

O PROCESSO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO NO SISTEMA DO "COMMON LAW"

Prof. Hendrik Zwarensteijn ()*

De início gostaria de mencionar que me sinto bastante honrado por ter sido convidado para proferir estas conferências sobre O COMMON LAW nesta ilustre Faculdade de Direito. Gostaria também de agradecer especialmente aos professores Rodolfo Araújo, Gustavo Paushaus e José Ajuricaba, pela cordial e hospitaleira recepção de que fui alvo quando de minha anterior e atual visitas. Em verdade, como resultado disso, quase sinto-me como se em casa estivesse....

Na escolha de alguns seletos tópicos do "Common Law", Anglo Americano, defrontei-me com a dificuldade de alcançar uma seleção adequada daqueles tópicos que se prestariam a uma curta série de conferências e ainda permitissem à pessoa sujeita a outro sistema o sentimento de fascinação quanto ao "Common Law". Espero que minha seleção, ao final, alcançará precisamente aquele resultado.

Sendo eu próprio uma pessoa treinada no sistema do direito civil, porém ensinando "Common Law", senti que poderia provavelmente perceber algumas das questões com que se defronta o advogado do sistema de direito civil ao travar conhecimento com o "Common Law", melhor do que uma pessoa cujo treinamento e subsequente carreira tivesse se limitado à esfera de apenas um sistema legal.

(*) Professor de "Business Law" e de "International Business Law", na "Graduate School of Business Administration", da Universidade do Estado de Michigan, autor do "Introduction to Business Law", "Legal Aspects of Hotel Administration" e "Fundamentals of Hotel Law", proferiu recentemente (Novembro de 1964), na Faculdade de Direito da Universidade do Recife, uma série de 4 conferências subordinadas ao título "Alguns Aspectos do Common Law", a primeira das quais ora publicamos.

A seleção dos tópicos que fiz para este seminário destina-se a revelar simultaneamente a fascinação do dinamismo do "Common Law" como um instrumento de justiça social; o desafio do estudo do "Common Law" como um veículo de aguçamento da mentalidade analítica do jurista; e, finalmente, a universalidade de direito como um arcabouço que reflete a interdependência dos preceitos legais, morais, políticos e econômicos da sociedade na qual opera.

É costume referir-se ao sistema legal americano como sendo um de direito não codificado, enquanto os sistemas legais dos países como Brasil e os da Europa Continental são usualmente referidos como os sistemas do direito escrito, codificado. De fato, pode-se muitas vezes encontrar as seguintes definições destes sistemas legais:

SISTEMA DO "COMMON LAW" — direito não escrito; o sistema predominante na Grã-Bretanha (com exceção da Escócia), os Estados Unidos (com exceção do Estado de Luíziânia), Canadá (com exceção da província de Quebec), a União da África do Sul, Ceilão, Austrália e Nova Zelândia.

SISTEMA DO DIREITO CIVIL — direito escrito (direito codificado); o sistema predominante na Europa Continental (mais a Escócia), Turquia, Japão, América Latina, a Província de Quebec (Canadá), e o Estado de Luíziânia (USA). Como acontece comumente, as definições tendem a simplificações demasiadas e simplificações demasiadas tendem a introduzir noções falsas. Permitam-me ilustrar isto no caso atual pela menção de dois aspectos:

- (a) a utilidade da distinção perde muito de seu significado quando alguém considera o resultado final, i. e., as decisões dos tribunais com respeito aos problemas submetidos a julgamento; de fato, a distinção tornar-se-ia quase sem significado quando se olhasse apenas o resultado final;
- (b) a distinção perde muito de seu presumível signi-

ficado quando alguém toma conhecimento do fato de que:

- (1) Muitas leis nos países do "Common Law" são codificadas;
- (2) as decisões dos tribunais nos países de "Common Law" não são apenas "escritas", mas até mesmo publicadas;
- (3) muitas matérias jurídicas nos países do sistema de direito civil são reguladas pelas repetidas decisões dos mais altos tribunais com respeito aos correspondentes artigos do código envolvido; em outras palavras, a jurisprudência desempenha um importante papel, nos países do "Common Law", como nos do sistema de direito civil.

Como parece claro, estou usando aqui o termo "direito" com o significado de: "Uma regra de conduta, governando homens nas suas relações mútuas".

