

A ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR NA *COMMON LAW*: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA PARA (RE) PENSAR O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Lucas do Prado Angelico¹

Marcela Cristina Boscolo²

Marcelo Pinzo Lisboa da Cruz³

RESUMO

O presente artigo versa sobre a figura do juiz no Sistema Jurídico da *Common Law*. A princípio, parte-se de uma análise histórica do papel que os juízes exerceram para o desenvolvimento da *Common Law* e como isso se modificou e adquiriu diferentes nuances ao longo do tempo. Posteriormente, visa-se o entendimento da atuação da magistratura inglesa e como esta se estrutura. Por fim, a partir dessa compreensão, o trabalho pretende a uma análise de como seria possível aplicar esses conceitos com o objetivo de enriquecer a prática jurídica brasileira a partir da figura de seu maior protagonista: o juiz. Para tanto, será utilizada a pesquisa bibliográfica, com foco na perspectiva histórica. Como resultados, constata-se que, historicamente, o sistema do *Common Law* apresenta divergências no tocante ao papel do jurista e dos métodos de resolução de conflitos quando comparado ao da *Civil Law*. Como conclusão, nota-se que a análise do sistema inglês e norte-americano podem contribuir para a resolução de problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro, como sua morosidade, ao se aplicar mecanismos que, ao longo da história, levaram à redução de litígios naqueles países.

Palavras-chave: Common Law. Civil Law. Juiz. Poder Judiciário.

ABSTRACT

¹ Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bolsista de iniciação científica PUB-USP na área de Direito Médico. Foi bolsista de iniciação científica PUB-USP e CNPq na área de Direito do Consumidor e bolsista CNPq-FGV na área de Direito Comercial.

Endereço para contato: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Av. Bandeirantes, nº 3900, Vila Monte Alegre, Ribeirão Preto – SP.

Endereço eletrônico: lucaspangelico@gmail.com.

² Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bolsista de iniciação científica PUB-USP na área de Bioética.

Endereço eletrônico: marcelaboscolo@usp.br.

³ Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Iniciação científica em curso na área do Direito do Trabalho. Endereço eletrônico: pinzo.lisboa@usp.br.

This article deals with the figure of the judge in the Common Law Legal System. At first, it starts with a historical analysis of the role that judges played in the development of Common Law and how that role changed and acquired different aspects throughout of time. Subsequently, the aim is to understand the role of the judiciary in the current days of the English Judiciary and how it is structured. Finally, based on the understanding of the role of judges in English law, the work aims at an analysis of how it would be possible to apply these concepts in order to improve Brazilian legal practice from the figure of its greatest protagonist: the judge. For this purpose, bibliographical research will be used, focusing on the historical perspective. As a result, it appears that, historically, the Common Law system presents divergences regarding the role of the jurist and conflict resolution methods when compared to Civil Law. As a conclusion, it is observed that the analysis of the English and North American law can contribute to solving problems faced by the Brazilian Judiciary, such as its slowness, by applying mechanisms that, throughout history, have led to a reduction in litigation in those countries.

Keywords: Common Law. Civil Law. Judge. Judicial Branch.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e a consequente promulgação da Lei nº 11.417 de 2006, que criou e regulou o instituto das Súmulas Vinculantes, o ordenamento jurídico brasileiro passou a valorizar os precedentes legislativos. Apesar de ainda ser um país cujo direito é baseado na *Civil Law*, tal instituto permite uma aproximação com os direitos da tradição do *Common Law*.

A tradição do *Common Law* é conhecida pelo grande valor que é dado ao precedente dos tribunais, sendo apontado como o direito dos costumes. O Brasil, ao atribuir maior importância aos precedentes, passa a apresentar nuances anteriormente específicas dos países que seguem essa tradição. Dessa forma, é interessante que se analise como são as características da dinâmica dos órgãos componentes do judiciário na *Common Law*, em especial a figura do juiz e do tribunal, e, a partir disso, analisar como o direito brasileiro pode se aperfeiçoar, respeitando as peculiaridades que o contexto do atual ordenamento jurídico apresenta.

É importante ressaltar que o Brasil não deixa de ser um país que segue a tradição da *Civil Law*, ou seja, que atribui maior valor à lei positivada quando comparado aos precedentes. Entretanto, essa aproximação do *Common Law* permite que haja aperfeiçoamentos em diversos pontos do processo judicial,

principalmente aqueles referentes à segurança jurídica, estabilidade e organização, sem contar com a possível inspiração para possíveis inovações para modernizar o atual sistema jurídico brasileiro que enfrenta, como um dos principais problemas, a morosidade.

O presente artigo pretende apresentar uma análise histórica da dinâmica dos processos judiciais presentes nos países da *Common Law*, usando tanto o modelo inglês como referência quanto o modelo estadunidense, desde seu início até a contemporaneidade. Em seguida, explana-se como se dão, atualmente, os processos judiciais no direito brasileiro. Com isso, tem-se como objetivo contrastar ambos os sistemas e definir quais benefícios poderiam ser alcançados com a aplicação de determinados aspectos da *Common Law* no juízo brasileiro.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada no presente trabalho pautou-se no método bibliográfico e comparativo. Para tanto, fora realizado levantamento de monografias, artigos, dissertações e teses que tratassem do histórico da *Common Law*, dos institutos da *Civil Law* e dos problemas observados no Judiciário brasileiro. Uma vez obtidos, realizou-se triagem para garantir que os textos tivessem, de fato, pertinência temática. Ato contínuo, quando selecionado os textos, houve a realização de fichamentos de modo a constar os principais aspectos da bibliografia utilizada.

