



Fernando Rabello

APONTAMENTOS SOBRE AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA COMMON LAW E DO SISTEMA ROMANÍSTICO

71

NOTES ON THE SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN COMMON AND CIVIL LAW SYSTEMS

Douglas Camarinha Gonzales

RESUMO

Expõe as principais diferenças e semelhanças entre o direito da *common law* e o sistema romanístico, apontando alguns institutos de ambos os sistemas.

Entende ser elucidativa a comparação crítica para o próprio direito nacional, na medida em que confere a oportunidade do conhecimento de novos institutos jurídicos e de outros fundamentos de resolução de conflitos em prol da sociedade e do pragmatismo funcional do Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Comparado; teoria do direito; Direito romano; *common law*; súmula vinculante; Direito inglês; regime administrativo.

ABSTRACT

The author demonstrates the main differences and similarities between common and civil law, pointing out some institutes pertaining to both systems. He considers this critical comparison to be enlightening to Brazilian law, as it promotes the opportunity for gaining knowledge about new legal institutes and about further grounds for conflict resolution favoring society and legal functional pragmatism.

KEYWORDS

Comparative Law; legal theory; civil/Roman law; *common law*; binding precedent; English law; administrative system.

1 INTRODUÇÃO

Nesse ensaio jurídico, procuraremos de modo conciso expor as principais distinções e semelhanças do Direito sob o prisma da *common law* e do sistema romanístico, bem como pincelar alguns institutos de direito de ambos os sistemas; averiguar sua aplicabilidade, eficiência e fundamentos num e noutro sistema, para efeito de ilustrar a comparação crítica entre eles. O estudo busca ainda instigar a crítica do próprio operador do direito sobre sua consciência jurídica inerentemente erigida em um desses sistemas, bem como questionar sua aplicabilidade pragmática na busca de sua realização funcional, a distribuição da justiça na busca pelo bem comum.

Como se sabe, o direito é fenômeno histórico-político e normativo, é criação da experiência em sociedade, cujas linhas são delineadas pela filosofia do momento cultural, de forma que sua evolução é pautada pelas inovações culturais, políticas e filosóficas da sociedade. Assim, tem-se como imperativa para o estudioso do Direito a análise dos demais institutos e de outros sistemas jurídicos para melhor entender seu próprio direito, seu contexto e suas limitações; para assim aprimorá-los; bem como averiguar as conexões de aplicabilidade de um e de outro sistema, rumo à eventual integração regional ou mesmo a conexão de esforços entre as nações para a consecução de objetivos comuns.

Tal raciocínio é sintetizado numa metáfora utilizada de Jean Rivero, de tanto estudar apenas o direito nacional, o jurista acaba tornando-se preso do próprio direito, assim como as árvores lhe escondem a floresta. Graças à comparação, o jurista voltará a enxergar as linhas essenciais do sistema com colorido ainda não notado (RIVERO, 2004).

Visualiza-se, pois, que a evolução do Direito é fundada na crítica do seu aplicador, pois somente mediante o questionamento das instituições pela busca de sua melhor aplicabilidade ter-se-á a evolução real da ciência jurídica, permeada pela abordagem inteligente de seus operadores nas diferentes searas do saber humano, seja na análise normativa, sociológica, filosófica e política. E nesse quadro, o método do Direito Comparado é ferramenta de utilidade ímpar, pois aponta desdobramentos não imaginados pela corriqueira aplicação do Direito nacional.

A origem da common law finca-se na sua gênese histórica, advinda do intercâmbio cultural e comercial entre os normandos, os anglo-saxões e os bárbaros na região da Inglaterra [...].

O estudo em voga tem especial importância primeiramente em razão do aumento expressivo do intercâmbio internacional, impelido pela integração exponencial das demandas econômicas do mundo já globalizado, cujas conexões jurídicas fazem-se sentir em todos os campos do saber humano e de suas relações sociais. Destaca-se nesse contexto o papel de integração social dos tratados e convenções firmados no âmbito internacional.

