

O direito concorrencial na aproximação entre o *Civil Law* e o *Common Law*



Renato Lopes Becho

Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Cooperativismo pela UNISINOS/RS. Mestre, doutor e professor de Direito Tributário na PUC/SP. Livre-docente em Direito Tributário pela USP. Pesquisador visitante (pós-doutorado) no King's College, Londres. Juiz Federal em São Paulo/SP.

SUMÁRIO: Introdução. I – Considerações do direito da concorrência quanto à atuação judicial. II – O Poder Judiciário como fonte do direito. III – Principais características do *Civil Law* e do *Common Law*. IV – A formulação da decisão judicial no *Common Law*. IV.1 – Independência do Judiciário. V – Desafios para os juízes brasileiros e ingleses: exemplo no direito concorrencial. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O princípio da livre concorrência, estudado e desenvolvido pela disciplina acadêmica *direito concorrencial*, possui nítido matiz multidisciplinar, ao qual os juízes não estão, normalmente, muito atentos, dadas as características tipicamente positivistas de nossa formação. Todavia, as fontes do direito estão passando por transformação, principalmente pela valorização dos precedentes jurisprudenciais. O respeito ao que já foi decidido é a principal característica do direito inglês moderno, o *Common Law*, cujo estudo passou a ser uma exigência do

novo Código de Processo Civil, que determina aos tribunais manter sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (art. 926).

Neste estudo, desenvolvido no âmbito do direito comparado,¹ procuramos identificar como está evoluindo a percepção do Poder Judiciário como fonte positiva do direito, notadamente pelo respeito às decisões tomadas em casos anteriores.

¹ Este artigo foi produzido no contexto de pesquisa desenvolvida no King's College, em Londres, mediante o apoio do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social – CEDES e do egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região – TRF/3ªR, a quem agradecemos pela oportunidade ímpar que nos foi propiciada.

Passando por assuntos como a formação da decisão judicial e a independência dos juízes, apresentamos o desafio posto não somente diante dos magistrados brasileiros de usarem uma ferramenta de outro sistema, mas também para os juízes ingleses. Enquanto teremos elementos do *Common Law*, eles precisam aplicar decisões tomadas no ambiente da *Civil Law*, pela participação de seu país na União Europeia.² O direito concorrencial oferece ambientação propícia para demonstrarmos como receber o influxo de outros ordenamentos, mudando nossa forma de operacionalização (no caso, mediante posturas procedimentais diferentes), que poderão trazer novas inspirações para a solução de casos concretos.

I – Considerações do direito da concorrência quanto à atuação judicial

Nos termos da Constituição Federal, a ordem econômica deve observar, dentre outros aspectos, a livre concorrência (art. 170, IV). A Lei nº 12.529, de 30.11.2011, busca oferecer os meios para que a determinação constitucional seja cumprida, ao estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Esse verdadeiro princípio é tão importante que fez surgir uma nova área jurídica, dedicada aos complexos instrumentos, sensíveis mecanismos e institutos envolvidos.

Nesse contexto, destacamos que Gesner Oliveira e João Grandino Rodas definem o “direito da concorrência como o conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir

e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade”.³ Ele está presente em mais de 120 ordenamentos jurídicos em todo o mundo, conforme apontado por Richard Whish e David Bailey.⁴

Conforme se depreende facilmente, quer do comando constitucional, quer da definição acadêmica, o direito da concorrência recebe, ao mesmo tempo, ao menos o influxo do direito e da economia, demonstrando sua propensão nata para a multidisciplinariedade. Igualmente, sua natureza é de direito local, mas influenciado pelas conexões econômicas internacionais, evidenciadas pela profunda globalização, que é um dos marcos de nosso tempo.

Contudo, não só do direito e da economia essa disciplina recebe forte influência. Pela dimensão de seu objeto, ela reflete decisões políticas diretamente relacionadas. À guisa de exemplo do que estamos brevemente noticiando, apontamos que, na atualidade, duas escolas jurídicas dedicam-se ao estudo da concorrência que pode estar relacionado diretamente com a política, conhecidas como *escola de Harvard* e *escola de Chicago*.⁵

A primeira delas considera que “políticas públicas (dentre as quais a defesa da concorrência) podem afetar positivamente a alocação de recursos, desde que atuem, apropriadamente, sobre as estruturas de mercado”. Para a segunda, “a regulação governamental não tem por objetivo principal corrigir falhas de mercado e assegurar a alocação ótima de recursos, mas principalmente promover interesses particulares e maximizar

2 Registramos que este artigo foi escrito nos primeiros meses de 2016. Em 23 de junho do mesmo ano, foi realizado um plebiscito, conhecido como BREXIT, em que a maioria dos votantes optou pela saída do Reino Unido da União Europeia. De qualquer modo, mantemos as referências à duplicidade de sistemas (*Common Law* e *Civil Law*) a que estão sujeitos os juízes britânicos, pois, além do efetivo desligamento da União Europeia ainda não ter se concretizado (e não se saber quando ocorrerá), os britânicos continuam submetidos à jurisdição do Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo, conforme será mencionado no corpo deste trabalho. Referida Corte não faz parte da União Europeia e suas decisões seguem o modelo do *Civil Law*.

3 OLIVEIRA Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

4 BAILEY, David; WHISH, Richard. *Competition law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1.

5 OLIVEIRA Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 286-288.

zar apoio político”.⁶ A escola de Harvard, nessa dimensão, veria as políticas públicas e seu impacto na concorrência empresarial com melhores olhos do que a escola de Chicago.

Ainda demonstrando que nosso objeto de estudo pode ir muito além do direito e da economia, destacamos que a multidisciplinariedade acadêmica é uma questão importante e implica na tomada de posição, consciente ou não, de seus efeitos filosóficos e ideológicos. A título de ilustração, quer o estudioso tenha consciência, quer não tenha, se seu pensamento jurídico é baseado apenas na legislação, sem a análise de juízos de valor sobre ela, ele será, do ponto de vista filosófico, um *positivista*. Ideologicamente, referido estudioso aceitará, por princípio, a autoridade,⁷ e tende a ser mais conservador. Por outro lado, os acadêmicos do direito que buscam outras fontes para suas investigações tendem a serem mais liberais e *pós-positivistas*.

Ampliamos em demasia, propositalmente, essa parte introdutória, para demonstrar que o direito da concorrência está envolvido, em dimensões amplas, com diversas matérias, que são distintas na Academia, sendo que cada uma delas permite aprofundamento teórico.

O aspecto principal que gostaríamos de destacar é o efeito das escolhas políticas e jurídicas na ordem econômica, como aduzido por Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, *in verbis*:

O ponto fundamental em todos esses estudos de caráter multidisciplinar é que a escolha da estrutura institucional – em particular, das instituições do direito – exerce profundas implicações sobre os ganhos de eficiência e sobre o crescimento econômico. Instituições definem a natureza dos agentes econômicos bem como sua estrutura de interação. Por-

tanto, diferentes configurações institucionais produzem diferentes resultados de equilíbrio do mercado.⁸

De nossa parte, notadamente por força de nossa atuação profissional, passaremos a abordar as possibilidades disponíveis para a atuação judicial quanto ao referido objeto de estudo, com ênfase no terreno processual. Nele, gostaríamos de abordar as decisões e alguns aspectos procedimentais. Afinal, o componente jurídico do direito da concorrência estará sujeito a ser aplicado pelos membros do Poder Judiciário, que poderão, de seu turno, demonstrar maior ou menor abertura cognitiva para os aspectos não necessariamente de legalidade, com resultados impactantes na política pública e na economia nacional.

Em outras palavras, a questão que se coloca, nesse momento, é se os juízes brasileiros estão abertos para uma análise multidisciplinar. Do ponto de vista filosófico, temos uma aproximação com o que foi dito quanto ao acadêmico. Mas a multidisciplinariedade pode não ser apenas valorativa. Ela pode envolver aspectos históricos, sociológicos, psicológicos etc. Na perspectiva do direito concorrencial, a importância maior será para a utilização de elementos econômicos no julgamento de processos.

Registramos que, conforme procuramos apresentar em palestra que não é recente, os juízes brasileiros, ao menos no julgamento de processos de natureza tributária, não costumam ser levados a se preocupar com as consequências econômicas (no terreno do impacto na concorrência entre os agentes econômicos) de seus julgados, posto estarem adstritos ao que consta nos autos e na legislação de regência. Naquela oportunidade, esclarecemos:

6 *Ibidem*, p. 286 e 287, respectivamente.

7 HEGEL, G.W.G. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 188.

8 OLIVEIRA Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 288.

Os juízes, quando tomam posse em seus cargos, juram respeitar e proteger a Constituição e as leis do País. Esses são os parâmetros de sua atuação. Quando um juiz vai decidir, analisa os dados que estão no processo, as normas que estão na Constituição Federal e as leis em geral. E quem determina que o juiz vai analisar o que está no processo e na legislação é a própria lei, é o Código de Processo Civil.⁹

Entretanto, essa assertiva pode não valer em todos os sistemas jurídicos e, principalmente, pode estar evoluindo para outro modelo também no Brasil, como procuraremos explorar abaixo.