Feito isso, passou-se a realizar a confeccionar os resultados indicando os aspectos históricos típicos da *Common Law* e como isso afetou a construção do sistema jurídico inglês e norte-americano. O mesmo fora realizado quanto aos aspectos do Judiciário brasileiro. Com os dois conjuntos de dados, tornou-se possível realizar a comparação entre eles, atentando-se para as possíveis contribuições do sistema estrangeiro para a resolução das problemáticas nacionais.

3. RESULTADOS

3.1 O HISTÓRICO PAPEL DO JUIZ NA COMMON LAW

3.1.1 Período anglo-saxônico

O período anglo-saxônico é caracterizado pela tomada do território inglês, por povos vindos do mar do norte como os Anglos e os Saxões, habitado até então

pelos Celtas (ALMALEH, 2014, p. 3). A partir de então, os Celtas que ali viviam tiveram suas tradições e cultura diminuídas, e muitos deles acabaram migrando para a região circunvizinha de Gales.

Em vista da organização predominantemente tribal dos habitantes do território inglês, o Direito exercia uma influência meramente local, descentralizada (DAVID, 2002, p. 357). Ademais, as leis escritas eram escassas e restringiam-se a aspectos pontuais das relações sociais locais. Destaca-se, nesse contexto, a tentativa do rei Cnut (1017-1035), da dinastia norueguesa, de estabelecer algumas leis mais organizadas (VIEIRA, 2007, p. 108), como uma tentativa de uniformização do mosaico legislativo característico no período. Contudo, de modo geral, preponderavam os costumes orais e a ausência de uma estrutura judicial propriamente dita (ALMALEH, 2014, p. 4).

Devido à ausência de um maquinário judicial mínimo, os conflitos cíveis e penais eram mediados pela justiça privada, na qual os particulares, por si mesmos, resolviam as questões de formas usualmente violentas e beligerantes. Nesse ínterim, a autoridade para intermediar conflitos não era atribuída a um indivíduo específico, quer fosse o rei ou seus juízes, mas sim cabia às partes a atuação em interesses próprios.

A fim de reduzir os impactos negativos desse método primitivo de administração de conflitos, surgiram algumas assembleias, as quais priorizavam a autoridade coletiva em detrimento da particular (ALMALEH, 2014, p. 4 e 5). A expansão da ideia de autoridade coletiva proporcionou a criação das primeiras cortes. As *County Courts* ou *Hundred Courts* eram cortes ou assembleias formadas por homens livres. Nestas, aplicava-se o costume local a fim de conceder a alguma das partes o direito de prova, as quais não seguiam um critério específico de racionalidade (DAVID, 2002, p. 359).

Portanto, como visto, apesar de não existir uma estrutura judiciária propriamente dita, o domínio anglo-saxão é marcado pela transição da justiça privada para uma justiça coletiva. Surgem às primeiras cortes ou assembleias nos Condados e a figura do rei e de seus juízes designados começa a disseminar-se pela Inglaterra.

3.1.2 Período após as invasões normandas

No ano de 1066, Guilherme, o Conquistador e mais cinco mil homens oriundos da região da Normandia venceram os Anglo-Saxões na Batalha dos *Hastings* e tomaram o território inglês (PLUCKNETT, 2010, p. 62 e 63). Os normandos, conhecidos por estabelecerem em seu território uma administração competente e centralizada, transferiram-na para a terra recém-conquistada. Essa unificação da Inglaterra tornou possível o estabelecimento de tribunais centrais fortes e de um legislador nacional – o rei (ALMALEH, 2014, p. 6).

Nesse contexto, destaca-se o surgimento das Cortes Reais ou *Curia Regis*. Os Tribunais Reais eram uma jurisdição de exceção e apenas assumiam litígios em situações excepcionais, quais sejam, em alguma situação de ameaça à paz do reino ou quando não fosse possível pelas Cortes dos Condados (DAVID, 2002, p. 360). Contudo, a Corte do Rei era extremamente restritiva. Era o Rei, mediante seus funcionários, que selecionavam quais casos seriam contemplados com a “alta justiça” real. Normalmente, priorizavam pessoas de destaque na sociedade ou causas muito importantes. Em regra, a maioria dos litígios, portanto, continuava na jurisdição das *County Courts* e das *Hundred Courts*, as quais aplicavam majoritariamente o direito local ou internacional do comércio (DAVID, 2002, p. 360 e 361).

A sede do Tribunal Real fixou-se em Westminster. Porém, com o interesse de estender os poderes no reino e ampliar a centralização, somado à grande atratividade na obtenção de lucros, surgiram as Cortes Itinerantes, as quais foram responsáveis por transmitir a justiça real por todo o território inglês. Manifesta-se o “direito comum”, ou *Common Law*, a partir da unificação do Direito e disseminação mediante a atuação dos juízes itinerantes (ALMALEH, 2014, p. 6).