Deveras, os anos que inauguram o novo milênio apontam para novas perspectivas mundiais sociais, econômicas e políticas dinamizadas, sobretudo pela nova dimensão geopolítica e

econômica. Esse fenômeno propulsiona a integração regional e comunitária entre as nações, vivida entre nós pela instituição ainda incipiente do Mercosul, da Alca, e da Comunidade Europeia, entre outras, e conseqüentemente o estudo comparativo de seus direitos.

Tais circunstâncias endossam a interação do estudo e a interpretação do Direito Comparado na sua particularidade do Direito Administrativo, cujo viés é justamente o desenvolvimento das administrações internacionais e, *ipso facto*, de um Direito Administrativo internacional, seja para regê-las (regime jurídico dos funcionários internacionais), seja para reger as relações que mantêm com os seus administrados.

Passamos, pois, a examinar a interpretação dessa especial seara do direito, partindo da premissa interpretativa de que, a rigor, a interpretação só ganha legitimidade real quando colocada em relação com problemas jurídicos concretos, atrelada à filosofia de Yhering de que o Direito é a sua realização prática. Segue daí que somente na aplicação aos fatos da vida e na concretização revelar-se-á por completo o conteúdo significativo de uma norma e sua função social de reger situações concretas. Por essa razão, procuraremos expor a interação dos institutos jurídicos estrangeiros em comparação com o nosso direito, sem perder de vista a ótica peculiar do seu regime tal como aplicado pelo respectivo país.

2 A ORIGEM DA COMMON LAW E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A origem da *common law* finca-se na sua gênese histórica, advinda do intercâmbio cultural e comercial entre os normandos, os anglo-saxões e os bárbaros na região da Inglaterra, a partir da retirada dos romanos da ilha britânica por força da invasão bárbara no Império Romano, por volta de 1066.

Relevante notar que a doutrina aponta que o Direito romano pouco influenciou o Direito inglês, pois a retirada romana foi substituída pela difusão dos costumes bárbaros e a organização social, política e econômica peculiar que se instaurou na Inglaterra nos anos seguintes. Essa interação é marcante e particularmente autônoma em comparação ao Direito Europeu Continental, pois o jurista inglês orgulha-se (DAVID, 2002, p. 356-357) de valorizar o caráter tradicional de seu direito, que surge como produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução – pois ausente o marco da codificação na *common law* – orgulha-se desta circunstância e da capacidade de adaptação do seu direito.

Sua peculiaridade advém de sua formação calcada na aplicação prática de suas contenções, cuja fonte primordial é o costume local. Sua aplicação deve-se, sobretudo, por força das decisões dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente conhecidos como Tribunais de Westminster, pelo júri popular, bem como pela Assembleia dos homens livres, chamada *County Court*.

A influência histórica marcou profundamente o Direito inglês, e ainda hoje influencia sua aplicação, consoante enfatiza René David em quatro aspectos: a) marcante ênfase do direito processual, cuja origem advém das formas de petições dirigidas aos Tribunais Reais, que conheciam somente determinadas matérias e daí a divisão dos *writs* em tais e quais pedidos, de forma que os juristas apontam a prevalência da importância do processo sobre o direito material, na expressão *remedies precede*

rights, pois os Tribunais de Justiça Reais só conheciam a competência de determinadas ações judiciais; b) consequência inerente ao fenômeno retro fora a elaboração de numerosas categorias que serviram de base para diferentes conceitos do direito inglês; c) a rejeição entre o direito público e privado; d) a rejeição das categorias e conceitos do Direito romano (DAVID, 2002, p. 364-365).

Deveras, a influência da realeza influenciou e até restringiu o conhecimento e evolução de muitas matérias do Direito inglês, de forma que René David é contundente na crítica da *common law* do século XV, ao observar sua funcionalidade e não considerá-la como um sistema que visa primária e diretamente realizar justiça, mas sim admitir a contenciosidade entre as partes, como um duelo; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios. Parafraseia, ainda, Sir Henry Maine segundo o qual o Direito inglês aparece como tendo sido segregado nos interstícios do processo.

