2002, p. 21).

Tais direitos, são efetivamente sistemas jurídicos, agrupados em distintas famílias, através de diferentes critérios, conceitos, classificações, não havendo um consenso nessa esquematização.

A partir desses agrupamentos formaram-se as famílias *common law*, *civil law*, que serão objeto desse trabalho.

2.1. O SISTEMA *COMMON LAW*

O sistema jurídico da *common law* não é o direito comum de origem romana, mas um direito consuetudinário, tipicamente anglo-saxônico que surgiu, numa primeira fase, diretamente das relações sociais e foi acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase ele se tornou um direito de elaboração judiciária, visto que era constituído basicamente por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais, gerando um sistema de precedente obrigatório (BOBBIO, 1995).

A *Comune Ley* ou *Common Law* é uma família de direito alicerçada na análise de precedentes judiciais para extrair uma regra de direito. Tem origem na Inglaterra e desenvolvimento no ano de 1066 (ano da conquista normanda) que “constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia”(DAVID, 2002, p. 357-358).

Dessa forma, a conquista normanda fez com que o direito britânico deixasse de ser algo definido por cada tribo pela atuação da *County Courts* ou *Hundred Court*, que era a Assembléia dos homens livres que aplicava “o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional”(DAVID, 2002, p. 359). A partir desse momento, passa-se a ter um único direito e um único poder para toda a Inglaterra.

A diferença objetiva entre os sistemas de *common law*, como no caso dos Estados Unidos em relação ao sistema de *civil law*, como exemplo o Brasil e a Europa Ocidental, é que no primeiro as decisões judiciais consistem relevante fonte do direito, utilizadas como precedentes que em regra constituem efeito vinculante como suporte ao serem proferidas novas decisões em casos futuros.

Dessa forma, o *common law* pode ser visto como o direito desenvolvido pelos juízes, contrariamente a um corpo de normas codificadas como ocorre com os sistemas de *civil law*.

Uma característica básica do *common law*, nesse caso, é a doutrina do precedente, pela qual os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que apresentem fatos similares e levantem questões legais semelhantes. Os juízes com freqüência, estabelecem regras que possuem um impacto que se estende para além das partes em um caso particular. Essa tendência em seguir casos decididos anteriormente é a chamada de *stare decisis*, que vem do vocábulo latino *stare decisis et non quieta movere* (manter decisões judiciais e não alterar questões já decididas) (FINE, 2011, p. 67).

Em linhas gerais, estas são as características básicas do que se convencionou denominar *common Law*, o qual, com as devidas adaptações, foi introduzido em países de colonização britânica, em contraste aos países colonizados, como o Brasil, por potências do continente europeu.

Atualmente ainda prepondera o entendimento de que casos idênticos devem ser decididos da mesma forma no sistema *common law*, privilegiando-se a estabilidade da jurisprudência, no entanto, a compreensão de que as decisões eram baseadas nos costumes conforme versava o direito inglês, encontra-se alterada pela idéia atual de que as decisões são fundamentadas nos precedentes, enquanto que os costumes somente são valorados se encampados por um precedente (WAMBIER, 2009).

2.2. O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

A partir do século XII, através do ensino do direito baseado quase que exclusivamente no estudo do direito romano, através da codificação de Justiniano, *corpus iuris civilis*, formou-se um direito erudito, comum à Europa. Foram feitas análises racionais dos textos reproduzidos na codificação de Justiniano por professores universitários que acarretaram na

elaboração de uma ciência do direito diversa da época romana, pois os professores da Baixa Idade Média eram influenciados pelas idéias da época, em especial, pela filosofia cristã e também pelas instituições da Baixa Idade Média. Esse direito erudito apresentava vantagens em relação às centenas ou milhares de direitos locais, pois era um direito escrito (enquanto os direitos das diferentes regiões da Europa eram consuetudinários), era comum a todos os mestres, era muito mais complexo e mais evoluído. No entanto, não houve uma substituição absoluta do direito local pelo direito erudito (GILLISSEN, 2001).