Diferentemente do Sistema Romano-Germânico, no qual surgem inicialmente às leis e os direitos e estes deverão ser encaixados nos casos concretos, o Direito Inglês protagoniza o processo. Assim, o indivíduo que fosse parte em um conflito e o desejasse conduzir aos Tribunais Reais o fazia mediante um *writ*, ou seja, um comando ou um pedido feito ao Chanceler para que a lide fosse aceita pela Corte. Essa escolha baseava-se em fatos, pois cada *writ* destinava-se a uma modalidade de processo. Logo, os casos acolhidos seriam aqueles compatíveis com o processo e suas formalidades. Às partes cabiam a comprovação de que a pretensão era

compatível com as formalidades do processo, determinado pelo tipo de *writ* imputado (DAVID, 2002, p. 361 a 364).

No Sistema Jurídico da *Common Law*, portanto, o papel do monarca e dos magistrados adquire uma grande importância, sobrepondo-se ao dos juristas (ALMALEH, 2014, p. 6). Valorizavam-se os fatos e a possibilidade de esses fatos serem ou não compatíveis com as, formalidades processuais. Conseqüentemente, não era a existência de um direito que conduzia determinada lide a um Tribunal, mas sim a compatibilidade casos já julgados (ALMALEH, 2014, p. 9 e 10). Nesse ínterim, pode-se dizer que eram os juízes que criavam o direito, e não os juristas ou os legisladores como ocorre na *Civil Law*.

Em vista disso, tornou-se comum que alguns juízes escrevessem livros no qual compilavam decisões proferidas pelas Cortes. No ano de 1187, Ranulf de Glanvill elaborou um conjunto de Livros contendo princípios provenientes das cortes reais, estabelecidos de maneira equânime para todos os homens livres, por meio dos quais eram fornecidos modelos procedimentais a serem seguidos a partir de casos já julgados pelas cortes. Posteriormente, em 1250, Henry de Bracton preparou o *Treatise*, cujo teor era significativamente mais rico do que os Livros de Glanvill. Neles, Bracton descrevia os casos julgados e, em alguns deles, adotou alguns comentários críticos sobre os procedimentos usados (VIEIRA, 2007, p. 109 a 111).

Diante do exposto, mostra-se claro o destaque conferido aos reis como julgadores e aos juízes designados, cuja atuação nos casos aceitos e decididos pelas Cortes eram utilizados pelos juízes em seus pleitos. Por meio desse modelo, priorizou-se majoritariamente o processo e os fatos, os quais, após a passagem pelos Tribunais, poderiam produzir direitos. Ademais, os magistrados podem ser considerados um dos principais atores na formação do “direito comum”, principalmente a partir dos Tribunais Itinerantes, nos quais ofereciam a homens livres, por todo o território, o acesso a uma estrutura judiciária unitária.

3.1.3 Período de rivalidade entre a *Common Law* e a *Equity*

No século XVI, desenvolveu-se um Sistema de Justiça paralelo e rival ao da *Common Law*: a *equity*. À medida que os Tribunais Reais se tornaram os únicos, devido à extinção das *County e Hundred Courts*, as decisões tornavam-se, aos olhos da população, cada vez mais insatisfatórias (DAVID, 2002, p. 370).

Uma vez insatisfeitos, os indivíduos recorriam ao rei em busca de uma reconsideração da decisão (BARBOZA, 2018, p. 1456). Com o tempo, o aumento exponencial dessas petições e o advento da Guerra das Duas Rosas levou o rei a conceder autoridade ao Chanceler para atuar em seu lugar e receber os pedidos de reconsideração. Tais representantes reais tornaram-se como que juízes autônomos, cada vez mais solicitados pelos particulares (DAVID, 2002, p. 371).

Enquanto os tribunais da *Common Law* aplicavam um modelo de processo estritamente formal e com base em decisões anteriores, os recém-formados Tribunais da Chancelaria aplicavam o direito romano e canônico. Essa atuação agradou sobremaneira os monarcas Absolutistas, em destaque, os Tudors e Stuart, visto que ampliava a liberdade legislativa do monarca e do Parlamento (BARBOZA, 2018, p. 1456) e, ao mesmo tempo, satisfazia os interesses da sociedade (DAVID, 2002, p. 372). Todavia, os magistrados da *Common Law*, os quais, apoiados pelo parlamento, opunham-se a atuação do chanceler como um juiz autônomo. Isso causou grandes conflitos na Inglaterra, com destaque para o ano de 1616, entre os tribunais da *Common Law* representados pelo juiz *Coke* e a jurisdição do Chanceler no governo de Jaime I (DAVID, 2002, p. 373).

Diante dos aspectos citados, ressalta-se que o papel do juiz adquiriu uma nuance diferente da experiência anterior. O Chanceler atuava como um magistrado e incorporou em sua deliberação um modelo menos preocupado com a rigidez processual, priorizando outros aspectos, oriundos dos princípios do direito romano e canônico, os quais visavam a obtenção da justiça e da satisfação dos indivíduos.

3.1.4 Período moderno

A partir das *Judicature Acts*, nos anos de 1873 e de 1875, os sistemas da *Common Law* e da *Equity* foram unificados (BARBOZA, 2018, p. 1456). A jurisdição de equidade, conforme era aplicada pelos chanceleres, não permaneceu como um sistema autônomo e rival ao do direito comum, mas contribuiu para incrementá-lo e melhorá-lo. Os juízes, a partir dessa unificação, detém competência para aplicar ambos os sistemas, de forma a visualizarem para além do processo. Foram incorporados, em vista disso, alguns princípios gerais de direito, os quais visam ampliar a satisfação social, a partir de uma consideração do direito não só como um

conjunto de normas processuais a serem seguidas, mas também como um meio de se alcançar a justiça.

