

CAPÍTULO II

**ANÁLISE COMPARATIVA  
DOS SISTEMAS JUDICIÁRIOS BRASILEIRO  
E NORTE-AMERICANO**

*Saulo José Casali Bahia\**

**Sumário** • 1. Semelhanças e diferenças entre a *Civil Law* (tradição jurídica continental europeia) e a *Common Law* (tradição jurídica britânica e norte-americana) – 2. A Constituição Brasileira e a Constituição Norte-Americana e o papel da Suprema Corte/EUA e do Supremo Tribunal Federal/Brasil – 3. O Poder Judiciário no Brasil e nos EUA.

**RESUMO:** O artigo versa sobre as semelhanças e diferenças entre a *Civil Law* (tradição jurídica continental europeia) e a *Common Law* (tradição jurídica britânica e norte-americana). É ressaltado o equívoco de comparação realizado entre a Constituição brasileira e a Constituição norte-americana, ao se deixar de observar a realidade própria a cada país. É feita comparação, assim, do papel da Suprema Corte nos EUA e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, assim como do Poder Judiciário destes países.

**PALAVRAS-CHAVE:** CIVIL LAW; COMMON LAW; DIREITO NORTE-AMERICANO; CONSTITUIÇÃO.

**1. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A *CIVIL LAW* (TRADIÇÃO JURÍDICA CONTINENTAL EUROPEIA) E A *COMMON LAW* (TRADIÇÃO JURÍDICA BRITÂNICA E NORTE-AMERICANA)**

O Direito brasileiro pertence à família continental da Europa, graças à condição detida pelo Brasil de antiga colônia portuguesa, que ocorreu desde a implantação do Governo Geral da Colônia, em 1549, até a elevação do Brasil à Reino Unido a Portugal e Algarves, em 1808.

O Brasil foi basicamente uma colônia de exploração, e não de povoamento, o que gerou certos efeitos ainda hoje sentidos na organização do Estado e no modo peculiar de comportamento da Administração Pública. Foram proibidas indústrias (que produzissem bens produzidos em Portugal)

---

\*. Professor (FDFUBA). Juiz Federal (SJBA). Doutor em Direito (PUC-SP).

e universidades no Brasil durante todo o período da colônia. Tratou-se de estabelecer módulos e estruturas produtivas com o fim exclusivo de retirar o máximo da terra e dos seus habitantes originais, e transportar estes frutos e riquezas para a metrópole colonial, o que chegou a gerar, na Europa, a desvalorização de muitos bens, entre os quais o próprio ouro e a prata, dada a abundância com que estes bens eram desembarcados nos portos do Atlântico e do Mediterrâneo. A dependência posterior em face dos produtos brasileiros terminou por estabelecer, para Portugal, os motivos de sua decadência no cenário econômico internacional, desde o momento em que os preços de várias commodities foram reduzidos, a concorrência foi instalada pelo início de produção em colônias rivais e a própria produção de vários bens decresceu. O Brasil conseguiu ser o maior produtor de açúcar do mundo apenas entre 1575 e 1600 e o ciclo do ouro teve duração efêmera. Esta era de dificuldades foi algo que se iniciou desde o advento da União Ibérica, no século XVI, e se prolongou com a exaustão do modelo de exploração até a emancipação política do Brasil, obtida no ano de 1822.

Diversamente, nas colônias do Norte dos EUA, basicamente integrantes da chamada Nova Inglaterra, assistiu-se a uma fórmula de colonização por povoamento, havendo o relativo isolamento permitido o desenvolvimento da indústria local e de governo autônomo, até o ponto que a falta de representação e medidas repressivas da Inglaterra impeliram os norte-americanos à independência.

A digressão é válida para introduzir a idéia de que o direito brasileiro deriva do direito português, este que por sua vez originou-se do direito romano, já que Portugal correpondia à província mais ocidental do Império Romano (*Hispania Ulterior* ou *Lusitania*).

E a civilização romana, como qualquer civilização, impôs a sua marca pela melhor tecnologia oferecida para a solução dos problemas da vida cotidiana. Assim foi com o Direito, pautado em intensa casuística, em uma processualística apurada e em máximas relativas ao direito substantivo que eram manejadas com adequada técnica pelos operadores do direito de então.

Mas em algum ponto da história a tradição romana originou duas construções jurídicas bastante distintas. O desenvolvimento da escolástica na Europa Continental abriu as portas para um progressivo racionalismo aplicado ao Direito, onde a sistematização era imperativa e o emprego do método cartesiano era tido como o único caminho válido para o desenvolvimento adequado das ciências, mesmo as do espírito.

