

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL AMERICANO E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DO MODELO ATUAL BRASILEIRO COMO EXIGÊNCIA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Claudio André Raposo Machado Costa

*Advogado da União lotado na Procuradoria da União - Mato Grosso do Sul/MS
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Importância do Papel Desempenhado pelo Advogado e pelo Juiz no Sistema Jurídico Norte-Americano; 2 O Sistema Adversarial e o Julgamento pelo Júri; 3 As Fontes do Direito na *Common Law* e o Processo de Aplicação do Precedente Judicial e da Legislação Promulgada; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade identificar os problemas e apontar caminhos plausíveis, de modo a permitir que o modelo jurídico processual brasileiro possa atender plenamente às exigências e expectativas da sociedade contemporânea. Apresentam-se alguns aspectos presentes no cotidiano jurídico-processual norte-americano, capazes de nortear possíveis alterações no direito brasileiro ou, até mesmo, de modo a intensificar as mudanças já deflagradas. Através de uma breve análise do sistema norte-americano, faz-se incursão, entre outros pontos, nos meios alternativos de solução da controvérsia, com enfoque no acordo, bem como no papel dos Advogados e Juízes desempenhado no Processo. Descreve-se e procura-se compreender o sistema adversarial, bem como as fontes jurídicas a que os operadores do direito costumeiro recorrem durante o processo de aplicação da lei em sentido amplo e do precedente judicial. Pretende-se com este trabalho, identificar alguns elementos e diretrizes contidos no direito anglo-saxão, mais especificamente naquele adotado pelos Estados Unidos da América, que possam justificar de forma crível o aperfeiçoamento do modelo brasileiro vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo Jurídico. EUA. Análise. Processo. Sistema Adversarial. Julgamento pelo Júri. Meios Alternativos de Solução de Controvérsia. Enfoque. Acordo. Fontes do Direito. Sistema da *Common Law*. Aplicação da Lei. Aplicação do Precedente Judicial. Tipos. Efeitos. Modelo Brasileiro. Necessidade de Aperfeiçoamento. Exigências. Expectativas. Sociedade Contemporânea.

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify problems and present plausible ways that may permit that the Brazilian Procedure Legal System meet requirements and expectations of contemporary society. The paper cites several aspects existent in the daily North American legal procedure which are capable of providing guidance to possible alterations to Brazilian law and even identifying changes that have already been initiated. By way of short analysis of the North American system, this paper offers alternative solutions to controversies with emphasis on settlements, and also, the role of lawyers and judges in the lawsuit. It also intends to provide an understanding of the adversary system and the legal sources that operators of the common law utilize while in the process of applying enacted law and case law. In short, this article attempts to identify some elements and directives contained in Anglo Saxon law, more specifically those adopted in the United States of America that may credibly justify the improvement of the current Brazilian model.

KEYWORDS: Legal Model. United States of America. Analysis. Procedure. Adversary System. Jury Trial. Alternate ways to solve controversies. Focus. Settlement. Sources of Law. Common Law System. Application of Statute. Application of Caselaw. Types. Effects. Brazilian Model. Necessity of Improvement. Requirements. Expectations. Contemporary Society.

INTRODUÇÃO

O direito tem como objetivo primordial o controle social, cabendo ao Estado desempenhar papel relevante, qual seja exercer a função pacificadora.

Nesse contexto, apresenta-se o sistema processual desempenhando papel fundamental, disciplinando a jurisdição e seu exercício, de modo a assegurar uma ordem jurídica justa.

De outra banda, surge o processo como instrumento viabilizador da consecução de tal função estatal. Mais do que isso, o processo não é um fim em si mesmo, mas sim um conjunto de atos praticados no sentido de viabilizar uma solução jurídica ao caso sob exame, que atenda tanto ao requisito da segurança jurídica quanto ao da justiça.

Sobre essa ótica, valiosa a opinião de Luiz Guilherme Marinoni (2006), emérito professor de Direito Processual Civil, no sentido de que *“o processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade decisória. O processo deve produzir decisões legítimas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais.”*

Hodiernamente, como se vê, o processo, embora instrumental, deve atender plenamente às exigências e expectativas da sociedade contemporânea, que ora se apresenta plural e complexa.

Vale registrar, que sendo a Sociedade, como referido, hipercomplexa, os paradigmas reinantes estão sempre vulneráveis a crises. Para tanto, basta citar o Estado Democrático de Direito consagrado em na Constituição de 1988, cujo surgimento se deu, entre outros motivos, do questionamento oriundo dos movimentos sociais e de defesa dos direitos das minorias, além da inadequação do modelo estatal anterior.

De outro norte, exigências por parte do mundo sabidamente globalizado, não permitem mais a continuidade de culturas, inclusive a jurídica, fechadas e estanques, ou melhor, não há que se falar mais em sistemas obtusos, infensos a interferências alienígenas.

Abandona-se a visão exclusivamente “doméstica” do ordenamento jurídico, já ultrapassada, para agregar ao procedimento de análise e compreensão do sistema processual brasileiro uma visão acerca dos demais sistemas instituídos, fonte de direito comparado. Despido de preconceito, este método se apresenta como um dos melhores meios de se conhecer o próprio ordenamento, o que permite ao Estado Brasileiro construir soluções adequadas às demandas da Sociedade, prestigiando o paradigma anteriormente mencionado.

A mudança de foco é substancial, contribuindo decisivamente para a dinâmica apontada dos paradigmas.

No presente estudo será abordado o universo do sistema jurídico americano, não só pela grande influência política e econômica dos Estados Unidos da América, ao redor do mundo, que ainda persiste inegavelmente nos dias atuais, provocando naturalmente maior interação entre os diversos atores dos dois países, nas mais diversas áreas, mas também pelo desafio de se analisar sistemas diversos, cada qual com sua peculiaridade.

Apresentam-se, então, alguns aspectos presentes no cotidiano jurídico-processual americano, capazes de nortear possíveis alterações no direito brasileiro ou, até mesmo, de modo a intensificar as mudanças já deflagradas. Através de uma breve análise do sistema norte-americano, faz-se incursão, entre outros pontos, acerca dos meios alternativos de solução da controvérsia, com enfoque na transação, bem como do papel desempenhado pelos Advogados e Juízes no Processo. Descreve-se e procura-se, ainda, compreender o sistema adversarial, bem como as fontes jurídicas a que os operadores do direito costumeiro recorrem durante o processo de aplicação da lei em sentido amplo e do precedente judicial.

Merece destaque, por fim, que não se tem a pretensão de se traçar um modelo ideal, mas tão-somente indicar caminhos que possam contribuir para este processo contínuo de aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro.

1 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DESEMPENHADO PELO ADVOGADO E PELO JUIZ NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

O ordenamento jurídico norte-americano adota o sistema adversarial (*adversary system*), aquele calcado no contraditório do processo, em que se delega à parte a formação e produção da prova. Ao revés, o sistema inquisitorial, adotado no Brasil, onde o princípio dispositivo

encontra-se mitigado, propicia ao Juiz uma participação mais efetiva na formação e produção da prova.