No século XIX, também, nota-se um crescimento da atividade legislativa na Inglaterra. Nesse ínterim, a partir da publicação da obra “*An introduction to the Principles of Morals and Legislation*”, em 1789, Jeremy Benthan inaugura a ideia de utilidade para as leis, as quais perdem o caráter essencialmente místico a elas antes atribuído e adquirem uma consideração prática de princípios orientadores da atividade nos Tribunais (PLUCKNETT, 2010, p. 126). Essas reformas ocorreram não apenas no direito material, como no caso dos estatutos de 1827 a 1837, os quais trouxeram mudanças na lei penal, mas também no direito processual, com destaque para a Lei de Processo de 1832 e, no ano seguinte, a Lei de Processo Civil (PLUCKNETT, 2010, p. 127). Posteriormente, no século XX, outras reformas surgiram, principalmente para sustentar os litígios entre a administração e os indivíduos e adequar o Poder Judiciário às mudanças decorrentes das reformas que estavam sendo conduzidas desde o século anterior (DAVID, 2002, p. 379).

Como visto, a partir das ideias de Benthan, o Parlamento adquire maior protagonismo e o sistema legal é amplamente reformado. Todavia, esse aumento da atividade parlamentarista não reduz o poder dos juízes nos Tribunais, visto que a lei não seria empregada em detrimento da jurisprudência, mas sim como uma ferramenta a mais na resolução dos litígios (DAVID, 2002, p. 378). É característico do sistema da *Common Law*, até os dias atuais, a primazia da atividade do juiz, a partir de uma compilação de decisões proferidas nos Tribunais, as quais são responsáveis pela criação do direito e são orientadas, de maneira complementar, pelas leis.

3.2 O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO JUIZ NA COMMON LAW

Inicialmente deve-se frisar alguns pontos fundamentais da *Common Law* que se diferenciam do sistema da *Civil Law* e que, conseqüentemente, fazem com que o juiz possua poderes de forma diferente das atribuições de um juiz brasileiro. Um primeiro ponto que pode ser apresentado é que a *Common Law* é um direito com foco adversarial (CARPENA, 2009, p. 87), no qual o juiz possui um papel bem mais próximo de espectador em comparação com o modelo de *Civil Law*, onde há participação ativa do magistrado na busca de provas.

Tal protagonismo das partes, entretanto, não dilui o grande poder que os juízes possuem em diversos aspectos do processo judicial (ALMEIDA, 2016, p. 9), que muitas vezes são completamente estranhos ao processo judicial na Civil Law. Isso se dá pelo fato de, principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, o processo civil e criminal ser extremamente amplo e escasso sobre como o juiz deve se portar, permitindo ampla discricionariedade na condução do processo (CARPENA, 2009, p. 95). Tal condição é resultado justamente do fato de que na Common Law dá mais valor para os precedentes do que para o direito escrito, tomando tamanha proporção para que se fale em *judge made law*, ou seja, um sistema onde o juiz que faz a norma.

Essa discricionariedade se diferencia do juiz no *Civil Law*, o qual está submetido aos processos descritos no código. Isso não é por acaso e está atrelado ao início dos processos codificadores do Direito na Revolução Francesa. Nesse contexto, a magistratura francesa tinha fortes laços com a monarquia, apoiando o antigo regime e tentando manter seus privilégios. Como resposta a essa atitude, os revolucionários tolheram drasticamente os poderes dos juízes, obrigando-os a seguir as orientações dos legisladores, ou seja, se fixar nas leis para basear o processo e as decisões em um processo lógico e técnico, segundo os ideais iluministas burgueses, e evitar arbitrariedades (ALMEIDA, 2016, p. 09).

Importante frisar que a ampla discricionariedade não implica total liberdade para o juiz dirigir o processo de qualquer maneira. Mesmo na Inglaterra, que não possui um relevante documento constitucional como nos Estados Unidos, o qual delimita princípios e direitos gerais das partes de um conflito, a atuação do juiz deve seguir determinados princípios para que seja considerada válida e aceita pela sociedade como correta. Os direitos de defesa, da produção de provas e o devido processo legal são grandes princípios que servem de limitação para a atuação do juiz. Entretanto, mesmo assim, dependendo da ideologia do magistrado, podem ser interpretados de formas diferentes e resultar em complicações para determinadas partes no conflito (CARPENA, 2009, p. 96).

Nos Estados Unidos, em especial, a ideologia do juiz pode adquirir um caráter relevante devido ao fato de que em grande parte dos estados estadunidenses, os juízes das instâncias inferiores são eleitos por voto popular, o que pode gerar

pressões nos juízes para que sejam imparciais, que em excesso podem levar a injustiças (CARPENA, 2009, p. 96).

Observando o processo judicial norte americano mais a fundo, são visíveis os fatores que apontam grandes poderes do juiz. Um deles é a escassez de meios possíveis de recurso contra as decisões proferidas pela maioria das jurisdições, como a ausência de instrumento semelhante ao agravo de instrumento. Além disso, há a autorização de mandar ou proibir de maneira liminar em determinados pleitos, inclusive sem nenhuma instrução prévia e sem meio de recurso para impugnar a decisão.