Na Itália, Alemanha, países ibéricos e nas regiões belgo-holandesas a romanização foi maior, ao contrário dos países escandinavos e eslavos, assim como a Inglaterra (pelo adoção ao sistema de *common law*) porque desde o século XVI, o direito erudito foi aí mais ou menos reconhecido como direito supletivo, o que não ocorreu oficialmente na maior parte da França, onde o “direito erudito só foi reconhecido como *ratio scripta* (razão escrita), [...]. “Mas apesar dos graus de romanização, alguns elementos comuns aparecem desde o fim da Idade Média e mantêm-se até nossos dias” (GILLISEN, 2001, p. 204).

Gilissen afirma que “a terminologia comum” é usada como uma “concepção comum das noções jurídicas, dos conceitos romanos, do papel reconhecido à regra do direito abstrata e geral, também o princípio de que o direito deve ser justo, razoável e,

Por fim, um modo de raciocínio jurídico, tendente a resolver os casos particulares e os litígios a partir de regras gerais, fixadas pelo legislador ou reconhecidas pela doutrina; daqui resulta uma preponderância da lei como fonte do direito e um grande interesse pela ciência jurídica (GILLISEN, 2001, p. 204).

Por essa razão, que consiste na resolução de litígios a partir de regras gerais, “o direito nas universidades, é considerado como um modelo de organização social. Não se volta para o contencioso, nem para os julgamentos: processo, provas, execução são negligenciados, abandonados à regulamentação administrativa e ao estilo dos práticos” (DAVID, 2002, p.42).

[...] O direito, ligado à filosofia, à teologia e à religião, indica aos juízes como, segundo a justiça, devem estatuir; estabelece as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social. O direito é, tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática). Poderá conceber-se um ensino que se limita a expor a moral corrente dos indivíduos, os seus comportamentos, sem se preocupar em dar uma lição, em dizer como convém viver? Isto é igualmente verdade para o direito (DAVID, 2002, p.42).

O Direito romanístico também foi influenciado pelo direito canônico, através das leis da igreja, os Cânons, que continham as leis escritas sobre a doutrina religiosa. Já o direito brasileiro nasce da influência da tradição romano-germânica, reconhecido como da família civil Law, onde a lei é a fonte primária do direito, em desfavor do costume e da jurisprudência.

No entanto, o que se percebe na atualidade é que mesmo com acentuadas diferenças em sua estruturação, os sistemas jurídicos da *common Law* e da *civil law* têm sofrido notória aproximação no direito brasileiro, em especial, porque o sistema de *civil law* adotado pelo ordenamento jurídico pátrio tem implementado um sistema vinculativo de jurisprudência e a referência ao modelo da família *Common Law* possui como marco de significativa relevância a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao positivar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar a Súmula Vinculante, conforme art. 103A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.TRASNACIONALIDADE NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

O avanço tecnológico, a globalização, o aumento da população mundial, o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável são preocupações atuais, inerentes à modernidade. No entanto, para tratar do tema transnacionalidade, faz-se fundamental apontar as transformações ocorridas pelo impacto da globalização e que repercutem diretamente na atuação do Estado.

Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes. Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno (CRUZ; BODNAR, 2011. p. 56).

Efetivamente a globalização dos mercados é fator preponderante para a perda de soberania dos estados nacionais. Nesse sentido, Nunes destaca que, a ideologia neoliberal aponta como uma necessidade a redução do Estado ao Estado mínimo, mas não esconde que ele tem que ser suficientemente forte para realizar a privatização de todos os serviços

públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação (eliminação) do poder dos sindicatos, a destruição do Estado providência. Só que esta lógica aponta para aniquilação do Estado-nação, a paralisia da política, a morte da política econômica, constituiu um perigo para a democracia (NUNES, 2011, p. 127).

Nesse contexto, os neoliberais afirmam a necessidade de flexibilizar o mercado de trabalho, “libertando-o” das imperfeições que lhe foram sendo introduzidas como o subsídio do desemprego, a garantia do salário mínimo, os direitos decorrentes da existência de um sistema público de segurança social e na necessidade de imputar aos sindicatos toda a responsabilidade pela criação das condições para o pleno emprego da mão de obra (enquanto houver trabalhadores desempregados, os sindicatos tem que aceitar a redução dos salários nominais (NUNES, 2011, p. 123-127).