Contudo há pequena discussão quanto à existência de uma diferença entre os dois sistemas legais. Na literatura dos últimos setenta anos pode-se encontrar um apreciável número de opiniões altamente variadas, de renomados juristas, sugerindo que existe uma distinção bem significativa entre o "Common Law" e o sistema de Direito Civil.

Assim, pode-se encontrar as seguintes afirmações:

- (a) A mais significativa distinção é encontrada no direito dos contratos; para ser específico, na distinção entre **consideration** (no "Common Law") e **causa** (no sistema de Direito Civil). Contudo, num exame mais profundo, esta distinção perde comumente muito de seu significado, desde que, na maioria dos casos, a **causa** em um contrato seria igualmente aceitável como "**consideration**".

- (b) A mais significativa distinção é encontrada no direito de propriedade, porque a propriedade é que fez o "Common Law" adquirir suas características típicas. Se bem que, historicamente, o direito de propriedade no "Common Law" teve um desenvolvimento diferente do sistema de Direito Civil, a distinção é, de um ponto de vista prático, atualmente de pequeno valor.
- (c) A distinção mais significativa é encontrada na ausência de um Código no "Common Law", enquanto no sistema de Direito Civil toda lei é codificada. Esta afirmação, também não mais é válida, face à crescente codificação de inteiras áreas do direito nos países do "Common Law". Para mencionar alguns: a Lei dos Instrumentos Negociáveis; a Lei de Vendas; a Lei das Sociedades Comerciais; a Lei de Seguros; as leis Anti-trustes; e, recentemente, o Código Comercial Uniforme (já adotado em quase metade dos Estados Unidos).

Se me pedissem para indicar onde a maior distinção entre os dois sistemas legais seria achada, não hesitaria em responder que seria no **processo de raciocínio jurídico**, ou, como em outra parte já o denominei, no **processo de achar o direito aplicável**.

O que é tão característico desse processo de raciocínio jurídico do "Common Law"? poderia ser perguntado por alguém. É o trajeto que o juiz anglo-americano percorre na determinação do resultado de um caso.

Na compreensão do processo do raciocínio jurídico, tem-se que guardar em mente que é um axioma padrão no "Common Law" que, quando uma controvérsia (um caso) é submetida à corte para julgamento, o juiz não decidirá um princípio, mas o caso diante dele. Isto significa que um juiz a qualquer tempo terá seus olhos sobre o caso ante ele, e não será desviado por princípios e considerações teóricas com respeito a certos as-

pectos do direito. "A Jurisprudência", no sentido de Ciência de Direito, como afirmou Dicey em um dos seus livros "rescende nas narinas do advogado inglês".

Enquanto os advogados do sistema de direito civil frequentemente absorvem-se em um sem número de tratados e construções teóricas do direito, o advogado do "Common Law" pode dispensá-los.

Enquanto os advogados do sistema de direito civil normalmente tentarão achar sob que artigo do código poderão enquadrar a controvérsia, o advogado do "Common Law", primeiro, começará por analisar os fatos do caso.

Isto pode ser historicamente explicado pelo fato de que na tradição continental o direito era principalmente ensinado nas universidades, enquanto na Inglaterra o direito desenvolveu-se em primeiro lugar nos tribunais; para o advogado do "Common Law", os recursos eram o mais importante aspecto do direito. Na sua análise dos fatos, o advogado do "Common Law" tenderá a grande detalhe, porque isto será a base de sua consideração do caso (e, ulteriormente, indicará se ganhará ou perderá o caso de seu cliente).

Significa isto que o Advogado do "Common Law" não dá atenção aos escritos de outros juristas ou anteriores decisões dos tribunais? Absolutamente não!

O Professor Zelermyer, em seu livro "Raciocínio Jurídico", relaciona as seguintes fontes de consulta para um juiz ou um advogado, desde que os fatos do caso tenham sido cuidadosamente analisados:

1. Periódicos legais;
2. Anotações em especializados relatórios de direito (tais como "American Law Reports", anotado);

3. Enciclopédias jurídicas (tais como "Corpus Juris Secundum" e "American Jurisprudence");

4. Tratados de grande autoridades (tais como "Wigmore sobre a Prova"; "Williston sobre Contratos");

5. Re-affirmações, "Re-Statements" (uma formulação do direito sobre um tópico específico, elaborado pelo Instituto Legal Americano, uma organização de advogados e juizes sem "status" oficial);

6. Os Digestos (relatando todos os casos julgados e relacionados com a questão em julgamento);

7. O "status" do direito no Estado em particular, que por sua vez pode envolver qualquer das seis precedentes fontes, porém então especialmente aplicado ao Estado em particular (os Estados são soberanos!!).

