

abrindo-lhe os mercados do império ultramarino — até então fechados às potências rivais, — exatamente o que sempre pretendiam os gauleses, desde, sobretudo, os tempos de Francisco I, a reclamarem contra o monopólio das Metrópoles a antecipar e alargar a doutrina de Grotius, um “mare liberum”, em vez do “mare clausum”, liberdade extensiva de costas, quase a negar a teoria das “águas territoriais”.

É possível que, aproveitando a “deixa”, tivesse Catarina objetivos mais amplos e, desta sorte, depois de submeter as ilhas à obediência do Prior, e deslocando-se para o Brasil, a título de ajuda, Strozzi acabasse apoderando-se da Colônia, incorporando-a aos domínios da França, daí por que lhe fora outorgado o título de Vice-Rei.

Plano este, porém, secretamente alimentado por Catarina de Médicis, na linha, eficiente, de jogar sobre o aliado o “fato consumado”.

Assim, resultaria infundado falar-se em “acordo secreto”, mediante o qual D. Antônio se comprometera a ceder o Brasil à França, e se não houvera fracassado a tarefa atribuída a Strozzi, tivesse, afinal, o florentino alcançado o sonho da França Antártica, tal desfecho seria o coroamento do esquema traiçoeiro da Regente da França, e, de nenhum modo, conchavo do Prior, disposto a sacrificar a possessão luso-americana para garantir sua ascensão ao Trono de Lisboa.

Considerações Histórico-Críticas Sobre o Direito Comum Anglo-Americano

VIRGÍLIO CAMPOS

I

Origens

Até o século VIII, a Inglaterra era dividida em sete pequenos reinos. Nessa época, as normas costumeiras, erigidas em lei, para terem validade era mister serem sancionadas pelos Reis em seus respectivos Estados.

Em 802, Egbert, Rei de Essex, que tinha a cidade de Londres como capital, unificou todo o país sob o seu cetro, passando, os antigos pequenos reinos, a ser meros condados ou ducados.

Entretanto, o velho direito costumeiro perdurou e, ao darem a real sanção ao costume, os Reis salientavam o caráter consuetudinário das normas.

É bem verdade que, em alguns casos, essa sanção podia ser dada por assembléia de cidadãos eminentes; entretanto, estes agiam como meros delegados do poder real.

Alfredo o Grande, que reinou de 871 a 901, reuniu essas normas em um campo de leis a que chamou “*Conditor Legis Angliae*”, obra que foi completada por seu sucessor, Eduardo, o Antigo. Este primitivo código era, antes, uma coleção de usos do que um corpo de leis como o entendemos modernamente.

No século X, os vikings, principalmente dinamarqueses, ocuparam uma grande parte da Inglaterra, sendo, entretanto, contidos. No reinado de Ethelred, os dinamarqueses voltaram à carga e, destronando o monarca, ocuparam o poder do ano 1002 até 1042, quando os saxões, na pessoa de Eduardo o Confessor, voltaram a ocupar o trono. Este monarca reinou até 1066 e foi cognominado de "Restitutor Legum Anglicanarum", em virtude de haver estabelecido uma lei única para todo o país, em substituição às três leis que, até então, vigoravam: a "Mercen-lage", a "West Saxon-lage" e a "Dane-lage". Estas leis unificadas, coleção de máximas e costumes, em virtude de serem uma "Lei Comum" a todo o Reino, foram chamadas de "Jus Commune" ou "Common Law".

Em 1066, adveio o domínio normando através de Guilherme o Conquistador.

Guilherme, o Conquistador, que reinou até 1087, foi um dos maiores Reis da Inglaterra. Confirmou todas as leis de Eduardo, o Confessor, introduzindo algumas modificações quanto ao direito de propriedade em virtude da alteração que realizou no sistema feudal.

Mantendo o Direito Costumeiro (Common Law), permitiu, no entanto, o estudo do Direito Romano e a sua aplicação como subsidiário, ampliando, enormemente, o sistema jurídico inglês. Entretanto, um dos seus sucessores, menos brilhante, suprimiu o ensino e a aplicação desse direito basilar da civilização ocidental.

O primeiro Tribunal inglês legalmente estabelecido foi criado por Henrique I, que reinou no século XII. Esse tribunal era uma espécie de tribunal de contas ou de conselho de contribuintes e destinava-se aos assuntos relacionados com a arrecadação das rendas reais, sendo chamado de Tribunal Exchequer.

Henrique II foi o mais brilhante monarca inglês dessa época. Dominou a Aquitânia, a Normândia e o Anjou; substituiu os duelos judiciários como meio de prova por um júri especial,

o que passou a chamar-se "brevia", dividindo-se, por sua vez, em "formata" e "magistralia", assemelhando-se bastante, à relação processual, ao Direito formulário dos Romanos; combateu o poder dos senhores feudais, criando muitas leis úteis e outorgando grandes privilégios às cidades. No seu reinado, houve a célebre luta contra a Igreja, a qual não queria abrir mão de seus privilégios, sobretudo quanto ao julgamento dos clérigos quando delinquentes, por tribunais leigos. Dessa contenda resultou o assassinato, na noite de natal de 1171, dentro da própria catedral de Canterbury, do Arcebispo Thomas Becket.

A "Common Law", no entanto, passou a ter existência efetiva no reinado de Ricardo I, o qual instituiu a "Court of Common Pleas" para os julgamentos cíveis. A partir daí, iniciaram-se as compilações da "Common Law" tal como hoje as conhecemos.

O fato mais importante, que viria contribuir decisivamente na cristalização do direito inglês em toda a sua existência, data dessa época.

João Sem Terra, que usurpara o trono do seu irmão Ricardo, Coração de Leão, entrara em guerra com os barões feudais, os quais, após o haverem derrotado, fizeram com que lhes fosse outorgada uma Carta de Direitos a qual teve o nome de "Magna Carta". Foi a mesma promulgada em Runnymede, em 15 de junho de 1215 e é um marco decisivo do direito constitucional moderno. Entre outros princípios, criou o da legalidade e da irretroatividade, instituiu o júri, julgamento do cidadão pelos seus iguais, o "habeas-corpus", a prévia aprovação de novos impostos pelos próprios contribuintes, etc.

O Rei, por sua vez, resolveu usar contra os senhores feudais as mesmas armas que lhes tinham sido outorgadas.

A fim de ganhar o apoio do povo, o monarca estendeu a este as mesmas garantias que havia concedido aos barões. Este processo não foi realizado de súbito, mas lentamente, através dos tempos.

Assim, o princípio da isonomia foi conhecido primeiro na Inglaterra do que em qualquer outro país do ocidente.

Isto emprestou notável força aos Tribunais e ao Direito, com o consequente fortalecimento do sistema jurídico inglês, o "Common Law".

II

A Expansão do "Common Law"

O sistema do Direito Comum expandiu-se à medida em que a Inglaterra aumentava as suas fronteiras através das conquistas e da colonização.

Entretanto, fato de singular realce, os ingleses nunca impuseram suas leis aos povos conquistados. Estes as adotavam pela simples integração da civilização mais fraca, conquistada, na civilização mais forte, conquistadora.