Antes, contudo, destacamos que, para a escola de Chicago, mencionada acima, os juízes devem estar atentos à economia, inclusive na fundamentação de suas decisões, a fim de, até mesmo, *garantir maior respeitabilidade* e buscar a eficiência econômica.¹⁰ Essa linha é a defendida por Richard A. Posner, que, na leitura de Gerner Oliveira e João Grandino Rodas, considera que “as normas e instituições da *Common Law* propiciam a maximização da riqueza, sendo que a eficiência detém o *status* de maior valor social, chegando a emular com o sentido de justiça”.¹¹

Richard Posner, juiz norte-americano, realiza interessantíssima análise, comparando as vantagens e custos da regulação de mercado, estudada pela teoria econômica, inclusive quanto ao *interesse social em eficiência*.¹² Ela pode vir por meio de três atuações: do legislador, de agências reguladoras

e do Poder Judiciário. A comparação entre tais órgãos, inicialmente (ou em um sentido *positivista*), somente parece ter sentido nos países do *Common Law*, pois nos países de *Civil Law* essa busca parece caber, com primazia, ao Poder Legislativo. Contudo, considerando que o legislador não consegue prever e regular todas as situações, para Posner abre-se uma escolha sistêmica entre agência reguladora e Poder Judiciário, com a vantagem, apontada por ele, para os tribunais, por encontrarem-se mais isolados do controle político e de grupos de pressão do que as agências reguladoras.¹³

Gerner Oliveira e João Grandino Rodas lembram que o sistema da unicidade de jurisdição, onde os sistemas administrativos de solução de conflitos, assim como toda a administração pública, estão sujeitos ao Poder Judiciário, surgiu na Inglaterra e “espraiou-se mormente nos países de *Common Law*”,¹⁴ gerando efeitos no direito concorrencial. De outra parte, Teori Zavascki, como será sumariado abaixo, refere-se ao fortalecimento constante do precedente judicial entre nós. Tais assertivas indicam ser interessante pesquisar a atuação dos juízes ingleses. E, para aumentar a atualidade de pesquisa nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 estipula o respeito à jurisprudência e aos precedentes judiciais, que são ferramentas do *Common Law*.

Por todos esses motivos, quer acadêmicos, quer legais e jurisprudenciais, voltamos nossa atenção para o sistema jurídico inglês. Tendo essas referências como pano de fundo, vamos comparar as características do sistema brasileiro e do sistema inglês, não sem antes, contudo, abordarmos o tema do Poder Judiciário como fonte do direito.

9 BECHO, Renato Lopes. Tributação/Desequilíbrio Concorrencial. *Anais do Seminário jurídico sobre o mercado de distribuição de combustíveis*. Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE e Instituto Brasileiro de Petróleo – IBP, 30 de junho e 01 de julho de 2000, p. 79.

10 OLIVEIRA Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 288.

11 *Ibidem*, p. 288.

12 POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n. 2. 1974, p. 350-351.

13 *Ibidem*, p. 351.

14 OLIVEIRA Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 289.

II – O Poder Judiciário como fonte do direito

O direito brasileiro está passando por uma fase de mudança muito importante na alteração de suas fontes. Aplicamos de forma significativa a *teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, que reduziu o direito à lei.¹⁵ Esta, na teoria, é sua única fonte, seguindo os requisitos constitucionais. Do Poder Legislativo derivaria o direito, cabendo ao Poder Judiciário simplesmente aplicá-lo. Quando muito, à jurisprudência caberia o papel de fonte negativa, retirando do sistema os textos em desacordo com a Constituição, mas nunca atuando como fonte positiva, colocando textos que irão compor normas jurídicas.

Esse quadro mudou, quer pela atuação do Poder Judiciário, quer por atuação do Poder Legislativo, por força dos fatos impostos pela realidade, que confrontaram a doutrina e exigiram sua superação. Abordaremos, a título de introdução deste item, dois aspectos na evolução desse assunto: o Poder Judiciário como fonte positiva do direito e o aumento da valorização do precedente judicial.

Entendemos que a primeira grande expressão do Poder Judiciário como fonte positiva do direito tenha sido dada, em nosso ordenamento jurídico, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal,¹⁶ ao estender o direito de greve legalmente regulamentado dos trabalhadores regidos pela CLT aos dos servidores públicos, previsto constitucionalmente, mas nunca regulamentado pelo Congresso Nacional. Outra decisão de relevo, nesse assunto, foi o reconhecimento da união homoafetiva, equiparada ao casamento de pessoas de sexos

diferentes.¹⁷ É interessante notar que uma decisão foi dada na seara do direito público, enquanto a outra pode ser classificada como de direito privado, demonstrando os avanços dos ministros de nosso mais alto Tribunal nas duas clássicas divisões acadêmicas do direito.

Mas gostaríamos de destacar, também, o crescente aumento da valorização do precedente judicial entre nós, cujo histórico foi sumariado pelo Ministro Teori Zavascki nos seguintes termos:

É interessante ilustrar a paulatina, mas persistente, caminhada do direito brasileiro no rumo da valorização dos precedentes judiciais, no âmbito da jurisdição geral (e não, exclusivamente, da constitucional, de que se tratará mais adiante) mencionando alguns de seus mais expressivos movimentos. Em 1963, o Regimento Interno do STF (art. 102) instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, instrumento prático ainda hoje importantíssimo para viabilizar a força persuasiva dos precedentes da Corte. No regime original do Código de Processo Civil de 1973, previu-se mecanismo de uniformização de jurisprudência e de edição de súmulas (art. 479 do CPC), a evidenciar a preocupação de dar tratamento isonômico aos demais casos semelhantes. Logo depois, a LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN), autorizou que, nos processos de competência do Tribunal Federal de Recursos (TFR), o relator negasse seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do STF” (art. 90, § 2º, da LC 35/1979), o que representou manifestação inequívoca da força expansiva desses enunciados. Seguiu-se, no mesmo sen-

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 4-5 e 79, p. ex.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 712/PA* [também MI 670 e 708], Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.277/DF*, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 16 jun. 2016. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

tido, a Lei 8.038/1990, que, em seu art. 38, autorizou o relator, no STF e no STJ, a negar seguimento a recurso contrário a “súmula do respectivo tribunal”.¹⁸

O Ministro Teori Zavascki prossegue em sua resenha histórica de valorização dos precedentes jurisprudenciais, na competência geral (e não apenas na constitucional, a cargo do STF), no Brasil, mencionando as reformas do Código de Processo Civil ocorridas a partir de 1994, referindo-se ao artigo 557 (competência para o relator, nos tribunais, negar seguimento a recursos quando a decisão não contrariar súmula ou jurisprudência dominante do mesmo tribunal ou superior), ao artigo 544, § 3º e 4º (competência do relator, em agravo de instrumento no STF e no STJ para conhecê-lo e dar provimento, monocraticamente, ao próprio recurso extraordinário ou especial, invocando jurisprudência ou súmula do STF ou STJ), ao artigo 481, parágrafo único (vinculação aos precedentes nos incidentes de inconstitucionalidade). Em 1998, o parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil autorizou o relator a decidir, de plano, conflito de competência nas hipóteses de haver jurisprudência dominante do tribunal; em 2001, o artigo 475, § 3º, do Código de Processo Civil, dispensando o reexame necessário das sentenças que adotam jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente e outras; o artigo 741, parágrafo único, conferindo eficácia rescisória ao controle de constitucionalidade, “reafirmado em 2005 pelo artigo 475-L, § 1º”; depois a “consagração da súmula impeditiva de recurso”, a disciplina da *repercussão geral* para conhecimento de recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF) mediante reforma constitucional em 2004; a Lei nº 11.672/2008 (art. 543-C do CPC, tratando do efeito repetitivo dos recursos especiais).

O Ministro também cita o regime de vinculação aos precedentes dos tribunais superiores e a uniformização dos precedentes da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001) e Estaduais e Distrital (Lei nº 12.153/2009).¹⁹ Ele cita, ainda, decisões do próprio STF que procuraram ampliar os efeitos da jurisprudência da Corte, bem como doutrina nacional e estrangeira, desde Rui Barbosa e sua defesa pela aplicação do *stare decisis* no nosso então recém-criado STF, nos moldes da Suprema Corte dos EUA, ideia que não prosperou. Zavascki tratou, ainda, da modulação dos efeitos da mudança jurisprudencial para, por fim, abordar a *reclamação* diretamente ao STF contra o descumprimento de suas próprias decisões, por outros órgãos do Poder Judiciário (art. 102, I, *l*, da CF).²⁰

Todos esses elementos, aqui sumariados com extrema brevidade, fizeram Sua Excelência afirmar que:

Não se pode deixar de ter presente [...] a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *Civil Law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *Common Law*.²¹

Com a *força persuasiva* dessa afirmação, ponhamo-nos a estudar o sistema jurídico inglês em comparação com o sistema do direito continental europeu, de raiz romana, cuja aplicação é tradição entre nós.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rel* 4.335/AC, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, DJe 21/10/2014 [Voto-vista do Ministro Teori Zavascki, p. 3-4]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

19 *Ibidem*, p. 4-6.

20 *Ibidem*, p. 6-21.

21 *Ibidem*, p. 2-3.

III – Principais características do *Civil Law* e do *Common Law*

O direito é um dado cultural, o que significa dizer que sua representação e operacionalização podem ser diferentes entre países e sociedades diversas. Para iniciarmos uma comparação entre o sistema inglês e o brasileiro, parece útil começar expondo como o nosso próprio sistema é visto por quem dele não participa. Atentemos para as características do *Civil Law* apontadas por David Maxwell Walker:

(...) a existência de códigos cobrindo grandes áreas do direito e estabelecendo direitos e deveres das pessoas em termos bastante gerais, o uso de terminologia, conceitos e frequentemente princípios que tiveram sua origem no direito romano, baixa consideração para os precedentes judiciais e grande confiança na influência de acadêmicos do direito na sistematização, crítica e desenvolvimento do direito em seus livros e demais escritos.²²

As características indicadas pelo professor britânico são encontráveis no sistema jurídico brasileiro. Afinal, além de termos um único texto constitucional, possuímos vários códigos (informação que dispensa exemplificação), alguns deles muito gerais (como o Código Civil e seus 2.046 artigos) e não é difícil buscarmos, na doutrina brasileira, referências ao direito romano.²³ A baixa consi-

deração com os precedentes judiciais já foi mencionada, a contrário senso, no item anterior, mas a mudança nesse quesito é um dos pontos centrais no novo Código de Processo Civil brasileiro,²⁴ conforme já dito. Por fim, temos por certo que nosso sistema jurídico é influenciado pela doutrina, ainda que ela não seja considerada propriamente uma fonte do direito.²⁵ Todavia, a sistematização, crítica e desenvolvimento doutrinário, comum em nossa comunidade, não é encontrável na Inglaterra. Lá não há a profusão de *cursos*, de *manuals* e de livros doutrinários como aqui. Por outro lado, os *Reports* do *Common Law*, com a mesma função que há lá, são inexistentes entre nós.