A maneira como o processo de raciocínio jurídico é aplicado, pode ser ilustrado com um exemplo, que tomaremos emprestado do livro de Zelermyer. É um caso de Ohio, e propõe-se a mostrar como o juiz no "Common Law" raciocina, mesmo quando se ocupa de uma lei:

A secção 3101.01 do Código Revisto de Ohio estabelece especificamente:

"Homens de dezoito anos, e mulheres de dezesseis, cujo grau de parentesco não seja mais próximo do que primos em segundo grau, e que não tenham marido ou esposa viva, podem se unir em matrimônio".

O significado desta norma parece bastante claro: apenas casamentos de pessoas não casadas, que sejam não mais do que primos em segundo grau, são permitidos; ou, para estabelecê-lo diferentemente: casamentos de primos em primeiro grau não são permitidos no Estado de Ohio.

Mas, eis como o Tribunal aplicou a norma:

Um homem de Ohio, com 58 anos de idade, casou-se com u'a mulher de Massachussetts, de 51 anos de idade. A cerimônia matrimonial foi realizada em uma igreja católica romana em Massachussetts (na América, os noivos obtêm uma licença matrimonial das autoridades civis, porém eles têm a escolha de ter a cerimônia do casamento tanto diante de um magistrado civil, i.e., um juiz, ou diante de um sacerdote. Não há necessidade de realizarem-se duas cerimônias matrimoniais, primeiro o civil e, subsequentemente, a cerimônia religiosa, como é o costume em certo outros países tais como os países europeus). Em verdade, as partes eram primos em primeiro grau; eles declararam este fato à igreja e às autoridades civis de Massachussetts (onde o casamento de primos em primeiro grau não é proibido). Após o casamento, o casal passou a viver em Ohio. Desafortunadamente, após um curto espaço o casamento mostrou-se ser um insucesso, e a mulher voltou a Massachussetts. O homem, em vista disso, impetrou uma ação tendente à anulação do casamento, sugerindo que o casamento fôsse declarado **nulo** em virtude da pertinente provisão do Código de Ohio.

A Côte de 1.^a instância, entretanto, não admitiu a ação; um recurso à Côte de Apelação foi igualmente mal sucedido. Em vista disso o caso foi levado à Côte Suprema de Ohio.

A decisão da Côte Suprema não se revelou unânime: Dos sete juizes, quatro juizes mantiveram a decisão do tribunal inferior, enquanto três juizes divergiram (em outras palavras, a mais estreita margem possível). (Deve ser notado aqui, que os votos dos juizes são publicados; não há segredo nas Câmaras).

A opinião majoritária raciocinou como segue:

1. O espírito da lei é permitir casamentos, contanto que não sejam incestuosos, polígamos, que vio-

lem a boa moral, que não sejam invariavelmente contrários a uma bem-definida diretriz pública, ou proibidos. (Neste caso, a pretensão de Mazzolini, o apelante, foi, que o casamento se opunha à bem-definida diretriz pública do Estado de Ohio, como previsto na Secção 3101.01 do Código Revisto de Ohio).

2. A validade de um casamento deve ser determinada pela *lex loci contractus*: se válidamente foi a solenidade realizada, então é válido em qualquer parte. Desde que o casamento foi contratado em Massachussets, era necessário verificar as leis de Massachussets; e tais leis estabelecem o seguinte:

(a) em Massachussets, um casamento entre primos em primeiro grau não é ilegal;

(b) Contudo, nenhum casamento pode ser contratado em Massachussets por uma parte residindo em outro Estado, se o casamento fôsse nulo nêsse outro Estado. Todo casamento, contratado com violação desta norma é nulo e sem efeitos;

3. Por causa da lei pertinente de Massachussets, a questão é se um casamento entre primos do primeiro grau é sem efeito em Ohio; (o famoso “renvoi”, como bem conhecido no direito internacional privado).

4. Pelo “Common Law” (i.e., o direito, como evoluiu através dos séculos, anterior à validade de um Código) os casamentos de primos do primeiro grau são válidos. E os casamentos pelo “Common Law” são ainda reconhecidos em Ohio (um casamento pelo “Common Law” é “um casamento” sem qualquer cerimônia, consistindo simplesmente no fato de que homem e mulher decidem viver juntos e consideram-se como pessoas casadas para o público). A Secção 3101.01 do Código Revisto de Ohio claramente contempla apenas a regulamentação dos casamentos cerimoniais (por causa da sentença “podem se unir em casamento”).