No quesito de fazer valer as suas decisões, os juízes também possuem amplo poder. O desrespeito à corte, seja por meio de atitude ou abstenção de conduta obrigatória, tanto contra o adversário quanto contra o próprio tribunal ou atuação jurisdicional é passível de sanções punitivas ou coercitivas, como prisões ou multas, cujos limites se encontram apenas de acordo com a visão de mundo do magistrado (CARPENA, 2009, p. 97).

Não se pode esquecer também sobre o controle de constitucionalidade difuso que existe nos Estados Unidos, fator responsável pelo aumento do poder dos juízes, independentemente do grau de jurisdição. Com a decisão da Suprema Corte de 1803 no caso *Marbury v. Madison*, foi determinado que as cortes federais tivessem o poder de determinar se um ato do congresso está de acordo com a interpretação da Constituição relevante para esta corte, dando um grande poder para os juízes federais (ALMEIDA, 2016, p. 9).

Nas chamadas *class actions*, que são as ações coletivas, o juiz pode nomear o representante de determinado litisconsórcio que achar adequado para representar os interesses dessa coletividade, podendo modificá-lo se entender que ele não está cumprindo sua função. Além disso, devido aos altos custos que o processo exige para ambas as partes, o juiz pode exigir uma comprovação de renda para que o representante seja aceito como tal.

Além disso, o juiz pode redimensionar as ações coletivas, ampliando-as, fatiando-as, ou até mesmo as negando e convertendo-as em ações individuais, dentro dos parâmetros do aceitável e da justiça e princípios gerais do direito (CARPENA, 2009, p. 96).

Dentre as vantagens que podem ser mencionadas sobre o sistema de *Common Law*, tanto o dos Estados Unidos quanto da Inglaterra, é que devido à inexistência de diversos pressupostos processuais, por exemplo, a escassez das possibilidades de recursos, os processos tendem a ser mais ágeis e céleres. Ademais, dos recursos possíveis a serem feitos, há várias exigências mínimas a ser cumpridas, as quais permitem uma filtragem das demandas e um menor congestionamento de processos, principalmente nas cortes superiores. A complexidade das causas e os custos, apesar de não serem os únicos fatores determinantes, contribuem para que diversos litígios sejam resolvidos antes mesmo da judicialização (ALMEIDA, 2016, p. 15 a 17).

Com relação às desvantagens, o grande poderio dos juízes com no processo deixa o sistema mais vulnerável a possíveis abusos de poder, necessitando de bons órgãos fiscalizadores. Além disso, esse poder faz com que as visões pessoais dos magistrados acabem aflorando mediante as grandes lacunas que as jurisprudências e as normas processuais apresentam. Por outro lado, outro fator que causa incômodo é a tamanha prevalência do modelo adversarial na produção de provas nos quais, muitas vezes, o juiz não pode sequer orientar as partes nas provas necessárias para a formação da sua convicção.

Neste último caso, o direito inglês teoricamente avançou o direito norte americano e na sua codificação de leis processuais relativizou o modelo adversarial e permitiu que o juiz pudesse orientar as partes, apesar de forma limitada. Um ponto interessante de se apontar, pois demonstra uma aproximação do direito inglês da *Civil Law*, mostrando que conforme o tempo passa, as novas demandas exigem mudanças de paradigmas nos direitos nacionais independentes de qual tradição que o país segue (CARPENA, 2009, p. 98).

3.3 REPENSANDO O JUÍZO BRASILEIRO A LUZ DA COMMON LAW

3.3.1 O procedimento judicial brasileiro

O Direito e a maneira pela qual se estrutura, por ser obra da sociedade, sofrem alterações conforme a ocorrência das mutações culturais. Sendo assim, diferentes nações, com diferentes culturas, estruturam de diferentes formas seu campo jurídico. Por isso, o procedimento judicial brasileiro difere-se daquele utilizado pela

Common Law, e sua análise retrata um reflexo da forma como o corpo social se comporta e se ordena.

O procedimento comum cível brasileiro é estruturado em cinco fases, sendo elas a postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e liquidatória (BONDIOLI, 2016, p. 1). A primeira delas é a etapa na qual as partes farão seu pedido ao Judiciário e se defenderão daquilo que for alegado pela outra, sendo a elas facultada a possibilidade de resolver o conflito por meio da conciliação (SCARPINELLA BUENO, 2016, p. 316 a 335). Já a fase ordinária é aquela no qual o juiz organizará o processo, esclarecendo pontos obscuros e, se possuir elementos necessários, julgar antecipadamente o mérito (SCARPINELLA BUENO, 2016, p. 357 a 370). Na instrução, haverá o colhimento de provas e, uma vez não havendo dúvidas, o julgamento do litígio (DIDIER, 2015, p. 25 a 35 e 303 a 308). Por fim, a liquidação é a etapa em que se verifica a quantia a ser solvida pelas partes (MAZZEI, 2010, p. 488).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a fase postulatória sofreu profunda alteração ao ser inserida nela a possibilidade de as partes realizarem a audiência de conciliação. Assim, esse método de solução de litígio obteve destaque superior ao que gozava no Código de Processo Civil de 1973 (GAJARDONI et al, 2018, p. 78), caracterizando a tentativa de o Legislativo em ampliar a pacificação pelas próprias partes. Tal inovação não pode ser interpretada como uma forma de afastar as partes da jurisdição estatal, pois não há compulsoriedade para sua realização e, caso não se consiga atingir a negociação, restará ao juiz solucionar o litígio.

