

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A mescla de *common law* no direito legislado brasileiro: riscos e adequações

Tatiane Turlália Mota Franco Saliba

*Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Bacharela em Direito. Especialista em Direito Processual*



Tatiane Turlália Mota Franco Saliba

Nos países de vertente romanística, como o nosso, a jurisprudência vai, gradativamente, ganhando espaço e relevância, tanto na *praxis* judiciária como nos trabalhos doutrinários, podendo-se afirmar que ela desempenha papel superlativo, oferecendo-se como instrumento idôneo a atender o anseio generalizado por uma justiça mais equitativa e menos morosa. Trata-se de mais um dos eventos globalizantes a que hoje assistimos.

A formação jurídica brasileira é filiada ao sistema do *civil law*, de índole prevalentemente codicística, em que o primado recai na norma legal, geral e abstrata. Essa vertente é evidenciada pelos direitos e garantias fundamentais insculpidos no artigo 5º, *caput*, e incisos II e XXXIX, da Constituição da República. No sistema continental, em regra, as decisões judiciais devem subordinar-se estritamente à lei de modo geral. A partir da interpretação da norma, faz-se a subsunção desta ao caso concreto, dirimindo controvérsias. Tradicionalmente, no sistema do *civil law*, a jurisprudência não se alça ao patamar de fonte formal. É fonte subsidiária ou forma de expressão secundária do direito.

Em contraponto, há o sistema do *common law*, no qual predomina o precedente judiciário, por influência histórica do *equity*, priorizando-se a justiça do caso concreto. Nessa “família jurídica”, expressão cunhada por Rodolfo de Camargo Mancuso, a distribuição da justiça é presidida por uma concepção do Direito enquanto instrumento para a realização do justo, objetivo que só pode ser alcançado quando casos iguais são tratados isonomicamente.

Certo é que o primado desta ou daquela fonte do direito é ditado por motivos de natureza social e histórica, que ocasionaram o estabelecimento de um dos dois grandes sistemas jurídicos apresentados.

Como ressalta Miguel Reale (1995, p.142), os sistemas jurídicos:

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.

Acompanhando a atenuação progressiva da diferença entre estes dois grandes sistemas, o ordenamento jurídico brasileiro tem experimentado, recentemente, inclusões de institutos típicos do sistema *common law*, com o fim precípuo de fazer prevalecer os princípios constitucionais da celeridade e da eficácia da prestação jurisdicional. Como exemplos dessa interferência, cita-se a súmula de efeito vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/05, e a súmula impeditiva de recursos, criada pela Lei 11.276/05, que inseriu os parágrafos 1º e 2º no artigo 518 do Código de Processo Civil.

O risco dessa mescla de sistemas jurídicos decorre do fato de nossas súmulas serem puros dispositivos, desprovidos de fundamentação e da descrição do contexto fático que lhe deu origem. Nossas súmulas são como a parte dispositiva da decisão: não contêm fundamentação ou tese jurídica e não explicitam o arcabouço fático em que foram editadas. Teme-se, em face disso, a prolação de sentenças, ou o trancamento de recursos, por força do dispositivo sumulado, sem exame da fundamentação fática e jurídica das repetidas decisões que ocasionaram a edição da súmula.

Não é simples a tarefa de definir se o caso “b”, pendente de julgamento, é ou não realmente análogo ao precedente “a”. Isso porque as causas submetidas à Justiça não se identificam por completo. São, no máximo, análogas, coincidindo em alguns pontos e divergindo em outros. Deve-se distinguir os “pontos relevantes” dos “aspectos marginais” da sentença, o que torna necessária a ciência da interpretação das decisões.

A título de exemplo, no intuito de evidenciar a extrema relevância do tema em debate, cita-se o enunciado da Súmula 297 do STJ, que preceitua: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. As cooperativas de crédito, regidas pela Lei n. 5.794/70, são instituições financeiras, por força dos artigos 17 e 18, parágrafo único, da Lei n. 4.595/64. Todavia, a natureza jurídica da sociedade cooperativa impede que se extraia relação de consumo entre a cooperativa e o seu cooperado. Isso porque o cooperado é o próprio dono da cooperativa, com quota de capital e direito a voto. Os cooperados criam a cooperativa para prestar serviço a si mesmos, pelo que a prestação desse serviço não se enquadra como relação de consumo. Não há qualquer contraprestação pelo serviço.