A linha metodológica de prestígio à dedução e à idéia de um sistema normativo foi consagrada na Europa continental, em uma espiral que varreu de leste a oeste, e sul. Tratava-se de idealizar normas gerais, tais como leis da física e da química, capazes de determinar, com certeza ou justiça, o dever-ser relativo ao comportamento dos indivíduos em sociedade. O caminho reclamava a construção de monumentos legais contendo modelos gerais, capazes de atuar, por sua lógica, na solução dos casos particulares, pela técnica da subsunção. A glosa judiciária e a casuística cedia lugar à glosa erudita, à doutrina.

No outro lado do Canal da Mancha, a tradição romana subsistiu não pelo desenvolvimento do método dedutivo, mas pela idéia de que cabia ao operador do direito estar capacitado para o uso das diferentes *actio*, instrumentos capazes de levar uma demanda ao exame do Poder Judiciário, que decidirá a partir do caso que lhe foi colocado, resultando a decisão do órgão judiciário em uma solução particular para um caso concreto, que emula uma razão de decidir capaz de valer para casos futuros e análogos. Ou seja, realiza-se um esforço do particular para o geral. Trata-se de utilização do método indutivo. Recuperava-se na Inglaterra o aspecto do direito romano onde os *praetores* da época formular ouviam queixas e concediam as ações apropriadas, sem as quais os direitos materiais não podiam ser exercidos. A ênfase era fixar as regras pelas quais se poderia obter a iniciativa de ações. “*Remedies precede rights*”. Na Europa continental, ao revés, buscava-se determinar as regras de direito material.

Tanto o método indutivo quanto o método dedutivo são métodos válidos para a obtenção da solução jurídica para o caso concreto. O fato do primeiro ser o utilizado pela *Civil Law* e o segundo pela *Common Law* responde em parte pelas perplexidades possuídas por um operador ou estudante de direito que se defronta repentinamente diante do sistema oposto. Mas não há um método necessariamente melhor ou pior que o outro. Há, sim, orientações metodológicas diversas, com algumas consequências. “*Em direito comparado*” – dizia o mestre brasileiro Guido Soares – “*encontra-se vedado qualquer juízo de valor do tipo ‘é melhor’ ou ‘é mais eficaz’.* Tanto a *Civil Law* quanto a *Common Law* são sistemas que cumprem a finalidade: estruturar e resguardar os valores fundamentais das sociedades nas quais foram elaborados e em que se encontram vigentes”.

A *Common Law* e a *Civil Law*, enfim, consistem em duas tradições consolidadas e com constante interação há vários séculos. Todavia, percebe-se uma contínua e progressiva equiparação entre estes sistemas jurídicos.

Tanto que a *Common Law* americana já não é mais considerada uma *Common Law* pura, diante do nível da *Statutory Law* já alcançado e do distanciamento cada vez maior da *Common Law* praticada na Inglaterra. E a *Civil Law* em muitos países europeus e centro-sul americanos que a acolheram vem cada vez mais assistindo ao *judge-made law*, tendo havido recentemente uma verdadeira revolução na Hermenêutica Jurídica, desde a segunda metade do século XX, fomentando que a retórica grega fosse resgatada e abandonado o exclusivo relevo dado à lógica subsuntiva. Estudos de autores como Heidegger, Viehweg, Perelman e Alexy trazem à tona a figura da tópica e da retórica, eliminando qualquer possibilidade de construção sistemática da solução jurídica por métodos de natureza cartesiano-dedutiva. A hermenêutica filosófica e a hermenêutica tópica recuperam, no cenário da *Civil Law*, a casuística esquecida dos romanos, já que a norma é tomada apenas como um “*topos*”, tal qual outro qualquer, sendo afastada qualquer pretensão de neutralidade do julgador, que age de acordo com a sua pré-compreensão do universo dada pelos limites de sua linguagem. Foi também afastada a possibilidade de que as normas possuam um sistema próximo à verdade. A tópica trabalha com o verossímil, não com o verdadeiro. E o verossímil é estabelecido a partir do consenso estabelecido em uma discussão, tido como representativo do senso comum de justiça que importa afirmar.

Ainda como sintoma da aproximação entre os sistemas, nos EUA, a teoria dos precedentes vem sendo relativizada, sob a consideração da força obrigatória de leis posteriores e a adoção da regra liberal do precedente, onde o Judiciário pode, sob certas circunstâncias, não seguir precedentes, se ausente a *ratio* ou conveniência de sua aplicação. A teoria estrita do precedente, onde o papel político do Judiciário é limitado, explica-se em uma Inglaterra em um tempo onde as leis escritas eram poucas, e fixar precedentes consistia em fixar a própria lei.