Nessa esteira, observa-se, de imediato, que os advogados participam ativamente na produção da prova, na fase processual chamada de *pretrial*¹, inclusive, presidindo a formação da prova que eventualmente será aceita no julgamento (*trial*).

Não menos relevante, é a atuação do advogado (*attorney*), no que se refere à solução das demandas através de acordo, já que o advogado ao propor a demanda, suporta os custos do seu processamento. Aliás, segundo a “Armerican Rule”², sequer a parte vencedora terá direito aos honorários advocatícios³ (*attorney fees*).

O fato de o advogado financiar a causa, pagando não só as custas processuais⁴, mas também as despesas da dilação probatória, se revela, assim, um fator inibidor de demandas, já que fomenta a realização de acordo.

Nessa esteira, o papel do advogado no sistema norte-americano revela-se fundamental já que cabe a ele filtrar as demandas que serão ajuizadas, inclusive, celebrando acordos, bem como a traçar estratégias no que se refere à produção da prova sem a intervenção do magistrado. Não que no Brasil não o seja⁵, mas, nesse aspecto, a composição entre as partes, como meio de solução de controvérsia, não faz parte, como deveria, do nosso cotidiano jurídico.

Reconhece-se, por outro lado, especialmente no que se refere à fase probatória (*discovery stage*), que aquele que detém mais recursos pode se sobrepor a outra parte, o que é um problema de difícil solução no modelo americano.

1 O processo americano historicamente foi construído em sistema bifásico, dividido em *pretrial* e *trial*.

2 Essa regra é adotada pelo sistema legal americano, sendo assim chamada para distingui-la da chamada “English Rule”, oriunda do direito inglês, em que se permite a parte vencedora seja reembolsada das despesas com honorários advocatícios.

3 Em alguns Estados americanos e no âmbito federal, diplomas legais alteraram essa regra de forma a permitir a parte vencedora o direito aos honorários advocatícios a serem fixados pela Corte. Portanto, a previsão legal é uma exceção a regra geral prevalente.

4 Em geral, no sistema legal americano, se permite no julgamento a fixação de algumas despesas, como, por exemplo, as realizadas com as testemunhas (*witness fees*), que podem ser reembolsadas pela parte vencedora.

5 A Constituição da República de 1988 prevê no Art. 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Outrossim, nos Estados Unidos, a exemplo da Inglaterra, a pesquisa e o estudo sobre os precedentes se apresentam de forma vital para o exercício da advocacia, de modo a permitir uma solução adequada ao caso concreto. Mais do isso, estando a parte devidamente representada em Juízo, equilibram-se as forças no processo e pavimenta-se, de maneira apropriada, o caminho para o devido acesso à Justiça, com a edição de um provimento final adequado.

E nesse aspecto, convém salientar, que nos EUA, segundo o teor da sexta emenda à Constituição⁶, a parte só tem direito a um advogado no âmbito criminal, seja através de um defensor público, seja através de um causídico nomeado pela Corte.

Em se tratando de questões cíveis, de modo a preservar um valor fundamental americano, que se encontra materializado no princípio da igualdade de acesso à justiça (*equal access to justice*), as pessoas de baixa renda e as minorias podem ser representadas por advogados, fornecidos por instituições não-governamentais (*legal service organizations*), sem fins lucrativos, que dependem da arrecadação de recursos privados e públicos⁷, bem como do exercício, por parte de alguns advogados, da advocacia *pro bono*.

No direito brasileiro, sem dúvida, em razão das severas desigualdades sociais e da necessidade de se assegurar a igualdade processual em nome da dialeticidade do processo, ao tema, foi dispensado tratamento adequado a nossa realidade, já que a Constituição de 1988 prevê, no seu art. 5º, inc. LXXIV, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, cuja função precípua cabe a Defensoria Pública⁸.

Percebe-se, então, que no direito norte-americano o advogado contribui de forma decisiva para uma solução de controvérsia, que se

6 *Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.* (grifos não são originais)

7 Notícia veiculada no sítio eletrônico do *Legal Services Corporation - LSC*, organização sem fins lucrativos, criada em 1974, com a finalidade de administrar diversos programas de assistência jurídica gratuita nos EUA, revela que o Congresso americano efetuou, no corrente ano fiscal, cortes significativos, aproximadamente no valor de 15.8 milhões de dólares, nos recursos destinados ao *LSC*, impactando imediatamente em centenas de programas até então desenvolvidos.

8 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

apresente em conformidade com algum padrão de justiça. Não é por outra razão, que nos EUA, apresentam-se três fontes de regulação da conduta profissional do advogado: a auto regulação através de entidade de classe equivalente a OAB (*American Bar Association*), o Poder Judiciário e ações ajuizadas (*malpractice suits*) por exemplo, em razão de atos de desídia e incompetência grosseira do advogado⁹.

O aconselhamento e a defesa dos interesses de seu cliente devem ser exercidos de acordo com a ética¹⁰, atuando sempre em favor das posições e interesses daqueles que ele representa.

No que se refere à função exercida pelo Juiz, no sistema norte-americano, esta não se apresenta menos importante, sendo a independência, imparcialidade, vitaliciedade e a exigência de uma atuação segundo padrões éticos, requisitos obrigatórios para se alcançar uma ordem jurídica justa.

No âmbito federal, os Juízes nos EUA não são eleitos¹¹ e sim nomeados (*appointments*) pelo Presidente, de forma vitalícia, após muitos anos de prática, como advogados privados, promotores ou defensores públicos.

Por isso, novos juízes tendem a ser mais velhos do que os nomeados no Brasil. Aliás, no processo seletivo americano não só a prática jurídica é importante, mas também a experiência de vida é essencial para um bom julgamento, pois este, afinal de contas, tem o poder de “criar” a norma (*lawmaking powers*).

E isto é muito importante, uma vez que todos os Juízes e as Cortes têm o poder de proceder à revisão judicial (*judicial review*), analisando no caso concreto, se alguma lei ou ato governamental esta em sintonia com a Constituição.

9 Algumas entidades de classe da advocacia (*Bar organizations*) mantém seguros (*cliente security funds*), de modo a garantir, no mínimo, o ressarcimento parcial dos prejuízos causados aos clientes, em decorrência de má atuação do causídico.

10 Nos EUA existe a possibilidade da pessoa ser responsabilizada pela utilização indevida do processo, se restar comprovada que sua conduta configura *malicious prosecution* (âmbito criminal) ou *wrongful institution of civil procedures* (no âmbito do processo civil), em decorrência da ausência de justa causa ou de fundamento para o ajuizamento da ação. Existe, ainda, o *abuse of process*, quando num processo criminal ou cível, cujo ajuizamento é permitido, a parte litiga de maneira imprópria durante a sua tramitação (*improbis litigator*).

11 Devido à autonomia dos Estados americanos foram adotados, em nível estadual, diferentes sistemas de escolha dos juízes, tais como a nomeação pelo Governador (*Executive Appointment Systems*) ou através de eleição pela população em geral (*Electoral Systems for Judicial Selection*).