Sendo assim, torna-se evidente que a figura central de todo o procedimento anteriormente explanado é o magistrado e sua atuação influencia profundamente na maneira como o conflito será gerido e resolvido e na eficácia da prestação jurisdicional. Desse modo, é fundamental analisar os poderes a ele atribuídos pelo ordenamento jurídico, considerando o fato de estruturarem seu modo de atuação e refletirem a citada cultura da sociedade brasileira.

3.3.2 Os poderes do juiz brasileiro

A concepção da existência de poderes aos magistrados não pode subsumir-se à ideia de autoritarismo e arbítrio, mas sim à ideia de um dever a ser exercido pelo juiz

no momento do julgamento (LAZZARINI, 2005, p. 119). Dessa forma, esse poderio deve ser empregado de forma a servir à sociedade (LAZZARINI, 2005, p. 123) e não como instrumento de privilégio apto a gerar a coação e subjugar determinados grupos sociais.

Para o exercício de tais poderes, torna-se essencial a concessão de certas garantias. Assim, a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos (MENDES et al, 2009, p. 616) permitem ao magistrado julgar sem temer posteriores retaliações por parte do próprio Estado ou de entes sociais influentes. É dentro dessa garantia de liberdade de atuação que os poderes serão expressos.

Dentre eles, merecem destaque o poder de polícia, considerando a necessidade de manutenção da ordem durante a audiência, e o poder decisório, capaz de encerrar, perante o direito, o conflito existente entre as partes (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 59 e 60). Tais atribuições concedidas ao juiz brasileiro permitem com que ele determine o ritmo que o procedimento deverá seguir, sendo esse um dos elementos diferenciadores dos juízes da *Common Law*, que concedem às partes maior liberdade para definir tal movimento (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 60). Dessa forma, torna-se evidente a concentração do poder de mando nas mãos dos magistrados brasileiros.

Essa posição de ente concentrador faz com que a sociedade mantenha a concepção de que o único sujeito capaz de solucionar os litígios é o juiz (LAZZARINI, 2005, p. 123). Como as partes não estão acostumadas a terem maior participação quanto ao ritmo do processo, tal qual ocorre na *Common Law*, desenvolve-se uma cultura de dependência, no sentido de os sujeitos se sentirem impotentes quanto a resolução de seus próprios conflitos. Essa concepção frustra a difusão dos meios de autocomposição e faz com que todas as desavenças sejam enviadas ao Judiciário. Como consequência, esse sistema não consegue lidar com toda a demanda, tornando-se moroso e impedindo que a eficácia da prestação jurisdicional seja atingida.

3.3.4 A morosidade do sistema judiciário nacional

O sistema judicial brasileiro é passível de diversas críticas principalmente no que diz respeito a eficiência de seu funcionamento. A reprimenda dominante reside na demora da apreciação dos litígios, ocasionado devido aos custos processuais, à

baixa quantidade de profissionais e ao alto número de processos ajuizados (ARAÚJO; GONÇALVES, 2010, p. 142).

Tais críticas encontram respaldo na realidade. Em pesquisa publicada pelo CNJ no ano de 2019, o tempo médio levado do ajuizamento da inicial até a prolação da sentença é de 2 anos e 4 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 150). Esse prazo não se apresenta de maneira uniforme ao longo do território nacional, havendo regiões em que ele chega a dobrar, como na Justiça Estadual do 1º Grau do Estado do Amazona, no qual o tempo é de 5 anos e 8 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 153).

A baixa quantidade de juízes contratados também contribui com essa morosidade, considerando o fato de a eles serem atribuídos muitos processos e a consequente inviabilidade de julgá-los em um curto período. Em levantamento feito pelo CNJ no ano de 2018, a carga de trabalho por magistrado – entendida como a média de trabalho dos juízes ao longo do ano – foi de 7.497 na Justiça Estadual e 8.370 na Federal (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 90). Nota-se a relação existente entre essa alta carga de processos a serem analisados por ano e o longo tempo levado para isso, retratado no parágrafo anterior.

Diante os dados, é possível notar a incompatibilidade entre o procedimento judicial brasileiro e a realidade socioeconômica do país (FARIA, 2004, p. 104), somado com a distorção dos poderes dos juízes, ora vistos como únicos entes legítimos a solucionar os litígios, ora transformados em gestores de escritórios lotados de processos (FARIA, 2004, p. 105). A citada reforma do Código de Processo Civil teve como um de seus objetivos solucionar o problema da morosidade por meio da inserção de julgamentos de casos repetitivos e da estimulação dos meios autocompositivos de solução de conflitos (ARAÚJO, GONÇALVES, 2010, p. 148). No entanto, tais dados demonstram que ele não foi capaz de resolver completamente os vícios do sistema.

