

## O ATIVISMO JUDICIAL E A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW

### *JUDICIAL ACTIVISM AND THE COMMON LAW INFLUENCE*

**Paulo Roberto Pegoraro Junior<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo é fruto de pesquisas decorrentes do Projeto “Vivenciando a *Common Law* nos Estados Unidos”, organizada pela UNIFEBE, e tem por objetivo abordar a influência sistêmica entre a *civil law* e a *common law*, sobretudo, a partir do ativismo judicial, caracterizado pela influência proativa do Poder Judiciário na interferência de modo regular e significativo nas opções políticas dos demais poderes (Executivo e Legislativo). Trata de tema cada vez mais em voga pela afirmação do Direito Constitucional, negando a aparente supremacia do Legislativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Common Law*. Ativismo judicial. Civil Law. Influência. Sistema.

**ABSTRACT:** *This article is based on research related to Project "Experiencing the Common Law in the United States", organized by UNIFEBE, and aims to address the systemic influence between civil law and common law primarily from judicial activism, characterized by proactive influence interference in the judiciary regularly and significantly in the policy choices of other powers (executive and legislative). This theme increasingly in vogue by the assertion of constitutional law, denying the apparent supremacy of the legislature.*

**KEYWORDS:** *Common Law Judicial activism. Civil Law Influence. System.*

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da compreensão da influência sistêmica que os sistemas jurídicos podem mutuamente exercer, tem-se que nem a *Civil Law* nem a *Common Law* encontram-se em posições herméticas e estanques uma em relação à outra. A convergência, aliás, pode muito bem ser reconhecida a partir da inter-relação macrossistêmica, a exemplo do que já se operou com a assimilação da *disregard doctrine* pelo artigo 50 do Código Civil, a possibilidade da transação penal, por conta do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e da Lei nº 9.099/1995, a regra do *stare decisis*, inspiradora da súmula vinculante objeto do artigo 103-A, da Constituição Federal, e a recente adoção, pela Lei nº 11.690/2008, da técnica da *cross examination* no processo penal, possibilitando às partes que formulem perguntas diretamente à testemunha, ou seja, sem que elas

---

<sup>1</sup> Mestrado em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). E-mail: paulopegorarojr@hotmail.com

sejam feitas por intermédio do magistrado (PEGORARO JUNIOR, 2011). E o que não dizer da assimilação, pela Comissão encarregada da elaboração do novo Código de Processo Civil, do instituto do *leading case*, denominado de incidente de coletivização pelo Ministro Luiz Fux (BATISTA, 2010), permitindo a eleição de uma causa piloto, cuja decisão vai se estender a todas as ações? Daí a precisa constatação de LOSANO de que

O *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 jurisprudências 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 se tornar um direito jurisprudencial (LOSANO, 2007, p. 345).

Mas ao se debruçar em relação a ambos os sistemas jurídicos não se deve cair na arriscada e tentadora opção de responder qual dos dois é o melhor, não apenas porque estão envolvidos aspectos culturais, econômicos, sociológicos, históricos e políticos que distinguem cada uma das sociedades envolvidas, mas porque tal perquirir efetivamente não nos traria qualquer resultado positivo para o Direito pátrio. Ao reverso, o reconhecimento das diferenças permite um avançar para que se obtenha um ganho de eficiência não apenas da prestação jurisdicional, mas também da compreensão unitária do direito a partir da afirmação da centralidade constitucional do ordenamento. Daí porque sempre atual a lição de REALE de que

Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do “*Common Law*” invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do “*Common Law*”, por sua vez os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística. (REALE, 2009)

MARINONI (2009) também é daqueles para o qual o constitucionalismo inegavelmente tem aproximado o sistema de *civil law* ao de *common law*, cuja diferença, aliás, não pode ser explicada tão somente pelo fenômeno da codificação:

[...] o juiz do *civil law* passou a exercer, com o tempo, papel inconcebível diante da tradição do *civil law* e tão criativo quando o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel nega a ideia de supremacia do legislativo. O juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial como força de direito, nos moldes que se concebe no *common law*. No entanto, percebe-se que há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero

servo do legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*. (MARINONI, 2009, p. 2).