Dessa forma, o "Common Law" estendeu-se primeiro à Irlanda e, mais tarde, à Escócia em 1707, quando a Rainha Ana unificou as duas coroas, da Inglaterra e da Escócia, sob o seu único poder. Entretanto, no ato da unificação, ficou explícito que apenas a Lei do Comércio seria uma só, subsistindo as demais leis escocesas, as quais, todavia, poderiam ser modificadas pelo Parlamento Inglês, sendo que, o Direito Privado somente poderia ser alterado se isto fosse de real utilidade para o povo escocês.

Porém o campo mais importante conquistado pelo "Common Law" foram os Estados Unidos da América.

Embora a colonização tivesse começado um pouco antes, o fato que realmente marcou o início da nacionalidade americana foi o desembarque, em Plymouth, dos peregrinos, em 1620, que, ainda a bordo do "May Flower", pequeno navio que os havia conduzido da Europa, redigiram uma Constituição pela qual todos se guiariam em terra. Ao desembarcarem, fundaram a chamada "New England".

Os costumes da mãe-pátria foram transladados sem modificações, tendo apenas que se adaptar às novas condições políticas e sociais. Pouco a pouco, a colônia da Nova Inglaterra tornou-se preponderante entre as demais e, à medida que sua influência crescia, estendia-se o campo do "Common Law". A colônia de New Netherlands, fundada pelos holandeses, foi conquistada pelos Ingleses em 1663, mudando seu nome para New York. O mesmo destino teve a colônia de New Jersey, fundada pelos suecos e conquistada em 1665.

Entretanto, particularidades especialíssimas da colonização dos Estados Unidos, a qual, em grande parte, foi feita através da conquista de outras colônias de países igualmente civilizados, como Holanda e Suécia, imprimiram características próprias ao "Common Law" americano.

Assim, após a independência, as colônias recém-libertadas que até então formavam uma confederação, uniram-se em uma federação, promulgando a primeira constituição escrita da história, ainda em vigor, em 1787.

Nesta Constituição, os Estados membros ciosos de sua autonomia, reservaram-se o direito de legislar sobre Direito Civil, comercial, criminal e processual. Desse modo, vários estados mantiveram intactos seu próprio sistema jurídico de antes da colonização inglesa ou o sistema misto gerado depois.

O "Common Law" passou, pois, a coexistir com outro sistema legal, o "Civil Law". Ou seja, o Direito Costumeiro de origem inglesa frente ao Direito Civil Codificado de origem latina.

Tal fato acentuou-se, sobretudo, após a expansão da nova nação para o oeste: A compra à França do Território da Louisiana, em 1804; a conquista dos vastos territórios do oeste ao México, em 1848, com a incorporação do Texas, Califórnia, etc.

A Louisiana, que era regida pelas leis francesas, adotou um Código Civil em 1825, calcado no Código Napoleão.

Foi seguida pela Califórnia que adotou um Código em 1872, com base mista no Direito Inglês e no Direito Latino.

O mesmo sucedeu com os Estados da Geórgia e da Virgínia, em 1873, e com Nova York, em 1875. Vale ressaltar que por ser um dos mais importantes estados da União Americana, a legislação de Nova York tem sido seguida por vários outros estados, embora sem forma codificada.

Nos demais países de colonização inglesa, não foi tão feliz o sistema do Direito Comum.

O Canadá, conquistado à França no século XVIII, manteve o seu sistema de origem latina, terminando por adotar um Código Civil também calcado no Código Napoleão.

O Direito Privado também se acha codificado na África do Sul e na Austrália.

Diversas tentativas de codificação do Direito Comum têm sido feitas na própria Inglaterra em virtude da incerteza do direito em tal sistema jurídico, dado o grande volume de decisões jurisprudenciais, normas costumeiras e diversos outros inconvenientes palpáveis em tal sistema. Entre essas tentativas destacam-se a de Francis Bacon, em 1577 e a de Robert Peel, em 1825.

Desses esforços, o mais que se tem conseguido são consolidações de regras antigas já bastante superadas. Todavia, têm sido promulgadas leis importantes, verdadeiros capítulos de códigos, referentes aos títulos cambiais, seguros, transportes, sociedades por ações, falências, etc.

Estas leis escritas não são novidades na Inglaterra como se pode pensar à primeira vista.

Elas foram iniciadas em pleno reinado de Henrique III e tomaram o nome de *Statutes*, ou seja, "atas ou éditos emanados do Rei, com o aviso e o assentimento dos comuns e dos lords reunidos em Parlamento". Possuem especial força, prevalecendo sobre o "Common Law".

Estas leis são gerais ou especiais, públicas ou particulares. Os "Statutes" públicos ou gerais obrigam a todos e os particulares ou especiais obrigam apenas àqueles a quem os mesmos são dirigidos, limitando-se, muitas vezes, apenas, a declarar a "Common Law".

Pelo que foi visto acima, vê-se que o sistema do Direito Comum não obteve aceitação plena sequer nos países de colonização inglesa, sobrevivendo ainda como uma espécie de arcaísmo jurídico.

III

As Bases Atuais da Autoridade do "Common Law"

Atualmente, a autoridade do Direito Comum repousa, sobretudo, nos "precedentes". Estes passaram a impor-se, especialmente, a partir do século XVIII, sendo constituídos pelas decisões judiciais.

Estas decisões têm uma grande função. Além de definir e decidir a controvérsia posta perante o Tribunal, dentro da doutrina da "rex judicata", impossibilitando que as partes voltem a litigar sobre um assunto solucionado por um julgamento válido, a Corte tem de descobrir e aplicar o direito cabível ao caso, mesmo que não exista nenhuma lei sobre o assunto. Neste caso, o Tribunal cria o direito que aplica, agindo como se fosse legislador. Se bem que a decisão obrigue apenas as partes envolvidas no litígio, ela tem um impacto que extravasa esse círculo. Qualquer outro caso que surja sobre esse mesmo assunto, provavelmente, será decidido da mesma maneira como a Corte anterior o fez. A função da Corte, então, será adequar o "precedente" ao caso em julgamento, decidindo se realmente é o direito a ser aplicado. A coisa torna-se, às vezes, bastante complexa, dada a existência de vários precedentes aparentemente sobre casos idênticos. O Tribunal terá, então, de decidir qual daqueles precedentes é o mais adequado ao caso e, se nenhum deles for realmente o "mais adequado", dará uma decisão inteiramente nova, baseada na equity" e nos sadios princípios da

razão, o que criará um novo precedente, ou seja, um “direito novo”.

Tal doutrina é chamada de “stare decisis”, da expressão latina “stare decisis et non quieta movere”, ou seja, aceitar as decisões e não perturbar os pontos assentados.

A autoridade desses precedentes é *persuasiva* ou *obrigatória*. *Persuasiva*, quando parte de cortes da mesma jurisdição ou de grau idêntico. Torna-se obrigatória quando o “precedente” provém de uma Corte superior, para a qual caiba apelação, ou seja, de uma Corte da mesma Jurisdição de instância superior, ou quando o “precedente” provém da própria Corte.

A autoridade persuasiva do “precedente” varia, também, em razão do Juiz que proferiu a decisão. Se o precedente provém de uma sentença de Holmes ou Cardozo, terá muito mais autoridade do que o precedente vindo de uma decisão de um jurista menos eminente.