5. A lei deixou de especificar que os casamentos de primos em primeiro grau seriam sem efeito; e um contrato de casamento é uma nulidade *ab initio* apenas quando expressamente assim declarado pela lei.

6. Consequentemente, desde que os casamentos entre primos em primeiro grau não são declarados sem efeito por provisões explícitas na lei, o casamento de Massachussets deve ser mantido válido, e o pedido de anulação consequentemente não foi devidamente admitido.

Os divergentes (na opinião minoritária) raciocinaram como segue:

1. Se a lei estabelece que apenas pessoas de grau de parentesco não mais próximos do que primos em segundo grau podem juntar-se em casamento, segue-se que sob a doutrina do *expressio unius est exclusio alterius* os casamentos de primos em primeiro grau são proibidos e, por conseguinte, ilegais e sem efeito;

2. Os casamentos pelo "Common Law" em Ohio podem ser válidos apenas quando as partes contratantes são capazes de assim o fazer. Consequentemente, se os primos em primeiro grau não podem contratar um casamento cerimonial, eles não podem realizar um válido contrato de casamento pelo "Common Law" também;

3. A consideração de um casamento pelo "Common Law" não é válida absolutamente, desde que no presente caso o casamento foi um casamento cerimonial; (*Mazzolini v. Mazzolini*, 168 Ohio St. 357, 115 NE 2d. 206, 1958).

Comumente verificamos que os estudantes principiantes têm uma tendência de arguir acerca dos argumentos e a resultante decisão do tribunal.

Pode-se mesmo aduzir que, se apenas um juiz

da maioria tivesse pensado consoante as linhas da opinião minoritária, o resultado teria sido inteiramente diferente. Enquanto êstes são interessantes passatempos, nós sempre temos que mostrar aos nossos estudantes iniciantes que, ao estudar o direito, êles não devem discutir a decisão do tribunal, porém, muito melhor, tentar compreender como o tribunal (i.e., a maioria) chegou à sua decisão, porque esta decisão é direito do caso. Ao mesmo tempo, êles devem também compreender o raciocínio das opiniões divergentes porque acontece muito frequentemente que, em casos subsequentes, a opinião minoritária de um caso anterior se torna a opinião majoritária em um caso posterior.

Ê esta atitude acêrca da compreensão legal que tem conduzido à afirmação muitas vêzes citada, que "o direito é o que os juizes dizem ser".

O grande filósofo do Direito Jeremy Bentham respondeu à questão de como os juizes fazem o direito da maneira que segue:

"Exatamente como um homem faz direito para seu cachorro. Quando seu cachorro faz qualquer coisa que você quer evitar que êle faça, você aguarda até que êle o faça, e então espanca-o porisso. Isto é a maneira como você faz direito para seu cachorro e esta é a maneira como os juizes fazem direito para você e para mim. Êles não dirão ao homem antecipadamente o que é que êle não devia fazer... êles não permitem sequer que se diga algo a respeito: êles permanecem quietos até que alguém tenha feito algo que dizem que não devia ter sido feito, e então êles enforcam êsse alguém porisso. De que modo pode então qualquer homem adaptar-se ao seu direito cão? Apenas através da observação do procedimento dos juizes: por observar em que casos êles enforcaram um homem, em que

casos o mandaram para a cadeia, em que casos penhoraram seus bens, e assim por diante”.

Em outras palavras, o raciocínio jurídico é o raciocínio pelos precedentes. Porém, este “raciocínio jurídico pelos precedentes” tem uma lógica toda sua.

Em primeiro lugar, seu propósito é atingir uma decisão que é expressiva do pensamento social responsável. Isto significa que o juiz deve, em primeiro lugar, considerar soluções alternadas para o problema em julgamento, e, em segundo lugar, pesar as consequências de cada uma de tais soluções em termos de interesse do indivíduo em particular e da sociedade (presente e futura).