Em igual sentido WAMBIER (2010), ao analisar a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito sob o âmbito comparativo entre a *common law* e a *civil law*, reconheceu a recente introdução de diversas técnicas processuais que, à semelhança do modelo inglês, conferem condições para proporcionar uniformidade da jurisprudência em grau socialmente desejável (tal qual os artigos 557, 544 §§ 3º e 4º, 518 § 1º, 285-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, a repercussão geral e a súmula vinculante).

Por aí se vê que a convergência entre os sistemas pode se dar tanto sob o aspecto normativo quanto sob o aspecto jurisdicional, posto que o fenômeno da aproximação entre a *civil law* e a *common law* pode ser destilado em ambos.

Já o incremento do tónus de atuação da jurisdição constitucional brasileira, embalado pela atuação destaca dos tribunais superiores, em especial, o Supremo Tribunal Federal e pela adoção da súmula vinculante, carregam marcas que a identificam primeiramente com a promulgação da Constituição da República de 1988, mas também com a judicialização dos conflitos e o ativismo judicial.

O fenômeno não é peculiaridade brasileira. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinados momentos históricos como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (BARROSO, 2009).

A própria ampliação do acesso à Justiça e a expansão da litigiosidade, seja em decorrência da simplificação verificada com a adoção dos Juizados Especiais, seja pela tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado ativismo judicial, cuja gênese se encontra no próprio controle incidental (difuso) da constitucionalidade.

Ainda que temperado pela reserva do possível, pela reserva da consistência e pelo próprio princípio da proporcionalidade (CAMBI, 2007), o ativismo judicial não pode ser compreendido sem a umbilical relação que guarda com a difusão da jurisdição constitucional, posto que se nutre de seus fundamentos e de seus princípios para consecução de seus objetivos, para a realização das promessas a que alude GARAPON (2001, p. 24), assinalando que “o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX”.

A aparente resposta institucional da atuação estatal tem se dado de modo a prestigiar a atuação do Poder Judiciário, viabilizando uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (FERRAZ JR., 1989, p. 11), com a incorporação de direitos e princípios fundamentais, pelo texto constitucional, e a configuração do Estado Democrático de Direito ao estabelecer princípios e fundamentos do Estado (PEGORARO, 2011). Como assinala VIANNA,

[...] à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra [...] seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça. (1996, p. 263).

Tal atuação do Poder Judiciário se conceitua como ativismo judicial, que se caracteriza pela participação do magistrado e o afastamento da neutralidade jurídica para interpretação e aplicação da lei.

A propagada expansão da jurisdição constitucional não pode ser compreendida separadamente da brutal aceleração da difusão jurídica, que não é meramente conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades democráticas. Nós não nos tornamos mais litigantes porque as barreiras processuais caíram: “A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Ele se origina da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do direito” (GARAPON, 2001, p. 19). O prestígio contemporâneo do juiz – e da jurisdição – procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. Para GARAPON,

Após a embriaguez da liberação, descobre-se que é nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a da vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 2001, p. 26-27).

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, e as características do tempo que em vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo, na perspectiva da sua aplicação judiciária (SOUZA NETTO, 2009). Nos últimos cinquenta anos,

[...] ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade. A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo

político. Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas.

À medida que o Poder Público torna-se mais intenso, a justiça descobre, sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios. Não há hoje nenhuma intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação do juiz. Onde existe uma lei também existirá um juiz para interpretar e precisar os seus efeitos.

Hodiernamente, o juiz tende assim a se tornar uma espécie de maestro de orquestra, onde sua função consiste não só em resolver os litígios, mas também em encontrar soluções aos problemas que as outras instituições não puderam resolver.

Além de uma função técnica científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das idéias que iluminam o direito. A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, de tutelar o meio ambiente, conter as tendências incoercíveis ao abuso do poder, de impor penas, de atenuar as diferenças entre os indivíduos, de defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio e morte, etc...

As responsabilidades do juiz revelam-se cada vez mais acrescidas, desencadeando o fenômeno da jurisdicionalização e a crescente influência da justiça na vida cotidiana.

