

O ESPÍRITO DO “COMMON LAW”

Sônia Maria D’ALKMIN¹

Orientador: Prof. Evandro H. B. GUSSI**

RESUMO: A primeira idéia de **Common Law** é de “**direito comum**”, nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, constituídos e subordinados ao rei, que suplantou o direito costumeiro e particular de cada tribo dos povos primitivos da Inglaterra, antes da Conquista Normanda em 1066. Mas esse direito anglo-saxônico constituído de direitos locais e costumeiros pouco influenciou no sistema do Common Law que hoje conhecemos, formado a partir da Jurisprudência (“*jus scriptum*”). Neste, prevalece a “teoria de que o juiz verdadeiramente cria o direito” e é regido pela “regra dos precedentes”. O caráter de fonte normativa de que aparecem revestidas as sentenças resulta no princípio do “*stare decisis*”, conforme o qual os juízes devem resolver seus casos de acordo com o decidido por juízes em casos semelhantes. Uma decisão judicial se constitui em regra importante, em torno da qual outras decisões decorrerão posteriormente, com especificações, exceções interpretativas e extensiva, criando um “*leading case*”. Por exemplo, nos Estados Unidos, quando se estuda uma matéria sobre responsabilidade civil por danos extracontratuais, usa-se como base, o leading case do *Babcok versus Jackson*. Se for Direito Constitucional, o caso *Marbury versus Madison* e de Direito Civil, como no divórcio, *Williams versus North Carolina*. A tipicidade da Common Law reside no fato de que uma sentença ou um acórdão decide o caso, faz coisa julgada (*res judicata*) para as partes e cria um precedente com força de obrigatoria para casos futuros e semelhantes. A princípio, para um advogado brasileiro formado no sistema romano-germânico, o método do “*case law*”, cuja descoberta e revelação do direito são feitas através do exame dos precedentes judiciários, é difícil e confuso, mas ao mesmo tempo, interessante e intrigante. A questão envolve aspectos metodológicos, sociológicos, políticos e filosóficos. No Brasil, a primeira leitura do advogado e juiz é concentrada na lei escrita, abstrata e codificada e, de maneira subsidiária na Jurisprudência; no Common Law, o caminho é inverso. Primeiramente se analisa os “leading cases” e constatada uma lacuna, se utiliza a lei escrita (que diz respeito mais à política que ao Direito). Explicar a aplicação de uma norma geral a um caso particular do Direito Positivado, a partir do geral ao particular, é bem mais fácil do que explicar a metodologia a partir de vários casos particulares para outros particulares, através de generalizações parciais. Sua complexidade torna impossível, portanto, buscarmos uma imagem geométrica cartesiana, como a pirâmide kelseniana, que permita descrever a forma casuística do Common Law. Dada à sua perfeição, sua finalidade de dar abrigo à sociedade e pensar seus ferimentos representados em violações da paz social, poderíamos compará-la a uma colcha de retalhos que cumpre muito bem esse papel, em

¹ Bolsista Agência FIAET - Instituição (Sigla) Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Unidade Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Departamento Núcleo de Estudos e Pesquisa. Laboratório/Setor Estado e Sociedade. Orientador: Sérgio Tibiriçá Amaral.

** Professor do curso de direito das Faculdades Antônio Eufrásio de Toledo, mestre em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP) e coordenador do grupo de pesquisa Filosofia e Direito do Estado.

ambientes anglo-saxônicos, não sendo possível, entretanto, sua improvisação em ambientes romano-germânicos.

PALAVRAS-CHAVES: Common Law. Stare decisis. Leading case.