Também a região por cuja Corte foi criado o precedente influiu no seu grau de persuasão. Se as regiões são vizinhas, as condições sócio-econômicas idênticas, o modo de vida das respectivas populações, etc., o precedente invocado adquire uma autoridade especial.

Assim, um precedente advindo de um Estado agrícola como Montana terá singular influência na decisão de um caso em Dakota ou Wyoming, vizinhos e bastante semelhantes. O mesmo não se dará em relação a um Estado desenvolvido, altamente industrializado como New York ou Massachusetts.

Se o precedente é criado pela Suprema Corte, ele adquire força de lei, tal qual como se houvesse sido promulgada pelo Congresso. Tal fato se repete na mesma escala nos Estados da Federação. O precedente torna-se *obrigatório*, e isto é uma característica específica da “Common Law”.

Isto sucede nos Estados Unidos, entretanto, na Inglaterra o sistema não é muito diferente.

Os tribunais inferiores não formam “precedentes”. Esses tribunais, chamados “Country Courts” ou “Justice of Peace”, limitam-se a aplicar o direito já existente e, se porventura cria direito novo, este precedente não tem nenhum valor.

As decisões dos altos tribunais é que criam os “precedentes” com efeito obrigatório para os tribunais de instância inferior — Alta Corte de Justiça, Tribunal de Apelação, Câmara dos Lords, a qual funciona também como Tribunal em determinados casos, etc. — citando-se, ainda, como importante fonte de direito, o Judicial Committee of the Privy Counsel”, cujas decisões, apesar de não serem obrigatórias, gozam de grande autoridade em virtude de os seus membros serem os mesmos que distribuem justiça em nome da Câmara dos Lords.

Desse modo, constatamos que a mais importante característica do sistema do “Common Law” frente aos demais sistemas jurídicos do mundo, é a criação da Lei pelo próprio Juiz, dando ao poder judiciário uma função legislativa, uma singular competência, que não desfruta em nenhuma outra parte.

IV

O “Common Law” e o Direito Público

Direito civil dos povos anglo-americanos, o Common Law imprimiu a sua marca em todos os demais rumos do direito desses povos.

Assim, todo o direito processual é antes uma coletânea de usos, costumes e praxes forenses, do que uma rígida tabela de procedimentos, se bem que, pelo menos nos Estados Unidos, as fórmulas processuais estejam disciplinadas, na maioria dos estados membros, por leis escritas. Todavia, podemos afirmar que o “praxismo”, tão em voga no Brasil e em Portugal até o século XVIII, ainda domina largamente a processualística americana e inglesa. Isto não quer dizer que o direito processual desses países seja menos rígido do que nos demais países, onde impera a codificação, podendo-se até afirmar o contrário, de

vez que a "praxe" é muito mais infensa às modificações que as leis escritas, as quais, de uma penada, podem ser totalmente modificadas ou substituídas pelo legislador, ao contrário daquela, que necessita de um longo processo de lenta erradicação da consciência coletiva, caracterizada pelo desuso gradual.

Entretanto, se no direito processual a influência do "*Common Law*" foi de cunho estático, expressado na larga adoção da *praxe*, inteiramente diversas foram as consequências dessa influência nos demais ramos do Direito Público, especialmente no Direito Constitucional, no Direito Administrativo, e no Direito Financeiro-Tributário.

Na Inglaterra, o Direito Constitucional não chegou, sequer, a ser expresso em uma Constituição escrita. A estrutura do Estado Inglês é uma autêntica colcha de retalhos, onde se misturam leis do parlamento, éditos reais da época do absolutismo, ou simples normas costumeiras.

Não existe nenhuma lei inglesa estabelecendo a separação entre os três poderes. Tal separação é uma mera questão de fato, o qual veio manifestando-se e acentuando-se, com a evolução dos tempos, até a época atual.

Os Juizes ainda distribuem justiça em nome do Rei, ou seja, do Poder Executivo, e o Parlamento, se bem que eleito pelo povo, denomina-se, eufemisticamente, de "Parlamento de Sua Majestade", ou seja: *Legislativo do Executivo*.

O Gabinete, ou Conselho de Ministros, não foi criado por lei alguma, nem existe qualquer texto legal que disponha sobre sua organização e funcionamento, o mesmo se dizendo do cargo de Primeiro Ministro, o qual, legalmente, não existe, sendo o titular um ministro como outro qualquer. O surgimento de todos esses órgãos é mera consequência de práticas reiteradas que, com o tempo, adquiriram foros de permanência e de legalidade.

O princípio da *reserva legal* para a instituição de tributos e punição de crimes, além das garantias de "*habeas corpus*" e de julgamento por um júri "*de iguais*", decorre de uma con-

cessão feita pelo Rei João Sem Terra aos nobres ingleses, em 1215, a qual, com o decorrer dos séculos, se estendeu a todo povo inglês de um modo natural, independente de qualquer imposição legislativa, conforme fizemos ver no início deste trabalho.

Desse modo, pode-se afirmar que o Direito Constitucional Inglês, assim como todo o Direito Público ali imperante, é um direito eminentemente costumeiro, existente, antes, na consciência dos homens do que nos textos legais.

O espírito do "*common law*" abrange não apenas o campo do direito privado, mas, todo sistema jurídico inglês.

Nos Estados Unidos a influência do "*common law*" no Direito Público deu-se de modo bastante diferente e muito mais discreto.

Ao contrário da Inglaterra, os Estados Unidos não apenas adotaram uma Constituição escrita, mas foram o primeiro país a fazê-lo. Dessa forma, o Direito Público americano, primeiro do mundo a ser codificado, absorveu a influência do Direito Comum de modo peculiar e original, cujos princípios firmados foram de capital importância no progresso jurídico da humanidade. Essa absorção se deu através da construção, pela Corte Suprema dos Estados Unidos, do chamado "*princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis*".

A Constituição norte-americana, ao delimitar a área de atuação de cada um dos poderes instituídos, reservou um espaço bastante pequeno ao poder judiciário. Deve-se ressaltar que o diploma constitucional dos Estados Unidos não se refere, especificamente, ao problema da divisão dos poderes. Apenas cria os órgãos e disciplina as suas atribuições.

No início da vida política norte-americana, o papel da Corte Suprema foi insignificante. Todavia, a partir da nomeação de MARSHALL para o cargo de "*Chief-Justice*", a Corte começou a sair da obscuridade em que, até então, permanecera. A grande oportunidade surgiu quando o alto Tribunal foi

chamado a manifestar-se no rumoroso caso *Mc Culloch v. Maryland*.

O Estado de Maryland havia tributado as agências do Banco dos Estados Unidos situadas no seu território, alegando tratar-se, dito banco, de uma empresa comercial idêntica a qualquer outra.

Mc Culloch, tesoureiro do Banco, impugnou a cobrança judicialmente, alegando ser tal tributação inconstitucional, vez que um dos acionistas do estabelecimento era o Governo Federal, o qual havia sido o criador do próprio Banco através de lei do Congresso. Ora, se as propriedades federais e estaduais estavam imunes de recíproca tributação por expresse dispositivo constitucional, não procedia nenhuma tributação sobre o Banco dos Estados Unidos, pois que também era propriedade da União.