Na sua nova função, o juiz cria o direito, pois constrói normas que não estão nos códigos. Os juízes se tornam depositários do direito que se torna o que é por eles feito. O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário. A idéia do justo só se completa na aplicação da norma ao julgamento.

O julgamento é uma verdadeira norma jurídica, ainda que limitada às partes que estão obrigadas a cumprir. Nesse sentido a função judiciária revela sempre uma versão política. Por isso que o controle da sociedade sobre as razões que fundamentam a decisão judiciária é cada vez mais amplo, colocando em xeque o preparo do juiz. (SOUZA NETTO, 2009).

É que, afinal, quanto menos o direito for assegurado à sociedade, mais e mais esta é induzida a tornar-se jurídica, fazendo do direito o último bastião da moral comum de uma comunidade que é carente desta, pelo que se admite a veemente repulsa para a democracia de qualquer outro tipo de julgamento que não o do juiz.

Nesse contexto, é que infere a clara tendência sistêmica do ordenamento jurídico, em especial, da prestação jurisdicional constitucional, a fim de conferir às decisões judiciais incursões por vezes arrojadas em esferas antes asseguradas de modo isolado aos demais Poderes (Legislativo e Executivo), na definição de políticas públicas governamentais e de Estado, devendo se averiguar se tal movimento pode ser compreendido a partir da influência e assimilação do modelo da *common law*.

## **2 O ATIVISMO E A COMMON LAW**

O caminho que nos leva ao ativismo judicial deve ser interpretado e compreendido em decorrência da reconhecida judicialização das relações humanas, públicas e privadas, superando as instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, envolvendo uma clara transferência de poder para juízes e tribunais, com “alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2009).

A redemocratização se encontra entre uma das principais causas para tal tendência, assim como a constitucionalização abrangente, que conferiu tratamento constitucional para matérias antes afeitas aos processos políticos tradicionais. Mas não se pode ignorar que o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (híbrido) também dá causa ao ativismo, pois o controle incidental e difuso permite eficazmente que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar uma lei ao caso concreto caso a considere inconstitucional.

Enquanto a judicialização brasileira não é fruto de uma deliberada opção política, mas sim decorrência circunstancial e conjuntural do modelo constitucional que se adotou, o ativismo assume viés comissivo de escolha deliberada de um modo específico e proativo de interpretação da Constituição (BARROSO, 2009), expandindo seu alcance e sentido, instalando-se usualmente em decorrência da atuação anêmica do Poder Legislativo e mesmo de um certo distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, a represar o atendimento efetivo das demandas sociais.

Já para a *common law*, o ativismo encontra sua origem histórica na própria importância que assume a jurisprudência como fonte primária de direitos, ainda que em sua gênese ecoe pretensões conservadoras da sociedade, tal como o suporte judicial à segregação racial, como destaca BARROSO:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973). (BARROSO, 2009, p. 7)

A importância do papel da jurisprudência no cenário jurídico norte-americano pode ser cristalizada pelo dizer de um dos antigos *justices* da Corte Suprema, Charles Evan Hughes, sob a atuação dos juízes: “Vivemos sob uma constituição, mas a constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é [...]” (apud SANTOS, 2010, p. 30), no que não se distancia da definição de mais de um século e meio antes de Jeremy Bentham, ao condenar o fato de que, no ordenamento inglês, “embora o juiz, como se diz, normalmente faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito” (apud CAPPELLETTI, 1999, p. 17/18).

A maior intensificação da criatividade da função jurisdicional também é embalada pelo que Morton G. White descreve como “a revolta contra o formalismo” (apud CAPPELLETTI, 1999, p.

31), como superação do próprio positivismo jurídico na *civil law* e, na *common law*, como crítica ao *case method*, valorizando o elemento discricionário da escolha judicial em prejuízo da lógica pura e mecânica do processo judicial.