Nota-se, pois, que a historicidade, o processualismo/formalismo e o pragmatismo são as características marcantes na *common law*, tanto porque o estudo universitário já é focado na prática e no estudo de precedentes das Cortes de Justiça.

Ínsito a historicidade do Direito inglês, é relevante considerar a influência real na sua concepção, quer em razão da metodologia formalista dos Tribunais Reais, quer em razão da possibilidade de último recurso ao próprio rei, donde surgiu e cresceu o papel da *equity*. Essa surgiu da construção jurisprudencial do Chanceler, que apreciava a jurisdição do Rei, de sorte que temperou os julgamentos formais dos Tribunais de Westminster, com juízos de equidade e justiça material às partes. A plena interação entre as duas Cortes só adveio com a Reforma Judiciária efetivada em 1873-1875 pelos *Judicatures Actes*, onde se deliberou que todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência de aplicar as regras da *common law* e da *equity* (e não a fusão entre essas); a reforma ainda procurou estabelecer regras uniformes ao Direito inglês, bem como abriu às portas ao Direito Comercial, pela *Lex Mercatoria*, já consolidada poucos anos antes com a prática da *common law*.

A principal distinção do Direito da família da *common law* perante a família do Direito romano-germânico reside, em termos pragmáticos em três níveis: a) na estrutura de concepção do direito; b) nas suas fontes; c) nos seus conceitos paradigmáticos.

Nota-se daí a tamanha disparidade entre as duas famílias do direito, cuja complexidade remonta à sua origem. Tamanha distinção implica um direito expressivamente diferenciado e estranho aos juristas romano-germânicos, cuja comunicação é desafiante, inclusive aos próprios dicionários jurídicos. Partimos, pois, para sua análise quanto aos conceitos paradigmáticos.

A principal distinção do Direito da família da common law perante a família do Direito romano-germânico reside, em termos pragmáticos em três níveis: a) na estrutura de concepção do direito; b) nas suas fontes; c) nos seus conceitos paradigmáticos.

Os conceitos paradigmáticos do direito são tidos como conceitos chaves do direito, próprios de sua principiologia, ora derivados do direito, ora derivados da evolução doutrinária, como a autonomia da vontade, o dolo, a culpa, o poder paternal, o usufruto, a força maior, a taxatividade dos direitos reais, entre outros. Já o Direito inglês, por sua vez, não trabalha com esses conceitos; pelo contrário, trabalha com conceitos novos, como *trust*, *bailment*, *stoppel*, *consideration*, *trespass* – absolutamente distintas do nosso direito, em razão da origem e evolução distinta dos direitos da família da *common law* e o romano-germânico. Contudo, tangencia o presente ensaio expor os conceitos peculiares do Direito inglês, mas sim expor suas características essenciais.

Por sua vez, a estrutura do *common law* remonta a sua própria origem de direito baseado no costume e na dicção das decisões da Corte de Justiça, baseado no precedente judiciário. Doutrina assim CreteLLa Junior que, antes de decidir, o magistrado inglês procura a solução jurídica das espécies que lhe são submetidas, concentrando-se no estudo e na combinação dos precedentes judiciários, sem que a lei lhe permita discutir a legitimidade ou fundamento real de tais precedentes, de indagar mesmo se se trata ou não de expressão de

costumes imemoriais (CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 29).

Nesse passo, resta expressiva distinção na concepção da regra de direito e da *legal rule*, sua distinção remonta às fontes de direito de um sistema e de outro, bem como da estrutura de concepção e repercussão da norma jurídica pelo sistema romanístico de um lado e da *common law* de outro. Esse último tem suas bases fincadas essencialmente na jurisprudência; suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais ingleses e os chamados “*leading cases*”, de forma que a *legal rule* inglesa, ensina René David, coloca-se ao

nível do caso concreto em razão do qual e para cuja resolução ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinário; os ingleses são bastante avessos a uma tal transformação e apenas adotam, verdadeiramente, em particular, as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a interpretação que elas exijam, quando forem efetivamente interpretadas pela jurisprudência.