A opção pela nomeação e não pela eleição, segundo a concepção americana, objetiva garantir a independência dos Juízes em relação ao poder político. Isto, aliás, não é recente, já que na época Declaração de Independência, os colonos já se queixavam da dependência dos juízes em relação ao Rei.

Nas Cortes Inferiores os juízes são nomeados pelo Presidente com a aprovação do Senado. Por causa disso, certos costumes e práticas têm surgido nesse processo de nomeação, já que os Senadores do mesmo partido do Presidente têm grande poder de sugerir nomes para as *district courts*, situadas em seus Estados. Mesmo nas Cortes de Apelação (*courts of appeal*), onde a jurisdição é mais ampla e abarca mais de um Estado, o que supõe menos interferência política, ainda assim existe algum tipo ingerência no processo de indicação e nomeação do juiz.

Na Suprema Corte Americana (*United States Supreme Court*) a situação não é diferente, haja vista que se tem nomeado candidatos, com a aprovação do Senado, alinhados com a posição ideológica¹² do partido do Presidente. Isto não quer dizer que os candidatos sejam desqualificados já que o mérito é requisito e há responsabilidade política daqueles que o indicaram.

No Brasil, ao que parece, o poder constituinte pretendeu afastar qualquer ingerência política no processo seletivo de Juízes, fixando como meio de provimento originário do cargo, usualmente, o concurso de provas e títulos¹³.

De qualquer forma, na esfera federal, em que pese a vitaliciedade, o Juiz norte-americano pode ser exonerado de seu cargo, através de impeachment¹⁴, procedimento este a ser conduzido pelo Congresso, por motivo de traição, suborno ou qualquer outro crime relevante, ou

12 Na história da Suprema Corte norte-americana, alguns juízes adotaram, talvez motivados pela vitaliciedade do cargo, posturas contrárias à ideologia do partido político do Presidente que o indicou. A título de ilustração, cita-se o caso do *Chief Justice Earl Warren*, que adotou um entendimento liberal em matéria de direitos civis, embora tenham sido indicado pelo Partido Republicano, cuja posição ideológica é sabidamente conservadora.

13 Constituição de 1988. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

14 O Congresso americano já removeu alguns juízes federais, a exemplo do Juiz Alcee Hastings do Estado da Flórida, que foi considerado culpado da acusação de suborno.

até mesmo estar sujeito a uma sanção menor, tal como a aplicação da pena de censura.

O procedimento em foco se justifica, uma vez que o Juiz não só aplica a lei ou precedente ao caso concreto, ato mais solene do processo, mas também em razão de seu valioso papel na condução do processo.

De outro lado, para exercer tal mister, contra atos de “desacato” ou “desobediência”, o Juiz pode se valer, segundo sua discricionariedade, de importante instrumento, denominado de *contempt of court*, como, por exemplo, impondo à parte recalcitrante multa ou até mesmo determinando a sua prisão.

Neste particular, assevera Márcio Louzada Carpena, que:

Sem dúvida, a abertura do sistema permite que o juiz aja da maneira que lhe parecer mais correto não somente para atingir o fim último do processo (satisfazer aquele que tem razão), mas também para permitir que ele se desenvolva corretamente. No que se refere à discricionariedade do juiz no Direito norte-americano, Antonio Gidi bem frisou: “Em face da extrema flexibilidade dos poderes discricionários do juiz, diversas medidas podem ser tomadas visando à superação de dificuldades. O limite é apenas o da criatividade das partes e do juiz.

Enfatiza-se, por fim, ainda segundo as lições do referido autor, que a figura do *contempt of court* representa, sem dúvida, uma norma geral em branco autorizando sanções e punições por atos de desacato à força do juiz, se empregando a todos aqueles que de alguma forma causam embaraço ou resistem o cumprimento das decisões judiciais.

Em vista disso, estas foram algumas considerações sobre o papel do juiz e do advogado, sujeitos do processo que exercem “funções essenciais à justiça”, de modo que o litígio, caso seja necessário, chegue ao seu final de maneira célere, com a solução adequada ao caso concreto.

2 O SISTEMA ADVERSARIAL E O JULGAMENTO PELO JÚRI

Como já descrito, o ordenamento jurídico americano adota o sistema adversarial (*adversary system*), aquele calcado no contraditório do processo, ao contrário do sistema inquisitorial adotado no Brasil, onde o princípio dispositivo encontra-se mitigado, propiciando ao Juiz uma participação mais efetiva na formação e produção da prova.

Não obstante, no modelo anglo-saxão, o que prevalece não é o modelo tradicional, em que Juiz apresenta-se com árbitro passivo, completamente neutro e desinformado, que tinha a única função de auxiliar o livre encontro das partes, mas sua função essencial é a condução do “jogo” e não a escolha e formação da prova.

De qualquer forma, não se pode omitir que todos os sistemas jurídicos lutam pela tomada de decisões por um julgador imparcial e plenamente informado (*strive for decision-making that is impartial and fully-informed*), mas o sistema norte-americano, nesse aspecto, parecer ser mais célere e objetivo.

Nesse contexto, ao contrário do previsto no sistema brasileiro, onde o Juiz é o *dominus processus*, competindo-lhe, de forma exclusiva, a suprema condução do processo, os advogados participam, no sistema norte-americano, como já dito, ativamente na produção da prova, na fase processual chamada de *discovery*¹⁵, *inclusive, presidindo a formação da prova que eventualmente será aceita e apresentada no julgamento (trial)*, a ser realizado pelo Júri (*jury trial*) ou pelo próprio Juiz, também chamando de *bench trial (court trial ou non-jury trial)*. Ao Juiz, de maneira geral, resta a função “passiva” de considerar a evidência produzida, orientando a sua apresentação perante o Júri, ou, se for o caso, decidir a demanda (*bench trial*), não podendo, em qualquer situação, indicar ou solicitar a sua produção.

Evita-se, segundo essa concepção, a quebra da imparcialidade, a qual supostamente poderia ser maculada, quando ao juiz coubesse a reunião das provas.

Em se tratando de fase probatória (*discovery stage*), pode-se dizer que após a resolução de preliminares argüidas pelas partes, inicia-se uma fase de investigação dos fatos alegados, tendo as partes amplos poderes, tal como requisitar a presença, comumente no escritório do advogado de uma das partes, de qualquer um que tenha conhecimento relevante sobre o caso, para que esclareça, sob juramento, o que sabe a respeito dos fatos. Embora este depoimento possa ser por escrito, em geral ele é oral e gravado, para poder ser usado durante a *final pretrial conference*¹⁶ e no *juízo*.

15 O *discovery stage* pertence à fase *pretrial* e está regulado no âmbito federal, através dos artigos 26 a 37 da *Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*.

16 Uma conferência realizada antes do julgamento para estabelecer as evidências que serão levadas ou não ao Júri bem como as questões controvertidas a serem apreciadas, assegurando maior celeridade ao julgamento.

As partes têm direito, ainda, de proceder ao interrogatório por escrito da parte contrária (interrogatories), para que informe o que sabe a respeito da matéria fática. Juntamente com o depoimento, o interrogatório é muito utilizado pelas partes, como meio de reunir as evidências necessárias.