O pós Segunda Guerra Mundial e a afirmação das políticas do *welfare state*, ainda que de modo não tão evidente nos países da *common law*, também contribuiu para a superação do papel tradicional estatal de “proteção” e “repressão”, envolvendo agora técnicas de controle social que implicam na descrição e execução de programas de desenvolvimentos futuros, com a implementação gradual, e não apenas a escolha binária entre o “certo” e o “errado”, entre o “justo” e o “injusto”, mesmo porque os direitos sociais exigem a intervenção ativa do estado, normalmente prolongada no tempo. Ou seja, ao contrário dos direitos individuais tradicionais de primeira geração, para cuja proteção se impõe que o Estado não permita sua violação, para os direitos sociais – direito à habitação, ao trabalho, à previdência social, à saúde, à segurança – a atuação não decorre apenas da sua “atribuição” ou “declaração”, mas sim a remoção de barreiras sociais e econômicas para sua efetivação.

Como resultado, também as técnicas de prestação jurisdicional precisam se ajustar ao novo fenômeno, mormente quando a legislação social limita a finalidade e os princípios gerais diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, pelo que muitas vezes os juízes assumem a posição de “negar o caráter preceptivo, ou *self-executing* de tais leis ou direitos programáticos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 41/42). Mais cedo ou mais tarde, os juízes acabam aceitando a nova concepção dos direitos e da nova função do Estado, do qual também constituem, daí o caráter notadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação dos direitos sociais.

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e na atividade jurisdicional, e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Coube ao Poder Judiciário dos Estados Unidos da América, primeiramente, a audácia de aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada, tornando-se controladores não só da atividade civil e penal dos cidadãos, mas também poder político, como se viu, sobretudo, a partir do *New Deal*. É que enquanto nos países da *civil law* os tribunais ordinários se viram na difícil tarefa de transição para assimilação dos novos valores do

*welfare state*, com o surgimento das cortes constitucionais, por exemplo, com a tarefa de preencher ampla e profunda lacuna na tutela jurisdicional, nos países da *common law*, em especial, os tribunais norte-americanos, já vinham exercendo controle dos demais poderes antes mesmo de tal fenômeno.

A força dos precedentes (*stare decisis*) não é novidade para a *common law*, ao passo que em *terras brasilis* temos a pouco reconhecido a importância que assume a vinculação às decisões superiores, tal como agora com o advento da súmula vinculante. A autoridade da decisão vinculante também acaba por conferir autoridade ao próprio sistema judicial, apesar de que a organização do Poder Judiciário norte-americano é de dupla hierarquia, enquanto no Brasil contamos com uma jurisdição unitária, na qual a jurisdição federal constitucional encontra-se no topo do sistema jurídico (SANTOS, 2010). Uma maioria esmagadora de processos e decisões judiciais são tomadas pelas jurisdições estaduais nos Estados Unidos, que é descentralizado, ou seja, não há um lugar específico onde as principais regras são estabelecidas, diferentemente do que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro em seu âmbito de controle concentrado de constitucionalizado.

A posição claramente ativista que tem sido adotada pelo Poder Judiciário no Brasil pode ser ilustrado em diversos exemplos nos quais se aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, tal como seu deu no caso da fidelidade partidária. Em nome do princípio democrático, o Supremo Tribunal Federal (MS 26.602, 26.603 e 26.604) declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, e não ao parlamentar, criando, assim, nova hipótese de perda de mandato, além daquelas previstas expressamente no texto constitucional. Assim, também o foi com a vedação ao nepotismo, com a adoção da Súmula Vinculante nº 13 após o julgamento de um único caso, assumindo condição quase-normativa, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extraindo vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

Em matérias de políticas públicas, o exemplo mais notório da atuação proativa do Judiciário brasileiro se dá nos casos de distribuição de medicamentos e determinações de terapias mediante decisão judicial, em que se multiplicam decisões condenando a União, os Estados e os Municípios a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde (AgRg no REsp 1330012/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014).