Dito isto, podemos dizer, em termos gerais, que no Brasil as decisões judiciais não geram precedentes obrigatórios para casos futuros. A utilização do método dedutivo torna a atividade do operador do direito uma atividade voltada inicialmente para a norma geral, constitucional ou legal, para a partir daí tentar aplicá-la ao caso concreto. As decisões judiciais anteriores funcionam como um guia de razões para que uma determinada norma geral seja ou não aplicada ao caso concreto, assim como a melhor doutrina (que cumpre exatamente o mesmo papel). Mas estas razões trazidas pela doutrina ou pela jurisprudência podem perfeitamente ser tidas como inválidas ou descabidas, na análise do operador diante do novo caso concreto posto ao seu julgamento, e a norma geral pode ser aplicada ou não, a

despeito de precedentes, pois o entendimento judicial do qual resultou um precedente foi uma operação discussiva ocorrida em dado lugar e tempo, sem qualquer força para impedir que outra nova operação discussiva ocorra, utilizando-se de outras premissas normativas, de outros precedentes ou de outra opinião doutrinária.

No direito brasileiro, contudo, há casos em que os precedentes são obrigatórios. Possuem o que se chama de eficácia “erga omnes” ou contra todos. O controle concentrado de constitucionalidade por meio de ação direta é um destes casos, assim como a súmula vinculante (institutos estes desconhecidos nos EUA).

Mas a regra é a de que os precedentes judiciais, no Brasil, pela sua variedade, permitem apenas extrair razões não obrigatórias para os casos futuros, e eventualmente úteis na busca do verossímil necessário ao consenso sobre o que é justo.

A equidade, no Brasil, surge para os Juízes brasileiros apenas acompanhada da recomendação de que se faça o seu uso com moderação. Isto é feito basicamente em homenagem ao princípio da separação de poderes, para evitar que o juiz atue em completo desprezo à atuação do Legislativo e do Executivo, com risco da instalação de uma crise institucional. Não quer dizer, em absoluto, que no Brasil não possa o Judiciário decidir contra texto de lei ou ato normativo. Significa, sim, que esta atuação de modo contrário à lei não deve ser feita de modo a desafiar a representatividade política de maneira desarrazoada ou sem que se tenha esgotado a solução do caso pelo uso de outras fontes e métodos.

Este método e este peculiar tratamento às fontes permitiu uma grande diversidade nos julgados e uma grande produção doutrinária, que surpreende os que visitam países de *Civil Law*, como o Brasil. Há no Brasil grande interação e menção à doutrina produzida em outros países, pela generalização que a acompanha. Enquanto os estudantes de países de *Common Law* estudam *casebooks*, e aprendem a dominar a difícil arte de generalizar a partir do particular, os estudantes (e posteriormente aplicadores de direito) brasileiros se debruçam sobre leis e códigos, aprendendo, de modo também custoso e demorado, quando é possível fazer as particularizações necessárias, quando deixar de aplicar uma norma legal em detrimento de outra, ou de um costume, ou de um princípio. Ou quando conciliar normas em igual grau hierárquico, resolvendo os conflitos entre as normas, e como reconhecer uma decisão judiciária cogente.

Outra peculiaridade do Civil Law é a ênfase em códigos, que são o resultado de um esforço lógico-metódico que hoje perde cada vez a sua

confiabilidade. A crença nos códigos ruiu diante da impossibilidade de se conferir o mesmo tratamento e principiologia a matérias que apresentem diferenças marcantes, o que não recomenda o esforço metódico de reunir a todas em um único ou em poucos documentos. E as críticas sempre se fizeram sentir, no sentido de que, apesar de monumentos à razão, engessavam e paralisavam o direito, pela dificuldade de sua alteração, pois deviam ser sistêmicas, sob pena de tornar o documento inconsistente e contraditório. E a verdade é que os códigos passaram a perder muitos de seus artigos ou partes para diplomas legais específicos, de menor extensão.

A realidade é que hoje, no Brasil, não mais se fala em realizar a tarefa ampla de codificação. O esforço, agora, é para desenvolver adequadamente os chamados micro-sistemas jurídicos, novos ramos ou ramos já conhecidos e que merecem tratamento diverso, esforço não mais possível nos rígidos contornos e limites de um código demasiado extenso, incapaz de reunir princípios comuns para todas as matérias que reúne. Tudo isto, como se disse, caminha em paralelo ao crescimento, nos EUA, da *Statutory Law*, ou direito positivado.