Outro meio de revelar evidências é o pedido de produção de documentos e coisas (*requests to produce documents and things*), sendo que os primeiros dizem respeito a documentos que estejam na posse da parte contrária. Caso seja necessária a obtenção de documentos junto a terceiros, necessita-se, no caso, de uma intimação (*subpoena*) da Corte.

Logicamente, em se tratando de produção de prova, objeções podem ser feitas pela parte interessada, a exemplo de fatos abrangidos pelo sigilo profissional entre médico e paciente.

De outro modo, sendo a prova formada e apresentada pelas próprias partes, pessoas devidamente interessadas na comprovação dos fatos e que detém igual oportunidade (*equal opportunities*) para tanto no processo, o que, de certa maneira, conduz à aparência de justiça (*appearance of fairness*), presume-se que o julgador ou o Júri tenha mais elementos para formar o seu convencimento. Até porque, é natural que as partes procurem explorar ao máximo o valor e o peso das evidências coletadas.

Algumas críticas têm sido realizadas ao sistema adversarial, como o excesso de controle das partes sobre a prova, no *discovery stage*, pertencente à fase *pretrial*, já que as testemunhas podem ser orientadas, bem como que a diferença de poder econômico entre autor (*plaintiff*) e réu (*defendant*) poderia influenciar na qualidade da prova a ser apresentada.

Por outro lado, tal como posto, o sistema adversarial permite que as partes, devidamente informadas e aconselhadas por seus advogados, quando ao provável resultado do julgamento, possam efetuar uma composição amigável.

Se adicionarmos a este argumento, o contínuo incremento do custo do processo, não é por menos, que a maioria das ações movidas nos EUA são resolvidas antes do julgamento, por meio de acordos negociados, por arbitragem, etc. Nesse particular, vale a pena citar o último levantamento realizado pelo Departamento de Justiça americano¹⁷, referente ao ano de

17 Fonte: *Bench and Jury Trials in State Courts, 2005, Bureau of Judicial Statistics, U.S Department of Justice* (endereço eletrônico nas referências)

2005, onde foi constatado que foram distribuídos 7.4 milhões de ações cíveis em toda jurisdição unificada (*unified jurisdiction*¹⁸) e geral (*general jurisdiction*), sendo que apenas 3% de todos os processos, envolvendo responsabilidade por ato ilícito (*tort*), contrato (*contract*) e propriedade (*real property*), decididos na jurisdição geral, foram a julgamento através do Juiz ou do Júri (*bench and jury Trial*). Não só isso, nos 75 mais populosos “counties” (equivalente aos municípios) dos EUA, o número de processos que foram decididos pelo júri ou pelo juiz diminuiu cerca 50% desde 1992 até 2005.

A parte pode alcançar a negociação em qualquer fase do processo, inclusive durante o julgamento ou na fase recursal.

A lei assegura à parte, *verbi gratia*, o direito de oferecer um acordo para julgamento em termos específicos (*offer of judgment*¹⁹), *arcando a parte contrária com os custos decorrentes da indevida recusa*²⁰, *bem como, o direito de solucionar a controvérsia, de forma voluntária, através do meio alternativo de resolução da lide, que melhor se adequa às suas necessidades e objetivos.*

*Em razão do custo anteriormente mencionado, do aumento incessante do número de processos e do próprio impacto negativo, do ponto de vista psicológico e emocional, que o litígio causa às partes, diversas Cortes têm patrocinado e desenvolvido diversos programas, objetivando a resolução alternativa da disputa (alternative dispute of resolution – ADR), tais como*²¹ a arbitragem e a mediação.

Nesses casos, a condução por parte da Corte pressupõe a obrigatoriedade da participação das partes, o que não significa estarem submetidas compulsoriamente ao desfecho do caso encontrado pelo árbitro.

18 A jurisdição será limitada (*limited*), quando só determinadas causas possam ser apreciadas pela Corte. Ao revés, se for permitida à Corte a apreciação de todas as matérias, estar-se-á diante de uma jurisdição geral (*general jurisdiction*). Outrossim, será unificada, se a jurisdição das Cortes que compõe o Poder Judiciário de determinado ente político, for unicamente de caráter geral, ou seja, não for dividida em limitada e geral. Caso contrário, será não unificada (*nonunified*).

19 Artigo 68 do FRCP: (a) *Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer.* *More than 10 days before the trial begins, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 10 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.*

20 Se o julgamento obtido ao final for menos favorável que a oferta, a parte que recusou será responsabilizada pelas custas do processo, a partir de então.

21 Nos EUA existem muitas outras formas de solução alternativa da disputa, como, por exemplo, *case evaluation, conciliation, settlement conferences, fact finding, mini-trials e summary jury trials.*

O direito a um julgamento, conforme o caso, por um Juiz ou através do Júri não lhe é negado. Entrementes, e isto é importante, os custos do processo e dos honorários do árbitro também, neste caso, poderão ser imputados à parte recalcitrante se o resultado do julgamento for menos favorável do que a solução alternativa posta anteriormente²².

A tentativa de “composição”, no sistema alienígena, também pode se dar por meio de iniciativa das partes, da legislação ou por disposição contratual.

No Brasil, em que pese os esparsos esforços do legislador, a solução da lide, seja mediante meio alternativo de solução de controvérsia, seja através de uma composição no processo, não tem recebido o devido tratamento jurídico.

Não só isso, alteração legislativa recente, abordando o tema, infelizmente foi acoimada de revelar inconstitucionalidade material, como restou decidido pela Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, o qual considerou que a ausência da tentativa de conciliação, no âmbito da Comissão de Conciliação Prévia, instituída pela art. 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 9.958, de 12.1.2000, não constitui ausência de pressuposto processual ou condição de agir. Entendeu-se que a submissão à Comissão é na verdade facultativa.

O Supremo Tribunal Federal²³ também já enfrentou essa questão, deferindo parcialmente medida cautelar, para dar interpretação conforme a Constituição, relativamente ao referido dispositivo legal, no sentido de desobrigar o trabalhador de submeter-se à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição de 1988.

O que se observa, até o momento, é que as iniciativas do legislador ainda são incipientes, não se introduzindo em nosso ordenamento, de maneira clara, qualquer reprimenda ou forma de “coação”, para que os litígios sejam resolvidos precocemente, ao invés de se eternizarem nos

22 *Using Mediation and Arbitration to Resolve Legal Disputes*. Fonte: FINDLAW (endereço eletrônico nas referências).

23 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.139-MC – Medida Cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Marco Aurélio. Decisão proferida pelo Plenário em 13.05.2009

gabinetes de Juízes e Desembargadores, assoberbados de trabalho. Isso porque, a entrega da prestação jurisdicional importaria na concessão de objeto, muitas vezes, semelhante ao que foi ofertado numa conciliação ou foi decidido pelo árbitro, no processo de arbitragem.

Questão também importante, considerando que a legislação processual civil nos EUA visa na prática assegurar um procedimento justo, célere e econômico²⁴, é saber se o Júri civil, instituto estranho ao direito brasileiro, hodiernamente, é um instrumento útil para a afirmação desses princípios. Mais do que isso, se a decisão do Júri detém maior grau de legitimidade.