O Estado de Maryland contestou afirmando a inconstitucionalidade da Lei Federal que havia criado o Banco, pois, entre os poderes outorgados à União na cláusula 18, seção VIII, do Art. I da Constituição, não figurava o de instituir estabelecimentos bancários.

Vencido na primeira instância o Banco, através do seu tesoureiro Mc Culloch, apelou para a Corte Suprema, a qual, após prolongados debates, prolatou o memorável acórdão lavrado pelo Chief-Justice MARSHALL.

No preâmbulo, dizia que se tratava de discutir os poderes em conflito da União e de seus membros, e esse julgamento “poderia exercer influência fundamental nas grandes operações do governo. Qualquer tribunal encararia tal litígio convicto de sua imensa importância e profundas consequências e responsabilidades acarretadas pela decisão, fosse qual fosse. Entretanto, a questão devia ser resolvida pacificamente e tão importante dever era atribuído pela Constituição àquela venerável Corte”.

Para que se possa compreender toda a extensão de uma decisão no caso, basta recordar que a federação norte-americana nasceu da união de Estados confederados independentes e so-

beranos que, para sua melhor defesa e consecução dos fins comuns, alienaram uma parte dessa independência e soberania no Governo Central da União, mantendo, no entanto, o máximo possível de sua anterior autonomia.

Para tanto, foram expressamente enumerados na Constituição os poderes do Governo Federal, os quais não poderiam ser extrapolados sob pena de passarem tais atos a constituir uma indébita invasão da área de competência exclusiva dos Estados membros, os quais, em tal caso, se reservavam o direito de ir até o extremo de retirar-se da União por eles constituída.

MARSHALL continuava, em seu voto memorável, dizendo que “segundo o consenso geral, o Governo Americano era um Governo de poderes enumerados, mas, apesar de limitada em seus poderes, a *União era suprema na sua esfera de ação*”.

Desse modo, partindo do princípio de que, apesar de possuidora de poderes limitados, a União era *ilimitada* no exercício desses poderes pois que era *suprema* dentro dos mesmos, MARSHALL firmava o dogma da SUPREMACIA NACIONAL, ao lado do outro dogma já estabelecido por outras decisões anteriores e que era reafirmado no preâmbulo do seu voto no caso *Mc Culloch v. Maryland*, ou seja, de que em quaisquer litígios envolvendo a SUPREMACIA NACIONAL cabia à Suprema Corte a solução do caso e não ao Congresso, estatuinto-se, assim, o dogma da SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO sobre quaisquer outras “supremacias”.

Justificando o dogma da SUPREMACIA NACIONAL, afirmava o grande Juiz que essa supremacia resultava da própria natureza do Governo Federal americano: “É o governo de todos; seus poderes são delegados por todos; representa e age por todos”.

Firmava, desse modo, o dogma da SUPREMACIA POPULAR, deferindo um golpe decisivo na pretensão dos Estados membros de que o poder federal emanava de uma concessão dos mesmos. Respondendo à tal pretensão, MARSHALL sentenciava, enfaticamente, de que tais poderes, longe de pertenc-

cerem aos Estados, os quais ocasionalmente os haviam cedido ao Governo central, pertenciam e emanavam do POVO AMERICANO.

Assim, numa análise esquemática da primeira parte do voto de MARSHALL, podemos afirmar, na concepção do genial jurista, a existência de três graus de "Supremacias".

Em primeiro lugar, na base da pirâmide, estava o POVO AMERICANO, detentor de todo poder e do qual emanava a própria Constituição.

Numa linguagem moderna, poderíamos dizer que tal poder era o Poder Constituinte, supremo enquanto não promulgada a Constituição, a qual era apenas a concretização legal desse poder supremo.

No meio da pirâmide, entre a base e o topo, situava-se o CONGRESSO AMERICANO, representante do povo dos Estados Unidos e executor de sua vontade. Representante do POVO e não dos ESTADOS membros, note-se bem. Poder Supremo no que diz respeito à execução das tarefas especificadas pela Constituição, podendo, inclusive, modificá-la em pontos não essenciais, segundo critérios por ela mesmo estabelecidos.

Finalmente, no topo, estaria a CORTE SUPREMA, guardiã da Constituição e intérprete dos seus postulados, cujas decisões em torno deles seriam supremas.

Esse esquema, correto dentro de um ponto de vista teórico, na realidade, dentro de uma perspectiva pragmática, poderia ser visto de um modo exatamente contrário, ou seja, como uma pirâmide invertida.

Isso porque, cessando, na prática, a SUPREMACIA POPULAR com a eleição do CONGRESSO, a este se transferia, imediatamente, todo o poder do primeiro, o qual só quando de novas eleições voltaria a exercer o seu primado concreto. O Congresso passava a ser, desse modo, o verdadeiro detentor do poder, consubstanciando a SUPREMACIA DA UNIÃO.

Cabia, no entanto, à Suprema Corte, ditar os limites do poder do Congresso, dizendo até onde ele poderia legislar sem ferir a Constituição. Uma decisão contrária da Suprema Corte poderia fulminar qualquer iniciativa do Congresso, sobrepondo-se, assim, a SUPREMACIA JUDICIAL à própria SUPREMACIA NACIONAL, se bem que aquela fosse decorrência desta.

Esta concepção doutrinária, que se impôs com força de lei, levou a que mais tarde eminentes juristas afirmassem que os Estados Unidos eram controlados por "um governo de juizes".

Na segunda parte do seu voto, afirmava MARSHALL que entre os poderes enumerados, outorgados à União, não se encontrava "o de estabelecer um banco ou criar uma companhia. Mas não há, na Constituição, nenhuma frase que, a exemplo dos Artigos da Confederação, exclua os *poderes implícitos ou incidentes* ou exija seja todo o concedido expressamente e minuciosamente descrito".

Profeticamente afirmava que não se devia esquecer "que é uma Constituição que estamos expondo, um diploma que irá servir a épocas futuras e, conseqüentemente, capaz de adaptar-se às várias crises dos negócios humanos". Firmava, assim, desde logo, o dogma da FLEXIBILIDADE DA CONSTITUIÇÃO, opondo à estática da lei a dinâmica constitucional, a qual tornava a Lei Maior "capaz de *adaptar-se* às várias crises dos negócios humanos".

Desenvolvendo o seu pensamento, dizia que "apesar de não constar entre os poderes enumerados do Governo a palavra *Banco* ou *incorporação*, entre eles se encontravam os grandes poderes de instituir e cobrar impostos; de tomar dinheiro emprestado; de regular o comércio; de declarar e conduzir guerras e de levantar e manter exércitos e armadas. A espada e a bolsa, todas as relações externas e parte não desimportante da indústria da nação são confiadas ao seu Governo. Jamais se poderá pretender que esses vastos poderes excluam outros de importância inferior, somente porque são inferiores".