Arremata, assim, o jurista francês a respeito da estrutura de concepção da *legal rule* na *common law*, em que: *as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema inglês das disposições que o legislador editou.*

Muito diferente é, como se sabe, a situação nos direitos do continente europeu: direitos que não se tecem a partir de decisões de jurisprudência, mas cujos princípios foram elaborados pela doutrina, nas universidades, sistematizando e modernizando os dados do direito Justiniano. A regra do direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada. A regra do direito continental,

mais ligada à teleologia moral do que ao processo, é uma regra, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. As duas regras, visando pela sua origem uma finalidade diferente, não podem ter o mesmo nível de generalidade; a regra de direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa. A tradução de *legal rule* por regra de direito corresponde, nestas condições, a uma aproximação bastante grosseira; deforma nos nossos espíritos a verdadeira concepção da *legal rule* inglesa. (DAVID, 2002)

De outra banda, o direito da família romano-germânica adota sistemas de normas, organizadas metódica e coerentemente com o objetivo de resolver o prévio regramento de toda e qualquer espécie de questões de relevância jurídica – eis o intuito originário do Código Napoleônico. Caracteriza-se, assim, como um “sistema fechado”, pois todas as querelas jurídicas podem, ao menos em tese, ser resolvidas pela interpretação da normativa vigente. Já o Direito inglês é, pelo contrário, um “sistema aberto”, pois suas engrenagens requerem a comparação às *legal rules* já estabelecidas ao novo comportamento em estudo para firmar essa nova *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada à espécie. O método é sempre o mesmo e busca solucionar todos os litígios, contudo a regra não é pré-estabelecida como no Direito da família romano-germânica, daí sua qualificação de “sistema aberto”. Certamente que as regras das *legal rules* anteriores são levadas em consideração, contudo, baseia-se na busca do contexto apresentado, considerando suas peculiaridades. A função do juiz no Direito inglês é de administrar a justiça. Não é sua função formular, em termos gerais, regras que ultrapassem o litígio sob julgamento.

Nítida, portanto, a generalidade na concepção normativa do Direito da família romano-germânica. Pois a abstração da regra norma busca reger a maior variedade de comportamentos correlatos. Já no Direito inglês, a regra é apenas uma diretiva ao julgador, de sorte que as casuísticas dos litígios, em sintonia com os precedentes judiciais, darão a resposta particular e definitiva à querela jurídica.

A função da jurisprudência não se limita, no common law, a aplicar o direito, mas destacar as regras do direito; sua importância no Direito inglês é equivalente ao da lei no Direito de família romano-germânica, uma vez que constitui norma jurídica primária.

Para o Direito inglês a regra contida no bojo da lei não é suficiente para gerar a *legal rule*, pois só a partir das reiteradas decisões normativas ter-se-á a *legal rule*, pois essa é imbuída de conceitos fáticos – deveras, as regras do direito inglês são indissociáveis dos elementos da espécie, os únicos que permitem compreender o seu real alcance, tanto porque a *legal rule* não é tida como um preceito genérico de fórmula legal. Daí vale o exemplo, segundo o qual eventual norma que veda o subsídio aos produtos de mercado para exportação, não é tida para o jurista inglês como verdadeira regra de direito, mas uma dire-

tiva ainda vaga. Só se terá a *legal rule* após o pronunciamento das Cortes à luz dos casos concretos, eis que advinda dos fatos pormenorizados ao direito.