Conforme o que dispõe a 6ª emenda à Constituição americana, já transcrita, o julgamento pelo Júri é garantido no âmbito criminal. Já no civil (âmbito federal), o direito ao julgamento pelo Júri é assegurado nos processos em que é aplicada a *common law* (diferentemente da “equity”), pelo teor da 7ª emenda à Constituição²⁵.

Todavia, ao contrário do que ocorre no ambiente criminal, em que a parte deve renunciar expressamente ao julgamento pelo Júri, no civil, segundo a dicção do artigo 38 do *Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*²⁶, o direito ao julgamento pelo Júri depende de provocação da parte.

Observando a dimensão histórica, a Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, já previa “o direito de um homem livre ser julgado por seus pares”.

Abordando a tema, exclusivamente por esse aspecto, encontrar-se-á uma justiça “perfeita”, legitimada pela participação da população²⁷ no processo decisório, já que *feita pelo povo para o povo*.

24 Este raciocínio deflui do teor do artigo 1 do FRCP: These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in *Rule 81*. They should be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding. (grifo nosso)

25 *Amendment VII*: In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law. (grifo nosso)

26 *On any issue triable of right by a jury, a party may demand a jury trial by:*
(1) *serving the other parties with a written demand — which may be included in a pleading — no later than 14 days after the last pleading directed to the issue is served; and*
(2) *filing the demand in accordance with Rule 5(d).*

27 No Brasil, a legitimidade da decisão judicial sempre se encontra no procedimento e não na sua origem, uma vez que o agente político em comento não foi eleito, através do voto popular.

Todavia, o reconhecimento desse aspecto democrático não basta, já que a realização do júri civil agrega custos, muitas vezes exorbitantes, optando as partes, por essa razão, preferencialmente pela transação. De igual modo, os jurados são basicamente leigos, o que significa que suas decisões não necessariamente conduzem à melhor solução ou a mais justa para o caso analisado.

De mais a mais, nos dias atuais, devido à imigração, constata-se um ambiente de diversidade cultural, preferindo o causídico americano, dependendo do objeto jurídico em discussão, não arriscar sua tese perante o júri.

Devido aos fatores já descritos, a sua opção é exercida de forma criteriosa, sendo que o interesse no julgamento pelo Júri está, a par deste ser visto como uma garantia constitucional, correlacionado precipuamente à tentativa de alguns advogados de alcançar indenizações vultosas no campo da responsabilidade civil.

Constata-se, então, que o julgamento de causas cíveis pelo Júri, a par da legitimidade de suas decisões, na maioria das vezes, não atende às modernas diretrizes que devem nortear os atos praticados no processo, onde deve imperar a celeridade e economicidade, sem abnegar, no entanto, de provimento final dotado de certo grau de justiça.

Por essas razões, a introdução do Júri civil no ordenamento jurídico nacional²⁸ não se revela de grande utilidade, o que não impende, dependendo da importância do bem jurídico tutelado e da repercussão do caso perante a Sociedade, que a decisão possa ser tomada pelos jurados, a exemplo das ações coletivas (*class action*).

28 Em caso mais complexo, em se discutia a homologação de sentença estrangeira, proferida pelo Júri, no âmbito cível, o Excelso Pretório já firmou entendimento, em sede de Sentença Estrangeira Contestada – SEC nº 4.415, cuja relatoria coube ao ex-Ministro Francisco Rezek (decisão proferida em 11.12.96 e publicada em 03.04.98), no sentido de que *o sistema do júri civil, adotado pela lei americana, não fere o princípio de ordem pública no Brasil*, uma vez que a sentença foi devidamente fundamentada com invocação da legislação norte-americana respectiva, do veredicto do júri, bem como das provas produzidas. A decisão em comento foi além, restando esclarecido que as bases principiológicas, a exemplo do princípio do devido processo legal (*due process of law*), que sustentam os dois arcabouços jurídicos, brasileiro e norte-americano, são semelhantes.

3 AS FONTES DO DIREITO NA *COMMON LAW* E O PROCESSO DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL E DA LEGISLAÇÃO PROMULGADA

Os Estados Unidos da América adota o sistema jurídico da *Common Law*²⁹, baseado na doutrina do *stare decisis*, com ênfase no precedente judicial.

O sistema tradicional da *Common Law* foi trazido pelos colonos ingleses, tendo sua origem em 1066, época em que os Conselheiros do Rei viajavam por toda a Inglaterra, resolvendo disputas baseadas em regras locais, mediante decisões que viriam a ser adotadas nas disputas similares posteriores.

Da mesma forma, as disputas em que havia interesse nacional eram decididas em Westminster, através de Cortes constituídas pelo Rei, impondo-se uma lei comum (*common law*) a toda Inglaterra, suplantando-se os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos.

Ao contrário do que ocorre no sistema romano-germânico (*civil law*), inclusive no Brasil, os precedentes têm papel fundamental, sendo que a base e a evolução do direito seria feito pelo próprio Juiz em suas decisões (*judge made law*).

De outra banda, as fontes do direito são modos de formação e revelação de regras jurídicas, sendo que a lei *lato sensu* e a jurisprudência são fontes estatais. Entretanto, no direito brasileiro, a lei se caracteriza como fonte primária ou direta, pois tem força suficiente para dizer o direito, enquanto a jurisprudência se caracteriza como fonte secundária, já que de per se não tem a força da primeira, embora esclareça o espírito do aplicador da lei.

Tal posicionamento adotado no Brasil ainda prevalece, em razão de se acreditar que a segurança jurídica só possa ser encontrada na abstratividade do texto legal. Mais do que isso, a aceitação por parte do modelo brasileiro da regra *judge made Law* encontra obstáculo na doutrina da separação de poderes, que se apresenta como o mecanismo de organização das funções estatais (legislativa, executiva e judicatura), cuja criação do direito cabe precipuamente ao Poder Legislativo.

29 Todos os Estados americanos, a exceção do Estado da Louisiana que adotou o sistema da *civil law*, filiaram-se a corrente da *common law*.

Já no direito norte-americano, ampliando a abordagem sobre o assunto, segundo a doutrina do *stare decisis*, expressão decorrente do brocardo latino *stare decisis et quia non movere* (que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão de suas decisões), o precedente judicial deve ser seguido por questões de uniformidade, justiça e previsibilidade (*consistency, fairness and predictability*).

Por sua vez, nem todos os precedentes judiciais possuem efeito vinculante (*binding effect*). Ao revés, eles podem ser dotados de efeito persuasivo (*persuasive effect*), sem qualquer obrigatoriedade ou vinculação.

O efeito vinculante deve observar a jurisdição da Corte que emite a decisão, a exemplo, no âmbito federal (*Federal Court System*), das decisões das Cortes de Apelação (*Federal Courts of Appeals*) que devem ser seguidas pelas Cortes inferiores³⁰ (*District Courts*) da sua Região (*circuit*). Da mesma forma, em se tratando de Suprema Corte norte-americana (*U.S. Supreme Court*), todas as outras Cortes do país, incluídas as estaduais, devem seguir os princípios estabelecidos na decisão sobre o caso concreto envolvendo legislação federal. Todavia, decisões de Cortes de Apelação de outras regiões são meramente persuasivas em relação às Cortes das demais, bem como as decisões das Cortes estaduais (*Trial Courts, Appellate Courts* e, caso exista no sistema jurídico de determinado Estado da Federação, a *State Supreme Court*) de determinado ente federativo não vinculam as Cortes dos demais.