Nessa lógica, a defesa do Mercado é a defesa da concepção liberal do Estado, separado da economia e da sociedade civil e considerando a não-intervenção do Estado na economia como um corolário da natureza do Estado enquanto pura instância política.

Já a globalização neoliberal possui como elemento caracterizador o domínio do capital financeiro, justificando o epíteto de capitalismo de cassino (capitalismo playboy de Susan Stronge). O processo de globalização financeira assume uma importância fundamental no quadro de globalização neoliberal, traduzindo-se na criação de um mercado único de capitais. A caracterização desse processo fomenta a desintermediação, descompartimentação, desregulamentação e os benefícios obtidos são exclusivamente dos grandes conglomerados transnacionais (NUNES, p.123-127).

O Estado neoliberal e o fenômeno da globalização como processos da modernidade fazem com que seja necessário pensar na construção de um novo modelo de sociedade, ou seja, a sociedade democrática transnacional, conforme afirma Cruz:

[...] o grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática Transnacional, respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social e no acesso de todos ao bem estar (CRUZ, 2011, p. 21).

De acordo com Cruz e Bodnar (2011, p. 56) “o Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais”. Destacam os autores

que não se está falando de um superestado, mas na possibilidade de criação de vários espaços públicos de governança que seriam controlados pelas sociedades transnacionalizadas.

O prefixo *trans* denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias globais contemporâneas (2011, p. 57).

Por outro lado, a observância de um meio ambiente sustentável contrasta com o momento globalizante atual. A Globalização “significa também aproximação e mútuo encontro das culturas locais, as quais se devem definir de novo no marco desta nova realidade mundial”(CRUZ, 2011, p. 147)³. O autor Beck avança ainda mais afirmando, é “preciso pensar globalmente e agir localmente”. Nesse sentido, Cruz elenca que “[...] os Estados transnacionais seriam ao mesmo tempo globais e locais, por terem como seu princípio diferenciador o da inclusão social”(CRUZ, 2011, p.151).

No Estado Transnacional seria necessária a discussão sobre a

[...] organização de espaços públicos transnacionais, que viabilizem a democratização das relações entre estados, relação esta fundada na cooperação e solidariedade com o intuito de assegurar a construção das bases e estratégias para a governança, regulação e intervenção transnacionais (CRUZ, 2011, p.61-62).

A dimensão humana permaneceria em destaque no Estado Transnacional em uma visão expandida, inclusiva e solidária, no entanto, a concepção clássica da soberania deve ser redefinida, de forma que o Direito Transnacional teria as mesmas características axiológicas do Estado Transnacional, com espaços estatais transnacionais compostos por vários estados, com estruturas de poder cooperativo, cujo objetivo seria o de operacionalizar condições para que a globalização reste submetida ao interesse da maioria das sociedades, através da implementação da deliberação e do consenso. Exemplifica-se através da prática jurídica transnacional simbolizada pela iniciativa de proteção global em matéria ambiental, em especial, através da ECO-92 (Conferência Mundial sobre Meio Ambiente) elaborada no Rio de Janeiro (CRUZ; BODNAR, 2011, p. 58-59).

³ Trata-se da concepção de Ulrich Beck.

Não resta dúvida que no atual momento, em que impera a globalização neoliberal e, por consequência, o enfraquecimento do estado nação, seja através da não intervenção estatal na economia, na escolha do sistema jurídico que mais atenda aos interesses do mercado através de um maior protagonismo judicial, faz-se latente a necessidade de ser pensada a viabilização de um Estado e Direito Transnacional, não somente em matéria ambiental, mas que atenda à necessidade da sociedade que se depara em larga escala com as demandas transnacionais.

4.1 A TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO

Inicia-se com a seguinte constatação de Friedman “O Direito é muito importante para ficar nas mãos dos juristas”. Através desta afirmativa estabelece-se a discussão que norteia a disputa entre o Direito e a Economia, ou seja, a aplicação da Economia sobre o campo do Direito (ROSA; LINHARES, 2011, p. 58-59).