Dessa maneira, firmava-se o quinto e decisivo dogma: o dos PODERES IMPLÍCITOS da União, corporificando legal-

mente o axioma popular de que “quem pode mais, pode menos”.
Passando a decidir, arrematou magistralmente:

“Pretende, no entanto, o Estado de Maryland negar ao governo a escolha dos meios para a concretização de tão altas incumbências, ao insistir que a cláusula das leis necessárias e adequadas da Constituição devia ser interpretada como limitação aos poderes do Congresso e, em substância, como impedimento à feitura de todas as leis que não fossem absolutamente necessárias à execução dos poderes do Governo Geral. Tal interpretação dessa cláusula encurtaria e quase aniquilaria o útil e necessário direito do Legislativo de escolha dos meios... Se o fim é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas dentro da letra e do espírito da Constituição, são Constitucionais”.

“A contrário sensu” do que esperavam os partidários da inflexibilidade constitucional e da limitação dos poderes da União aos estritos ditames da letra da Constituição, os quais resumiam o seu ponto de vista no axioma de que *“tudo que não é permitido é proibido”*, pontificava o grande Chief-Justice dizendo que *“tudo que não é proibido é permitido”*.

Alargando a esfera legislativa federal, MARSHALL estabelecia a seguir uma hierarquia de leis na qual não apenas a Constituição Federal estava acima das Constituições e Leis Estaduais, mas também as Leis Federais situavam-se num plano superior às mesmas, ficando logo abaixo da Constituição Federal. Doutrinava o grande Juiz:

“A Constituição e as leis feitas em consequência dela são supremas; controlam as Constituições e as leis dos respectivos Estados e não podem ser por estas controladas. Deste princípio, quase axiomático, decorrem, como corolários, outras proporções...:

1 — O poder de criar implica o de preservar;

2 — O poder de destruir entregue a mãos diferentes é hostil e incompatível com os poderes de criar e preservar;

3 — Quando tal ocorre, a autoridade suprema deve controlar e não ceder àquela sobre a qual possui supremacia”.

Prolatava, em seguida, o acórdão unânime da Corte Suprema que iria ter uma das mais transcendentais consequências não apenas para a nação norte-americana, mas para todo o Direito Constitucional moderno:

“Depois de haver estudado acuradamente o assunto em debate, chegara a Corte à convicção de não possuírem os Estados poder, mediante a decretação de impostos ou de outra forma, para retardar, impedir, obstar ou, de qualquer modo, controlar a execução das leis constitucionais promulgadas pelo Congresso, tendo em vista os poderes outorgados ao Governo geral. Esta, pensamos, é a consequência inevitável da supremacia declarada pela Constituição”.

A partir dessa histórica decisão, a Suprema Corte tornou-se uma espécie de “Poder Constituinte Permanente”, pois a Constituição deixava de ser aquilo que nela estava escrito para se tornar naquilo que a Suprema Corte achasse que devia ser. Embora formalmente íntegra, a substância, o conteúdo, o sentido da Constituição mudaria ao sabor das interpretações e decisões judiciais.

Do dogma dos PODERES IMPLÍCITOS seria deduzido mais tarde, pelo mesmo MARSHALL, o dogma dos PODERES RESULTANTES, o qual foi criado e aplicado pelo grande Juiz na solução do famoso caso “America Insurance Co. v. Canter” em 1828, donde se nota quão transcendental foi a decisão do insigne magistrado, no caso “Mc Culloch v. Maryland”.

Como vemos, o próprio Direito Constitucional codificado passou a ser muito mais uma “construction” dos Juizes do que

produto de normas legais no sentido formal, e a grande característica do "common law" é, exatamente, essa ausência de formalismo na elaboração da lei.

A nossa longa apreciação do voto de MARSHALL teve por fim mostrar quão imensa é a influência do espírito do Direito Comum mesmo nos países onde uma parte do direito se acha codificado, como é o caso dos Estados Unidos. Vale ressaltar que a doutrina dos constitucionalistas norte-americanos e a jurisprudência da Suprema Corte tiveram profunda repercussão em todos os demais países que, posteriormente, vieram a adotar o sistema federativo de governo. No Brasil, tal influência foi deveras marcante, especialmente durante a primeira república, quando o gênio de RUI BARBOSA transplantou para o nosso direito vários princípios firmados pelo excelso pretório norte-americano.

Salientamos, todavia, que ao tentarmos estudar aqui as relações entre o Direito Comum e o Direito Público nos países de língua inglesa, o fazemos arbitrariamente, pois, a rigor, não existe nesses países, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a adoção do critério da divisão do direito em Público e Privado. Esta é uma das características do sistema do "Common Law".

Enquanto nós fazemos a divisão do Direito na conformidade do título do Código que rege cada ramo, adotando mais ou menos a seguinte divisão:

DIREITO PRIVADO: Civil, Comercial e Trabalhista;

DIREITO PÚBLICO: Constitucional, Administrativo, Processual, Penal, Sindical, Previdenciário, etc.;

Os anglo-americanos, desprezando o critério de classificação pelo grau ou tipo de subjetividade da parte na persecução de um fim determinado e específico, simplesmente classificam o direito segundo o assunto abordado:

Marriage and Divorce, Parent and Child, Personal Property, Contracts, Agency, Sales, Insurance, Corporation, Taxation, Criminal Law, Landlord

and Tenant, Negligence, Checks and Promissory Notes, Social Security, etc.

Vê-se, pois, que mudam os *assuntos*, porém o Direito é um só, sem divisões e *comum* a todos.

No próprio Direito Penal, onde a aplicação das normas costumeiras entra em choque com o princípio da *reserva legal* e com a exigência indispensável da *tipicidade* do fato delituoso, não é menor a influência do sistema do "common law".

A Inglaterra não possui Código Penal, apesar da tentativa do jurista JAMES STEPHEN, em 1878, e do projeto de um *Criminal Justice Bill*, apresentado em 1938 por SAMUEL HOARE. Os numerosos "statutes" vigentes versam mais sobre política criminal do que sobre Direito Penal. Exemplo disso são o *Probation of First Offenders Act*, que introduz a condenação com liberdade condicional; o *Inebriates Act*, dispondo sobre asilos para ébrios; o *Vagrancy Act*, sobre vagabundos e rufiões; o *Reformatory School Act*, que institui escolas de reforma para jovens delinquentes; *Prevention of Crime Act*, versando sobre a custódia de segurança para criminosos habituais; o *Mental Deficiency Act*, sobre doentes mentais e psicopatas perigosos, etc.

A definição do crime e a fixação da pena estão, antes, nos repertórios de jurisprudência dos tribunais do que em leis específicas.

Todavia, é necessário frisar que no sistema da "common law", especialmente na Inglaterra, tanto é Lei a norma emanada do parlamento como a proveniente do entendimento jurisprudencial dos Tribunais. Dessa forma, todos os tipos de delitos mais importantes acham-se definidos e apenados por jurisprudência definitiva e firmemente assentada pelas altas Cortes de Justiça, nenhum perigo existindo para o dogma da reserva legal.

Nos Estados Unidos, a situação é bastante diferente, pois, exige-se que a norma punitiva emane sempre do legislativo e esteja explícita em leis escritas. Grande parte dos Estados membros possui Código Penal, existindo um Código Penal fede-

ral que se refere, especificamente, aos crimes submetidos à competência dos tribunais federais.