Porque o juiz deve pesar, em cada novo caso, as consequências de sua decisão, pode-se facilmente concluir que não se pode abordar o estudo do direito com um esforço de fazer previsões do que os juizes decidirão no futuro, meramente com base nas decisões passadas. O direito é uma instituição social bastante dinâmica para sugerir tal possibilidade. Deve ter sido esta consciência do direito como um instrumento de construção social que conduziu a autora americana (formada em direito) Harper Lec, em sua novela “MATAR UM PÁSSARO ZOMBETEIRO”, a uma observação interessante:

A observação é atribuída a uma empregada negra, Calpúrnia, em resposta a uma pergunta que lhe foi dirigida, com referência a um processo crime (o alegado estupro de uma moça branca por um negro), no qual o empregador (branco) de Calpúrnia é o advogado de defesa. Sua observação, então, é:

“... a primeira coisa que se aprende quando se está em uma família de juristas é que não há nenhuma resposta definitiva para qualquer coisa...”

Em mais amplo contexto, a observação é uma res-

posta à questão com respeito à certeza acêrca do direito, que o leigo médio espera (e talvez justificadamente), porém que o advogado anglo-americano sabe não ser existente, pelo menos não no limite em que noutras partes do mundo muitas pessoas (advogados e leigos igualmente) esperam de um sistema legal.

Em outras palavras, se bem que os americanos queiram e esperem continuidade e persistência nas decisões judiciais (resultando em uma possível previsão do resultado de uma controvérsia e dando aos cidadãos um sentimento de justiça), existe, simultaneamente, o forte sentimento de que o direito deve refletir uma flexibilidade, que acompanha um mundo continuamente mutável. É a êste respeito, que o direito se torna uma parte do contrôle social (e os tribunais desempenham um importante papel em virtude disso).

Quais são então as etapas do processo do raciocínio jurídico?

1. O juiz deve, em primeiro lugar, cuidadosamente analisar os fatos da situação à mão, de tal maneira que as similaridades (ou diferenças) com anteriores decisões possam ser examinadas e avaliadas. Isto requer grande perícia analítica. Contudo, dois excelentes peritos em análise podem tomar diferentes elementos como essenciais à situação à mão. Isto nos lembra o velho adágio latino:

"Si duo faciunt idem non est idem".

Um exemplo pode ser encontrado no muito conhecido caso **Estados Unidos v. Cia. de Aço Bethlehem**, 315 U.S. 289, 62 S. Ct. 581, 1942:

O Conselho Naval da Frota de Emergência dos Estados Unidos "Fleet Corporation" contratou com a Cia. de Construção Naval de Aço Bethlehem a construção de certo número de navios necessários ao suces-

so do esforço de guerra contra a Alemanha. O preço contratual dos navios foi baseado no preço do custo **atual** e mais uma certa quantia para lucro. O lucro, entretanto, foi baseado no custo **estimado**, com a previsão de que se o custo atual fôsse menos do que o custo **estimado**, a diferença seria igualmente dividida entre o governo e o construtor naval. O resultado podia ser que, ao estimar o custo consideravelmente acima do custo atual, o construtor naval aumentaria seu lucro substancialmente.

Posteriormente, o governo tentou mostrar que havia sido pressionado, por causa da situação de emergência e que a Cia. de Construção Naval de Aço Bethlehem tinha se aproveitado indevidamente da mesma.

Na análise dos fatos, o Ministro Black (da Corte Suprema dos EE.UU.), falando pela maioria da Corte, afirmou:

“A palavra **pressão** implica fraqueza de um lado e superior fortaleza do outro.

Aquí é sugerido que a fraqueza está do lado do governo do EE.UU. e a superior fortaleza do lado de uma simples empresa privada... Isto, tanto quanto sabemos, é o primeiro exemplo no qual o governo reclama ser vítima de pressão nas negociações com um indivíduo”.

Observando também que ambas as partes foram representadas por funcionários inteligentes, bem informados e experimentados, a Corte julgou que não poderia concluir que a Fleet Corporation (uma empresa pública) tivesse aceito as condições do contrato em virtude de seus representantes terem-se sentido sem forças para recusar. A Corte então concluiu que os representantes do governo não tinham sido forçados a aceitar os contratos contra sua vontade.

Esta é uma linguagem convincente. Porém a lin-

guagem da opinião divergente do Ministro Frankfurter não é, em nada, menos convincente.

