

PESQUISAS,
RESENHAS E DE MAIS
ATIVIDADES
ACADÊMICAS

Estudar a *Common Law*: uma introdução para a leitura de “*Legal Secrets: equality and efficiency in the Common Law*”¹

Olivia Abrunhosa²

O sistema jurídico da *Common Law* possui diversas vantagens diferenciais como espaço de pesquisa para o grau de problematização abordado nesse livro³. Antes de debater tais vantagens, a autora propõe rever algumas das propriedades críticas da *Common Law* que a tornam diferente tanto na interpretação normativa quanto na perspectiva do Direito Constitucional.

O sistema da *Common Law* corresponde a um Direito produzido a partir dos julgados. Sua autoridade não advém de atos específicos da legislação ou de qualquer documento escrito especificamente. Em verdade, é construído a partir da acumulação de casos decididos por juízes ao longo de muitos anos. Se o princípio norteador do processo de decisão da *Common Law* pode parecer um enorme constrangimento contra qualquer mudança ou flexibilidade do próprio sistema, a *Common Law* é, de fato, altamente maleável. A flexibilidade desse sistema deriva do enorme poder discricionário que os juízes detêm diante de novas situações, similares ou distintas de disputas anteriormente apreciadas. Quando os juízes recebem um novo caso, eles devem primeiro decidir que caso ou conjunto de casos mantém maior grau de aproximação com o caso em questão. Como raramente dois casos são iguais, os juízes quase sempre dispõem de certa maleabilidade ao descrever a presente disputa e destacar as características que a fazem semelhante ao que está sendo usado como modelo.

¹ Resenha elaborada a partir do apêndice do livro SCHEPPELE, Kim Lane. **Legal Secrets: equality and efficiency in the Common Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. Revisado pelo Prof. Ronaldo Lobão. Antropólogo, professor adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.

² Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense, cursando o 4º período. E-mail: ??

³ O livro estuda a equidade e eficiência econômica no Direito, a partir de decisões das cortes norte-americanas. Por exemplo, deve o vendedor de uma casa dizer ao futuro comprador que não há entrada de água nas caixas por doze horas todos os dias? Deve o comprador de grandes quantidades de tabaco informar ao vendedor que os motivos que teriam feito os preços baixarem drasticamente no mercado brevemente iriam desaparecer? Os tribunais norte-americanos decidem que sim para o primeiro caso e que não para o segundo. O livro busca discutir a evolução do tratamento judicial nas cortes norte-americanas para o conceito de “informação privilegiada” ou “sigilo profissional”. Mais ainda, um psiquiatra deve revelar que seu paciente pretende matar sua namorada? O livro apresenta respostas convincentes para o tema, a partir da análise jurisprudencial de inúmeros casos na *Common Law*. Esta resenha tem por objetivo apresentar os procedimentos metodológicos adotados pela autora na produção de sua teoria, com o objetivo de problematizar os desafios dessa abordagem em nosso sistema jurídico. (Nota do revisor).

No momento em que se decide estudar a *Common Law* o pesquisador tem a percepção do que Edward Levi classificou como um sistema de definições porosas. Os termos e as categorias se alteram com o passar do tempo de modo que, enquanto em cada momento a lei positiva não demonstra propensão a mudar, a acumulação de pequenas alterações no curso do tempo é substancial. Estudar a *Common Law* não apenas oferece senso de flexibilidade das regras, mas também permite que se percebam novos contornos institucionais. O que conta como regra e o que conta como situação similar muda ao longo do tempo. Os juízes no sistema da *Common Law* destacam os fatos que os permitem fazer valer a regra que lhes melhor aprover no caso concreto e que a regra que se encaixa nele depende da escolha dos fatos em cada caso. É neste ponto que a construção dos fatos e as regras se mostram mais evidente.