Embora não se proponha aqui tecer críticas ao ativismo, é de bom alvitre se destacar as ponderações que se fazem acerca dos riscos da legitimação democrática decorrente do fato da sobreposição de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional ou



mesmo ao Presidente da República, identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária* (BICKEL, apud BARROSO, 2009). Tem-se, ainda, os riscos da excessiva politização da Justiça, fomentando a superestrutura jurídica como instância de poder e dominação, na crença da ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete, tema já superado a partir da compreensão de que o Direito é política, pois sua criação é também vontade da maioria e sua aplicação não pode ser dissociada da realidade social. Há, por fim, os riscos decorrentes da própria capacidade institucional do Judiciário e seus limites, com efeitos sistêmicos imprevisíveis acerca do abarcamento de funções que não lhe são próprias, tais como aquelas conferidas ao Legislativo e ao Executivo, que não passa ao largo da análise econômica do Direito (POSNER, 2007) e de questões macroeconômicas, a impor uma autolimitação espontânea de atuação, sobretudo no que tange à definições e financiamento de políticas públicas.

Há, por fim, uma última teoria para compreensão da influência da *common law* para a tendência ao ativismo judicial: decorre da compreensão da autopoiese e do acoplamento estrutural, conforme proposto por LUHMANN (1983), de modo a permitir a análise sistêmica dos ordenamentos e sua influência recíproca de modo influxo, como bem atestam as recentes alterações normativas já em vigor em nosso sistema.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assimilação do fenômeno do ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro tem seus traços marcadamente identificados com a judicialização dos conflitos e da tônica da jurisdição constitucional em nossas terras, impondo uma nova postura do intérprete a superar a velha concepção de atuação repressiva ou comissiva em contextos meramente individuais ou particulares.

No entanto, não há como não se reconhecer também a influência e a gênese do ativismo a partir da compreensão do papel preponderante da jurisprudência no sistema da *common law*, com ferramental largamente experimentado na atuação de modo a frear e se impor frente aos demais Poderes (Executivo e Legislativo), como parte de uma solução global dos entraves envolvidos na prestação jurisdicional e na consecução dos postulados do Estado Democrático de Direito.

Reconhecer a influência que *common law* exerce em tal movimento permite antever soluções que o eventual exagero do ativismo pode implicar, notadamente pela expansão do alcance da atuação do Judiciário, sem que por outro lado se leve à atrofia institucional e conjuntural dos demais Poderes.

O papel de guardião da Constituição conferido ao Judiciário tem extravasado para o papel de guardião de várias demandas sociais e coletivas que vinham sendo omitidas pela atuação do Estado ao longo dos anos. A nova roupagem que se impõe também implica na assunção de novas responsabilidades e da compreensão dos limites que a atuação jurisdicional deve respeitar, mesmo porque a importação pura e simples do modelo, por exemplo, envolvendo a força dos precedentes, deve respeitar a dimensão própria brasileira, com sua gente, sua cultura, seus valores. O papel que cabe ao Judiciário nestes termos, assumidamente ativista e legitimador da tendência normativista e judicializante, é de resguardar essencialmente o respeito aos valores democráticos e republicanos para que não se tenha o risco da tirania dos juízes, o que pode acarretar não apenas em crise institucional mas também de crise de legitimação.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

BATISTA, Eurico. **Anteprojeto do CPC prevê recurso único**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>>. Acesso em: 27 fev. 2010.

BECKER, L. A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, acesso em 27 mar 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimpressão 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa**. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Cadernos jurídicos da OAB/PR**. Curitiba, nº 03, p. 1-3, jun. 2009.

PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **Unidade entre o processo civil e o processo penal.** Curitiba: Juruá, 2011.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho.** 2. ed. México: Fondo de cultura econômica, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, R. A.; ARAÚJO, R. J. C. L. Common Law e Civil Law: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro norte-americano e suas influências mútuas. **Relatório contendo os resultados finais do projeto de iniciação científica vinculado ao Programa PIC-UEM,** Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2010.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **A qualificação dos juízes para a formação do convencimento motivado diante da súmula vinculante.** Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/16308/15872>>, acesso em: 11 abr 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política. **Estudos Históricos**, vol. 9, nº 18, 1996, p. 263.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – CIVIL LAW E COMMON LAW. **Informativo do Escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica,** Curitiba, nº 15, Ano VII, set. 2009. Disponível em: <<http://www.wambier.com.br/IdeiasOpinioes/n15-out2009.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.