O Ministro Frankfurter analisou primeiro quem tomou parte nas negociações, e quais eram as relações entre tais pessoas. Notou que embora a Fleet Corporation tivesse dois almirantes que eram competentes peritos em construção naval, como seus atuantes negociadores, a autoridade final para concluir os contratos pertencia ao vice-presidente da Fleet Corporation, um homem de empresa, sem prévia experiência em construção naval e, além disso, um homem de estreitas relações com o vice-presidente da Bethlehem. Também notou que o vice-presidente da Fleet Corporation dependia do vice-presidente da Bethlehem para informações e assistência com respeito a assuntos de construção naval. O Ministro Frankfurter então observou: "Negar a existência de pressão em um contrato governamental por referência irônica à fraqueza dos Estados Unidos contra a superior fortaleza de uma simples empresa privada é uma indulgência de retórica com desrespeito aos fatos. Os Estados Unidos, com todo seu poder e magestade, nunca fez um contrato. Falar de um contrato pelos Estados Unidos é usar de uma abstração... Os contratos não são feitos pelos 130 milhões de americanos, porém por alguns funcionários em seu nome. Para todos os fins práticos, o arranjo foi realizado por duas pessoas, almirantes Bowles e Radford. "Por conseguinte, a Corte não deveria permitir que Bethlehem recuperasse tais lucros inescrupulosos, o que faz da Corte instrumento desta injustiça". "Durante o tempo de guerra a possibilidade de barganha dos funcionários contratantes do governo é inerentemente fraca, não interessa quão conscienciosos eles possam ser".

2. Se a situação do fato é cuidadosamente analisada, o juiz procurará situações similares no passado, e analisará quais as bases para as decisões nesses casos anteriores. Nesta análise histórica de decisões judiciais, os juizes podem ou discernir um modelo persistente, ou

êles podem achar que os pontos de vista dos tribunais mudaram através dos anos. Se êles verificarem que uma mudança nos pontos de vista dos tribunais ocorreu, investigarão as circunstâncias peculiares para a mudança. A mudança pode ter lugar em virtude de as concepções sócio-econômicas da comunidade terem mudado. A mudança pode igualmente ter lugar em virtude de mudanças na tecnologia terem transformado uma série de relações, ou em virtude da interferência legislativa.

3. O terceiro passo no processo de raciocínio jurídico é a realização pelo juiz dos fins e propósito do direito. Em outras palavras, êle deve pesar tôdas as soluções alternativas e pesá-las à luz da justiça e ordem jurídica.

4. Com base em tudo isto, finalmente, o juiz chegará à sua decisão. Esta decisão significa, em primeiro lugar, ser o direito do caso julgado. Sômente quando, em casos posteriores uma completa similaridade é encontrada, a mesma regra será aplicada.

Se posso usar o mesmo caso *Mazzolini* (o caso do homem que casou com uma prima do primeiro grau) como uma ilustração, gostaria de ressaltar outro interessante aspecto do raciocínio jurídico no "Common Law": a diferença entre o "Common Law" e o direito legislado.

O "Common Law" pode, para a presente finalidade, ser definido da mesma maneira como Blackstone o definiu dois séculos atrás (em 1765):

"Uma coleção de máximas não escritas e costumes que têm existido imemorialmente, mantidas pela tradição, uso e experiência, e que têm força de direito".

(Como as senhoras e os senhores podem ter notado, o "Common Law" pode ser, em várias ocasiões, defi-

nido de diferentes maneiras: êste é um dos interessantes aspectos do sistema do "Common Law", em que uma simples denominação apresenta diferentes e quase igualmente importantes significados).

Já discutimos como o juiz age ao declarar o direito aplicável ao caso em julgamento. Porém como um juiz no "Common Law" age quando está tratando de uma lei? O caso *Mazzolini*, do qual falamos, nos deu pelo menos algum indício de que o juiz pode voltar-se para o "Common Law". Em verdade, tal observação pode ser inteiramente válida quando alguém quer compreender o processo de raciocínio no sistema do "Common Law". A primeira coisa que um juiz fará ao tratar de uma lei, é inquirir sobre a natureza do dispositivo legal.