Essa problemática está alicerçada de acordo com Rosa (2011) em quatro momentos de revelada importância, sendo eles: a) Análise da matriz neoliberal; b) A influência da matriz econômica neoliberal sobre o campo do Direito; c) o surgimento do movimento da Law and economics; d) os argumentos do discurso crítico em desfavor da Law and economics.

De importância destacar que a matriz neoliberal surge com o pensamento dos autores F. Hayek e M. Friedman que substratam o discurso neoliberal como expressão de “liberdade”, de uma sociedade com uma ordem “espontânea” de sujeitos livres, a qual atende ao melhor interesse do mercado.

O modelo de Estado neoliberal surge na década de 1980 após a crise do Estado do Bem Estar Social e as teses de Keynes e garante que o Estado tenha por função retirar os obstáculos (entraves) de uma economia baseada no livre mercado. Dessa forma, este discurso legitima as desigualdades sociais ao centrar-se na propriedade privada e na liberdade de contratar. Surge o monetarismo em substituição ao estado intervencionista keinesiano. Tem-se um discurso religioso de fé no mercado. Essas são as premissas de sustentação do pensamento monetarista que abarcará todo o pensamento neoliberal do livre mercado, sendo o primeiro momento de sustentação para as idéias de da AED, pois o direito passará na ser visto como um meio de garantir a ordem espontânea gerada pelo mercado (ROSA, 2009).

O segundo momento: A influência da matriz econômica neoliberal sobre o Campo do Direito desencadeia-se a partir de como as premissas do monetarismo neoliberal influenciou o campo do Direito. O momento chave desta influência se deu no final da década de 1980 e início da década de 1990 através da Revolução neoliberal do Estado (governos Thatcher e Reagan). Essa articulação se sustentou a partir da idéia de capitalismo democrático, na qual se sedimentou a idéia de que a democracia somente seria possível com o capitalismo.

Para garantir esse modelo foram propostas as seguintes reformas dos Estados nacionais: a) privatizações; b) desregulação interna e externa; c) redução dos gastos sociais.

Dessa forma, a justificativa de tais medidas se baseava em manter a competitividade dos Estados mediante o corte de gastos com políticas sociais: a pobreza passa a ser um elemento de custo. Todo esse ideário gerou a idéia de que o Direito deve se adequar ao modelo que visa diminuir custos em função de uma ordem econômica global. Essa idéia de mercado mundial se consolidou no final da década de 1980 e início de década de 1990, a partir das seguintes estratégias: a) criação de órgãos supranacionais; b) validade de normas internacionais sobre normas nacionais – direito interno; c) hegemonia do poder do capital financeiro em face dos Estados. O resultado prático dessas estratégias são: flexibilização das leis trabalhistas, previdência social e parcerias público-privadas. Criou-se a idéia do pensamento único natural da globalização (ROSA, 2009).

No terceiro momento, Rosa (2009) trata por identificar a AED como um movimento que deu sustentação teórica ao ideário neoliberal no campo do direito. A AED ganhou destaque no final do século passado por três razões fundamentais:

- a) construção do estatuto teórico próprio (Posner e outros);
- b) proeminência do discurso neoliberal
- c) imbrincamento dos sistemas da civil Law e da comow law.

O quarto momento é marcado pela crítica ao movimento da *Law and economics* em que verifica que o jurídico é transformado numa esfera técnica e aparentemente despolitizada. O preço de tal “lugar” é o desfazimento da democracia e o esvaziamento da justiça social. O ponto de vista econômico é visto como um dogma sagrado. A constitucionalização da esfera privada, direitos fundamentais constitucionais substituídos pelos direitos fundamentais do mercado (liberdade de contratar e direito de propriedade) (ROSA, 2009).

Para Rosa (2009) não se pode esperar mais do mercado do que ele pode dar, mas de recusar a submissão do direito a uma ordem natural do mercado, sem regras, sem leis. Nessa senda, a solução verificada é a reconstrução do Estado Democrático de Direito, baseado nos direitos fundamentais.

Por fim, parodiando Friedman, e com inspiração em Rosa (2009), “os direitos fundamentais são muito importantes para ficarem nas mãos do mercado”.