Quanto ao *Common Law*, o mesmo autor (David Maxwell Walker) apresenta diversos sentidos, como se confere:

- 1) originalmente usado pelos canonistas *jus commune* [direito comum], para denotar a lei geral da Igreja, distinta dos divergentes [por isso o “comum”] costumes locais que em áreas específicas modificava o direito comum do Cristianismo;
- 2) o poderoso e centralizado sistema de justiça dos reis ingleses desenvolvido no século XII e seguintes; os juízes reais cada vez mais desenvolveram e administraram regras gerais e comuns para toda a Inglaterra, o *Common Law* da Inglaterra, distinto dos costumes, peculiaridades e variações locais, como o *gavelkind*;²⁶

22 WALKER, David M. *The oxford companion to law*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 223. Tradução livre, nossa. No original consta: “The characteristics of Civil Law systems are, normally, the existence of codes covering large areas of the law and setting down the rights and duties of persons in fairly general terms, the use of terminology and concepts and frequently of principles which can be traced back to the Roman law, a less strict regard for judicial precedents, and a greater reliance on the influence of academic lawyers to systematize, criticize, and develop the law in their books and writings”.

23 Nós mesmos já lançamos mão desse expediente, para demonstrarmos as distinções entre crédito/débito e garantia/responsabilidade, que foi resgatada do direito romano pelo direito alemão. *Vide*, a respeito, nosso

Sujeição passiva e responsabilidade tributária. São Paulo: Dialética, 2000, p. 153.

24 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

25 “A doutrina [...] não é fonte do Direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 178.

26 Gavelkind é a denominação de um subsistema legal medieval relacionado à posse da terra, vigente na região de Kent, mas também localizado em outros locais da Inglaterra, da Irlanda e de Gales, que foi extinto em 1925. Como exemplo, indica-se uma forma de divisão de herança em que

3) portanto, o *Common Law* veio a significar toda a lei da Inglaterra, incluindo o direito eclesiástico, o direito marítimo, o direito comercial, como administrado na Inglaterra, distinto daquele de outros países, particularmente daqueles baseados no direito romano;

4) conseqüentemente, no contexto do direito comparado, o sistema do *Common Law* é aquele baseado no direito comum inglês, distinto do sistema do *Civil Law*, baseado no direito romano;

5) com o desenvolvimento do *equity*²⁷ e direitos e medidas equitativas, o *Common Law* e as cortes de equidade, seus procedimentos, direitos, medidas etc. são, frequentemente, contrastados e, nesse sentido, *Common Law* é distinto do *equity*; assim, no *Common Law* uma pessoa prejudicada pela quebra de um contrato pode reclamar apenas perdas e danos, mas no *equity* ele pode reclamar por específicas reparações;

6) *Common Law* era, no mesmo sentido, diferenciado do direito eclesiástico;

7) direitos, poderes, medidas judiciais, crimes etc., do *Common Law*, são, frequentemente, diferenciados dos direitos, poderes, medidas judiciais e crimes etc. da legislação [*statutory*], de acordo

com as fontes formais do direito, distinguindo os princípios do *Common Law* das prescrições legislativas.^{28 29}

Portanto, podemos sintetizar que o *Common Law* é utilizado, atualmente, para se referir (i) ao direito comum da Inglaterra, criado no século XII, (ii) que se diferencia (ii.a) do direito romano, (ii.b) de outros direitos locais que foram preservados também na Inglaterra, (ii.c) do sistema da *equity* aplicado em parcelas do Poder Judiciário inglês e (ii.d) do direito legislado, resultado da atuação do Parlamento inglês.

Deixamos consignado que o *Common Law* não é aplicado na Escócia e na Irlanda do Norte, por exemplo, em que pese esses países fazerem parte do Reino Unido e serem

cada descendente herdava uma parte da herança, ao contrário do que acontecia no *Common Law*, em que apenas o varão primogênito herdava todos os bens. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Gavelkind>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

27 Glossário de Teresa Arruda Alvim Wambier: “*Equity*: originalmente, o sistema da *equity*, que hoje integra o direito inglês ao lado do *Common Law* e da *statutory law*, foi inspirado por ideias de ‘justiça natural’, como sugere o termo *equity*. Hoje, trata-se de um ramo do direito inglês, que abrange, por exemplo, *trusts*, *specific performance* e *injunctions*. Até 1873, essas regras eram aplicadas pela *Court of Chancery*”. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 21-22. Manchester e Salter indicam que a *High Court* possui 3 divisões: *Queen’s Bench Division*, *Family Division* e *Chancery Division*. Os autores especificam na *Chancery Division*: “Equity and trusts, contentious probate, tax partnerships, bankruptcy and Companies Court, Patents Court”. MANCHESTER, Colin; SALTER, David. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 70 e 73.

28 WALKER, David M. *The oxford companion to law*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 253. Tradução livre, nossa. No original consta: “A term used in various distinct senses: (1) It was originally used by the canonists *jus commune*, as denoting the general law of the Church, as distinct from divergent local customs which in particular areas modified the *Common Law* of Christendom; (2) As the powerful centralized system of justice of the English kings developed in the twelfth and later centuries, the royal justices increasingly developed and administered general rules common of the whole of England, the *Common Law* of England, as distinct from local customs, peculiarities, and variations, such as gavelkind; (3) The *Common Law* accordingly came to mean the whole law of England, including ecclesiastical law and maritime and mercantile law, as administered in England, as distinct from that of other countries, particularly those based on the Roman law; (4) Hence, in the context of comparative law, a *Common Law* system is one based fundamentally on English *Common Law*, as distinct from a *Civil Law* system, based on the *Civil Law* of Rome; (5) With the development of equity and equitable rights and remedies, *Common Law* and equitable courts, procedure, rights, remedies, etc., are frequently contrasted, and in this sense *Common Law* is distinguished from equity; thus at *Common Law* a person aggrieved by a breach of contract could claim damages only, but in equity he could claim specific performance; (6) *Common Law* was similarly distinguished from ecclesiastical law; (7) *Common law* rights, powers, remedies, crimes, etc., are frequently distinguished from statutory rights, powers, remedies, crimes, etc., according to the formal source of the particular rights, etc., in principles of *Common Law* or in the prescriptions of statute”.

29 Harry Potter também mencionou tais sentidos distintos para *Common Law*. POTTER, Harry. *Law, liberty and the Constitution: a brief history of the Common Law*. Suffolk (UK) e NY (EUA): Boydell, 2015, p. 3-4.



muito próximos da Inglaterra em diversos aspectos.

Se a apresentação de David Maxwell Walker peca pelo excesso, ela tem o mérito de demonstrar que o termo *Common Law* expressa muitos significados, não servindo, necessariamente, para apresentar todo o direito inglês. Registramos que a complexidade do sistema comentado foi ampliada com a entrada do Reino Unido na Comunidade Europeia, em 1973, e pela adesão à União Europeia, em 1992.³⁰ Com isso, o sistema legal europeu, que segue a tradição continental romano-germânica (*Civil Law*) e tem sido aplicado por alguns dos diversos órgãos do Poder Judiciário inglês, enriquece ainda mais o material disponível para pesquisa. Por todos esses aspectos, Manchester e Salter apresentam as três fontes do direito inglês: o *Common Law*, a legislação ingle-

sa e o direito europeu,³¹ que foi exposta, na prática do direito concorrencial, por Renato Nazzini.³²

Apesar da grande amplitude possível para o *Common Law*, usaremos uma exposição mais simples, que nos permitirá desenvolver nossa comparação entre os sistemas inglês e brasileiro com mais propriedade. Manchester e Salter expõem que: “O *Common Law* consiste em regras jurídicas estabelecidas inteiramente por decisões judiciais, i.e. regras originadas de declarações feitas por juízes quando decidem casos que lhe são apresentados”, quer utilizando como fonte as decisões judiciais anteriores (os precedentes), quer utilizando a legislação aprovada pelo Parlamento, quer utilizando ambas.³³

Para fins de nossa comparação com o sistema brasileiro, o ponto de maior relevância parece ser justamente como as decisões judiciais, que formam os precedentes, foram tomadas. Considerando que os juízes de hoje aplicam os precedentes do passado, é útil compreender quando esse sistema foi criado e como ele operou em tempos pretéritos, já que as decisões anteriores irradiam efeitos no presente.

IV – A formação da decisão judicial no *Common Law*

Praticamente os vinte anos anteriores à ascensão ao trono inglês por Henrique II (que governou a Inglaterra de 1154 a 1189) foram de anarquia, o que preparou o país para aceitar uma mão forte e centralizadora,

30 MANCHESTER, Colin; SALTER, David. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 3.

31 *Ibidem*, p. 3.

32 NAZZINI, Renato. *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*. Oxford: Oxford University Press, 2004, *passim*.