Para compreender isto, devemos ressaltar que podemos subdividir as leis em três amplos grupos:

a) Leis que regulam aspectos da vida em sociedade, não regulados anteriormente, pela simples razão de que não houve necessidade ou ocasião para tanto. Exemplo seria a regulamentação da viagem aérea, da energia atômica, ou da exploração espacial.

b) Leis que não são, em essência, mais do que uma concisa reafirmação do que já era o direito pelo "Common Law". Referimos a tais leis com sendo **declaratórias** do "Common Law". Um exemplo seria a Lei Uniforme dos Instrumentos Negociáveis: a maioria dos dispositivos dessa Lei pode ser encontrada nas decisões do "Common Law" tomadas nos tribunais do "Common Law" da Inglaterra, seguindo a assimilação das *Côrtes-de-Pied-Poudre* (os tribunais dos mercadores) até o sistema do tribunal britânico (primeiro passo sob o Ministro Presidente Sir Edward Coke, em 1603, completado sob o Ministro Presidente Lord Mansfield, em 1756). Um argumento para tal afirmação poderia ser encontrado na secção 196 da Lei dos Instrumentos Negociáveis, que dispõe como segue:

"Qualquer caso não previsto nesta Lei, será regido

pelas normas do "Law Merchant" (Direito dos Mercadores) ."

c) As leis em clara divergência com o "Common Law", em virtude do "Common Law", na matéria em aprêço, não mais ser considerado em acôrdo com as mudanças das atitudes sociais ou as mudanças técnicas e econômicas que ocorreram num particular Estado ou sociedade. Referimo-nos a tais leis como sendo **derrogatórias** do "Common Law". Um exemplo seria encontrado nas diferentes leis sôbre hospedagem nos vários Estados (comumente em divergência umas com as outras na ausência de uma Lei Uniforme do Hoteleiro) .

A importância da distinção entre as leis que são **declaratórias** e as que são **derrogatórias** do "Common Law" é que, no primeiro caso, os juizes se sentiriam livres para interpretar a lei liberalmente, tal como êles abordariam o "Common Law" em geral. Contudo, quando a lei é derrogatória do "Common Law", os juizes sentir-se-ão constrangidos a interpretar as palavras da lei estritamente. Interessante exemplo desta distinção pode ser encontrada no Direito dos Hoteleiros. Os seguintes exemplos são tomados emprestados de meu próprio livro FUNDAMENTOS DO DIREITO HOTELEIRO:

"O "Common Law" reconheceu o direito de uma garantia para o hoteleiro pela parte não paga da conta do hotel. Esta proteção foi dada aos hoteleiros apenas; donos de pensão e hospitais não têm esta proteção. Hoje, todavia, encontramos em muitos Estados normas que garantem aos proprietários de pensões e hospitais, privilégios similares e aquêles deferidos pelo "Common Law" aos hoteleiros.

Assim o Estado de Iowa tem uma lei (secções 10348 e 10349 do Código de 1931) que prevê uma garantia para o hoteleiro pelas acomodações fornecidas ao hós-

pede. A lei define como hóspede, “qualquer ocupante legal de qualquer hotel”. E “hotel” é definido como “qualquer estrutura onde quartos ou refeições são fornecidos, a ocupantes permanentes ou temporários”.

Quando a conta de hospital da Sra. Zimmerman não foi paga, a administração do Hospital Hull procurou obter uma garantia de hoteleiro sobre alguns dos valiosos pertences da Senhora Zimmerman. O hospital reclamava que as amplas palavras da Lei de Iowa (“qualquer estrutura onde quartos e refeições são fornecidos”) traria os hospitais dentro da definição da lei.

Porém a Côrte Suprema de Iowa rejeitou o argumento, afirmando: que o histórico desenvolvimento dos hotéis e hospitais revelavam uma tão ampla diferença na finalidade fundamental das duas instituições, que a lei não poderia ser considerada como tendo considerado um hospital um hotel, a não ser que explicitamente declarado. O Tribunal ressaltou que “um hóspede vai para um hotel por divertimento, enquanto um paciente vai a um hospital para tratamento e cuidados”.

Um exemplo mais interessante, pode ser encontrado em um caso de Nova York, também relacionado com o não pagamento da conta:

A secção 925 da Lei Penal de Nova York declara contraventor aquêle que esconder e subrepticamente remover a bagagem de um hotel, com a finalidade de não pagar a conta. O procedimento criminal pode ser iniciado com a queixa do proprietário do hotel. Porém, uma queixa falsa pode resultar em indenização ao triplo para a vítima inocente. Um Sr. Cooper e sua família ocuparam um pequeno apartamento mobiliado no Hotel Oxford, em New York; fêz um contrato com a administração do Hotel Oxford que permaneceria por

seis meses. Quando o Sr. Cooper deixou de pagar sua conta de eletricidade, a administração desligou a energia. A fim de evitar o pagamento de sua conta de hotel e de energia, o Sr. Cooper e família desapareceram com todos os seus pertences do hotel, durante a noite, fugindo através da saída de emergência.