Ali sucede com o Direito Penal o mesmo que sucedeu com o Direito Constitucional, residindo a influência do Direito Comum no elastério dado à norma escrita pelos Juizes, criando toda uma legislação suplementar, de origem puramente jurisprudencial.

Poderíamos dizer que na Inglaterra a "Common Law" se mantém em estado de muito maior pureza que nos Estados Unidos, onde o *costume* propriamente dito (Common Law) cedeu lugar à forma mais sofisticada do *precedente* judicial (Leading Cases), entretanto, achamos tal distinção puramente acadêmica, pois ambas as coisas são meras etapas do desenvolvimento histórico do Direito Comum: costume e jurisprudência, uma sucedendo e completando a outra.

V

O Ensino do "Common Law"

Até meados do século XIX, o ensino do Direito nas Universidades anglo-americanas era puramente abstrato e metafísico. Não era nem mesmo exigido o diploma universitário para o exercício da advocacia e da magistratura, havendo célebres casos como o de MARSHALL, Chief-Justice da Corte Suprema e fundador do moderno direito constitucional norte-americano, que não era formado em direito.

Na Inglaterra, no final da Idade Média, os advogados, à semelhança das demais categorias profissionais, organizaram-se em corporações e passou-se a exigir uma série de condições para que se pudesse militar perante as cortes de justiça.

De certo modo, o sistema corporativo ainda impera em quase todo o mundo ocidental na organização da profissão de advogado, se bem que de modo atenuado, adaptado aos novos tempos, sendo exemplo disso, entre nós, a Ordem dos Advogados e, nos Estados Unidos, o famoso *Bar Association*.

Todavia, no primitivo sistema corporativo, a própria *guilda* se encarregava da formação dos seus novos membros. Dessa maneira o ensino era ministrado na própria corte, no trabalho e no contacto diário com a prática forense.

Só mais tarde passaram as faculdades a ocupar-se do ensino do direito, seguindo, entretanto, o mesmo método adotado nas demais congêneres do ocidente, consistente em explanações doutrinárias de cátedra e, conseqüentemente, dando-se ao ensino do direito um cunho eminentemente filosófico e pouco prático. Todavia, o jurista desses países deparava-se com uma imensa desvantagem frente aos seus colegas dos outros países que adotavam o sistema latino, com princípios rígidos baseados em leis codificadas. Estes necessitavam apenas de conhecer a norma escrita e fazer abstrações sobre a mesma, pois ela, e não outra, seria a norma aplicada pelos tribunais onde iria litigar. O mesmo não sucedia com o jurista do sistema do "Common Law", onde as normas eram fluidas e incertas, não se tendo nenhum conhecimento sobre a regra que poderia vir a ser aplicada pelo tribunal.

Este estado de coisas foi revolucionariamente modificado pela "Harvard Law School", a mais antiga e uma das mais importantes escolas norte-americanas. O autor dessa reforma foi o professor LANGDELL, diretor da Escola de Direito de Harvard.

O método que passou a ser adotado, chamado "case method", ou seja, método do caso, consistiu em se colocar o estudante perante um caso qualquer, imaginário ou não, e, passo a passo, fazê-lo raciocinar sobre a sua solução, buscando aplicar os precedentes dos tribunais, pesquisando-os e adequando-os ao fato em estudo.

Assim, o estudante adquiria o conhecimento da lei, do "common law", e adquiria a habilidade necessária na busca e aplicação do precedente, fundamental para a solução da lide.

Tal habilidade é muito mais arte do que ciência. É tão fácil aprender esta técnica, folheando tratados de doutrina,

quanto aprender a nadar ou a dirigir automóvel através de um manual de ensino.

Este método, hoje generalizado nos Estados Unidos e, até certo ponto, na Inglaterra, é bem uma prova concreta do pragmatismo americano.

Deve-se salientar, no entanto, que o ensino jurídico não se resume apenas ao "case method", havendo diversas outras matérias que informam a cultura jurídica, filosófica e humanística do homem de lei, todavia, a técnica do uso dos *precedentes* constitui o elemento fundamental.

Isto ocorre porque, embora cada caso seja único como entidade, à semelhança das pessoas humanas, que podem parecer-se porém uma jamais será absolutamente idêntica à outra, frequentemente encontra-se uma linha de decisões semelhantes sobre casos semelhantes levados perante as cortes. Às vezes, também, sobre casos semelhantes encontra-se decisões divergentes, sejam da mesma corte, sejam de cortes diversas. A tarefa do advogado, então, será fazer uma síntese dessas decisões e apresentá-las de modo favorável ao seu constituinte, extraindo-se uma regra das mesmas.

O trabalho apaixonante, que é a elaboração dessa síntese-regra, permite observar o desenvolvimento da concepção jurídica, o alargamento ou estreitamento dessa concepção a fim de atender metamorfoses sociais e fazer justiça igual para a grande variedade de casos novos. No entanto, pode suceder que o litígio trazido à corte seja tão completamente novo que não guarde nenhuma analogia com qualquer precedente. Neste caso, o advogado terá de lançar mão dos seus conhecimentos doutrinários e humanísticos, de sua cultura histórica, filosófica e sociológica, e, não raro, dos seus conhecimentos no campo da ciência e da economia, a fim de conduzir a corte a raciocinar e decidir de modo favorável a partir daquilo que ela considera como superior interesse público. Tal decisão passará a constituir um *precedente* para casos futuros.

Como se vê, no sistema da "common law", o advogado não é um mero repetidor de jurisprudência, mas, sobretudo, um

pesquisador e um dialeta de quem a atividade profissional, às vezes, exige conhecimentos vastíssimos e grande capacidade dialética de raciocínio e argumentação.

Para que se possa entender toda a dinâmica de um litígio perante uma corte no sistema da "common law", apresentamos, resumidamente, o desenvolvimento judicial de um caso cujo julgamento teve repercussão jurisprudencial duradoura no direito norte-americano.

Este caso, conhecido como MACHPHERSON v. BUICK MOTOR CO., foi decidido em 1916 pela Corte de Apelação de Nova York, tendo como relator o célebre juiz BENJAMIN CARDOZO, e pode ser assim resumido: MACHPHERSON comprou um automóvel fabricado pela BUICK MOTOR CO. a um revendedor autônomo. Quando saiu pelas ruas guiando o carro comprado, uma das rodas partiu-se e ele foi atirado para fora, bastante ferido. A perícia demonstrou que a roda fora fabricada com material imprestável e sem obediência a nenhum requisito de segurança mínima.

MACHPHERSON acionou a BUICK por negligência e exigiu uma grande indenização por perdas e danos. A Ré contestou alegando a inexistência de qualquer vínculo contratual com o Autor, de vez que o carro havia sido por ela vendido ao revendedor autônomo e, em consequência, somente perante este possuía responsabilidades decorrentes de contrato.

Em abono de sua defesa levantou o precedente do caso MAYOR v. CUNLIFF. Nesta questão CUNLIFF era um fabricante de carruagens. Uma delas foi vendida a outra pessoa e esta emprestou a sua nova carruagem ao seu amigo MAYOR. Em virtude de graves defeitos de fabricação, a carruagem quebrou e MAYOR ficou gravemente ferido. Tendo proposto uma ação por danos contra o fabricante, a corte deu ganho de causa a este, considerando que a responsabilidade civil só pode decorrer de contrato e CUNLIFF não havia feito nenhum contrato com MAYOR, não sendo, portanto, responsável perante este.