33 MANCHESTER, Colin; SALTER, David. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 3. Tradução livre, nossa. No original consta: “Common Law consists of legal rules established by judicial decisions, i.e. rules originating in the statements of judges made when deciding cases heard before them”.

cujo maior legado foi o sistema do *Common Law*.³⁴

Em apertadíssima síntese, o *Common Law* consistiu na elaboração, pelo rei, de um sistema jurídico baseado em julgamento por júri. Todavia, era um júri diferente do nosso, pois composto por 12 homens que pudessem ser, além de jurados (juízes), testemunhas. Tais pessoas deviam aplicar os usos e costumes unificados no país, assim como os mais elementares princípios de direito. Mas como buscar o julgamento pelas cortes reais (*Crown Courts*, terminologia ainda vigente) era, no mais das vezes, uma opção,³⁵ o sistema fora centralizado em algumas regras e procedimentos, que poderiam ser divergentes do direito local (com a possibilidade de continuar a ser aplicado, mas por outras instituições ou outras pessoas, como o *senhor feudal*, um *lord*, um pároco ou outra pessoa chamada a dirimir o conflito, como um árbitro).

Esse sistema (*Common Law*) rapidamente caiu no gosto popular, constituindo-se, provavelmente, no primeiro sistema centralizado da Europa, onde “os antigos princípios foram preservados, e perdura até hoje, em que o direito flui do povo, e não é dado pelo

Rei”.³⁶ Tal sistema passou para os países do Novo Mundo que mais de perto receberam sua influência pela colonização inglesa, como os Estados Unidos, a África do Sul e a Austrália, por exemplo.

Um bom resumo do *Common Law* é oferecido por Winston Churchill:

A maior parte [do direito] não foi escrito, e na Inglaterra muito ainda assim permanece. As leis inglesas, por exemplo, ainda não contêm uma definição para o crime de assassinato, por isso, como muitas outras leis, repousando sobre costumes não escritos da terra, que serão declarados pelos habitantes e interpretados, desenvolvidos e aplicados pelos juízes. Advogados podem apenas verificá-las estudando os *reports* e os registros de antigas decisões. Para isso eles fizeram, já em antigas eras, seus próprios arranjos. Um século após a morte de Henrique eles começaram a se agrupar em comunidades profissionais em Londres, os *Inns of Court*, meio *colleges* meio *law-schools* [faculdades de direito], mas predominantemente secular, onde a presença de clérigos conhecedores do direito de Roma e do Direito Canônico da Igreja Romana não foram encorajados, e onde eles produzem anualmente *law reports*, ou “*Year Books*”, como eles têm sido chamados, cuja autoridade tem sido reconhecida pelos juízes, e que continuam, praticamente, sem interrupção por quase três séculos.³⁷

34 CHURCHILL, Winston S. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956], p. 133.

35 “[...] as partes não eram obrigadas a levar seus casos perante as cortes do Rei [que aplicavam o *Common Law*]. Elas podiam levá-las para cortes locais, para cortes eclesiásticas que aplicavam o direito canônico, inclusive em assuntos seculares como sucessão, casamento e alguns contratos; podiam levá-las para cortes baroniais dos senhores feudais ou, no caso de moradores da cidade, a cortes de vizinhança”, conforme WALKER, Geoffrey de Q. *The rule of law: foundation of constitutional democracy*. Victoria (Austrália): Melbourne University Press, 1988, p. 164. Tradução livre, nossa. No original consta: “[...] plaintiffs were not obliged to bring their cases before the king’s court. They could take them to the local courts of the county; they could approach the ecclesiastical courts administering rules of canon law, which dealt with many secular matters such as succession, marriage and some contracts; they could proceed in the baronial courts of the feudal lords or, in the case of a townsman, could sue in the court of a borough”.

36 CHURCHILL, Winston S. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956], p. 135. Tradução livre, nossa. No original consta: “Thus amidst the great process of centralization the old principle was preserved, and endures to this day, that law flows from the people, and is not given by the King”.

37 *Ibidem*, p. 137-138. Tradução livre, nossa. No original consta: “Most of it was then unwritten, and in England much still remains so. The English statutes, for example, still contain no definition of the crime of murder, for this, like much other law, rested on the unwritten custom of the land as declared by the inhabitants and interpreted, developed, and applied by the judges. Lawyers could only ascertain it by studying reports and records of ancient de-

Sendo uma construção do século XII, não é incomum encontrarmos referências aos filósofos gregos ou a juristas romanos, como Cícero, na doutrina inglesa.³⁸ A distinção entre o direito inglês e o continental europeu, de origem romana, surge no reinado de Henrique II e se acentua com o aparecimento das grandes codificações europeias, notadamente o Código Napoleônico, movimento que não foi acompanhado pelo *Common Law*.

Por outro lado, os *reports*, que têm similitude com seu significado imediato em português, eram *reportagens* apresentadas por “jornalistas” qualificados, não encontram paralelo no continente, a não ser, de alguma forma, com as transcrições de julgados nos tribunais. Porém os *reports*, ao publicarem decisões consideradas importantes, não englobam *todas* as decisões judiciais, podendo deixar escapar algumas que, apesar de aparentarem pouca importância quando proferidas, no futuro passam a ser destacadas.

Outro ponto de diferenciação entre os sistemas é quanto à doutrina. A primeira sistematização do *Common Law* veio pelo juiz Henrique de Bracton, em 1250,³⁹ cujo método foi utilizado por centenas de anos.

E, assim, o *Common Law* foi paulatinamente construído, sendo que “digestos ou

códigos impostos ao estilo romano por um estado onipotente sobre seus súditos ficaram alheios ao espírito e tradição da Inglaterra”.⁴⁰

Outras fontes confirmam a origem do *Common Law* na aplicação do direito costumeiro. Veja-se em Geoffrey Walker, abordando o princípio da irretroatividade onde o *juiz faz o direito*:

Aqui, não é tão importante que a específica regra aplicável ao caso particular seja enunciada antecipadamente, porque a decisão da corte é baseada nas inarticuladas regras que emergem da conduta e expectativas espontaneamente adotadas pelas pessoas nos negócios diários. A legislação, por outro lado, é imprevisível e nesse sentido arbitrária, operando automaticamente de forma retroativa, a não ser que seja articulada para o futuro.⁴¹

Como se vê, o *judge-made law* não é sinônimo de *juiz decide como quer*, o que seria uma porta aberta para a temida *ditadura judicial*. O *juiz faz o direito no Common Law* por meio da aplicação dos usos e costumes imemoriais, bem como dos princípios gerais do direito, valendo-se da legislação aprovada no Parlamento, quando for o caso, e aplicando os precedentes jurisprudenciais, que vêm sendo respeitados pelos níveis superiores da hierarquia judiciária nos últimos séculos.

cisions. For this they had already in this early age made their own arrangements. A century after Henry's death they began to group themselves into professional communities in London, the Inns of Court, half colleges, half law-schools, but predominantly secular, for the presence of clerics learned in the laws of Rome and the Canon Law of the Roman Church was not encouraged, and here they produced annual law reports, or 'Year Books', as they were then called, whose authority was recognized by the judges, and which continued in almost unbroken succession for nearly three centuries”.

38 Veja-se, por exemplo, WALKER, Geoffrey de Q. *The rule of law: foundation of constitutional democracy*. Victoria (Austrália): Melbourne University Press, 1988, p. 93-94.

39 *A Tract on the Laws and Customs of England*, que pode ser traduzido como *Folheto/Brochura das leis e costumes da Inglaterra*, com aproximadamente 900 páginas. CHURCHILL, Winston S. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956], p. 138.

40 *Ibidem*, p. 138. Tradução livre, nossa. No original consta: “Digests and codes imposed in the Roman manner by an omnipotent state on a subject people were alien to the spirit and tradition of England”.

41 WALKER, Geoffrey de Q. *The rule of law: foundation of constitutional democracy*. Victoria (Austrália): Melbourne University Press, 1988, p. 27. Tradução livre, nossa. No original consta: “The normativism principle applies somewhat differently in the case of judge-made Common Law, however. Here, it is not so important that the specific rule applicable to the particular case be enunciated in advance, because the decision of the court is based on inarticulate rules that emerge from the behavior and expectations spontaneously adopted by people in their everyday affairs. Legislation, on the other hand, being unpredictable and in that sense arbitrary, will automatically have retroactive operation unless it is articulated ahead of time”.

IV.1 – Independência do Judiciário

Outro momento crucial na construção do *Common Law* veio com a independência do Poder Judiciário.

Para além dos usos e costumes locais, que evidentemente não regulam e não regulavam toda a vida em sociedade, até o final do reinado de Elizabeth I (1603), não estava claro quem tinha autoridade para estabelecer o direito novo, aquele que ia além do costumeiro. Em outras palavras, surgia o sério conflito entre o rei e o Parlamento que, no reinado de James I (que era James VI na Escócia e cuja ascensão ao trono inglês unificou tais coroas, acrescida da Irlanda) tomou proporções importantes.⁴² James I acreditava na origem divina dos reis, encontrando forte oposição, notadamente em Sir Edward Coke (1552-1634). Tendo sido conselheiro real, advogado-geral, escritor, professor de direito, juiz e parlamentar, Coke lançou as bases para o direito constitucional consideradas insuperáveis até hoje,⁴³ notadamente pela ideia de que, “sob a *Magna Carta*, o povo inglês não tinha soberano”.⁴⁴

Ao escrever as *Instituições do direito da Inglaterra*, obra em quatro volumes, Edward Coke permitiu que o direito inglês pudesse ser ensinado e se manter fora da ingerência do governo, fornecendo os fundamentos para a independência do Judiciário. “Isso significou que o conhecimento do direito, não o desejo apresentado pela política governamental, tinha que ser o critério decisivo para as indicações para a magistratura”.⁴⁵ Pelo mesmo motivo, é dizer, como os juízes

tinham que aplicar o direito, ou a *lei*,

(...) isso significava que o governo do direito [rule of law] não poderia vir a ser o governo dos juízes pois, enquanto um juiz estava protegido pelo direito, ele estava ao mesmo tempo vinculado a ele e não poderia usar sua posição para dar livre rédea às suas próprias teorias.⁴⁶

Coke conferiu concretude, também, para o *devido processo legal*, ao estabelecer regras de publicidade dos julgamentos, defesa técnica, liberdade de expressão no processo e outras que tais.⁴⁷

Outro personagem importante, nessa época, foi Sir Matthew Hale (1609-1676), que foi *chef justice*, a mais alta posição no Poder Judiciário inglês. Baseado no novo *espírito científico* que surgia, ele usou métodos científicos de análise e descrição, clareando as diferenças entre o que era cível e o que era criminal, bem como entre o direito material e o processo, visando, na opinião de Geoffrey Walker, que a independência do juiz não desse vazão livremente a suas “próprias opiniões ou preconceitos. Hale obviamente viu o perigo da tirania judicial”.⁴⁸ Segundo Walker, cabe ao Judiciário resolver as disputas entre as partes com base na aplicação dos princípios jurídicos, não lhe cabendo “desenhar uma nova ordem a ser imposta à sociedade. Se isso é para ser feito, é para a legislatura”.⁴⁹ Cabe aos juízes atuarem com neutralidade

42 *Ibidem*, p. 102-105. O conflito entre o rei e o Parlamento resultou na *Guerra Civil Inglesa* (1642-1651) e terminou com a Revolução Gloriosa (1688), com a supremacia do Parlamento.