Outrossim, diversas técnicas são utilizadas para confirmar ou não um precedente, bem como para se chegar à conclusão de que não é o caso de segui-lo, tendo em vista a inexistência de identidade de *ratio decidendi*³¹.

A utilização da técnica da revogação do precedente (*overruling*) pressupõe o uso, de forma prévia, da técnica do *distinguishing*, verificando, de forma cuidadosa, se há identidade entre os fatos fundamentais e determinantes, referidos no precedente anterior, e aqueles apresentados no caso que se pretende julgar, tudo de modo a detectar se é caso de superar ou não o precedente vinculante.

Até mesmo quando constatada a identidade acima mencionada, se houver a devida fundamentação, os precedentes podem ser anulados

30 Trata-se de um precedente vertical já que deve ser obedecido em razão da hierarquia.

31 Alguns denominam de “holding”, que pode ser definido como a regra ou princípio aplicado aos fatos específicos do caso concreto.

(*overruling prior decisions*), ou seja, se for detectado que não se justificam mais os motivos que embasaram o entendimento anterior, ou se a aplicação da decisão anterior puder causar consequências nefastas às partes. Assim, se for verificada, diante do caso concreto, que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, o Juiz deve superá-la.

Oportuno lembrar, que um precedente meramente persuasivo, por exemplo, oriundo de uma Corte distinta, que naturalmente fixou entendimento diverso, pode subsidiar o raciocínio utilizado para a revogação do pensamento jurídico externado por meio do precedente vinculante.

Nos EUA, os Juízes podem aplicar, conforme o caso, além do precedente judicial³², a legislação promulgada (*enacted law*), tais como a Constituição, que devido a sua supremacia (*the supremacy clause*) faz dela a lei que deve ser seguida em todo o país (*the supreme law of land*); os Estatutos (*Legislative codes/ Statutes*), que são as leis promulgadas pelo legislativo federal, estadual e local; os Tratados firmados com nações estrangeiras, através do Presidente e ratificados pelo Senado, com a mesma hierarquia da legislação federal; as regras da Corte (*Court Rules*), que estabelecem os procedimentos a serem seguidos nas Cortes Federais ou Estaduais, a exemplo, no âmbito federal, do Código de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*) e do Código que trata das evidências que serão introduzidas como provas no processo, tanto civil como criminal, para fins de julgamento do caso concreto (*Federal Rules of Evidence*), ambos com a mesma hierarquia da lei; os Código Administrativos (*Administrative Agency Rules and Decisions*) contendo regras editadas pelas Agências (*Administrative codes*) e decisões adotadas nos julgamentos administrativos (*Administrative decisions*).

Portanto, o precedente judicial (*case law*), ao lado da legislação promulgada (*enacted law*), é fonte primária (*primary authority*) do direito e em regra devem ser seguidos (*mandatory authority*) e tem efeito legal no futuro, como visto, em razão do princípio do *stare decisis*, devendo o Juiz analisar detidamente se o ponto ou questão sob análise, deve ser esclarecido segundo a ótica da *common law* ou observada a *enacted law*, residindo, neste ponto, uma das grandes diferenças do modelo brasileiro, já que o *modus operandi* utilizado pelo Juiz para resolver uma disputa judicial é diverso.

32 Existem duas espécies de precedente judicial. O *common law caselaw*, que se aplica às controvérsias regidas pelo direito costumeiro (*common law*) e o precedente que interpreta a legislação promulgada (*caselaw interpreting enacted law*).

No sistema jurídico brasileiro, a decisão judicial, proferida no caso concreto, via de regra³³, não é vinculante, devendo o julgador, ater-se aos ditames da lei em sentido amplo, segundo a hierarquia da fonte do direito.

Vale lembrar, que o precedente judicial, como nível hierárquico inferior, entre as fontes obrigatórias de direito anglo-saxão, pode ser revogado ou modificado pela lei (*statute*) editada pelo Poder Legislativo, como lhe aprouver. Nesse aspecto, o princípio da supremacia legislativa (*principle of legislative supremacy*) prevalece.

De mais a mais, segundo a ótica da hierarquia, o precedente judicial também pode ser afastado por dispositivos constitucionais ou por uma regra administrativa editada pelas agências, dentro de sua competência.

Igualmente ao precedente judicial (*common law caselaw*), o precedente que interpreta a legislação promulgada (*caselaw interpreting enacted law*), também deve seguir a regra do *stare decisis*, revelando-se fonte do direito para os demais casos, em situação fática semelhante. Porém, essa espécie de *caselaw* tem a mesma hierarquia da legislação que é interpretada, devendo o legislador estar atento a esse fato, quando da tentativa de revogar ou alterar o precedente, ou seja, o precedente judicial interpretando a Constituição prevalece sobre a lei conflitante e só pode ser revogado ou alterado pelo Poder Legislativo através de procedimento legislativo específico, mais especificamente por meio de emenda constitucional. Da mesma forma, o precedente interpretando a lei em sentido estrito prevalece sobre a *common law* e assim por diante.

Outrossim, a décima emenda³⁴ à Constituição Americana, refletindo o pensamento prevalente à época, neste particular, nitidamente estadista e não federalista, durante o processo criativo do Estado Federal, conferiu

33 No Brasil há uma tendência da abstrativização do controle difuso, de certa forma, ainda incipiente, sem a necessidade de atuação do Senado Federal (art. 52, inc. X, da Constituição da República de 1988) ou a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103 – A, *caput* da CR/88), como citado pelo doutrinador Fredie Didier Júnior, em sua festejada obra “Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira”, ao fazer abordagem sobre as transformações sofridas pelo Recurso Extraordinário. Essa tendência de abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade pode ser vista em alguns julgados do Excelso Pretório, a exemplo do julgamento ocorrido na Reclamação 4335/AC, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes.

34 Amendment X: *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*

aos entes da federação (Estados) os poderes não delegados à União pela Lei Fundamental, nem por ela negados aos Estados-Membros. Por outro lado, em homenagem à autonomia dos Estados, coube à União, tão-somente, os poderes expressos.

Com efeito, diante da limitação legislativa da União e de outros fatores decorrentes do federalismo, a *common law*, no âmbito estadual, aplica-se a várias áreas do direito de um determinado Estado da Federação, tais como ao direito (*tort law*) que trata da responsabilidade civil extracontratual, em razão de ato ilícito (*non-contractual civil wrongs*), do contrato (*contract law*) e da propriedade (*property law*). De outro norte, o domínio da *common law* federal é mais restrito, necessitando, inclusive, em determinados casos, que sejam claros, fortes e exclusivos os interesses federais que precisam ser protegidos, a exemplo de disputas entre dois Estados.