Segundo a autora, essa marca da *Common Law* oferece uma boa razão para selecionar apenas os casos desse sistema no presente ensaio. Os casos da *Common Law* se assentam fortemente nos seus fatos. A fim de notar como as regras se aplicam aos fatos deve-se olhar para a *Common Law*, pois nenhum outro lugar do Direito combina fatos e regras tão concisamente. Devido ao fato de os juízes racionalizarem caso a caso sem o guia de um texto legal específico que indique uma compilação de categorias e porque eles transferem de um caso para o outro dedutivamente os fatos de casos antecedentes aos fatos do caso presente, podemos adquirir longa informação a respeito da maneira precisa como se conectam regras e fatos. A legitimidade das decisões da *Common Law* reside nas habilidades dos juízes de construir analogias persuasivas, e tais analogias fornecem informações detalhadas sobre o modo como as regras incidem nos fatos. Principalmente porque há, geralmente, disponibilidade de múltiplas regras aplicáveis e possibilidade de ênfases diferentes para a escolha dos juízes. Com efeito, os casos da *Common Law* são decididos a partir da escolha dos fatos relevantes que é feita.

Para a autora, outra razão que justifica o estudo da *Common Law* (particularmente acordos e contratos, pois garantem grande gama dos casos citados nesse estudo) é a significativa área residual do Direito. Nos ordenamentos em que a atividade legiferante não se manifestou ou a Constituição não alcança, o sistema da *Common Law* resplandece. Isso significa várias coisas. Primeiro, que a *Common Law* lida com obrigações básicas e gerais que as pessoas devem umas às outras, ou seja, obrigações que são difusas e aplicáveis a todos. Reduzir o dano a outros, se causado intencional ou culposamente, e manter acordos são exemplos de obrigações gerais que a *Common Law* enfoca. Isso faz com que este sistema se revele um interessante lugar de estudo para o observador analisar regras que contêm consistência especializada reduzida.

Em segundo lugar, esses casos na *Common Law* são relativamente livres de controvérsia. Se grupos de interesses particulares conseguem se organizar de modo a pressionar o Legislativo para que verse sobre a matéria, logo os legisladores podem aprovar uma norma para reformar uma regra antiga do sistema. Mesmo aqueles que se beneficiem de uma regra desse tipo podem pressionar a atividade legislativa quando o efeito daquela ação resultar em legalidade e tornar seus custos mais previsíveis. Os espaços que permanecem no escopo da *Common Law* ou são áreas de difícil organização para os grupos de interesse ou são zonas nebulosas para se identificar vencedores e perdedores. Caso se queira estudar a área mais livre do Direito em relação aos interesses particulares, então, deve-se pesquisar a *Common Law*, pois esta apresenta diversas oportunidades para que os juízes abertamente beneficiem alguns grupos em detrimento a outros.

O sistema da *Common Law* também é exacerbadamente Direito Civil. O Estado não entra como parte, ao menos não em sua capacidade única de autoridade política. Aos Estados é possível justificar suas ações através de meios indisponíveis a outros atores. Por exemplo, no caso de sigilo, a justificativa de segurança nacional simplesmente não é creditável a outros atores. Uma vez que o Estado dispõe de certas prerrogativas, deliberadamente excluí os casos envolvendo autoridade estatal deste ensaio, a fim de focar mais precisamente na argumentação que os indivíduos desenvolvem uns contra os outros. O Estado consiste em um agente distinto e merece atenção específica e tratamento pontual.

A ênfase na análise econômica do direito no livro *Legal Secrets* indica a derradeira razão para seu foco nos casos da *Common Law*. A análise econômica do direito é a abordagem que tem sido utilizada de um modo geral para explicar os casos analisados no livro. Quanto a abrangência dos casos desse sistema, os economistas afirmam que a sua tratativa é positiva e não se reduz a uma teoria normativa do direito. Defendem que se pode esperar que a *Common Law* seja eficaz porque regras ineficazes seriam alvo de litígio seguidamente, a ponto de derrubar sua própria balança. Como a autora procurou determinar quais análises econômicas do direito funcionam como teoria positiva, faz sentido examinar a área do direito em que os economistas entendem ser mais forte seu escrutínio. Isso proporciona a melhor chance de acerto às proposições dos economistas.

Assim, por todos esses motivos, alguns casos da *Common Law* foram selecionados como fonte primária para estudo de. Ela observou as justificativas acerca do sigilo que apareceram em casos da *Common Law* como confluência de fraudes, de privacidade, de transações comerciais e envolveram garantias fundamentais. Tais áreas da *Common Law* lidam centralmente com a legitimidade do sigilo. Acrescente-se, essas zonas assinalam disputas em torno das obrigações gerais que os indivíduos mantêm entre si. Outras áreas, tal

como informação de acesso privilegiado tendem ocupar-se em grande medida com situações peculiares, como quando alguém se recusa a revelar em um tribunal a comunicação que sustentou com um terceiro. Casos de Fraude, Privacidade, Segredos Comerciais e Garantias Fundamentais cobrem as obrigações gerais, em que são partes os atores privados, que pairam acima de uma rede de ligações sociais.

