

Recente protagonismo do Common Law no Brasil e as mazelas do ativismo judicial

A relação entre Justiça e Direito sempre foi um tema de que se ocuparam as mais brilhantes mentes que pensaram o Direito, como Aristóteles, Dworkin, Hart, Kelsen, Habermas e Miguel Reale.

Curiosamente, também é o primeiro dilema que se põe diante do jovem estudante de Direito, mas que — mal sabe ele — o acompanhará durante toda sua carreira, até extinguir-se o curto pavio da vida e que ele durma o sono dos justos (será este o nome mais apropriado?).

Uma das poucas certezas que se pode extrair investigando essa inquietante conexão, é de que o Direito e Justiça não partilham *necessariamente* do mesmo “cômodo”. São ideias distintas entre si, mas que podem, casualmente, se encontrar.

Este artigo não tem a pretensão de discutir os conceitos de Direito e Justiça. Basta, por ora, algumas breves reflexões acerca das consequências *práticas* desta distinção, sob a perspectiva do sistema de precedentes e dos diálogos institucionais entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Para esta tarefa, será necessário reavivar a memória dos dois grandes sistemas do Direito: o *Civil Law* e o *Common Law*.

Nos últimos anos, especialmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015, temos observado uma aproximação cada vez maior do Brasil ao *Common Law*, que historicamente sempre adotou o *Civil Law*.

Retornando para as aulas de Introdução ao Estudo do Direito, acompanhados dos ilustres professores Miguel Reale e Paulo Nader, aprendemos que o *Civil Law*, com raízes no Direito Romano, é o sistema jurídico que prestigia o direito codificado, positivado, cuja principal fonte é a Lei.

A *Common Law*, a seu turno, tem sua origem no direito anglo-saxônico, no qual o direito se cria a partir das aplicações da lei ao caso concreto, fazendo com que a Jurisprudência construída seja a protagonista, isto é, a fonte primária do Direito. Nos países da *Common Law*, não há lei escrita; ou, se há, existem em um reduzidíssimo número (como é o caso dos EUA).

No Brasil, como é sabido, adotou-se originalmente o *Civil Law*: a profusão de legislações esparsas, códigos e o próprio número de artigos da Constituição Federal não deixam pairar dúvidas.

Porém, como dito, há uns bons anos o Brasil tem flertado — já às vias de fato — com o *Common Law*.

A priori, não há nada de errado nisto. É perfeitamente possível a coexistência entre os dois sistemas. Aliás, o caráter híbrido é uma tendência que temos observado especialmente nos países latinos nos recentes anos. E foi exatamente isto que pretendeu o legislador ao pensar o Código de Processo Civil.

Tudo bem

O legislador do CPC/15 não foi, nem de longe, o responsável pela “*great opening*” do *Common Law* no país. Há muito, já se observava a guinada sutil promovida pelos Tribunais Superiores em direção àquele sistema, além das tentativas legislativas engendradas no CPC/73, EC 03/93 e a EC 45/2004.

Atribuir-se-á ao CPC, portanto, apenas a convalidação deste sincretismo e a idealização de novos mecanismos para viabilizá-lo.

Spacca



De qualquer maneira, o que ora se pretende é analisar a confluência desses dois grandes sistemas no ordenamento jurídico brasileiro e seus “efeitos colaterais”, sobretudo no que diz respeito ao tênue equilíbrio republicano de Montesquieu.

Como é de correntia sabença, o artigo 926, do CPC — *fruto da persistente voz do professor Lenio Streck* —, criou para os tribunais a incumbência de manter sua jurisprudência “*estável, íntegra e coerente*”, senão vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

A contínua aproximação do Brasil e o *Common Law* não aconteceu sem motivo. Fato é que o Brasil enxergou, naquele sistema, uma potencial solução de um dos seus problemas mais crônicos: a litigiosidade excessiva. Sem dúvidas, esse é o “bicho-papão” da atividade jurisdicional no Brasil.

Não à toa, o Brasil envida esforços em várias frentes para desconcentrar do Poder Judiciário a solução de litígios. Alguns mecanismos que podem ser citados são os tribunais administrativos, a exemplo do próprio Carf, os tribunais de arbitragem e a eficácia vinculante das decisões (como um parente mais próximo).

Sobre o tema, afirmam Leite e Feitosa que “*o efeito vinculante tem por objetivo evitar que uma demanda judicial, cujo conteúdo substancial já tenha sido objeto de discussão e julgamento por parte do Judiciário, em várias outras demandas, seja novamente submetida ao mesmo órgão julgador*”.

O efeito vinculante, portanto, busca eliminar as demandas repetitivas — sobre as quais o Tribunal já tenha se pronunciado — e conferir segurança jurídica às decisões. Na teoria, é tudo o que o Brasil precisa. Na prática, sua inserção no nosso sistema jurídico é recheada de desafios e, entre eles, está a busca pela correta dosagem de ativismo judicial.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso (2012b, p. 371 apud Dias e Sá, 2020, p. 168), o ativismo judicial pode ser definido como “*participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação nos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios*”.