Uma das possíveis explicações para esse fenômeno é a baixa aplicação das disposições trazidas por ele, como a prática da conciliação. O índice de conciliação alcançado pela Justiça de 1º Grau foi de 13,2%, enquanto no 2º Grau ela é praticamente inexistente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 143). Isso demonstra quão fraco são os métodos autocompositivos no Brasil, quando comparados com os países de tradição da Common Law, fato diretamente

relacionado ao aumento de casos destinados ao Judiciário e sua consequente lentidão.

3.3.5 Discrepâncias entre o Sistema Jurídico Brasileiro e a *Common Law*

A comparação entre o modelo jurisdicional brasileiro e aquele adota pelos países que utilizam a *Common Law* demonstra haver diferenças estruturais entre ambos que se repercutem no modo pelo qual os conflitos são geridos. Inicialmente, nota-se a discrepância da função do advogado. No Brasil, o objetivo desse profissional é propiciar às partes o acesso ao sistema judiciário, independentemente do conflito por elas desenvolvido. Já na *Common Law*, os advogados – ou *attorney* – atuam como filtro dos litígios a serem enviados à apreciação estatal, pois, como eles são responsáveis por pagar as custas processuais, apenas submetem ao Judiciário os casos em que acreditam que irão vencer (CARPENA, 2009, p. 88).

Além disso, o número de acordos extrajudiciais atua como elemento discrepante entre os sistemas. Na *Common Law*, os advogados, devido ao referido fato de arcarem com as custas processuais de seus clientes, tendem a manter a comunicação entre si com maior frequência do que os advogados brasileiros costumam fazer. Essa comunicação, que a princípio serve para sopesar os riscos apreciando as provas da outra parte, tende a gerar acordos (CARPENA, 2009, p. 89), por ser vantajoso às duas partes evitarem correr o risco de perderem o processo. Como no Brasil o sujeito responsável por pagar as custas processuais é o próprio litigante, o advogado não sofre consequências negativas ao perder a ação e, por isso, instiga seu cliente a ajuizar suas demandas sempre que possível e a evitar os acordos extrajudiciais.

As discrepâncias também estão presentes quanto a figura do juiz. No sistema brasileiro, como anteriormente retratado, o juiz conta com uma série de poderes que o tornam peça central nos conflitos e difundem a concepção de ser ele o único capaz de resolver os litígios. Já na *Common Law* verifica-se repulsa a esse tipo de concepção, sendo o juiz mais flexível e visto como um sujeito mais próximo das partes – assemelhando-se ao que no Brasil chama-se de arbitragem (CARPENA, 2009, p. 96). Seus poderes são flexibilizados de forma a permitir a modulação do ritmo do processo ao alcance de seu objetivo, qual seja, resolver o litígio (CARPENA, 2009, p. 98).

Por fim, cita-se a questão dos meios de impugnação. No modelo da *Common Law* norte americano, os processos são rapidamente resolvidos por conta da inexistência de uma gama de recursos tal qual existente no modelo brasileiro. Cita-se, como exemplo, a impossibilidade de se impugnar as decisões interlocutórias, diferente do que ocorre no Brasil (ALMEIDA, 2016, p. 15) – praticado por meio dos agravos de instrumento. Tal impedimento permite com que o processo não tenha de ser reapreciado devido a decisão tomada por um órgão superior, diminuindo a morosidade do Judiciário.

À vista disso, nota-se que a comparação entre ambos os sistemas jurídicos permite a percepção de suas diferenças. Com isso, pode-se obter respostas para os problemas enfrentados há décadas pelo modelo brasileiro e já superados pelos modelos norte-americano e inglês da *Common Law*.

3.3.6 Alternativas ao juízo brasileiro à luz da *Common Law*

Diante o exposto, torna-se evidente que o sistema judiciário brasileiro é acometido por defasagens, sendo a morosidade a principal delas. A realidade demonstra que sua estrutura não é capaz de lidar com toda a demanda judicial, sendo necessário redefinir sua atuação e torná-lo mais preciso à realidade (FARIA, 2004, p. 123). O modelo da *Common Law* enfrenta tal problemática por meio da valorização da autocomposição, estruturação de um modelo que incentiva os advogados a não litigarem judicialmente e restrição aos meios de impugnação.

Os meios autocompositivos são capazes de destinar às partes o tratamento adequado aos seus conflitos, considerando que nem sempre o Judiciário é a estrutura ideal para lidar com eles⁴ (TARTUCE, 2016, p. 7). Dessa forma, não se resolve apenas a crise jurídica, mas também a crise sistêmica instalada entre os sujeitos (TARTUCE, 2016, p. 10), evitando que as partes retornem ao Judiciário devido ao ressurgimento do problema.

Por isso, torna-se evidente que a utilização da mediação, conciliação e negociação são capazes de diminuir a quantidade de conflitos a serem dirigidas ao

⁴ Pode-se citar como exemplo os conflitos familiares. No Judiciário, a preocupação reside em solucionar o litígio analisando pontualmente o caso, sem considerar que a relação entre as partes continuará a ocorrer mesmo após a audiência. Na mediação, preocupa-se em resolver o conflito pontual também levando-se em conta o fato de que as partes continuarão a manter-se em contato. Dessa forma, valoriza-se a cooperação entre ambas e não uma postura beligerante capaz de romper com as poucas chances existentes de restauração da comunicação.