43 *Ibidem*, p. 104.

44 *Ibidem*, p. 115. Nas palavras de Coke: “Magna Carta is such a fellow that he [o povo] will have no sovereign”.

45 *Ibidem*, p. 106. Tradução livre, nossa. No original consta: “It meant that expertise in the law, not a willingness to carry out government policy, had to be the decisive criterion for appointments to the bench”.

46 *Ibidem*, p. 106. Tradução livre, nossa. No original consta: “it meant that the rule of law would not become the rule of the judges, since while a judge was protected by the law, he was also bound by it and could not use his position to give free rein to his own theories”.

47 *Ibidem*, p. 106.

48 *Ibidem*, p. 121. Tradução livre, nossa. No original consta: “But he could be granted independence only on the condition that he used it in order to remain impartial, not in order to give free rein to his own opinions or prejudices. Hale obviously saw the danger of judicial tyranny”.

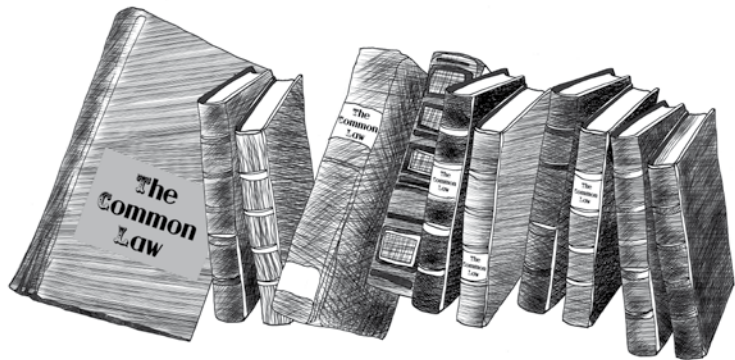
49 *Ibidem*, p. 164. Tradução livre, nossa. No original consta: “The function of the courts is to settle disputes arising between members of a social order by the application of principles of law to findings of fact. It is not to design a new order to be imposed upon society; that, if it is to be done, is for the legislature”.

entre as partes, inclusive se envolver o governo e um cidadão.⁵⁰ Finalmente, a independência do Judiciário veio por meio de um ato do Parlamento, o *Act of Settlement* de 1701.⁵¹

O uso de elementos científicos permitiu o desenvolvimento do *Common Law* sob as bases das inumeráveis decisões individuais tomadas durante séculos, que atualmente é expressa na teoria dos precedentes judiciais.

De fato, faz parte da arraigada cultura dos juízes ingleses acolherem a jurisprudência, decidindo nos termos como feito pelos julgadores do passado, ainda quando a decisão seja considerada *imperfeita* no presente, como consta na seguinte passagem do juiz Parke, firmada em 1833 e que continua sendo usada como referência da aplicação da decisão pretérita ainda que passível de crítica:

Nosso sistema do *Common Law* consiste na aplicação, a novas circunstâncias, daquelas regras de direito derivadas dos princípios legais e dos precedentes judiciais; e pelo intento de alcançar uniformidade, consistência e certeza, nós temos que aplicar tais regras, ainda que elas não sejam nitidamente irrazoáveis e inconvenientes, em todos os casos apresentados; e nós não temos a liberdade de rejeitá-las, e de abandonar toda analogia a elas, naqueles casos em que elas não foram ainda aplicadas, porque nós achamos que aquelas regras não são convenientes e razoáveis como nós mesmos poderíamos imaginar.⁵²



E assim foi sendo construído e firmado o direito na Inglaterra, a partir dos princípios gerais de direito aplicados no século XII, cujas decisões judiciais vêm sendo reiteradamente repetidas para as situações atuais. Nesse sentido, o *Common Law* representa o referido direito jurisprudencial. Mas se pode perceber, no trecho citado, alguns dos seus problemas, notadamente quando os precedentes não atendem aos anseios sociais ou dos julgadores. Após longo período (na Câmara dos Lordes, somente a partir de 1966), passou-se a aceitar o afastamento do precedente, em casos muito particulares.

Mas é imperioso reconhecer que o *Common Law* abarca a própria forma como os juízes ingleses interpretam a legislação, pois, como dito por Manchester e Salter, “desde que é função dos juízes interpretarem a legislação, haverá regras estabelecidas por eles quando a interpretam”.⁵³ Essas regras são co-

to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised”.

⁵³ *Ibidem*, p. 3. Tradução livre, nossa. No original consta: “However, since it is the function of judges to interpret legislation, there will also be legal rules established by

⁵⁰ Conforme ficou decidido em *Entick v. Carrington* [(1765) 19 St. Tr. 1030]. *Ibidem*, p. 162.

⁵¹ *Ibidem*, p. 125.

⁵² J. Parke, in *Mirhouse v Rennell* (1833) 1 Cl. & F. 527 at 546. *Apud* MANCHESTER, Colin; SALTER, David. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 4. Tradução livre, nossa. No original consta: “Our Common Law system consists in the applying

nhecidas como *o sistema dos precedentes* e, conforme afirmado, não decorrem de decisão legislativa ou de construção acadêmica. Também as regras de interpretação surgiram por decisão judicial.

Sem pretender desviar de nossos objetivos, apenas registramos que a tradicional forma de escolha dos juízes ingleses (a rainha os nomeava após o *conselho* do *Lord Chancellor*) foi substituída, na Reforma Constitucional de 2005, pela indicação por uma comissão independente (*Judicial Appointments Commission*), na Inglaterra e no País de Gales, composta por 15 membros escolhidos entre juízes, advogados e leigos, por exemplo.⁵⁴

V – Desafios para os juízes brasileiros e ingleses: exemplo no direito concorrencial

O momento atual é muito interessante e rico em oportunidades e desafios, quer para os profissionais da Academia – que devem procurar conhecer os novos mecanismos procedimentais fruto do Código de Processo Civil de 2015, por exemplo – quer para os operadores do direito, notadamente para os julgadores.

É oportuno – e útil – verificar que também os juízes ingleses passam por uma época de desafios, em alguma medida com paralelo no momento brasileiro, ainda que *em mão invertida*. Explicamos: a participação da Inglaterra, como um dos países que compõem o Reino Unido, na Comunidade Europeia, faz com que os juízes ingleses precisem considerar as decisões comunitárias,⁵⁵ quer legis-

lativas, quer judiciais. Nesse ponto, os juízes ingleses encontram-se, no momento, enfrentando a interpretação e a aplicação de, para nosso interesse específico, uma jurisprudência baseada no *Civil Law*. As dificuldades para eles e para os demais operadores do direito podem ser exemplificadas com Colin Manchester e David Salter, que apontam:

O esboço acima fornece alguma indicação de como as regras jurídicas vão sendo tradicionalmente formuladas pelos juízes ingleses, mas ser membro da UE [União Europeia] tem trazido algum impacto nessa abordagem, já que os juízes ingleses têm considerado e recebido efeitos de casos decididos pela Corte de Justiça [europeia]. Tais casos são decididos pela Corte de Justiça de um jeito muito diferente da abordagem acima descrita. A decisão de um caso na CJ, apesar de vincular as partes (*res judicata*), não contém a *ratio decidendi* e, portanto, não estabelece a regra legal específica para a aplicação em casos futuros no mesmo sentido que uma decisão de uma corte inglesa. De qualquer modo, no interesse da certeza do direito, a CJ, na prática, geralmente segue suas próprias decisões prévias e, em o fazendo, podem desenvolver um guia para os juízes em casos futuros, aplicando os relevantes princípios gerais do direito. Apesar disso, entretanto, decisões apenas vinculam as partes do processo e não contém uma *ratio decidendi*, e as cortes, nos casos futuros, são livres para afastar uma decisão anterior ou um corpo de casos jurídicos prévios. Desse modo, as decisões não constituem precedentes vinculantes e nem eles precisam ser distinguidos na forma como precisam no sistema legal inglês.⁵⁶

judges when interpreting statutes in cases heard before them”.

54 REINO UNIDO. *Constitutional Reform Act 2005*. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016. Veja-se, principalmente, o item 61 e o *Schedule* n. 12.

55 Algumas dessas decisões, inclusive, já foram utilizadas, como referência em julgamentos no CADE, como de-

monstrado por Christopher Townley e Adriana Laporta Cardinalli. CARDINALI, Adriana Laporta; TOWNLEY, Christopher. A utilização dos precedentes da União Europeia no direito concorrencial brasileiro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito econômico e social*. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social – CEDES e Revista dos Tribunais, 2012, p. 127-200.