MACHPHERSON redarguiu com o precedente do caso THOMAS v. WINCHESTER, o qual consistiu no seguinte:

WINCHESTER, fabricante de remédios, vendeu um veneno a um boticário, rotulado, por engano, como sendo um determinado remédio. O boticário revendeu-o a um freguês, THOMAS, que, em consequência, sofreu graves danos em sua saúde. A corte considerou WINCHESTER culpado de negligência, apesar de este não haver contratado com THOMAS e sim com o boticário. O tribunal afirmou que “a negligência do Réu colocou vida humana em perigo iminente, pois, um veneno erradamente rotulado injuriará quem o utilize e o perigo tem de ser previsto, pois há um dever de evitar injúrias a quem quer que seja”.

A BUICK respondeu que o precedente citado só se applicava aos casos em que a negligência *fatalmente* ocasionava perigo de vida a terceiro, como veneno, explosivos e outras armas mortais. Um automóvel, evidentemente, não se enquadrava entre objetos mortais. Em seu apoio citou o precedente do caso LOOP v. LITCHFIELD. Um fabricante de ferramentas para serrarias, LITCHFIELD, vendeu uma roda de balanço, usada em uma serra circular. A roda se achava com um pequeno defeito e o fabricante advertiu o comprador do mesmo, o qual, desejando um artigo mais barato, dispôs-se a assumir o risco. Tempos depois, o comprador arrendou a sua maquinaria a LOOP, sobrevivendo, então, o acidente danoso. A corte decidiu que a responsabilidade de LITCHFIELD não se estendia a LOOP, com o qual não havia contratado, pois uma roda de serra circular não é uma coisa que produza *iminente* perigo mortal, não se applicando, assim, o precedente de THOMAS v. WINCHESTER.

MACHPHERSON voltou a argumentar com o precedente de DELVIN v. STEVENSON. Smith, empreiteiro de obras, tinha um contrato para pintar o interior da cúpula de um tribunal. Necessitando de um andaime para os trabalhos, contratou com STEVENSON a construção de um. O andaime quebrou e um dos operários morreu na queda. Os operários acionaram o empreiteiro SMITH e o construtor STEVENSON. A corte absolveu SMITH mas considerou STEVENSON culpado. Ao pronunciar a sua decisão, o juiz RAPALLO disse que “a obrigação do fabricante de construir perfeitamente surge apenas do

seu contrato com o comprador. Outras pessoas — o público em geral — não estão envolvidos. Infortúnio de terceiros, não partes do contrato, não seria uma consequência *natural e necessária* da negligência do construtor, se tal negligência não é um ato *iminentemente* perigoso para a vida humana. Todavia, STEVENSON contratou a construção de um andaime de noventa pés de altura, para o propósito óbvio e explícito de permitir que trabalhadores nele subissem para executar o seu trabalho. Qualquer defeito ou negligência em sua construção, que o fizesse ceder, teria como *resultado natural* a queda dos homens dessa grande altura. Trata-se de um caso evidente, onde infortúnios de terceiros, não partes no contrato, sejam uma *consequência natural e necessária* da negligência do construtor, a qual se torna um ato *iminentemente* perigoso para a vida humana. Essas circunstâncias trazem o caso razoavelmente dentro do precedente de THOMAS v. WINCHESTER”.

A BUICK contratou afirmando que se poderia admitir como *iminentemente* perigosa a construção defeituosa de um andaime a grande altura, onde vários exerceriam pesado labor, mas um automóvel de passeio não possui nenhuma dessas características perigosas, pois sendo um instrumento de divertimento e lazer, as pessoas que dentro dele se acharem não estão nas perigosas condições de operários trabalhando à grande altura, cujo trabalho, por si só, já é perigoso, motivando grande risco de vida. Trouxe em auxílio de sua argumentação o precedente de JOHNSON v. CADILLAC CO., um caso bastante semelhante ao que estava em jogo e no qual a corte sentenciara que um automóvel não se enquadra dentro da regra de THOMAS v. WINCHESTER, de vez que “o automóvel não ocasiona grave e iminente perigo de vida a quem o utilize”.

Parece que a BUICK reservara esse último e decisivo precedente para o final dos debates, pois, tratando-se de um litígio muito parecido, versando sobre acidentes automobilísticos e no qual a Ré era também uma fábrica de automóveis, pouca margem de escolha restaria à corte para decidir. Todavia, a corte de onde provinha o precedente levantado, além de ser de nível igual, e não superior, situava-se fora da jurisdição do

Estado de Nova York. Desse modo, o precedente arguido tinha força meramente *persuasiva* e não *obrigatória*.

MACPHERSON argumentou, ainda, com o precedente de STALIER v. RAY MANUFACTURING CO., julgado pela mesma Corte de Apelação de Nova York poucos anos antes. A Ré era fabricante de cafeteiras e, tendo colocado seu produto no mercado, um revendedor vendeu uma das cafeteiras a uma firma onde o Autor era empregado. A cafeteira vendida estava defeituosa e, ao ferver o café, explodiu, queimando o Autor seriamente. Vê-se que, neste caso, à semelhança do caso em julgamento, nenhuma relação contratual havia entre o fabricante responsável pelo defeito e a pessoa vitimada em consequência desse mesmo defeito. A corte decidiu que, apesar de uma cafeteira ser um simples utensílio de cozinha, não sendo seu uso iminentemente perigoso à vida humana, poderia, no entanto, ocasionar esse perigo no caso de ser fabricada negligentemente, de maneira a torná-la iminentemente perigosa quando empregada de acordo com a sua destinação. A sentença concluiu dizendo que “como resultado *natural* e direto dessa conduta negligente e inatenta, a cafeteira explodiu e o autor ficou ferido”.

Vemos que o elastério da doutrina de THOMAS v. WINCHESTER, aplicado neste caso, consistiu em que, anteriormente, a iminência do perigo e a *naturalidade* do resultado decorriam diretamente da própria *natureza* do objeto manipulado negligentemente, como era o caso de venenos e explosivos, enquanto que, agora, pelo novo entendimento jurisprudencial, a iminência e *naturalidade* do perigo e do resultado advinham, não mais do objeto em si, mas da *conduta negligente*, capaz de transformar o mais inocente objeto em fonte de perigo, devido aos vícios de fabricação.

MACPHERSON afirmou que um automóvel, à semelhança de uma cafeteira, apesar de ser um instrumento de conforto pessoal, destinado a tornar melhor e mais fácil a vida das pessoas, poderia, no entanto, transformar-se em objeto de morte e destruição caso fosse fabricado ou utilizado negligentemente.