Nota-se, portanto, uma postura equilibrada por parte do ministro, que enxerga o ativismo judicial como um elemento importante para uma “democracia sólida”, mas que seu uso deve ser moderado, para garantir a interferência apenas em ocasiões não contempladas pela Lei ou pela Constituição, isto é, esquecida pelo Legislativo. (Barroso, 2012a, p. 27 apud DIAS e SÁ, 2020, p. 169)

No que podemos considerar um entendimento contrário ao do ministro e professor Pedro Fernández Sánchez, no XII Fórum de Lisboa, afirmou que “*a inércia ou passividade de um órgão não implica a transferência de competências para outros órgãos (...) a separação de poderes não se altera perante a omissão de um poder*”.

Ora, num ordenamento jurídico com raízes profundas no *Civil Law*, presume-se que o protagonismo pertence à lei. O precedente, em segundo plano, deve funcionar como um parâmetro a ser seguido, de forma a manter a integridade do entendimento do tribunal sobre determinado assunto. Isto é, o precedente deve estar de acordo com a lei, que é a principal fonte do Direito naquele país, sob pena de torná-la letra morta e subverter todo um ordenamento jurídico.

Neste ponto, é importante ter em mente o seguinte: quando falamos de fonte do Direito, estamos falando da sua origem, de onde o Direito procede em determinada sociedade. Esta fonte é que servirá como o espelho da Justiça.

Recapitulando: no *Civil Law*, a lei é a principal fonte do Direito. Portanto, pertence a ela a *presunção de Justiça*.

Seguindo esta linha de raciocínio, o problema começa quando a interpretação da norma jurídica pelos Juízes ocupa os espaços destinados à lei — ou já ocupados por ela —, desrespeitando os critérios hermenêuticos pré-estabelecidos e, frequentemente, adotando uma visão consequencialista.

Nas palavras do professor Lenio Streck:

O problema é saltar de Séca à Meca. E intercalar posições tomadas ad hoc. Em uma democracia é desejável que se cumpram os limites semântico-hermenêuticos de um texto legal. Não posso invocar a literalidade quando me interessa; e tampouco devo ignorar os limites esses quando desgosto subjetivamente daquilo que também podemos chamar de significado convencional. O ponto: há que se ter coerência no tipo de abordagem interpretativa que define a concepção de direito que tem o intérprete. (grifo nosso)

Em suma, ao adotar o ativismo judicial como regra, usurpam para si a condição de paladinos da Justiça.

Isto, associado ao caráter imperativo da norma jurídica — cujo cumprimento é de rigor — pode trazer um desequilíbrio à relação entre os Poderes, criando atritos institucionais e fragilizando a democracia. Ora, o que acontece se dois macacos quiserem o mesmo galho?

Em termos mais claros, à medida que a decisão judicial ganha status de norma jurídica (tal como a lei), o magistrado toma para si os poderes que a lei traz consigo.

Nessa toada, relembra Modestino (apud Bobbio, 2003, p. 106), “*legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire [a essência da lei é esta: ordenar, vetar, permitir, punir]*”.

Conforme lembrou muito providencialmente o professor Streck em [artigo publicado nesta ConJur](#), “*na democracia, voluntarismos e ativismos não contribuem para o bom e salutar funcionamento das instituições*”.

Ao conferirmos ao magistrado essa autoridade como resultado da aplicação da lei ao caso concreto, temos de ter atenção à balança de poder que mantém a nação no eixo, sempre atentos à lição de Maquiavel no sentido de que “*O poder é o pivô sobre o qual tudo gira. Quem tem o poder sempre tem razão; o mais fraco sempre está errado*”.

O célebre Juiz da Suprema Corte norte-americana, John Marshal, no julgamento *Osborn v. Bank of the United States*, em 1824, em uma ferrenha crítica ao ativismo judicial, afirmou que “*O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei*”. (Guedes, 2012)

Se o juiz ou o tribunal, mediante a interpretação da norma legal, promove uma aplicação *contra legem*, ele está, indubitavelmente, **avocando para si a função de ser o reflexo da Justiça, mesmo que inserido dentro de um sistema que atribui à Lei essa função.**

A metonímia não pode passar despercebida aqui: a Lei não nasce sozinha, ela é concebida nos plenários das Casas Legislativas, pelos representantes do povo, do qual emana todo o poder em um regime democrático (artigo 1º, parágrafo único, da CRFB).

Daí o questionamento do professor Streck: “*pode uma lei legitimamente produzida pelo parlamento e que não seja inconstitucional não ser aplicada pelo Judiciário?*”.

De um lado, temos representantes democraticamente eleitos pelo voto popular, exercendo a função legislativa de criar, alterar e extinguir leis. De outro, temos juízes de carreira, aprovados em concursos públicos, e tribunais cujos integrantes foram nomeados politicamente, sem qualquer participação popular. Em outras palavras, os Juízes **carecem de legitimidade democrática.**

Certa vez, em uma rara, mas consciente, afirmação da posição da sua classe perante a sociedade, o juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte Americana, afirmou que “*os juízes não têm ideia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore*”.