Encontrar casos

A autora afirma que cada uma das áreas do direito contém mais casos do que qualquer pessoa conseguiria estudar em apenas um trabalho. Além disso, muitos dos casos não adicionam novos elementos às estruturas básicas demonstradas em amostra representativa. Claramente, esse problema evoca para uma sorte de procedimento de amostragem se um conjunto de casos em análise deve ser de fato emblemático das decisões legais em cada ramo do direito.

Neste livro, a autora lança mão de dois métodos de seleção dos casos. O primeiro capturou amostra representativa dos casos que ainda contam como bom direito em cada uma das três áreas: fraude, privacidade e segredos comerciais. Embora os casos que foram trazidos à baila correspondem a uma longa variedade de momentos da história dos Estados Unidos, eles compartilharam a característica de sustentar a regra em voga na jurisdição relevante. O segundo método, por sua vez, atinente aos casos de garantias fundamentais, foi designado para absorver o movimento em determinado ramo do direito sob a jurisdição de um indivíduo, de maneira a clarificar e detalhar a visão sobre o modo como o direito evoluiu. A autora discute cada um dos métodos separadamente.

Opiniões sobre a amostra legal

O direito parece, à primeira vista, o paraíso dos teóricos das amostras. Nos EUA, a *Decennial Digest* lista, por tópicos e subtópicos, todos os casos decididos em cada jurisdição no país. Não é difícil alcançar o recenseamento dos casos. Ademais, há serviços de pesquisa legal computadorizados, tais como *Lexis* e *Westlaw* que podem buscar por todos os casos a partir do conteúdo de uma frase. Encontrar todos os casos não é difícil.

No entanto, o Direito apresenta certos óbices ao processo de amostragem. Tecnicamente, nos EUA, devido ao papel do *stare decisis*⁴, os casos circunscritos em cada

⁴ Na definição de *stare decisis* encontrada no trabalho de Patricia Perrone: “No *common Law*, ela constitui a política que exige que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhes são hierarquicamente

jurisdição são interdependentes. Os julgados citam outros julgados e são citados uns pelos outros. Uma lei utilizada em um caso se repete em outro, da mesma jurisdição ou até além. Desse modo, considerada a conexão entre os casos, a autora destaca que um pesquisador desavisado pode ser levado a pensar que há padronização em amostras aleatórias.

Mais importante, uma amostra aleatória rígida poderá mostrar quais tipos de disputa chegam aos tribunais com maior frequência, mas, contudo, não necessariamente revelar uma amostra simbólica das disposições normativas. Algumas regras são alvo de litígio com maior regularidade do que outras; e as regras não levadas a juízo tendem a ficar ocultas no processo de amostragem. Amostragem aleatória, portanto, simplesmente não é apropriada em uma perspectiva jurídica, destaca a autora.

O que é preciso, em verdade, é uma forma de amostragem das regras, em lugar dos casos e consiste em um quebra-cabeça bastante mais complexo, já que não há este tipo de levantamento. Por isso, a autora desenvolveu um método alternativo que acredita cumprir essa tarefa. A legislação americana é dividida em duas largas enciclopédias legais, *American Jurisprudence 2nd* e *Corpus Juris Secundum*. Ambas são organizadas por tópicos legais e todas as sentenças, em regra, apresentam uma disposição normativa. Aproximadamente três quartos de cada página trazem citações de casos. As referidas citações enumeram os *leading cases*⁵, em diferentes jurisdições, que se abrigam na regra enunciada no texto do artigo. Apesar de se organizarem de modos distintos, *American Jurisprudence 2nd* e *Corpus Juris Secundum* oferecem tópicos semelhantes em suas edições. Para as três áreas sob exame, a autora incluiu em sua amostra todos os casos citados pelas duas enciclopédias legais. Esse processo atribuiu, no livro, ao menos cem casos em cada uma.