A fim de forçar o Sr. Cooper a pagar a sua conta, a administração do Hotel Oxford encaminhou uma queixa e procedimentos criminais foram iniciados.

Não havia dúvida que Sr. Cooper tinha reunido e subrepticiamente removido sua bagagem; de fato, êle abertamente admitiu isto na côrte.

Contudo, não houve nenhuma condenação, porque a lei de New York tinha apenas dado êste direito de processo criminal a hotéis e... o Hotel Oxford, em relação com o Sr. Cooper não se qualifica como um "hotel" (onde as pessoas chegam por um não predeterminado período, por uma taxa "per-diem"), porém, muito mais, como um "hotel-apartamento", ou mesmo como uma relação de proprietário e inquilino. Desde que a lei apenas deu o direito a "hotéis", outros estabelecimentos não foram incluídos (porque a lei era derogatória do "Common Law", o tribunal interpretou as palavras da lei estritamente). O resultado ??? O Sr. Cooper propôs ação por queixa criminal maliciosa contra a administração do Hotel Oxford, e recebeu 300 dólares... (Cooper v. Schirrmeister, 176 Misc 474, 26 NYS 2d 668, 1941)

É fácil verificar que o processo de raciocínio jurídico domina o sistema do "Common Law". É, de fato, um dos mais significantes aspectos do sistema do "Common Law". E, em minha opinião, é uma das importantes contribuições que o sistema do "Common Law" pode fazer ao desenvolvimento do raciocínio jurídico através do mundo. O direito viaja realmente, como o Direito Constitucional dos Estados Unidos se

transportou para o Brasil, e como o Direito Administrativo da França se tem deslocado para o Brasil.

Se a sugestão, de que o processo de raciocínio jurídico, i.e., o método da análise factual detalhada do caso em julgamento conduzindo a uma decisão da hipótese presente, mais do que a uma decisão dos princípios legais nos quais o caso possa se enquadrar, fôsse estendido a áreas fora da órbita do "Common Law", seria outra contribuição do "Common Law" ao sistema de Direito Civil porque esta não seria a primeira vez que o sistema do "Common Law" Anglo-Americano contribuiria para o desenvolvimento do direito em outras partes do mundo:

Foi durante a última parte do século dezoito que o galante general francês Lafayette foi aos Estados Unidos. Na América, êle ficou bastante intrigado, senão fascinado, pela Carta de Direitos de Virgínia de 1776. Após seu regresso à França, Lafayette fez um forte e emocionante apêlo à Assembléia Nacional Francêsa, para incorporar certos dispositivos da Carta de Direitos de Virgínia ao direito básico francês.

E assim nós verificamos que aquêle famoso documento francês, a **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen** contem vários preceitos similares da Carta de Direitos da Virgínia.

Um dos importantes dispositivos, incidentalmente, previa que nenhum homem poderia ser mantido em prisão sem o direito de inquirir sobre a causa de sua detenção (o assim chamado "**direito ao habeas corpus**"). Esta provisão foi originalmente estabelecida na Magna Carta de 1215, segundo o Conselho Laterano.

Assim, a norma viajou da Inglaterra para

os Estados Unidos, e dos Estados Unidos para França (com um intervalo total de uns 600 anos). Da França, o dispositivo espalhou-se a outros países europeus e a outras partes do mundo. Hoje, muitos países têm em sua legislação, de alguma maneira, um dispositivo referente às leis, **expost facto (nullum crimen, nulla poena; nulla poena sine previa lege poenali)**, uma norma muitas vezes atribuída ao austríaco Anselmus von Feuerbach, mas realmente traçada pela Magna Carta de 1215, a Carta de Direitos de Virgínia, e a **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**, e daí em vários preceitos constitucionais dos países do Oeste Europeu.

Dêsse modo, espero ter dado aos Senhores uma compreensão do que considero um dos fascinantes aspectos do estudo do "Common Law", i. e., o modo pelo qual o juiz chega à sua determinação do resultado de um caso: por uma extensiva e detalhada análise dos fatos, guardando em mente decisões anteriores em casos semelhantes, porém tendo, a todo tempo, sua vista voltada para o caso "subjudice", de tal maneira que, ao final, possa proferir uma decisão que fará justiça ao caso e ainda ser expressiva de um pensamento social responsável.