Veja, este artigo não tem o intuito de condenar pura e cegamente o ativismo judicial. Não há dúvidas de que é um mecanismo de extrema utilidade para garantir direitos fundamentais ante as — cada vez mais — aceleradas transformações sociais, algo impossível para o Legislativo ante a rigidez do Processo de criação de uma lei.

O problema reside na sua utilização desmedida, quando invade as atribuições do legislador positivo e assume feições políticas. Já em 2001, o ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 1.063/MC, alertou:

“(…) a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo constitui função típica da instituição parlamentar.”

Portanto, o que se conclui é que a receita para o desastre é o emprego deste instituto sem antes ter uma cultura madura de precedentes, algo que o Brasil, nem de longe, possui.

Vale registrar episódio recentíssimo que agravou a crise institucional entre os Poderes da República: após o Supremo Tribunal Federal suspender o pagamento das emendas parlamentares mediante decisão monocrática do Min. Flavio Dino, o Presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira (PP-AL), desarquivou alguns projetos de lei e emenda à Constituição que têm por objetivo limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal, mediante justificativa de usurpação de competência do Legislativo.

Um destes projetos – ainda em tramitação na Câmara – é o PL n.º 4.754/2016, que inclui entre os crimes de responsabilidade para ministros do STF, a usurpação pelo Supremo das competências dos demais poderes. O Relator do Projeto, o Dep. Alfredo Gaspar (União-AL), ao justificar a necessidade de aprovação da lei, disse:

“O ativismo judicial manifestado pelo Poder Judiciário em período recente de nossa história tem levado o Supremo Tribunal Federal (STF) a ultrapassar os limites de suas atribuições constitucionais.”

Nesse ensejo, sem juízo de valor sobre as proposições legislativas em apreço, endosso as palavras do Desembargador Federal aposentado, o Exmo. Vladimir Passos Freitas, segundo o qual “(…) *o ativismo judicial pode e deve ser praticado. Porém, com maturidade, comedimento, em decisão bem refletida, fundamentada e que possa ser executada* (…)”

Dito isto, a conclusão sumária sobre o tema é de que o ativismo judicial é um instrumento valioso na era em que vivemos, possibilitando a concretização de direitos fundamentais e sociais que foram abandonados pelo legislador; porém, é imprescindível que essa atuação seja comedida, tanto nos limites constitucionais quanto sociais, sempre evitando ruídos nas relações entre os Poderes, respeitando a vontade do legislador e, especialmente, buscando fortalecer o anêmico diálogo institucional no País.

REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. As prescrições e o direito. In: BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. cap. 4. p.102-145

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A democracia é compatível com a jurisprudencialização do direito? Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-30/a-democracia-e-compativel-com-a-jurisprudencializacao-do-direito/>

DERZI, Misabel Abreu Machado. A imprevisibilidade da Jurisprudência e os Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. O Processo na Constituição, Quartier Latin, Ed. 2008, São Paulo.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. Lei Complementar n.º 190, de 4 de janeiro de 2022. Altera a Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2022.



HEIL, Danielle Mariel Heil. Ativismo Judicial: Brasil vivenciando o Common Law? Empório do Direito, 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/ativismo-judicial-brasil-vivenciando-o-common-law>. Acesso em: 26 de maio de 2023.

RIBEIRO, Diego Diniz. É possível falar em precedente em matéria tributária com um STF volátil? Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-16/processo-tributario-possivel-falar-precedente-materia-tributaria-stf-volatil#:~:text=Diante%20desse%20quadro%20e%20retomando,um%20bom%20regime%20de%20precedentes>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

SALOMÃO, Luis Felipe. Ativismo Judicial: para quem e por quê? Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>

MANEIRA, Eduardo. Matéria tributária não permite ativismo judicial. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-17/eduardo-maneira-nao-espaco-ativismo-judicial-materia-tributaria#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20espa%C3%A7o%20para%20ativismo%20judicial%20em%20mat%C3%A9ria>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

LEITE, Maria Ordelânia Torquato et al. O SINCRETISMO DO CIVIL LAW E COMMON LAW PELO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO BRASIL. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2014, ano 3, n.5 Lisboa, 2014. Disponível em: https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2024/10/2014_05_03533_03567.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ativismo Judicial: afinal, do que se trata? Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

CANÁRIO, Pedro. Novas Fronteiras: “Caminhamos a passos largos para o *common law*”, afirma Teori Zavascki. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 28 de maio de 2023.

DIAS, Eduardo Rocha et al. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Revista de Informação Legislativa, 2019, Brasília.

BRASIL, Projeto de Lei n.º 4.754/2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700&fichaAmigavel=nao#:~:text=PL%204754>. Acesso em: 25/09/2024.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-out-07/recente-protagonismo-do-common-law-no-brasil-e-as-mazelas-do-ativismo-judicial/>