A despeito dessas considerações essenciais, atinentes à natureza jurídica da sociedade cooperativa, o Judiciário vem aplicando *incontinenti* a mencionada súmula em lides envolvendo sociedades cooperativas de crédito e seus associados, sem considerar que os precedentes que deram origem à súmula envolviam bancos e seus clientes. Ou seja, o dispositivo sumular está sendo aplicado como regra abstrata e autônoma, o que, além de violar o princípio da isonomia, na medida em que trata de forma igual os desiguais, fere de morte o princípio constitucional da tripartição dos poderes.

A cultura jurídica do precedente deve, então, ser inserida no nosso ordenamento, acompanhando as inovações legislativas e, por conseguinte, viabilizando a correta aplicação destas. O método de ensino de casos, por exemplo, é um aspecto necessário para a aplicação apropriada do precedente vinculante e que, por isso, deve ser adotado. O trabalho será analisar os fatos e determinar quais são relevantes para a decisão. Num segundo momento, incumbe verificar a similitude dos fatos relevantes e da questão de Direito do caso que é posto com os dos casos que originaram a súmula, para, somente a partir desta aferição, aplicar o dispositivo sumulado.

Cabe aos profissionais do Direito de modo geral: Juizes, Promotores de Justiça, Advogados, Acadêmicos de Direito entenderem as nuances do sistema *common law* em sua essência, no intuito de extrair dele o seu princípio ativo, respeitando-se o dado sociológico revelado por uma cultura que há séculos vem centrada no primado do direito escrito.

Sobre a necessidade de entendimento do método de aplicação das súmulas, colaciona-se a lição de Charles D. Cole (1998):

Deve-se reconhecer que o transplante do conceito de precedente vinculante tal como usado nos Estados Unidos para outras culturas jurídicas requer a reavaliação do modo pelo qual o estudo jurídico ocorre. A metodologia de ensino precisa ser compatível com o uso de precedente vinculante e deve ser assegurada a participação do aluno no processo de

aprendizagem. Além disso, enquanto a prática do direito e do processo decisório teria grande benefício com a previsibilidade de decisão que o precedente vinculante oferece, a ordem ou a magistratura precisam estar devidamente preparadas para o uso do precedente vinculante para que ele funcione adequadamente.

A aplicação da súmula vinculante poderá ser afastada no caso concreto se o julgador vislumbrar a excepcionalidade ou a singularidade da espécie *sub judice*, destacando os pontos que afastam o caso posto do paradigma e, por conseguinte, desaconselham a aplicação deste último. Permite-se ao Juiz, com base na livre persuasão racional, certa discricionariedade para que realize prévio contraste axiológico entre o enunciado constante da súmula e as características e circunstâncias sob as quais se apresenta a espécie *sub judice*.

Essa é a conclusão tirada por Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 12) ao discorrer sobre a recente redação do parágrafo 1º, do artigo 518 do Código de Processo Civil, conferida pela Lei n. 11.276/06:

É bom lembrar que o trancamento da apelação, in casu, pressupõe inteira fidelidade da sentença à súmula do STJ ou do STF. É preciso que a decisão seja toda ela assentada na súmula, e não apenas em parte. De modo que se esta serviu tão-só de argumento utilizado pelo sentenciante para solucionar parte das questões deduzidas no processo, havendo outros dados influentes na motivação do julgado, não será o caso de considerar a sentença como irrecorrível. Fora do tema da súmula, restariam questões passíveis de discussão recursal, sem risco de contradizer a matéria sumulada.

A correta aplicação de dispositivos sumulados visa, preponderantemente, à garantia do princípio constitucional da isonomia. É preciso que o julgador, na formação de sua persuasão racional em face do caso concreto, se conscientize da absoluta importância do precedente judiciário como fator de realização do justo.

De outro lado, a formulação de uma súmula vinculante, justamente por seu efeito *erga omnes*, exige do Tribunal um cuidado extremo, seja no que concerne à própria deliberação quanto à sua emissão, seja quanto à sua redação, tudo para prevenir que ela, ao invés de concorrer para a melhoria da resposta judiciária, não venha a se constituir em mais um óbice.

Conclusão

É tarefa obrigatória de todos os profissionais do Direito no Brasil procederem ao estudo do sistema *common law* para fins de aplicarem corretamente os institutos dessa “família jurídica” que vêm sendo inseridos em nossa legislação, sob pena de afronta direta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, pilares do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas:

- COLE, Charles D. *Precedente judicial: a experiência americana*. Revista de Processo, São Paulo, v.23, n.92, p.71-86, out. 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução o Direito dos EUA*. 1ª ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.