56 MANCHESTER, Colin; SALTER, David. *Manchester and*

Os autores afirmam que decisões da Corte de Justiça (da União Europeia) são mais sucintas. E, se abordam casos anteriores, não são submetidos à “análise detalhada”,⁵⁷ o que nos é muito familiar.

É ilustrativo demonstrar, também, no ambiente comparativo entre Brasil e Inglaterra e o momento atual por que passam seus sistemas jurídicos, que não somente nas decisões, mas também nos procedimentos, os juízes ingleses se deparam com uma nova realidade, que é a existência de um direito supranacional vigendo dentro de seu território e afetando sua jurisdição. Não temos nada comparável no Brasil. De fato, os órgãos do Mercosul não atuam como instância superior a nenhum dos tribunais nacionais, assim como a adesão brasileira ao Pacto de San José da Costa Rica, com a consequente submissão às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao menos na atualidade, ainda não se faz tão presente no âmbito do direito da concorrência no Brasil quanto ocorre com a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos (que não é um órgão da União Europeia – UE, esclarecemos).

Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 7-8. Tradução livre, nossa. No original consta: “The above outline provides some indication of how legal rules have traditionally been formulated by English judges, but membership of the EU has had some impact on this approach as English judges have considered and given effect to cases decided by the CJ. Such cases are decided by the CJ in a way that is quite different from the approach described above. The decision in a case in the CJ, although binding on the parties to the case (res judicata), does not contain a ratio decidendi and thus does not establish a specific legal rule for application in future cases in the same way as does a decision of an English court. Nevertheless, in the interests of legal certainty, the CJ, in practice, generally does follow its own previous decisions and in doing so may develop a guide for judges in future cases as to relevant general principles of law to be applied. Despite this, however, because decisions only bind parties to the case and do not contain a ratio decidendi, courts in future cases are free to depart from a single previous decision or from a body of previous case law. Thus decisions do not constitute binding precedents nor do they need to be distinguished in the same way as in the English legal system”.

57 *Ibidem*, p. 8.

No âmbito europeu, o momento atual do direito da concorrência deixa transparecer esse fato de modo marcante. Isso porque no Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE (uma espécie de *carta executiva* e que não pode ser confundido com o *Tratado da União Europeia*, de 1992, que é considerado seu *tratado constitutivo*) há um título (o VI) dedicado às regras comuns relativas à concorrência, à fiscalização e “à aproximação das legislações”. Quanto às primeiras, as regras aplicáveis às empresas tipificam as condutas que são contrárias aos princípios da livre concorrência.⁵⁸ Tais regras foram es-

58 EUROPA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Versão em Português.

“Artigo 101º (ex- artigo 81º) 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102º (ex-artigo 82º) É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Importar, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou

crutinadas pela doutrina, ao analisá-las à luz da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 47, 2, e à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, artigo 6, 1,⁵⁹ como foi procedido por Renato Nazzini⁶⁰ e Ian S. Forrester.⁶¹ Apesar da importância das referidas comparações, vamos nos concentrar um pouco detidamente no Regulamento 1/2003 da Comissão Europeia.

Conforme aprendido com Renato Nazzini, foi editado um *regulamento* pela Comissão Europeia a fim trazer efetividade aos comandos contidos no TFUE, que se relaciona diretamente com nosso objeto de pesquisa. Considerando que tal Comissão não encontra paralelo na nossa realidade, é imprescindível descrevê-la. Ela é um *órgão executivo* da União Europeia, porém politicamente independente, sendo responsável pela elaboração de propostas de novos atos legislativos e pela execução das decisões do Parlamento e do Conselho (reunião dos Chefes de

Estado e de Governo) no âmbito da UE. Suas funções são as de “propor novas leis”, sendo a única instituição que pode fazê-lo na esfera de competências da UE; gerir “as políticas europeias e distribuir os fundos da UE”; zelar “pelo cumprimento do direito europeu” e representar “a UE a nível internacional”.⁶²

O Regulamento 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, da Comissão Europeia, visa, no ambiente do direito concorrencial, trazer segurança jurídica às partes envolvidas. É o que foi expressamente declarado nos *considerandos* do documento legal, assim vertido:

(21) A aplicação coerente das regras de concorrência exige também a adoção de mecanismos de cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros e a Comissão. Este requisito é pertinente para todos os tribunais que apliquem os artigos 81.o e 82.o do Tratado aos processos entre partes privadas, quer como instâncias de aplicação da lei, quer como tribunais de recurso.⁶³

Esse desiderato será alcançado por meio da possibilidade de estabelecimento de intensa comunicação entre os diversos tribunais e a Comissão Europeia. Veja-se:

Os tribunais nacionais deverão poder dirigir-se à Comissão para obter informações ou pareceres relativamente à aplicação do direito comunitário da concorrência. Por outro lado, a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão poder apresentar observações escritas ou orais perante os tribunais em casos de aplicação dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado. Estas observações deverão ser apresentadas no âmbito das normas e práticas processuais nacionais,

outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.” EUROPA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Versão em Português. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>>. Acesso em: 16 jun. 2016. Ajustamos ao nosso léxico. Os artigos citados tiveram sua numeração alterada na consolidação publicada em 26.10.2012, cuja nova numeração foi a apontada. O fato de existirem, portanto, dois números para um mesmo artigo refletirá nas referências futuras em todas as fontes consultadas.

59 Tais dispositivos estipulam que faz parte do conjunto protetivo dos Direitos Humanos um processo equitativo, ou seja, justo. Ressaltamos que a importância indicada refere-se à constatação de que as regras de livre concorrência são protetivas dos Direitos Humanos.

60 NAZZINI, Renato. Administrative enforcement, judicial review and fundamental rights in EU competition law: a comparative contextual-functionalist perspective. *Common Market Law Review*, v. 49, 2012, p. 971-1006.

61 FORRESTER, Ian S. Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures. *European Law Review*, 2009, p. 1- 20.

62 Disponível em: <www.europa.eu>.

63 EUROPA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Versão em Português. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>>. Acesso em: 16 jun. 2016. Adaptamos ao léxico.

incluindo as que acautelam os direitos das partes. Para o efeito, deverá garantir-se que a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência possam dispor de informações suficientes relativamente aos processos judiciais nacionais.⁶⁴

A busca por *segurança jurídica* e uniformidade interpretativa, em um conjunto composto por um tribunal europeu e os órgãos do Poder Judiciário de 27 países membros, de diversas hierarquias, origens e culturas, não é tarefa fácil, mas sobre a qual a Comissão se empenha, como se observa:

(22) Num sistema de competências paralelas, devem ser evitados os conflitos entre decisões, a fim de garantir o respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias de concorrência. Por conseguinte, é necessário clarificar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os efeitos das decisões da Comissão e dos processos por ela iniciados sobre os tribunais e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros. As decisões relativas a compromissos aprovadas pela Comissão não afetam a competência dos tribunais e das autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros relativamente à aplicação dos artigos 81.o e 82.o do Tratado.⁶⁵

Das lições de Renato Nazzini, comentando essas grandes mudanças no panorama do direito concorrencial europeu e, por consequência, inglês, nos anos 2002 e 2003, extraímos que:

O Regulamento 1/2003 atua para o efeito vinculante das decisões da Comissão nos procedimentos perante os tribunais nacionais. E também prevê a coopera-

ção sem precedentes entre a Comissão e os tribunais nacionais na condução de procedimentos civis. Uma nova observação escrita na cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados Membros da UE, na aplicação dos Artigos 81 e 82, complementam as provisões do Regulamento.⁶⁶

De fato, no referido Regulamento se colhe como a apontada colaboração será aplicada, destacando-se: o Judiciário pode requerer documentos à Comissão, assim como a apresentação de pareceres; a Comissão deve receber cópia das sentenças; a Comissão e as autoridades locais podem apresentar observações escritas e orais em processos (em que não são parte, evidentemente) etc.⁶⁷

66 NAZZINI, Renato. *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 25. Tradução livre, nossa. No original consta: "Regulation 1/2003 makes provision for the binding effect of decisions by the Commission in national court proceedings. It also envisages unprecedented cooperation between the Commission and national courts in the conduct of civil proceedings. A new Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC complements the provisions in the Regulation".

67 "Artigo 15. Cooperação com os tribunais nacionais. 1. Nos processos relativos à aplicação dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado, os tribunais dos Estados-Membros podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência. 2. Os Estados-Membros devem transmitir à Comissão cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado. Essa cópia deve ser transmitida sem demora após a sentença escrita integral ter sido notificada às partes. 3. As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais do respectivo Estado-Membro sobre questões relacionadas com a aplicação dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, podem igualmente apresentar observações orais aos tribunais do respectivo Estado-Membro. A Comissão pode igualmente, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados-Membros nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar a aplicação coerente dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, pode igualmente apresentar observações orais. Tendo em vista o propósito exclusivo de elaborar as suas observações, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência e a Comissão podem so-

64 Consideração n. 21 (continuação da citação anterior). EU-ROPA. *Ibidem*.

65 *Ibidem*.