Assim, propícia é a crítica dos ingleses quanto ao direito continental escrito, nas palavras de James Hart (APUD ADAMS, 1964, p. 15-16): [...] *When constitutional or other judge-made law is hardened into a statutory rule, it may acquire a rigidity which makes it impossible for agencies and the courts to take care of what would otherwise be obvious exceptions. Of course the Act itself often takes care of needed flexibility, as best it can, by anticipation. But when a statute is being drafted, it is never possible to anticipate all the situations that may arise.*

Segue tradução livre de nossa parte quanto ao trecho supra: *Quando o direito constitucional ou qualquer outro direito é fixado em uma norma legislativa, pode adquirir uma rigidez que prive a Administração e os Tribunais de reconhecerem eventuais exceções a tais preceitos legislativos. Deveras, a própria lei poderá estabelecer tais e quais exceções ao seu preceito legal, por antecipação. Contudo, por antecipação nunca é possível antever todas as hipóteses que a norma poderá ser aplicada e mesmo excepcionada.*

A crítica advinda da *common law* ao Direito de família romano-germânico é compreendida na medida em que o primeiro não trabalha primariamente com o preceito legal generalizado, mas sim com a *legal rule*, construída essencialmente pelos fatos, então julgados pelas Cortes Inglesas, sobretudo os tribunais superiores, vez que aqui o comando legal é aplicado à luz das decisões judiciais, de forma que a análise de flexibilidade da lei é muito maior, pois circunscrita por embasamentos fáticos, permeados pela razão da decisão. Enfim, a crítica supra será melhor compreendida após a análise das fontes do *common law*.

Tamanha a inerência fática do que se entende por *legal rule*, que o Direito inglês tem sofrido expressivo desafio para a modernidade dos comandos legislativos, próprios de nossos códigos, sobretudo para firmar na sociedade inglesa regras supletivas, pois esta última trabalha com a ideia de casos-tipo, mas com precedentes jurisprudenciais.

Como se vê, a fonte primordial do direito inglês é a jurisprudência ou *case law*. A função da jurisprudência não se limita, no *common law*, a aplicar o direito, mas destacar as regras do direito; sua importância no Direito inglês é equivalente ao da lei no Direito de família romano-germânica, uma vez que constitui norma jurídica primária. É o alicerce do sistema jurídico da *common law*, pois a estrutura do sistema judiciário inglês firma a hierarquia de suas decisões, ditadas apenas pelos tribunais superiores, na seguinte ordem: a) as decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, orientação a ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria; b) os arestos da *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; c) já as decisões da *High Court of Appeal* não são rigorosamente obrigatórias, mas têm grande valor de repercussão para o restante da magistratura inglesa.

A própria referência ao direito na *common law* destaca a preponderância da jurisprudência nesse sistema jurídico, uma

vez que se utiliza a referência ao julgado e não à lei propriamente dita, como ilustra o célebre caso *Marbury v. Madison* – geralmente cita-se primeiramente o autor em seguida do réu; já no caso de apelações, cita-se primeiramente o apelante e depois o apelado.

Ainda quanto às fontes, imperativo observar que a lei desempenha sob a ótica clássica, papel secundário no regimento da *common law*, tanto porque não há Constituição escrita na Inglaterra. Assim, tradicionalmente a lei servia uma série de *errata* e de *adenda* no corpo principal do Direito inglês, de forma que apenas retifica e acrescenta adjunções aos princípios.

Contudo, as demandas atuais do final do século XX e XXI aspiram maior intervenção estatal em alguns pontos da economia e da própria sociedade, o que realçou maior importância à lei para ditar comandos normativos à sociedade inglesa. A lei sintetiza a política legislativa estatal de forma mais producente e eficaz que assume importância fundamental nos dias de hoje, situação que traz maior relevo à lei como fonte de direito na *common law*, em patamar próximo da jurisprudência.

Contudo, o apego à tradição e ao modelo jurisprudencial que dita a *legal rule* dificulta a rápida resposta do Estado aos anseios dos tempos modernos em comparação à remodelagem legal dos códigos frente ao sistema romano-germânico.