4.2. O COMÉRCIO DOS JUÍZES

No processo de mundialização, mais que a imposição de uma cultura jurídica, existe o desiderato de difundi-la. No comércio entre juízes existe uma competição entre os parâmetros da *civil law* e *common law*, afastando-se, aparentemente, as culturas jurídicas asiáticas e mulçumanas (ALLARD; GARAPON, 2005).

Na França, o relatório do Banco Mundial causou escândalo. Tal relato imputa ineficácia ao sistema jurídico continental (*civil law*) quando comparados ao sistema da *common law*. Nesse sentido, nesta tensão, os juízes passaram a ser uma espécie de embaixadores do sucesso aparente da *common law*. Algumas razões para esse “sucesso” é explicada por Allard e Garapon (2005, p. 51-57).

- A) Poder econômico dos EUA. As *laws firms* penetraram decisivamente no ambiente de direito continental;
- B) A *common law* não se restringe a uma nação em particular. Desta forma, o nexa a *common law* não se dá com um país, mas com uma cultura mais vasta, com institutos que são defendidos pelos seus “embaixadores” em qualquer sistema que se encontrem. O Comércio mundial se coaduna com esta percepção, na qual o agente central é o juiz e não a legislação nacional ou os “doutores”. Defende-se a tese do sistema que é mais adaptado aos desafios da mundialização;
- C) Na *common law* os juízes partilham da idéia fundadora de que o direito precede a política, sendo que esta lealdade deve ser maior do que a obediência à comunidade jurídica nacional;

D) Os juízes na *common law* guardam um sentido de elite diverso da *civil law*, este ultimo considerando o juiz um funcionário público;

Dessa forma, a utilização de decisões de outros Estados como fator de fundamentação implica numa espécie de pensamento alargado, pelo qual é possível ao juiz avaliar criticamente sua cultura judicial em contraste com outra. A decisão não se arrima na soberania, mas em buscar convencer pelos seus próprios termos. Tem-se, assim, ao não vincular a força de sua argumentação aos elementos formais da soberania interna, uma espécie de legitimidade horizontal. Ao se dirigir aos seus homólogos, o juiz tem diante de si um auditório universal (Perelman), parte-se de um caso concreto para uma decisão alargada, a partir de casos exemplares (ALLARD; GARAPON, 2005).

Neste contexto cresce a *common law*, pois nesta cultura sobreleva-se a questão narrativa e argumentativa da decisão em casos particulares. Trata-se de uma preocupação pragmática, pois a *common law* se estrutura na solução concreta de casos e menos, como ocorre na *civil law*, numa fundamentação abstrata e formal.

As decisões judiciais dos estados, portanto, não são utilizadas como regras, mas como efetivadoras de princípios a serem aplicados. Tem-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário que orientará esse comercio, pois as decisões de tribunais consultadas e utilizadas em arrazoados valem pela capacidade pratica de efetivar princípios gerais (ALLARD; GARAPON, 2005).

Nesse cenário, onde o Banco Mundial divulga que o sistema jurídico da *civil law* é ineficiente quando comparado com o de *common law*, e onde exalta-se a importância da esfera econômica para esta conclusão, pois esse sistema se coaduna com a lógica neoliberal, sendo que na atualidade verifica-se uma “crescente demanda do sistema político por um maior protagonismo judicial e um notório aumento da complexidade social e, conseqüentemente, da extensão e variedade dos problemas que são submetidos às decisões dos juízes” (CÁRCOVA, 1996, p. 164).

Cárcova destaca que Roberto Begalli estudou as questões que alicerçam o protagonismo judiciário e sua “peculiar incidência tanto no campo do direito anglo-saxão como no do continental europeu, sublinhando as formas peculiares que o mesmo adquire na Europa mediterrânea e na América Latina”(CÁRCOVA, 1996, p. 164), e que “na atualidade se encurtaram tanto as distancias entre o direito e as esferas políticas e econômicas da

sociedade, sendo os juízes e promotores os atores principais deste novo drama social”(CÁRCOVA, 1996, p. 164).