Entretanto, isso não quer dizer que uma área, amplamente regida pelo *common law*, não possa ser regulamentada por outras fontes do direito, em especial a *enacted law*.

Na *tort law*, por exemplo, embora as cortes tenham o poder de determinar os contornos ou até modificar os elementos básicos da responsabilidade civil e suas excludentes (*defenses*), inclusive, criando novos atos ilícitos, a legislação promulgada também se ocupa dessa função, como uma resposta a necessidade de reforma do sistema, porém limita-se geralmente à questões processuais e ao valor e tipos de indenizações³⁵.

Da mesma maneira, como ocorre no *common law caselaw*, o precedente interpretando a legislação promulgada também pode ser revogado pela alteração da lei ou Constituição posterior, conforme o caso, já que, como dito, o *caselaw interpreting enacted law* tem a mesma natureza do ato normativo interpretado.

Importante lembrar, que apesar das considerações expostas até o momento, não há como afirmar que o sistema norte-americano, hodiernamente, seja basicamente vinculado a *common law*. Ao contrário, a partir de 1930, inaugurou-se o período chamado de “Age of Statutes”,

³⁵ Em alguns estados americanos, por exemplo, a legislação disciplinou que os *punitive damages* (indenização punitiva), que objetivam a prevenção de danos futuros e são estabelecidos quando o dano é marcado por grave negligência, malícia ou opressão, não podem exceder três vezes o valor dos *compensatory damages* (indenização compensatória), cuja função é meramente reparar o prejuízo sofrido.

no qual o direito previsto em lei (*statutory law*) expandiu-se entre os cinquenta estados americanos, seja para substituir o direito costumeiro, seja para criar novas áreas do direito.

Em que pese esse processo, a abordagem das leis no sistema do *civil law*, referência no Brasil e onde foi negado ao Poder Judiciário a função de “legislar” ou de “criar” o direito, continua diversa da abordagem na *common law*, já que o preenchimento das lacunas no direito escrito deve ser realizado, conforme a função precípua do Poder Legislativo, através dos princípios gerais decorrentes da própria legislação. Até porque, embora sujeitas a se tornarem obsoletas, o espírito é de que as leis sejam duradouras, necessitando, por isso, de uma “interpretação” flexível da norma escrita, com a utilização, de diversos meios de interpretação e integração.

Já no sistema da *common law*, os juízes vêem as leis como contendo regras específicas que serão aplicadas de forma justa de acordo com seus termos, mas não além. Logo, qualquer aspecto fora da lei, deve ser regido pela *common law*, ambiente jurídico onde devem ser encontrados os princípios gerais. Embasa-se também o presente raciocínio, no fato de que se o sistema da *common law* se desenvolveu anteriormente nos EUA, pressupõe-se que eventuais lacunas já foram preenchidas pela *common law*.

Nesse contexto, apresentam-se alguns métodos de interpretação da legislação (*statutory interpretation methods*), sendo que geralmente as cortes acreditam que a interpretação das palavras contidas na lei deve ser de tal forma que se possa dar cumprimento aos propósitos estabelecidos pelo legislador.

Dentre as regras existentes, que tem como propósito determinar o alcance e o sentido do preceito, cita-se exemplificativamente a interpretação com base na “Plain Meaning Rule”, regra essa que valoriza a interpretação literal, não havendo necessidade de analisar a dimensão histórica da norma ou a sua história legislativa (*legislative history*). Ao que parece, tal método parte da errônea premissa que as palavras têm um único significado e que o sentido da lei encontra-se tão-somente nas palavras contidas na lei aprovada. Mais do que isso, não há como negar, por exemplo, que os relatórios das comissões (*committee reports*), emitidos pelas duas Casas do Congresso Americano³⁶, durante a tramitação do projeto de lei, são de grande valia ao intérprete.

36 O Congresso americano é bicameral. *Senate* (equivalente ao Senado brasileiro) e da *House of Representatives* (equivalente à Câmara dos Deputados).

Podemos citar, ainda, sem a pretensão de esgotar o tema, a “Social Purpose Rule”, cuja abordagem diz respeito à finalidade social da norma, o que conflita, inevitavelmente, com a aplicação da “plain meaning rule”.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, o modelo americano apenas adota, ao contrário do brasileiro³⁷, o sistema difuso, o qual permite que qualquer Corte, em qualquer nível de jurisdição, possa examinar arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato governamental realizada pela parte interessada, num caso concreto (*judicial review*).

Embora o sistema adotado seja descentralizado, impõe-se dizer que a última palavra em questões correlatas à declaração de incompatibilidade da lei com a Constituição é da Suprema Corte Americana (*The U.S. Supreme Court*), sendo tal fato tão relevante, que reflete na própria atuação dos advogados e juízes, que consideram importante até mesmo aqueles comentários ou declarações incidentais (*obter dictum* ou *dictum*), de caráter meramente persuasivo e não vinculante, que não fazem parte das razões essenciais³⁸ (*ratio decidendi*), contidas nas decisões constitucionais. Cabe, então, às demais Cortes, ao analisar a controvérsia suscitada pela parte, proceder de maneira prévia um exame rigoroso quanto à plausibilidade da inconstitucionalidade alegada, de modo a “preservar” sempre que possível a autoridade da Suprema Corte.

Cumpra registrar, por oportuno, que a interpretação das disposições constitucionais é diversa do método utilizado pelas Cortes em geral, no que se refere às leis.

O enfoque a ser dado pelo intérprete depende do grau de clareza do texto constitucional, sendo que, ao contrário da abordagem utilizada no precedente quando da interpretação da lei em sentido estrito (*case law interpreting statute*), utiliza-se um método interpretativo flexível no processo de se determinar qual princípio constitucional foi violado.

Essa flexibilidade permite ao Juiz um amplo espaço para introduzir em seu raciocínio argumentos políticos, econômicos e sociais, o que

37 A Constituição de 1988 prevê ambos os sistemas difuso e concentrado.

38 Ao contrário do *dictum*, a razão de decidir tem eficácia vinculante, o que a torna peça chave nesse processo de definir que parte da decisão tem o condão de vincular as decisões posteriores. É na concepção de Professor Arthur L. Goodhart tão-somente aqueles fatos tidos como fundamentais para o juiz (*material facts*) e também a sua conclusão que deve ser fundamentada nesses mesmos fatos fundamentais. GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. The Yale Law Journal, Vol. XL, N. 2 dec. 1930.

provoca, de fato, uma enorme discussão quanto ao papel das Cortes, em especial da Suprema Corte dos EUA, que ao invés de “aplicarem” simplesmente a lei, engajam-se num ativismo político. Aliás, não é de se estranhar a existência de tal controvérsia, considerado o processo de nomeação dos juízes federais americanos (escolha pelo Presidente com a aprovação do Senado americano), em especial da Suprema Corte³⁹.

Logicamente, que os termos gerais contidos na Constituição norte-americana, tais como liberdade (*liberty*), devido processo (*due process*) e igual proteção das leis (*equal protection of the laws*⁴⁰), favorecem o aparecimento do ativismo político, já que o espectro das palavras utilizadas depende de determinada visão política do julgador.