O costume, por sua vez, ao contrário do que se imagina, desempenha papel secundário atualmente na *common law*, sequer comparável às duas fontes jurídicas supra apontadas. René David é categórico ao pontuar que o Direito inglês não é um direito consuetudinário. A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume (DAVID, 2002, p. 437-439).

Deveras, a doutrina e a razão vêm desempenhando papel cada vez mais relevante na *common law*, verdadeiras diretrizes na formulação casuística da *legal rule*. De fato, na medida em que

regras mais precisas não foram estabelecidas, de modo a dar mais certeza às relações sociais, a razão continua a ser a fonte inesgotável, à qual os tribunais recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema do Direito inglês como para guiar a evolução deste sistema (DAVID, 2002, p. 439). Destaca-se a razão, e, nesse particular, abrange a doutrina e a simbiose da magistratura com a advocacia, pois a *legal rule* é trabalhada sob o aspecto casuístico que requer o uso da técnica das distinções, ora para atrelar o julgamento a precedente, ora para estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, de sorte que a razão é diretriz e válvula interpretativa do sistema da *common law*, francamente reconhecida como fonte subsidiária do direito.

Na Inglaterra, a jurisdição ordinária é única, qualquer que seja a natureza do litígio, ao passo que no Direito francês e brasileiro temos a dualidade de jurisdição, administrativa e judicial.

Justamente pela aplicação casuística da *common law* e da própria razão, denomina-se esse sistema jurídico de aberto, e o sistema romano-germânico, de fechado, pois aqui as regras de comportamento são preestabelecidas na generalização das normas positivadas pelos Códigos e a razão interage justamente na interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, ao passo que as lacunas são exceções.

3 PECULIARIDADES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA COMMON LAW

A criação e aplicação do Direito Administrativo na *common law* é intensamente moldado pelas origens, concepção e características desse sistema jurídico peculiar nascido na Inglaterra a partir da retirada dos romanos da ilha britânica por volta de 1066. Por força da tradição britânica, o Direito Administrativo inglês amparou-se sobre as estrutura e a potestade da Coroa, mas seguiu a tradição das fontes e da aplicação própria da *common law* dos demais ramos do Direito, tanto que muito se discutiu na doutrina se há de fato um Direito Administrativo inglês.

José Cretella Júnior responde a pergunta já sob a advertência de que o maior equívoco dos antigos juristas ingleses era partir do entendimento que os franceses tinham e têm da disciplina

(CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 22-24). O estudo do Direito Comparado tem como premissa levar em consideração as peculiaridades de cada sistema, sua historicidade e ideologia. Enfim, a concepção de Direito Administrativo não é tida como universal e diverge de país para país.

Assim, diante da concepção estritamente francesa do Direito Administrativo, à qual o nosso direito é largamente concebido, não se verá existência em paridade com o Direito inglês. Contudo, a resposta é afirmativa, se o doutrinador, de modo objetivo, observar que a Administração inglesa está sujeita a princípios e normas que não se confundem, cem por cento, com as que informam o Direito comum, mas, ao contrário são normas de Direito Público (CRETELLA JUNIOR,

1992, p. 23-25).

Charles Debbasch conclui que, na concepção anglo-saxônica, a Administração é submetida, como os particulares, ao sistema do *common law*. Só o legislador e o juiz exercem, a título originário, as prerrogativas de potestade pública. A administração deve cumprir sua missão com as mesmas armas jurídicas que os particulares. A sujeição da Administração a regras aplicáveis às pessoas privadas é mais conforme ao liberalismo, oferecendo garantias de que a Administração não disporá de privilégios exorbitantes. Oferece também a vantagem de grande simplicidade: todos os sujeitos de direito são submetidos aos mesmos tribunais.

Deveras, há expressivas distinções entre o Direito Administrativo anglo-saxão e o francês, paradigma da família romano-germânica. Primeiramente, o direito da *common law* trabalha sob a parêmia *una lex, una jurisdictio*, ou seja, vige a unidade da jurisdição. Na Inglaterra, a jurisdição ordinária é única, qualquer que seja a natureza do litígio, ao passo que no Direito francês e brasileiro temos a dualidade de jurisdição, administrativa e judicial.