Muito embora a emergência do protagonismo judicial no cenário apresentado, a independência do Judiciário ainda não foi ainda efetivada, havendo um elevado nível de conluio generalizado de suas cúpulas, não só com os poderes políticos, mas também com outros poderes fáticos. Mas essa realidade não impede “os juízes de aparecerem instalados no “imaginário da sociedade como a última *ratio*, como garantias finais do funcionamento do sistema democrático”(CÁRCOVA, 1996, p. 165).

A referida expectativa de garantia estimula o aumento da reivindicação de um maior grau de protagonismo dos juízes que pode ser denominado de ‘ativismo jurisdicional’. “Trata-se do que François Ost chamou de Juiz Hércules, mais que um homem da lei, ele se constitui em um engenheiro social” (CÁRCOVA, 1996, p. 168). Cárcova (1996) ainda adverte que nesse cenário há o risco de um disparate decisionista com o conseqüente enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Já no cenário jurídico nacional, verifica-se a presença de determinado engessamento ou hipertrofia do poder legislativo e executivo e certo nível de ativismo judicial por parte do Poder Judiciário que têm tido que se pronunciar em questões cruciais e controversas do cenário judicial. Dessa forma, a fim de contribuir para o debate acerca desse certo nível de ativismo jurisdicional, faz-se necessário que se dialogue com outras áreas do conhecimento, como a exemplo à política do direito.

Nesse contexto, Melo (1990) adverte acerca do grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência com as práticas democráticas e pluralistas que não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável às mudanças culturais e às conquistas sociais, ou seja, de um direito que reflita apenas o voluntarismo do juiz e do legislador.

No entanto, afirma o autor que (por outro lado) não se pode simplesmente pregar a desobediência civil perante toda norma que a consciência jurídica considere ilegítima, injusta ou inútil, sob pena de produzir a desconstrução do estado de Direito. Dessa forma, a busca de harmonia entre ambas as situações é procedimento delicado e cauteloso do político do direito.

Nesse sentido, deve o político do direito desconcentrar os olhos das fontes tradicionais do Direito e atentar para o vulcanismo existente na sociedade, para os movimentos sociais com suas pautas de reivindicações, e a partir daí admitirá que norma contestada e desobedecida possa constituir-se em algo do qual o Direito já se fez ausente como um corpo do qual a alma

se desligou. Nesse caso, de termos uma norma que perdeu seu princípio vital e por isso sua capacidade de resolver o conflito, teremos encontrado um elemento desativado do sistema jurídico, será o caso de afastar a norma indesejada e socialmente propor (com o conhecimento político-jurídico a norma adequada) em vez de adotar como norma válida qualquer manifestação do pluralismo jurídico (só por ser gerada no ambiente de lutas sociais) (MELO, 1990).

No entanto, a política jurídica possui efetiva importância quando em voga os novos direitos, retratados através de temas complexos como as manipulações genéticas, constatação de morte cerebral e suas decorrências, procriação assistida, possibilidade técnica da clonagem humana, doação presumida de órgãos humanos, etc. Outros já antigos, mas nunca bem resolvidos na ordem jurídica, voltam a debates sob novos fundamentos, como a eutanásia e o aborto. A este novo campo da taxionomia jurídica que se convencionou chamar de biodireito, cabe enorme desafio, que implica em atendimento às exigências de normas que possam harmonizar a liberdade de investigação e experimentação como pressupostos da ciência: a preservação da dignidade da vida, entendida como valor primordial do Direito; e o respeito à pessoa natural como norma fundamental da Ética. À Política Jurídica cabe buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo (MELO, 1998).

Nessa senda, destaca Melo (1998) quando se trata de direito novo, as lacunas que ocorrerão num primeiro momento, devem ser preenchidas com a observância das fontes informais do Direito, em especial da doutrina, o papel do político-jurídico será então bastante específico, pois, com apoio nos fundamentos axiológicos, irá trabalhar com as escolhas que conduzam ao conteúdo das normas desejáveis.

Por fim, no que concerne à normatização dos denominados novos direitos, desafio enfrentado por muitos juristas, causando indecisões frente a esses novos temas, a Política Jurídica oferece possibilidades para composição de estratégias e direcionamentos metodológicos visando às necessárias adequações entre os avanços científicos e a proteção da dignidade da pessoa humana (MELO, 1998).