Além disso, visando a aplicação uniforme das regras de concorrência nos Estados membros, as decisões da Comissão Europeia são vinculantes para as cortes nacionais e para as autoridades administrativas respectivas.⁶⁸

Por outro lado, é importante destacar que os Estados Membros da União Europeia, na ausência de regras comunitárias, possuem autonomia procedimental, observando-se três aspectos, expostos por Renato Nazzini:

O primeiro é que o direito comunitário não intervém para estabelecer medidas de harmonização. O segundo é que o exercício do direito baseado no direito comunitário não pode ser excessivamente difícil ou impossível. Esse princípio da efetiva proteção judicial aplica-se às regras procedimentais assim como às medidas judiciais. O terceiro é o princípio da não discriminação ou equivalência. A proteção judicial baseada no direito comunitário não pode ser sujeito a requerimentos estritos daquele aplicável em comparação às medidas sob o direito privado no direito nacional.⁶⁹

licitar ao tribunal competente dos Estados-Membros que proceda ou providencie ao envio de todos os documentos necessários à apreciação do processo. 4. O presente artigo não prejudica quaisquer direitos mais latos de apresentar observações em tribunal que o direito interno de cada Estado-Membro atribua às respectivas autoridades responsáveis em matéria de concorrência”.

68 “Artigo 16. Aplicação uniforme do direito comunitário da concorrência. 1. Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustentar a instância. Esta obrigação não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 234.o do Tratado. 2. Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81.o ou 82.o do Tratado que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão”.

69 NAZZINI, Renato. *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 108-109. Tradução livre, nossa.

Com o subtítulo *jurisdição inerente aos tribunais ingleses para regular o procedimento concorrencial*, Renato Nazzini indica a Sessão 49 da *Lei da Suprema Corte de 1981 (Supreme Court Act 1981)*, que contém uma declaração fundamental de princípio relativo aos procedimentos concorrenciais, que não se aplica à Corte de Apelação ou às *High Courts* (um dos tipos de órgão do Primeiro Grau inglês) assim explicada:

Ela reconhece o conjunto de poderes da corte surgidos com o *Common Law* para estabelecer os procedimentos civis que são reconhecidos como existentes desde “tempos imemoriais”. Esses poderes são genericamente ditos como uma expressão inerente à jurisdição da corte. Pela regra 3.1 (2)(f) do CPR [*Civil Procedure Rules*, ou Regras de Processo Civil, de 1998],⁷⁰ a corte tem o poder “para manter no todo ou em parte quaisquer procedimentos gerais ou específicos ou datas. Os poderes dados à corte pela regra 3.1 (2) são adicionais a quaisquer poderes dados por regra ou prática ou quaisquer outros decretos ou poderes que as cortes possuam. Portanto, a inerente jurisdição para estabelecer procedimentos coexiste com os poderes dados pelo CPR, regra 3.1 (2) (f).⁷¹

Todo o parágrafo, no original, tem a seguinte redação: “In the absence of Community rules on the subject, remedies and procedures fall to be determined by the national legal systems of the Member States. The principle of procedural and remedial autonomy of the Member States is subject to three qualifications. The first is that Community law has not intervened to lay down measures of harmonization. The second is that the exercise of Community law-based rights should not be excessively difficult or impossible. This principle of effective judicial protection applies to rules of procedure as well as to remedies. The third is the principle of non-discrimination or equivalence. Judicial protection of Community law-based rights may not be subject to stricter requirements than those applicable to comparable private law claims under national law”.

70 As *Regras de Processo Civil* inglesas de 1998 dificilmente podem ser comparadas a um código de processo civil como conhecido no Brasil, em nossa opinião. Seus 51 “artigos” ou “partes” podem ser facilmente consultadas em <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>>.

71 NAZZINI, Renato. *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*. Oxford:

À primeira vista, um comando como esse soa completamente fora da realidade brasileira, onde, tradicionalmente (ao menos desde 1939) o Código de Processo Civil estabelece todas as regras procedimentais, não cabendo aos julgadores, de qualquer instância, estabelecer alterações em tais procedimentos. Contudo, uma aproximação brasileira ao modelo inglês não será, eventualmente, o que o legislador, em 2015, estabeleceu? A resposta nos parece afirmativa, conforme se extrai do novo Código de Processo Civil, artigo 190,⁷² que está se tornando conhecido como *negócio jurídico processual*. Ao que parece, o legislador procurou nos aproximar do sistema inglês não apenas no respeito ao precedente, mas buscando, naquele país, novas inspirações para alterar o sistema processual e procedimental brasileiro. Resta saber se nossa comunidade jurídica seguirá os passos do legislador e alterará sua cultura.

De qualquer modo, o artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 poderá ser de grande valia nos conflitos jurídicos administrativos, decididos na esfera de competência do CADE, e judiciais envolvendo o direito concorrencial. Indubitavelmente, eles

envolverão pessoas jurídicas plenamente capazes e a complexidade de suas causas, bem como os efeitos das decisões jurídicas tomadas na sociedade, inclusive quanto a outras partes interessadas (outras pessoas jurídicas concorrentes, fornecedores, trabalhadores, comunidades onde grandes empresas estejam instaladas etc.), que poderão ser melhor processados com ajustes procedimentais. Na Inglaterra, a liberdade conferida ao Poder Judiciário para reger o procedimental é ampla, como prossegue nos ensinamentos Renato Nazzini:

Essa abordagem como exercício inerente à jurisdição, no *Common Law*, significa que as cortes irão exercer seus poderes para estabelecer procedimentos após ouvir os argumentos sobre os precedentes relacionados à questão e sobre os méritos, consequências e alternativas de estabelecer tais procedimentos nas circunstâncias do caso.⁷³

Por fim, visando aproximarmos da conclusão deste trabalho, nos referiremos a um dos grandes princípios do ordenamento jurídico inglês, que é o respeito à coisa julgada. Após explicar o que ela é, em exposição em que não encontramos divergência com o direito brasileiro, Nazzini acrescenta:

Este princípio da *coisa julgada* pertence à verdadeira natureza da jurisdição. Ele foi mantido como “um claro exemplo de princípio geral do direito reconhecido pelas nações civilizadas” pela Corte Internacional de Justiça. Essa manutenção é tão por si só evidente que um juiz inglês afirmou categoricamente que a

Oxford University Press, 2004, p. 110-111. Tradução livre, nossa. No original consta: “It recognizes a set of powers of the court arising at Common Law to stay civil proceedings which are said to have existed from ‘earlier times’. These powers are generally said to be an expression of the inherent jurisdiction of the court. Under CPR, rule 3.1 (2) (f) the court has the power ‘to say the whole or part of any proceedings either generally or until a specified event or date’. The powers given to the court by rule 3.1 (e) are in addition to any power under any other rule or practice direction or under any other enactment or any power the court may otherwise have. Therefore, the inherent jurisdiction to stay proceedings coexists with the power to stay proceedings under CPR, rule 3.1 (2) (f)”.

72 “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

73 NAZZINI, Renato. *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 111. Tradução livre, nossa. No original consta: “The Common Law approach to the exercise of the inherent jurisdiction means that courts will exercise their powers to stay proceedings after hearing argument about the precedents which relate to the power in question and about the merits, consequences, and alternatives to staying proceedings in the circumstances of the case.”

doutrina da *coisa julgada* no *Common Law* inglês é “inteiramente consistente com ... tal regra no *Civil Law*”.⁷⁴

Com isso, podemos fechar este estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito inglês. São dois sistemas muito diferentes, assim como diferentes são esses países, ainda que haja diversos pontos de intersecção, no passado, no presente e, esperamos, no futuro. Em um princípio tão importante quanto o da coisa julgada lemos uma menção expressa ao *Civil Law*, que ligaria ambos os sistemas.

Contudo, para reforçar as diferenças, lembramos que o egrégio Superior Tribunal de Justiça já flexibilizou o princípio da coisa julgada entre nós.⁷⁵ É imperioso anotar que a *coisa julgada inconstitucional*, no caso a fixação do valor indenizatório, ocorreu em um processo de conhecimento sujeito a quatro graus de jurisdição (o Estado de São Paulo dificilmente não conseguiria levar o feito ao STF), depois a uma execução igualmente com quatro graus de jurisdição disponível às par-

tes. É virtualmente impossível não pensar em flagrantes e sucessivas omissões por parte da advocacia pública, que ocorreram em duas décadas, ainda que ela se beneficie, constantemente, do duplo grau de jurisdição obrigatório. A solução encontrada, para beneficiar o Erário, foi fragilizar o princípio da coisa julgada, afastando nosso país, no particular, do grupo das nações mais civilizadas.⁷⁶

E a discussão sobre o princípio da coisa julgada está em aberto. O egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral para a “questão relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado”.⁷⁷ Em outras palavras, a mais alta Corte do Brasil deliberará, por exemplo, se uma decisão declarando a inconstitucionalidade de uma norma poderá retroagir *ad infinitum*, desconstituindo uma coisa julgada que tenha ocorrido há décadas. Ela poderá permitir, assim, que a ação rescisória seja apresentada no prazo estipulado pelo Código de Processo Civil contado da decisão do Supremo, e não do trânsito em julgado da sentença.

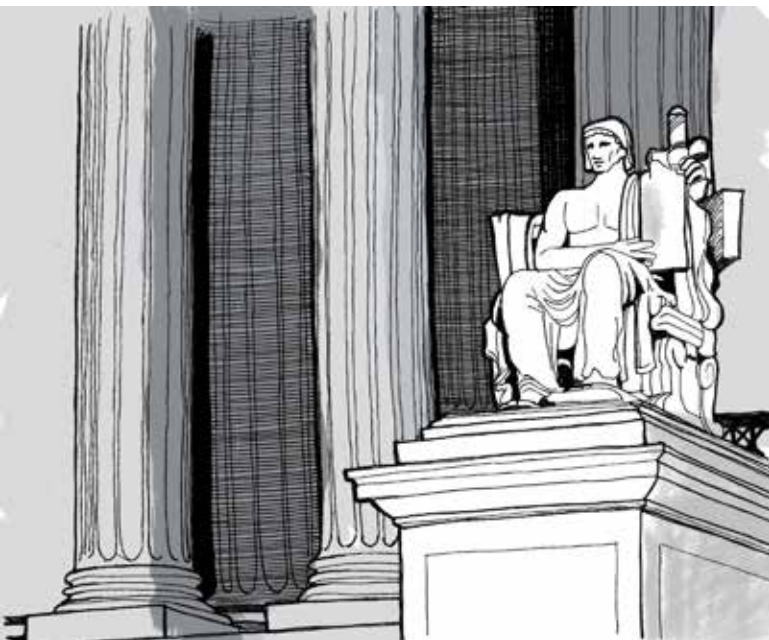
Por derradeiro, para demonstrar a amplitude e importância do tema em comento,

74 *Ibidem*, p. 112. Tradução livre, nossa. No original consta: “This principle of *res judicata* pertains in the very nature of the jurisdiction. It was held to be ‘a clear example of a general principle of law recognized by civilized nations’ by the International Court of Justice. Its stand is so self-evident that that an English judge has clearly stated that the English Common Law doctrine of *res judicata* is ‘entirely consistent with... the rule of the Civil law’”.