Encerrados os debates, o Juiz CARDOZO proferiu a decisão:

“Desse exame das decisões passadas emerge, pois, uma definição do dever do manufaturador, que nos habilita a medir a responsabilidade do Réu. Além de toda questão, a natureza de um automóvel fornece o aviso do perigo provável, se sua construção é defeituosa. Esse automóvel foi planejado para rodar a 50 milhas por hora. A não ser que suas rodas fossem fortes e sólidas, ferimentos certamente sobreviriam. Era uma coisa de perigo tanto quanto uma máquina defeituosa para uma estrada de ferro. O Réu sabia desse perigo. Sabia também que o carro seria usado por pessoas outras que não o comprador. Isso era aparente por seu tamanho: havia lugares para três pessoas. Era aparente também do fato que o comprador era um agente de carros, que comprava para revender. O fabricante desse carro forneceu-o para uso de compradores do agente, exatamente da mesma maneira como o empreiteiro em DELVIN v. STEVENSON forneceu o andaime para uso dos empregados do proprietário. O agente era, na verdade, a única pessoa da qual pode ser dito com um certo grau de certeza que por ele o carro não seria usado. Todavia, o Réu queria que disséssemos que o agente era a única pessoa para com quem ele tinha um dever de proteção. O direito não nos leva a uma tão inconsequente conclusão. Precedentes buscados em dias das viagens por carruagens não servem às condições dos dias atuais. O princípio que o perigo deve ser iminente não muda, mas as coisas sujeitas ao princípio mudam. Elas são tudo o que as necessidades da vida em uma civilização em desenvolvimento requerem que sejam. Achamos que o Réu é responsável pelos danos causados”.

Vemos, dessa forma, que na linha de raciocínio seguida pelos patronos de MACPHERSON para destruir a teoria que

“a responsabilidade de contratantes só vigorava no âmbito do contrato firmado, não beneficiando nenhum terceiro”, observou-se o seguinte desenvolvimento da teoria contrária:

1 — THOMAS v. WINCHESTER (1852): Foi decidido que a responsabilidade por danos se estende a terceiros não contratantes quando a coisa fabricada, objeto da negligência, é iminentemente perigosa, decorrendo o dano de qualidades inerentes à coisa, quais sejam venenos e explosivos;

2 — DELVIN v. STEVENSON (1882): Decidiu-se que a responsabilidade também extrapola o âmbito dos contratantes quando o objeto, apesar de não ser intrinsecamente perigoso, ocasiona iminente risco de vida em virtude das peculiares condições de uso e destinação, como no caso de um andaime à grande altura;

3 — STATLER v. RAY MANUFACTURING CO. (1909): A doutrina dos casos anteriores foi alargada no sentido de admitir que a responsabilidade em relação a terceiros decorre, não apenas da perigosidade inerente à coisa ou quando essa perigosidade advém das condições de utilização da coisa, mas, também, quando o objeto, inocente em todos os seus aspectos, se torna perigoso tão só em consequência da negligência do fabricante.

Evidentemente, em um sistema jurídico tão complexo, onde a elaboração judicial das leis é um fato histórico e social incontestável, o ensino do seu direito básico, o “Common Law”, tem de assumir aspectos peculiaríssimos, substancial e formalmente diverso de todos os demais países do mundo.

VI

Conclusões

Apesar de ser originário de duas nações que exerceram e que ainda exercem decisiva influência nos negócios do mundo,

o sistema da “Common Law” não logrou nenhum sucesso em outros países e, mesmo onde tal sistema existe, Estados Unidos e Inglaterra, não têm sido poucas as tentativas de eliminá-lo.

As chamadas vantagens do “stare decisis”, as quais segundo seus doutrinadores são:

1 — *Igualdade* — A aplicação da mesma regra a casos similares e sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que vêm perante a Corte;

2 — *Predictabilidade* — A consistente obediência aos precedentes contribui para a predictabilidade em disputas futuras;

3 — *Economia* — O uso de critérios pré-estabelecidos para decidir novos casos poupa tempo e energia;

4 — *Respeito* — A aderência a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e à experiência de antigas gerações de juizes; não implicam em nenhuma vantagem que já não exista nos sistemas de origem latina, corporificados em leis escritas, sendo que o segundo oferece sobre o primeiro, a vantagem incontestável da segurança, baseada na certeza da lei, o que ocorre na “common law”.

Todavia, não se há de negar que, exatamente essa fluidez da norma jurídica, é que dá ao Direito Comum anglo-americano o extraordinário dinamismo e a imensa capacidade de adaptação às exigências do progresso, virtudes de cuja falta se resente o sistema de normas codificadas.

Os países de leis rígidas têm procurado assimilar algumas das virtudes apontadas da “Common Law”, adotando-se, principalmente, o princípio do “controle judicial da constitucionalidade das leis”, hoje, quase que universalmente aceito.

No Brasil tem-se dado uma cada vez maior importância à jurisprudência dos tribunais, de que são exemplos as “súmulas”

e os "prejulgados", sendo que estes últimos constituem uma verdadeira lei elaborada pelo Judiciário, visto que vinculam o julgador à sua aplicação. O projeto do novo Código de Processo Civil prevê a elaboração de "assuntos" pelos tribunais, os quais vigorarão com força de lei. É a adesão ao princípio da elaboração judicial das leis.

De qualquer modo, não temos dúvida da superioridade do sistema de leis codificadas sobre o sistema do Direito Comum anglo-americano, devendo a força da jurisprudência, vinculante ou não, ser meramente acessória, e, mesmo assim, devendo o princípio jurisprudencial ser reduzido a um tipo legal rígido, como já ocorre com as "súmulas" e "prejulgados", em tudo idênticos às leis elaboradas pelo legislativo.

BIBLIOGRAFIA

LINO LEME — Direito Civil Comparado.

ALLAN FARNSWORTH — Uma Introdução ao Sistema Legal Americano.

LEDA BOECHAT — A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano.

OLIVER W. HOLMES — O Direito Comum.

Aspectos Psicossociais da Mudança Social no Brasil

SEBASTIÃO VILA NOVA

O objetivo deste trabalho é antes apresentar sugestões para o estudo dos aspectos psicossociais da mudança na sociedade brasileira, do que discutir as conhecidas teorias psicossociais da modernização de Germani, Lerner, Hagen, Mc Clelland e outros, das quais a socióloga Lia Pinheiro Machado já fez inteligente análise e lúcida crítica (1). Por esta razão, nos eximimos aqui de repetir a discussão e a crítica dessas teorias, o que seria redundante e ocioso. O que aqui nos interessa é a possibilidade de utilização dessas explicações no estudo da situação específica da sociedade brasileira, mais do que a legitimidade científica de tais explicações. As restrições às teorias psicossociais da modernização e as suas limitações surgirão na medida em que interessem diretamente à nossa perspectiva.

A compreensão de que a mudança social, entendida como modificação nos processos e nas instituições sociais, é abrangida pelo complexo mais amplo de alterações no campo das idéias, crenças, técnicas, linguagem e costumes, compreendidas como mudança cultural, nos impede subestimar os aspectos psicossociais do processo de mudança social em qualquer sociedade. O que não implica a aceitação exclusiva das teorias psicossociais da modernização como explicação da mudança social, nem o desconhecimento da legitimidade de outras teorias explicativas do mesmo processo.

A aceitação de que o atraso sócio-econômico de uma dada sociedade se deve às atitudes tradicionais dos seus membros individuais, tem como pressuposto a crença de que existem tipos de cultura com diferentes tônicas psicológicas, originando daí tipos psicológicos igualmente diferentes, ou seja, de que a certo tipo de cultura corresponde certo tipo de personalidade, como