Judiciário, pois as partes resolveriam por conta seus empasses e de uma forma mais eficaz (SILVA, 2019, p. 14 e 15) – não apenas superficialmente à luz do direito – sem precisar retornar ao órgão devido aos resquícios de um litígio mal resolvido. A diminuição de conflitos destinados ao Judiciário claramente seria capaz de atenuar a morosidade e de permitir maior fluidez aos casos que não poderiam ser resolvidos pelos meios de autocomposição.

Esse esforço para a ruptura da concepção de que apenas o juiz pode resolver os litígios deve ser de todos os membros do sistema legal, tal qual observado na *Common Law*. Sendo assim, faz-se necessária mudanças na formação dos juristas de forma a estimulá-los a adotarem os meios autocompositivos. A criação de uma mentalidade voltada ao apaziguamento dos conflitos e à criação de condições para que as partes possam restabelecer a comunicação e solucionar o problema da forma que for mais adaptável às suas realidades, geraria maior adesão à mediação e conciliação. Os advogados atuariam como figuras fundamentais nessa situação, ao levar para o Judiciário apenas as situações que não admitissem tais meios.

Por fim, outro elemento presente na *Common Law* capaz de diminuir a morosidade presente no sistema brasileiro e passível de aplicação é a limitação aos meios de impugnação das decisões judiciais. A exclusão de análises incidentais tende a agilizar o processo e diminuir o tempo pelo qual as partes ficam dependentes do sistema judiciário. Isso não significa a exclusão total dos recursos, mas apenas daqueles que podem ser incorporados a outros meios de impugnação já existentes, como os agravos de instrumento.

4 CONCLUSÃO

A análise histórica do processo judicial e das atribuições do juiz na *Common Law* permitem concluir que, com o intuito de ampliar as vantagens do sistema e eliminar as desvantagens, houve alteração do modo pelo qual se estruturavam. No Brasil, essa evolução também ocorreu havendo, como exemplo, a criação do Código de Processo Civil de 2015 para substituir o de 1973. No entanto, mesmo com tal modificação, muitos problemas continuam a persistir. Dentre eles, o mais gravoso diz respeito à baixa eficiência do Judiciário devido a sua morosidade decorrente dos poucos profissionais que exercem a função jurisdicional e do alto número de litígios judicializados.

Isso demonstra que a evolução do processo brasileiro ainda não terminou, sendo necessário a tomada de mecanismos capazes de dirimir tais percalços. O exame do modelo da *Common Law* permite obter elementos capazes de resolver esses problemas pelos quais o Brasil ainda passa e que já foram, em grande parte, superados pelos Estados Unidos e pela Inglaterra.

A concepção da sociedade brasileira de que todas as fases do processo devem ser marcadas pela concentração de poderes nas mãos do juiz, sendo ele o único capaz de resolver os conflitos deve ser superada. Em seu lugar, deve-se adotar a postura presente na *Common Law* de valorização dos meios alternativos de solução de litígios – estimulada tanto pela figura do magistrado quanto pela do advogado – considerando que a manutenção dessa ideologia no Brasil minora as chances de se instalar a autocomposição. Somado a isso, a diminuição da quantia de meios de impugnação, tal qual adotado no sistema inglês, tende a reduzir o tempo de apreciação do processo pelos julgadores.

Dessa forma, a união de ambos – autocomposição e diminuição dos recursos – e sua adaptação à cultura brasileira é capaz de resolver um problema que afasta a população do acesso à justiça e contribui com a perda de credibilidade do Poder fundamental para a manutenção da sociedade, qual seja, o Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMALEH, Carolina Hess. *O desenvolvimento histórico do Common Law e o papel dos juízes na Inglaterra*. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 12 de agosto de 2014. 18 p. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/carolina_almaleh.pdf>. Acesso em 24/11/2020.

ARAUJO, Yasa Rochelle Santos de, e GONÇALVES, Willian de Souza. *Acesso à justiça: morosidade no Judiciário e as promessas do Novo Código de Processo Civil*. Rev. Eletrônica do Direito Privado da UEL, v. 3, n. 2, maio/ago., 2010, p. 141-152.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Sistema Jurídico nos Estados Unidos – Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors e Lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do Sistema Processual Brasileiro?* Revista de Processo. vol. 251. Direito estrangeiro e comparado. Jan. 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003, p. 58-72.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *As origens históricas do Civil Law e do Common Law*. Quaestio Iuris, v. 11, n. 3, pp. 1456-1486. Rio de Janeiro, 2018.

- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Procedimento comum: fase postulatória*. Revista de Processo, v. 257, 2016, p. 1-19.
- CARPENA, Márcio Louzada. *Os poderes do juiz na Common Law*. Direito e Democracia v.10 n.1 p.85-104 jan./jun. 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. 2019.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR., Fredie, e BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed., v. 2. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados 18 (51), 2004. P. 103-125.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e DELLORE, Luiz, e ROQUE, Andre Vasconcelos, e OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed., v. 2. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- LAZZARINI, Alvaro. *Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz*. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v. 1, n. 4, jul/ago., 2005, p. 119-124.
- MAZZEI, Rodrigo. *A liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos: pontos relevantes sob a ótica das Leis 11.232/05 e 11.382/06*. Rev. Eletrônica de Direito Processual da UERJ, 2010, v. 5, p. 484-516.
- MENDES, Gilmar Ferreira, e COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*. Indianapolis, Liberty Fund, 2010.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SALLES, Carlos Alberto de, e LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coordenadores). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.