Depois, a autora leu e resumiu cada um dos casos. Felizmente, poucos foram inúteis para este livro, haja vista que, embora citem os tópicos selecionados tangencialmente, suas decisões não envolveram as searas que selecionadas. Por exemplo, ao determinar se o sigilo constituiria fraude, um tribunal teria que decidir, antes, se o réu que mantinha o sigilo mentira. Ainda que a corte tenha comentado sobre a existência do sigilo, a decisão do caso tratava do fato de o réu ter mentido.

Não obstante a base de amostras a autora incorporou casos de outras fontes. Por meio da leitura de bibliografias secundárias de cada área, percebeu que alguns casos reapareciam ou desempenhavam funções diferentes da original na “teoria de casos” de outros. Embora, na

superiores”. Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116.

⁵ No mesmo compasso Patrícia Perrone também nos trás a definição de *leading cases*: “A expressão *leading case* (caso líder) corresponde a um julgado pioneiro no enfrentamento de determinada questão jurídica”, Cf. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.149.

maior parte das vezes, os casos reencontrados fossem os mesmos já constantes das amostragens, eventualmente surgiram novos. Esses casos foram acrescentados, citados com freqüência na literatura secundária, por entender que os advogados em exercício gostariam mais de saber. Caso desconsiderasse esse fator, a teoria de Scheppele, como qualquer outra, seria classificada como implausível pelos advogados, desacostumados ao método de amostras para reunir dados.

Uma vez que a teoria se formou, a autora lançou mão de dois métodos para verificar suas explicações direcionadas a cada caso. Apurou no *Decennial Digest*, uma série de livros de referência que publica sumários de um parágrafo, ou mesmo uma frase, a importância de um determinado caso para cada ramo da ciência jurídica. Organizada por números-chaves que identificam o ramo do direito em questão⁶, essa publicação oferece um verdadeiro catálogo de cada caso para cada seção do direito norteamericano. Tais sumários apresentam algumas desvantagens, a principal delas é a falta de percepção da situação apresentada. A autora destaca que o estudioso normalmente tem acesso apenas às obviedades, que podem ou não ser a regra contida no caso, em vez de contemplar uma descrição mais robusta dos fatos. Para seus objetivos, ela preferiu essa última. De todo modo, destaca que diversas vezes é o suficiente para inferir se o caso irá trazer problema à teoria. Quando isso ocorreu, levou caso até a amostra, fez seu resumo, e modificou a teoria a partir dele.

O segundo método que foi tentado para apurar as respostas envolveu a ferramenta *Lexis*. Pesquisando uma miríade de palavras-chave que emergiram das minhas leituras iniciais, *Lexis* buscou todos os casos que continham as expressões que propus. *Lexis* apresentou como resposta, destaque para opiniões relevantes de cinquenta palavras. Os excertos foram, como um todo, bastantes para checar a pertinência do caso para o estudo. Poucos foram os episódios em que foi necessário adicionar casos à amostra partindo desse método por duas razões: quando a autora chegou a *Lexis*, já havia esgotado os outros métodos descritos e localizado quase tudo que interessava. *Lexis* encontrou pouco que já não fora identificado pela autora; e porque encontrar a expressão certa para a busca pode ser extraordinariamente difícil, já que seriam relevantes as situações que trouxeram semelhanças estruturais e não lingüísticas. Como *Lexis* é uma ferramenta por demais literal, funciona melhor para algumas problemáticas jurídicas do que outras. A autora destaca que, quando alguém está atrás de uma mesma marca lingüística, *Lexis* é ótimo para encontrar; contudo, quando a terminologia não contém um padrão e não serve como parâmetro, *Lexis* é de pouca utilidade. Infelizmente, para o estudo apresentado no livro, foi pouco útil.

⁶ N.T.: Essa organização assemelha-se ao funcionamento de uma biblioteca. Por exemplo, o número 1 indica livros de Direito Civil; o número 2, Direito Constitucional; número 3 trata de Direito Penal; número 4, Filosofia do Direito; número 5, Direito Internacional, etc. Esse método funciona pela associação.

Dada a teoria da interpretação que a autora apresenta, isto é, que regras e fatos se constroem mutuamente, ela queria entender quais fatos eram determinantes para a resolução ou decisão de um caso. Para tanto, codificou os fatos e montou uma análise quantitativa. Rapidamente notou que era uma tarefa quase impossível. Como seu objetivo era descobrir quais fatores faziam diferença, construir categorias de códigos foi extremamente complexo.