O regime administrativo próprio que conhecemos, baseado no caráter derogatório e exorbitante do Direito comum, informado por princípios publicísticos

não impera na *common law*, pois, no âmbito executivo, essa é na maior parte dos casos equiparada ao regime comum, quanto aos processos, contratos e nos próprios atos.

Não vige a autoexecutoriedade nos atos administrativos, pois no Direito anglo-saxão, o Estado está submetido ao juiz nas mesmas condições que os cidadãos, e, como estes, deve, para concretizar seus direitos, dirigir-se primeiramente aos tribunais, pontua Laubadère (APUD CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 40). Contudo, certamente os parâmetros de ação do Executivo são outros, e tem se assistido nos últimos anos, – crescente derrogação do Direito comum em prol da Administração no âmbito da *common law*.

Já a responsabilidade administrativa na *common law* fora conduzida por longos séculos pela teoria *The King can do no wrong* (o Rei não comete erros), que consagrava a irresponsabilidade do Estado, extensível ainda a agente públicos superiores. Essa situação só se reverteu com o Crown Proceedings Act, de 1947, quando se aboliu essa vetusta teoria feudal, ao proclamar a submissão da Coroa a mesma responsabilidade nos mesmos moldes de um particular por atos de seus prepostos.

Por sua vez, o regime do funcionário público no Direito anglo-saxão é o mesmo que dos empregos privados. Segundo observa John Clark Adams, o funcionário do governo americano não goza sequer da proteção outorgada pelos sindicatos aos trabalhadores.

Enfim, as relações da Administração Pública com os particulares na *common law* são travadas no âmbito horizontal, isto é, no mesmo plano que os particulares, mas com particularidades peculiares ao próprio sistema.

4 AS SÚMULAS VINCULANTES E APROXIMAÇÃO À COMMON LAW

Entende-se por súmula a cristalização positiva de um posicionamento consolidado na jurisprudência, de forma a ditar em categoria normativa o posicionamento dos tribunais sobre o assunto. Estabelece-se, assim, uma orientação jurídica de caráter precedente.

A estrutura de aplicação da common law para definição da legal rule é a mesma para a aplicação da súmula vinculante; o jurista deve justamente averiguar as mesmas circunstâncias fáticas relevantes do caso ora sub judice e a própria súmula relevante.

Kelsen observa que uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de norma geral (KELSEN, 1987, p. 267-269).

Essa competência legislativa extraordinária foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal por força da EC n. 45, nos seguintes termos: *Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de*

dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei n. 11.417/2006 regulamentou o dispositivo supra e reitera em grande medida os mesmos preceitos.

Verifica-se, pois, uma simbiose aos institutos próprios da *common law*, em prol da otimização do direito nacional e, assim, restringir recursos de massa ao Supremo Tribunal Federal. Sua plasticidade de revogação ou aprimoramento traz válvula de equilíbrio ao desenvolvimento do direito, em sintonia com a sociedade.

Nos dizeres do Ministro Sepúlveda Pertence, em pronunciamento perante a Câmara dos Deputados (MENDES, et al, 2007, p. 917): *É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem.*

O precedente vinculante nos EUA e as súmulas vinculantes brasileiras foram tratados recentemente em palestra no Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferida pelo Professor norte-americano Charles Cole da Samford University. Pontuou de início que, nos EUA, 95% dos casos jurisprudenciais federais são resolvidos pela súmula vinculante (*Binding Precedent*), sem a necessidade de *trial* (novo julgamento). Asseverou expressiva semelhança entre esse novo instituto jurídico brasileiro e o norte-americano, pois criado diante de reiteradas decisões jurídicas sobre os mesmos fatos, apenas pelas Cortes e revisado pelos próprios tribunais criadores. Salientou que, nos EUA, as súmulas vinculantes também são criadas pela Corte de Justiça Estadual, mas restrita ao direito estadual. Contudo, sua criação diferentemente da nossa é automática e baseada no julgamento por maioria simples. Já no Brasil, exige-se aprovação expressa e facultativa da súmula vinculante, cuja aprovação requer dois terços dos ministros do STF, e cuja matéria tenha vínculo com o direito constitucional. Já a sua aplicação em ambos os países é efetivada por todos os juízes.