O Supremo Tribunal Federal em muitos aspectos se assemelha à Suprema Corte americana, como guardião maior da Constituição. No Brasil (não sendo diverso nos EUA), esta tarefa é compartilhada por todos os órgãos do poder Judiciário, em qualquer instância, em qualquer ramo. E também pelos Poderes Executivo e Legislativo. Mas a última palavra é dada pelo Supremo Tribunal Federal, já que, instalado no ápice da estrutura judiciária, conhece de maneira originária ou em grau de recurso qualquer violação feita a uma regra constitucional, e possui plenos poderes para repará-la, mesmo que a ofensa derive de outro Poder, como o Legislativo e o Executivo.

## **2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA E O PAPEL DA SUPREMA CORTE/EUA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL/BRASIL**

A Constituição brasileira, que já recebeu em vinte anos mais de cinco dezenas de emendas é frequentemente comparada à Constituição norte-americana, muito mais longeva e estável em seu texto original. Fala-se, no Brasil, da existência no país de uma instabilidade constitucional, de um desvalor do texto constitucional (seguidamente sujeito a mudanças) e de uma vivência constitucional completamente distinta da existente nos EUA (tida esta em sentido positivo).

Mas deve-se recordar as razões para as diferenças. A Constituição brasileira, desde o momento de sua promulgação, abraçava idéias já em vias de ser ultrapassadas. Muitas matérias foram constitucionalizadas apenas para evitar o risco de vir a serem facilmente modificadas posteriormente, numa inútil pretensão de imortalidade de escolhas constituintes. Mas as razões principais de tantas mudanças se dá pela facilidade em realizá-las e pela natureza analítica do texto constitucional brasileiro. Apenas os temas do parágrafo quarto do artigo 60 (cláusulas pétreas) são imodificáveis. Nos EUA, a dificuldade formal de propor e aprovar emendas e certa desnecessidade de mudanças (derivada da própria natureza “clássica” da Constituição americana, privada de número significativo de previsões dirigidas ao Estado), gerou o fato de que poucas emendas foram promovidas desde 1787 (ano da promulgação da Constituição americana).

Nos EUA, a proposta deve ser aceita por 2/3 da Câmara de Deputados e do Senado. Trata-se de um quorum muito alto para a proposta. Em seguida, a proposta deve ser ratificada por 3/4 dos Estados federados. Isto fez com que algumas propostas aguardassem décadas para serem aprovadas (como a aprovada em 1869, que aguardou 80 anos, ou da Emenda 27, que, proposta em 1789, foi aprovada apenas em 1992). Mais de 10.000 propostas de emenda foram apresentadas desde o final do século XVIII, quase todas sem sucesso pelas dificuldades que o sistema proporciona. Daí a 18ª emenda haver previsto que os Estados devam se manifestar em sete anos a contar da submissão da proposta.

No Brasil, a proposta pode ser apresentada por apenas 1/3 da Câmara ou do Senado. Além disto, o Presidente da República ou metade das Assembléias Legislativas estaduais também pode apresentar a proposta de emenda. A aprovação, no Brasil, se dá por 3/5 dos votos do Congresso Nacional (60% dos membros, e não por 66% de ambas as Casas do Congresso ou 75% das Assembléias estaduais, como nos EUA). Não é necessário ouvir as Assembléias Legislativas estaduais.

Esta situação torna, de certo modo, o Congresso Nacional inoperante para adaptar a Constituição às necessidades do tempo, fazendo com o Judiciário se torne, como já disse Wilson, uma espécie de assembléia constituinte contínua.

Daí a Suprema Corte haver se convertido, nos EUA, na mais importante instituição do Governo, e a teoria da interpretação constitucional americana haver possuído certas diferenças com respeito às matrizes da Europa continental. Trata-se da concepção da *Living Constitution* (Constituição viva), onde vale menos o texto escrito do que a consideração da existência

de um processo constitucional, com caráter nitidamente jurisprudencial. E com isto surgem as questões como a segurança interpretativa, o papel de princípios e regras, à legitimação democrática do judiciário e ao seu papel. Batem-se interpretativistas e não-interpretativistas, originalistas e não-originalistas, conservadores e liberais, adeptos do ativismo judiciário ou seus adversários, onde se busca saber se o intérprete constitucional deve ir além da intenção dos fundadores ou não.

Todavia, este não é um problema exclusivamente norte-americano, na medida em que mesmo em constituições não-clássicas ou dirigentes, como a brasileira, inexistente a condição de desprezar o papel criativo da jurisprudência, ou de pretender que a interpretação literal seja suficiente. Em todo o mundo, o papel político do Poder Judiciário é matéria de primeira ordem, assim como os limites à sua ação.