Portanto, as questões citadas por Melo (1998) que se referem aos novos direitos foram objeto de julgamentos recentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstra, efetivamente, a importância da aplicação da política do direito na apreciação destas questões, o que traria ao julgador e ao profissional da área jurídica maiores possibilidades e novos

direcionamentos, enfrentando os novos direitos na perspectiva do direito que deve ser e contribuindo de forma efetiva nesse momento de efetivo ativismo judicial.

5. CONCLUSÃO

Ao analisar as possíveis interfaces entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, constata-se que embora sejam famílias de direito originalmente alicerçadas em diferentes fontes de direito, a *common law* na jurisprudência e a *civil law* na lei, como fontes primárias, o primeiro partindo da análise do caso concreto e a segunda da norma abstrata e geral, verifica-se que, na atualidade, ao menos no caso do Brasil, o sistema *civil law* deixou de ser um sistema autônomo, passando a adotar o precedente jurisprudencial e a súmula vinculante como fontes de importância primária, elementos antes alienígenas, o que representa a existência de certas convergências e interfaces entre ambos sistemas.

Outra questão que assume papel de relevância é que a política neoliberal e globalizante da atualidade impacta gradativamente nos sistemas jurídicos objeto dessa pesquisa, em especial, pelo que emerge dos dados expostos por Garapon ao mencionar que no Relatório Mundial da França divulga-se a ineficácia do sistema de *civil law* em comparação ao de *common law*, e a explicação restou evidente, o sistema de *common law* melhor atende aos interesses do mercado, assim como o maior protagonismo do poder judiciário citado por Cárcova (juiz Hércules de Ost), pois decisões mais céleres e massificadas atendem os interesses do mercado, e de acordo com Rosa (2009) a “*Law and Economics* convoca o Poder Judiciário a uma missão reformulada, tendo a função de maximização da riqueza, relendo o direito de propriedade, para o conceder a quem melhor puder o valorar dentro do critério econômico”.

Outro aspecto de importância e que estabelece outra hipótese de futura discussão e estímulo ao debate seria a reflexão de que se no Brasil, estar-se-ia diante de um crescente ativismo jurisdicional através das decisões recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como nos julgamentos dos casos de significativa repercussão, como a exemplo, dos fetos anencéfalos, ficha limpa e pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, hipoteticamente há a presença da hipertrofia do executivo e do legislativo e a possibilidade de admitir a postura do

Supremo Tribunal Federal como a do juiz Hércules de Ost, o que convergiria para mais um fator de interface com o sistema de *common law*.

Devem ainda ser ressaltadas as questões citadas por Melo (1990) no que se referem aos novos direitos que foram objeto de julgamentos recentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, o que demonstra, efetivamente, a importância da aplicação da política do direito na apreciação destas questões, o que traria ao julgador e ao profissional da área jurídica maiores possibilidades e novos direcionamentos, enfrentando os novos direitos na perspectiva do direito que deve ser através de verdadeiro processo criativo do direito.

Por outro lado, há elementos que a transnacionalidade vem impactando gradativamente na clássica separação entre as famílias (ou sistemas) do direito ocidental, fazendo-se latente a necessidade de ser pensada a viabilização de um Estado e Direito Transnacional que atenda à necessidade da sociedade que se depara em larga escala com as demandas transnacionais.

6. REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 115.

BOBBIO, Norberto. 1909. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.p. 33.

CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, política e magistratura**. Tradução de Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo, LTr, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. p. 151, 2011.

DAVID, René.**Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.357-358.

FINE. TONI M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 67.

GILLISSEN. John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3 ed. Fundação Calouste Gulbenkan. Lisboa. 2001. p. 203.

MELO, OSVALDO FERREIRA DE MELO, **Fundamentos da política jurídica**. Editora Fabris, 1990.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

NUNES, ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS. **As voltas que o mundo dá...Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Editora Lúmen Júris. 2011.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – *civil law e common law***. Revista Jurídica ano 57, n. 384. Outubro de 2009. Editora Notadez, p. 53-62.