A estrutura de aplicação da *common law* para definição

da *legal rule* é a mesma para a aplicação da súmula vinculante; o jurista deve justamente averiguar as mesmas circunstâncias fáticas relevantes do caso ora *sub judice* e a própria súmula relevante. Em suma, os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formulação, certamente baseado nos fatos base do julgamento em questão. Assim, devem-se averiguar as situações fáticas de um e de outro para sedimentar segurança na sua aplicação.

Tanto na *common law* como no Direito brasileiro, a súmula vinculante é instrumento que aprimora a segurança jurídica do sistema. Sua eficácia é imediata e definitiva para toda a Justiça e Administração Pública, sua imposição pode ser efetivada pelo *writ* da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÕES

O estudo do Direito Comparado é elucidativo para o próprio direito nacional, porque abre os olhos e a mente do jurista, ao analisar em termos macro o seu próprio sistema em comparação aos demais direitos. O estudo comparativo confere a oportunidade do conhecimento de novos institutos jurídicos e de outros fundamentos de resolução de conflitos em prol da própria sociedade e do pragmatismo funcional do direito.

A *common law* é um sistema jurídico criado inicialmente nos costumes vigentes na Inglaterra, e nos julgados dos Tribunais da Corte. Atualmente a *common law* é essencialmente a síntese dos julgados dos tribunais, baseados tanto na *equity* como na própria *legal rule* que só é reconhecida como tal, diante da aplicação concreta e casuística de premissas fáticas para reger determinada situação objeto de julgamento.

Cuida-se de um direito essencialmente histórico, processual, formal e jurisprudencial, immanentemente ligado aos fatos. Diferentemente dos direitos da família romano germânica, não sofreu influência do Direito romano, tampouco do fenômeno da codificação. Diante da sua aplicação aos fatos em concreto, sua concepção de sistema é tida como aberta e prospectiva, pois ao juiz incumbe resolver a lide, frente aos fatos concretos do caso e

da jurisprudência que reina sobre o assunto – essência da *legal rule*. O Direito Administrativo inglês tem sido até pouco tempo, sumariamente negado por autores de peso, especialmente por Dicey. Trabalha-se com a unidade de jurisdição sob a parêmia *una lex, una jurisdictionis*, próprio da *common law*. Não vige a autoexecutoriedade nos atos administrativos, bem como não se conhece autêntica derrogação do Direito comum, pois vige nesse sistema a regra da horizontalidade entre Administração Pública e particular.

Contudo, ultimamente, em sintonia com as modernas intervenções do Estado na economia, tem-se assistido a algumas derrogações da órbita comum do direito, em prol da Administração Pública. A súmula vinculante ora incorporada ao nosso Direito, por força da EC 45, é instituto próprio e básico da *common law*, pois trabalha com raciocínio e estrutura de julgamento desse sistema de direito. Representa eficiente comando de respeito e hierarquia para a solução de polêmicas jurisprudenciais, instrumento que serve à eficiência jurídica e à otimização dos julgados.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, John Clarke. *El derecho administrativo norteamericano: nociones institucionales de derecho administrativo comparado*. Tradução Dionísio Petriella. Buenos Aires: Eudeba, 1964.
- ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: (Revista de Direito privado), 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Edunb, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CRETTELLA Júnior, José. *Direito administrativo comparado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade: discricionariedade: seus limites e controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 21, n. 86, p. 42-59, abr./jun. 1988.
- _____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de J. Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Artigo recebido em 18/12/2008.

Douglas Camarinha Gonzales é juiz federal substituto da 7ª Vara Federal Cível de São Paulo.