Além disso, houve outro problema na codificação dos fatos dos casos da *Comum Law*: eles são imprevisíveis. Se um caso idêntico chegou aos tribunais antes e uma regra já tinha sido aplicada, os casos em que as partes concordaram que há similaridade com um precedente, a corte encerrava a lide, que ficava de fora da agenda. Os casos que chegaram aos tribunais de apelação quase sempre apresentaram situações que não eram exatamente iguais as do precedente. Se o direito é, como argumenta Edward Levi, um sistema de classificação móvel/poroso, então não subsistirá uma forma de código que resuma todas as categorias de casos. Deparou-se, portanto, com um enorme problema de lacuna de dados. Fatos importantes para um caso sequer apareciam em outro; e esse segundo caso era decidido com base em regras diferentes. Praticamente não havia variáveis confiáveis para a codificação, ao menos até ficarem claras as categorias latentes. No momento em que desvendou as categorias latentes, identificadas como “fatos legais relevantes”, ela já sabia como os tribunais decidiam e já não eram útil codificar os casos.

Tendências na doutrina legal

No capítulo sobre princípios contratuais e garantias fundamentais, a metodologia utilizada foi um tanto distinta. Primeiro, examinou apenas os casos do estado de Nova York. As razões para essa escolha foram três: os tribunais de NY foram os primeiros a introduzir o princípio segundo o qual o vendedor não precisa assegurar a qualidade da sua mercadoria sem que haja compromisso firmado; NY apresenta as decisões em que essa regra é mais severamente aplicada; finalmente, NY simplesmente possui mais casos de direito comercial/empresarial do que qualquer outro estado.

A fim de encontrar casos para esse estudo, a autora usou um método aparentemente ineficiente, mas que foi eficaz. A começar pelos primeiros casos registrados, em 1796, continuando até 1900, simplesmente seguiu adiante, volume por volume, cada relatório que reportou os casos decididos pelas altas cortes de NY. Antes de 1848, a Suprema Corte de Judicatura era, na prática, o mais elevado tribunal de NY (embora, circunstancialmente, casos

fossem levados à apelação junto ao senado estadual⁷ de NY, assumindo o papel da Corte de Correção de Erros). Após 1848, o Tribunal de Apelação passou a funcionar como a corte superior do estado (com breve interlúdio no início da década de 1870 quando a Comissão de Apelações temporariamente foi criada para cuidar da morosidade e do excesso de processos).

Cada relatório que cobria esses tribunais foi estudado para determinar se foram encontrados casos em que havia suspeita de uma venda de um produto defeituoso. O estudo somente cobriu a venda de bens pessoais e não perpassou problemas empresariais e corporativos de bens reais ou de estoque. Índices para cada volume de cada repórter auxiliaram a identificar os casos, ainda que, haja vista a terminologia e a mudança significativa, ao longo do século, na maneira de classificar os casos, a autora teve que buscar pelo índice completo toda vez. A partir dos resumos dos casos listados nesse índice, de abrangência de mais de 104 anos, foi capaz de localizar oitenta e um casos envolvendo a venda de um bem supostamente defeituoso. O primeiro caso sobre o assunto foi decidido em 1804 e muitos outros se passaram ao longo do século.

De muitas maneiras, a abordagem para ler e analisar os casos no livro de Scheppele foi a sugerida por Karl Llewellyn⁸. O autor era cômico de que não apenas as leis, mas os fatos exercem pressão sobre os juizes, de que os juizes não fazem o direito abstratamente, mas sim com base no contexto de um caso específico anterior e de que ninguém conseguirá entender a *Common Law* se não souber enxergar os fatos como são vistos pelos juizes. Todos os alertas de Llewellyn chamam atenção para os fatos de disputa – e para a maneira através de que as leis e os fatos são tramados juntos. Os casos em amostra nesse livro foram analisados com a finalidade de determinar os fatos legalmente relevantes em que as sentenças se apóiam.

Referências Bibliográficas:

CAMPOS MELLO, *Patrícia Perrone*. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Renovar, 2008.

LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush*. New York: Oceana, 1930.

LEVI, Edward. *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago: University of Chicago press, 1949.

⁷ N.T. Assembléia Legislativa estadual, Câmara dos Deputados Estaduais.

⁸

LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush*. New York: Oceana, 1930. e LEVI, Edward. *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago: University of Chicago press, 1949.