75 “No caso dos autos, a questão de fundo da ação aborda a nulidade de ato jurídico vinculado à indenização de terras situadas na unidade de conservação ambiental denominada “Parque Estadual da Serra do Mar”, no qual se questiona a justa indenização, excesso no cálculo do valor de [sic] indenizado, ocorrência de prova falsa e inexistência, sobre o bem, dos poderes inerentes ao domínio pelo expropriado, mormente quando a propriedade é do entre expropriante. Tais questões não passam despercebidas por esta Corte, firmando-se jurisprudência ora pela inexistência de dever indenizatório, ora por reconhecer valor rescisório à falsidade da prova, ora pela violação do princípio da justa indenização, legitimando a desconstituição da coisa julgada inconstitucional”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg AgRg REsp 1.416.333/SP*, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 17/12/2013, DJe 03/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201301312546&dt_publicacao=03/02/2014>. Acesso em: 16 jun. 2016.

76 Conforme Norbert Elias, em um dos maiores clássicos da sociologia, os países não estão no mesmo estágio civilizatório. Ele traçou paralelo, inclusive, entre a maturidade e imaturidade do grupo social, que afeta algumas condutas pessoais (não personalíssimas), de maneira que as pessoas nos países mais civilizados parecem se comportar de forma mais madura que nos demais. Dentro do processo civilizatório, foi essencial o monopólio estatal primeiro da tributação e depois da *violência física*, esta através das punições estatais (restrição da liberdade, p. ex.). Da esfera pública o processo civilizador espargiu seus efeitos para a esfera privada, atuando sobre o comportamento das pessoas à mesa ou à cama, p. ex. Vide ELIAS, Norbert. *The civilizing process: sociogenetic and psychogenetic investigations*. Trad. Edmund Jephcott. Malden, MA (EUA) e Oxford (UK): Blackwell, 2010, *passim*.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 730.462 RG/SP*, Relator Ministro Teori Zavascki, j. 29/05/2014, DJe 24/06/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 16 jun. 2016.



registramos que o egrégio Supremo Tribunal Federal também vai discutir, em regime de repercussão geral, o trânsito em julgado de ação tributária que reconheceu, há décadas, a inconstitucionalidade de um tributo, posteriormente declarado constitucional pela Excelso Corte (Recurso Especial nº 949.297). Uma das razões apresentadas pelo Ministro Edson Fachin foi a possibilidade de haver “desequilíbrio concorrencial em uma infinidade de mercados, visto que parcela dos contribuintes, com equivalente capacidade contributiva, estaria sujeita a cargas tributárias diversas, por atuação do Estado-Juiz”.⁷⁸

Se por um lado o STF procurará reequilibrar relações mercadológicas relacionadas ao peso desigual dos tributos nos custos para alguns agentes, o que é desejável, por outro lado ele poderá romper mais um fator de segurança jurídica do nosso sistema, com efeitos maiores na competitividade global, o que não se deseja. Não será uma decisão fácil.

⁷⁸ BRASIL. *Notícias STF*. Trânsito em julgado em área tributária é tema de repercussão geral. 28/03/2016. Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=312917>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

Conclusão

O Brasil possui todas as características do *Civil Law*, inclusive a baixa valorização dos precedentes judiciais, ao contrário da Inglaterra, berço do *Common Law*. Por esse sistema, os juízes devem decidir de acordo com os usos e costumes do povo, bem como aplicar os princípios gerais do direito. Assim o foi na Idade Média e permanece até hoje no sistema dos precedentes. Os juízes ingleses consideram que é papel do Parlamento mudar o direito quando os precedentes não atendam mais à sociedade, não cabendo essa providência aos próprios juízes. Nesse sentido, o *juiz fazedor do direito*, na essência, é um juiz que reconhece, interpreta e aplica os usos, costumes e princípios imemoriais do direito, que vão sendo atualizados, lentamente, pela aplicação dos precedentes ou, quando for o caso, alterados pelos parlamentares. O *Common Law* não dá liberdade para os juízes julgarem como quiserem. Os ingleses souberam conceder independência judicial e evitar a *ditadura do Judiciário*.

Mas, conforme já foi apresentado, inclusive no Supremo Tribunal Federal, o sistema jurídico brasileiro tem procurado aumentar a importância do precedente jurisprudencial, movimento que culminou com o Código de Processo Civil de 2015. Será um desafio mudar a cultura nacional. Entretanto, espera-se que a nova postura e labor dos juízes, estabilizando suas decisões, traga mais segurança jurídica e ganhos em eficiência, quer para a prestação da justiça, quer para a paz social e o desenvolvimento dos negócios. A previsibilidade das decisões judiciais é um imperativo social cujos ganhos suplantam, com folga, as pequenas perdas na redução da autonomia individual do julgador.

Os juízes ingleses também enfrentam desafios, como o de compor seu direito interno com o europeu, quer seja no âmbito da União Europeia, quer seja na dimensão da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, ambos com tri-

bunais supranacionais. Por isso, os ingleses estão trabalhando com julgados que possuem as características típicas do *Civil Law*, cujas decisões são mais sintéticas (direito comunitário), e com decisões do *Common Law*, mais analíticas (direito interno).

Outros mecanismos europeus também podem servir para aprimorarmos nossos procedimentos. A autorização dada para a Comissão Europeia participar ativamente de processos em que não seja parte, mas que tem o direito da concorrência como objeto, é muito interessante e abre novas perspectivas procedimentais. Trata-se de um órgão execu-

tivo peticionando, apresentando documentos ou mesmo sustentando oralmente onde não é parte, tudo no intuito de fazer valer as decisões legislativas e os precedentes jurisprudenciais. Essas providências podem gerar maior estabilidade às decisões judiciais.

Há que se ressaltar, também, que os ajustes procedimentais diante das peculiaridades do caso concreto podem vir a conferir maiores garantias para a busca da melhor decisão judicial. Tais ajustes, amplamente utilizados na Inglaterra, estão hoje autorizados pelo artigo 190 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Bibliografia

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAILEY, David; WHISH, Richard. *Competition law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Tributação/Desequilíbrio Concorrencial. *Anais do Seminário jurídico sobre o mercado de distribui o de combustíveis*. Associa o dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e Instituto Brasileiro de Petróleo – IBP. 30 de junho e 01 de julho de 2000.

BRASIL. *Notícias STF*. Trânsito em julgado em área tributária é tema de repercussão geral. 28/03/2016. Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=312917>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg AgRg REsp 1.416.333/SP*, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 17/12/2013, DJe 03/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301312546&dt_publicacao=03/02/2014>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.277/DF*, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI 712/PA* [t mbem MI 670 e 708], Pleno, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 30/10/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador>

[pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553)>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 4.335/AC*, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, DJe 21/10/2014 [Voto-vista do Ministro Teori Zavascki]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 730.462 RG/SP*, Relator Ministro Teori Zavascki, j. 29/05/2014, DJe 24/06/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

CARDINALI, Adriana Laporta; TOWNLEY, Christopher. A utiliza o dos precedentes da União Europeia no direito concorrencial brasileiro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito econ mico e social*. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econ mico e Social – CEDES e Revista dos Tribunais, 2012, p. 127-200.

CHURCHILL, Winston S. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956].

ELIAS, Norbert. *The civilizing process: socio-genetic and psychogenetic investigations*. Trad. Edmund Jephcott. Malden, MA (EUA) e Oxford (UK): Blackwell, 2010.

EUROPA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Versão em Português. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

FORRESTER, Ian S. Due process in EC competition cases: a distinguished institution with flawed procedures. *European Law Review*, 2009, p. 1- 20.

HEGEL, G.W.G. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MANCHESTER, Colin; SALTER, David. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar. CADE e o Poder Judiciário. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Direito econômico e social*. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social – CEDES e Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-22.

NAZZINI, Renato. Administrative enforcement, judicial review and fundamental rights in EU competition law: a comparative contextual-functional perspective. *Common Market Law Review*, v. 49, 2012, p. 971-1006.

_____. *Concurrent proceedings in competition law: procedure, evidence and remedies*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

OLIVEIRA Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.529/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n. 2. 1974.

POTTER, Harry. *Law, liberty and the Constitution: a brief history of the Common Law*. Suffolk (UK) e NY (EUA): Boydell, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REINO UNIDO. *Constitutional Reform Act 2005*. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.

WALKER, David M. *The oxford companion to law*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

WALKER, Geoffrey de Q. *The rule of law: foundation of constitutional democracy*. Victoria (Austrália): Melbourne University Press, 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Observações preliminares à 1ª edição, Notas sobre a tradução e Glossário. In: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Sites consultados

Wikipédia: <www.wikipedia.org>

União Europeia: <www.europa.eu>

Reino Unido: <<http://www.legislation.gov.uk>>