

O COSTUME JURÍDICO COMO ELEMENTO DECISÓRIO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Guilherme Vaz Cabral, discente de graduação, Universidade Federal do Pampa,
Campus Sant'Ana do Livramento

Daniela Vanila Trigo Nakalski, docente, Universidade Federal do Pampa

e-mail primeiro autor- guilhermecabral.aluno@unipampa.edu.br

Com o fim de conferir concretude ao direito, se transplanta a norma do universo inteligível para o material, por intermédio da juridicização de certas vontades que passam a definir o sentido legítimo de produção do sistema legal, assim denominando-as: “fontes”. A superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico dá luz à sistematização, dentre outras, dessas formas de expressão do direito. A análise histórica, entretanto, evidencia que referida classificação não é imutável, mas necessariamente elástica, por responder aos anseios inconstantes de determinada sociedade que é produto dos seus próprios tempo e lugar específicos. Conforme apregoa a civilística clássica, constituem fontes formais do direito (que tornam possível a subsunção): a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Classifica-se o elemento consuetudinário como fonte formal secundária, vez que subordinado e hierarquicamente inferior à lei. De modo hodierno, a melhor doutrina pretende que a jurisprudência seja incorporada ao tipo costume. A atividade jurisprudencial, enquanto fonte do direito, produz “costume jurídico”. Não de serem observados pela autoridade judiciária, entretanto, alguns requisitos à prestação da tutela jurisdicional, quais sejam: i. operação em conformidade com a lei ou ii. diante de uma lacuna legal; iii. assunção de premissas verdadeiras e argumentos válidos em que suas premissas impliquem na convicção jurídica defendida; iv. atenção à pretensa necessidade sociojurídica e v. aceitação comum, reiterada e pacífica pelos órgãos judicantes. O costume judiciário dá vida ao direito, conferindo a este as flexibilidade e maleabilidade necessárias à construção de uma visão dialética do fenômeno jurídico. Perceber a direção do costume permite ao operador do direito certa preditividade prática, diluindo a insegurança inerente à loteria do distribuidor, em que casos análogos alcançam resultados por vezes opostos, a depender do arbítrio dos julgadores em questão. Assim, ao se analisar as teses e fundamentos arraigados nos acórdãos dos tribunais, partindo de uma perspectiva jurimétrica, efetivamente o que se promove é um aumento da probabilidade de sucesso da demanda em um encurtado espaço de tempo. Eis a que se propõe o presente trabalho. A abordagem adotada é quantitativa, ao passo que se busca atribuir significados à realidade estatística percebida, na confluência das dimensões subjetiva e objetiva. Os dados que sustentam a análise foram obtidos através da ferramenta de pesquisa “Jusbrasil”, que coleta e estrutura as decisões publicizadas pelos tribunais de todo o país sobre as mais diversas matérias. Com o fim de verificar o grau de receptividade das cortes com relação à teoria do desvio produtivo do consumidor, como proposta pelo professor Marcos Dessaune, fora conduzido um levantamento da incidência dos termos cunhados pelo jurista nas decisões dos tribunais de segunda instância. A tese foi escolhida ao acaso, e o que se pretende defender é a generalização do fenômeno analisado, ressalvadas as devidas proporções, com relação aos demais. Por fim, passa-se à classificação dos tribunais

com relação ao porte, valendo-se do indexador formulado pelo Conselho Nacional de Justiça, que leva em consideração: a. despesas totais; b. casos novos; c. processos pendentes; d. número de magistrados; e. número de servidores efetivos, requisitados, cedidos e comissionados sem vínculo efetivo; e f. trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores). O que se termina por verificar é uma gritante discrepância na frequência do emprego de referida teoria como fundamentação (elemento decisório) quando comparada entre os tribunais. Sozinhas, as cortes da região sudeste concentram quase o dobro das menções aos termos no resto do país. Só no TJRJ, primeiro colocado, se constatou 5.103 vezes mais menções do que no último colocado, TJRR. Também, a contrassenso, o que se verificou foi que tribunais de mesmo porte, por vezes, apresentam frequência de menções radicalmente diferentes, a exemplo dos TJRS (1.135) e TJSP (17.792), ambos de grande porte. Repetidas vezes, tribunais de portes menores superam, em quantidade de menções, os tribunais de maiores portes, como é o caso que se verifica quando comparados os TJBA (médio porte) e o TJMG (grande porte). Também, o determinismo geográfico não é hipótese que justifique, como demonstra o caso do TJAM (1.081), que embora pertença à região com menor número absoluto de menções, supera, em incidência, o TJES (269), da região com maior número absoluto de menções. Vê-se, portanto, que diferentes tribunais decidem com base em costumes judiciais distintos, próprios de cada corte, podendo uma mesma fundamentação ser corriqueira em um tribunal e escassa em outro.

Agradecimentos: UNIPAMPA.

Palavras-chave: Costumes jurídicos; Fontes do Direito; Jurimetria.