### 3. O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E NOS EUA

O Ministro Xavier de Albuquerque, ao assumir a Presidência do STF, ao ser saudado pelo antigo ministro Evandro Lins e Silva, que falou em nome do Conselho Federal da OAB, escutou deste que *“o modelo que inspirou nosso Supremo Tribunal, não esqueçamos, é a corte suprema dos Estados Unidos. A nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, em nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma corte de Justiça com funções políticas. O modelo norte-americano é, realmente, a melhor forma de assegurar o predomínio da Constituição. Ao longo dos seus quase duzentos anos de existência, a Corte Suprema americana tem demonstrado isto de forma clara, não só na defesa enfática de um sistema constitucional sem rival no mundo, mas também naquela necessária sabedoria de enfrentar os problemas na devida ocasião.”*. Afinal de contas, como já havia dito Rui Barbosa em discurso no Colégio Anchieta, em São Paulo, falando da Constituição de 1891, não teria a mesma *“a mais remota descendência às margens do Sena. Sua embriogenia é exclusivamente e notoriamente americana”*. Franklin já havia afirmado, sobre a Constituição norte-americana, que nenhuma constituição européia estava a se adaptar às circunstâncias em que a Carta Maior dos EUA estava para ser elaborada. Esta Carta que, segundo Rui, naquele discurso, é, da Constituição Brasileira de 1891, *“mãe, por adoção e identidade íntima”*.

O Brasil, assim, adotou a idéia de estabelecimento de um tribunal de cúpula, atualmente com onze ministros (nos EUA são 9) e não vitalícios (como nos EUA). Não há requisito de habilitação profissional nos EUA.

Até 1957 houve ministros não bacharéis em direito atuando na Corte. Nos EUA, a Corte funciona de outubro a junho, mês em que as decisões mais controversas são geralmente tomadas. Como se sabe, o Brasil segue o regime de férias forenses em dois meses ao ano para o STF.

Nos EUA, como no Brasil, que é também é um estado federal, convivem os sistemas federal e estadual de Justiça. O sistema federal consiste na Suprema Corte (a única corte referida na Constituição), nas Cortes de Apelação e nas Cortes Distritais. Cada circuito, à exceção de Columbia, compreende três ou mais Estados. Havia 89 distritos nos EUA. Cada Estado tem ao menos um distrito, e há distritos em áreas no exterior que estão sob jurisdição americana. Há cortes para impostos vinculadas às cortes de apelação. A competência das Cortes federais é dada pela seção 2 do artigo III da Constituição americana, com a redação da 11<sup>a</sup> Emenda. A Suprema Corte possui competência originária na hipótese de crimes cometidos por agentes diplomáticos ou consulares, ou quando um Estado estrangeiro for parte. A justiça federal é competente para causas envolvendo tratados, entre Estados-membros, entre cidadãos de diferentes Estados-membros ou sob proteção de Estado-membro diverso (desde que a causa tenha no mínimo valor de US\$50.000,00), causas envolvendo direito marítimo etc, em abrangência próxima daquela possuída pela justiça federal no Brasil, embora esta última possa ser considerada mais extensa, nos termos do art. 109 da Constituição brasileira.

Os Estados norte-americanos não possuem uma estruturação judiciária imposta pela Constituição Federal, como no Brasil (que limitou a organização a dois graus de jurisdição – tribunais de justiça e juízos de primeiro grau). Nos Estados norte-americanos é possível se encontrar três ou quatro instâncias: cortes superiores, de apelação (às vezes), de primeiro grau e municipais, nelas compreendidas a Justiça de Paz. Há grande diversidade pela divisão em matérias (encontram-se cortes de sucessões, de família, de menores, cíveis, criminais etc). Diversamente do Brasil, verifica-se grande uso do júri popular em causas de natureza cível, apesar das críticas quanto à morosidade, custos e falta de técnica jurídica nos julgamentos. No nível estadual e notadamente no municipal, é comum a possibilidade de ingresso na magistratura de modo provisório e eletivo. As cortes de primeiro grau podem consistir, nos EUA, em juizados de pequenas causas (*Small Claims Courts*). A força policial muitas vezes é utilizada para a execução dos julgados. Não há justiça especializada para matéria trabalhista, como no Brasil, e nos EUA a organização geral das eleições não é deixada a cargo de ramo do Poder Judiciário.

Como se viu, Brasil e EUA possuem sistemas jurídicos e organização do Poder Judiciário com várias semelhanças e algumas diferenças. Estudá-los corresponde à tarefa do Direito comparado, este que possui a finalidade de possibilitar a melhor compreensão do próprio sistema nacional, e a apreensão de exemplos que sejam úteis para o seu progresso.