*Na verdade, os direitos individuais previstos e protegidos na Constituição dos EUA são diversos, o que se revela como uma grande barreira para a edição de leis ou atos governamentais inconstitucionais naquele país. A título exemplificativo, no que se refere à aplicação da cláusula do equal protection of the laws, a Suprema Corte decidiu, mais especificamente no ano de 1954, ainda hoje considerada uma das mais importantes decisões proferidas, que o tratamento diferenciado, baseado na raça, constituiria uma forma de discriminação racial (racial discrimination). Assim, através da célebre decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education*, aplicado por analogia a todos outros atos governamentais de segregação racial⁴¹, coibiu-se, ainda que tardiamente, a discriminação de pessoas negras nas escolas públicas, apartadas das demais escolas frequentadas pelos alunos brancos, mesmo em caso de estruturas semelhantes.*

Nessa mesma trajetória, mais tarde, muitas leis federais estenderam essa proteção contra a discriminação, aos atos praticados no âmbito privado, com a edição do *Civil Rights Act de 1964*.

Pelo que foi dito até o momento e a par das vinculações a que o julgador se submete, em decorrência da aplicação do precedente judicial e da lei, não se pode dizer, como descrito, que o intérprete norte-americano não tenha a sua disposição instrumentos para trabalhar, de acordo com a realidade, a complexidade da tensão produtiva existente

39 A Suprema Corte dos Estados Unidos da América é composta de nove Juízes, um presidente (*Chief of Justice*) e oito *associate justices*. Fonte: sítio eletrônico *United States Courts*.

40 A cláusula da igual proteção da lei contida na 14ª emenda à Constituição americana prevê que nenhum Estado deve negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição tal direito.

41 Banheiros públicos eram divididos em “Homem”, “Mulher” e “Pessoas de cor”. *Public restrooms were divided into “Men”, “Women” and “Colored”.*

entre texto e sentidos normativos, em outros termos, entre segurança jurídica (*fairness*) e justiça (*justice*).

Do mesmo modo, o intérprete brasileiro não permanece insensível ao que acontece ao seu redor, já que deve prevalecer a unidade da Constituição, cujo postulado “*obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existente entre as normas constitucionais a concretizar.*”⁴²

Portanto, embora se possam utilizar técnicas diferentes para se assegurar uma ordem jurídica justa, a similitude de bases principiológicas de ambos os sistemas jurídicos abre caminho para uma maior interação entre os dois modelos.

4 CONCLUSÃO

Com base nessas considerações, pode-se extrair que o método de formação e produção da prova, cuja titularidade cabe às partes, nos moldes do sistema adversarial, é passível de incorporação ao direito brasileiro, em situações específicas, ou seja, desde que o processo de coleta da prova não comprometa a igualdade processual.

Quanto aos sujeitos do processo, pode-se dizer, mediante uma análise crítica do sistema jurídico brasileiro, que o juiz necessita de mais instrumentos de “coerção” para alcançar a composição das partes, cabendo ao advogado se preparar corretamente para o exercício da atividade conciliatória, pontuando junto a seu cliente, os aspectos positivos de tal procedimento.

Importante destacar, nesse contexto, que o deferimento da gratuidade de justiça pelo Juiz brasileiro, deve ser precedido de uma análise rigorosa quanto à situação patrimonial do requerente, sob pena de se atravancar o próprio Judiciário. Mais do que isso, a utilização indevida do instituto da gratuidade tem efeito negativo e imediato sobre a possibilidade de acordo, propiciando, ainda, o ajuizamento de ações infundadas.

Por outro lado, no sistema norte-americano, o fato de o advogado financiar a causa, pagando não só as custas processuais, mas também as despesas relativas à dilação probatória, revela-se como um fator inibidor de demandas e fomentador de acordo.

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 232.

Sob a ótica norte-americana, não há que se falar em rápida solução do litígio, se não houver a efetiva participação das partes nas tentativas de composição, através de meios alternativos de resolução de uma disputa. A atitude desinteressada das partes compromete a rápida solução do litígio, devendo as mesmas arcar com o custo de suas posições, como, por exemplo, não aceitar uma oferta razoável da parte contrária, não aderir a uma solução justa, construída com a ajuda do mediador, ou não aprovar uma decisão adequada ao caso concreto, proveniente de árbitro indicado pelos litigantes.

Isso porque, a entrega da prestação jurisdicional importaria na concessão de objeto, muitas vezes, semelhante ao que foi ofertado numa conciliação ou foi decidido pelo árbitro designado no processo de arbitragem.

Nesse contexto, cabe ao legislador brasileiro a reformulação da lei, criando instrumentos mais eficazes, que propiciem um ambiente favorável a celebração de acordos entre as partes.

No tocante ao critério de nomeação dos Juízes, observa-se que o processo seletivo brasileiro dá maior ênfase ao conhecimento da lei, e não a experiência de vida e profissional do candidato, valores essenciais a um bom julgamento por parte do magistrado.

Já a introdução do Júri civil no ordenamento jurídico nacional, como regra geral, não se revela de grande utilidade, o que não impede, dependendo da importância do bem jurídico tutelado e da repercussão social, que a decisão possa ser tomada pelos jurados, em situações pontuais a serem definidas pelo legislador pátrio.

Quanto ao precedente judicial vinculante, adotado no sistema jurídico da *Common Law*, baseado na doutrina do *stare decisis*, o mesmo se notabiliza pela devoção ao instituto da segurança jurídica.

No Brasil, a par da discussão constitucional quanto à validade e o cabimento de qualquer alteração dessa natureza, pode-se dizer que a concentração excessiva de poderes nas mãos dos juízes, ainda mais, se for considerado a natureza do processo de nomeação ao cargo, atrelada à interpretação corrente do princípio da separação dos poderes, são óbices consistentes à introdução do precedente judicial vinculante, nos moldes concebidos nos EUA, em nosso ordenamento jurídico.

Acredita-se que a tendência de abstrativização do controle difuso, reconhecida em outra oportunidade pelo Excelso Pretório, sem a necessidade de atuação do Senado Federal ou a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, supre de algum modo a necessidade de se alcançar segurança jurídica.

Por outro ângulo, identifica-se a similitude de bases principiológicas de ambos os sistemas jurídicos, que não só facilita a “importação” de institutos jurídicos do sistema norte-americano, como ocorreu com controle difuso de constitucionalidade, mas também abre caminho para uma maior interação entre os dois modelos, inclusive, para fins de interpretação da norma.

Por fim, foi observado que tanto o intérprete norte-americano, quanto o brasileiro, tem a sua disposição instrumentos para trabalhar, de acordo com a realidade, a complexidade da tensão produtiva existente entre texto e sentidos normativos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimação democrática. Atualidades Jurídicas*, Brasília, n. 4, p. 6, 2009. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 02 out. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.139-MC*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio - CNTC. Requerido: Presidente da República. Congresso Nacional. Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio, 13 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>>. Acesso em: 9 out. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.4.335/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 21 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>

jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2E%2E%29&base=basePresidencia>. Acesso em: 9 out. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira Contestada – SEC Nº 4.415*, Requerente: MINPECO S/A. Requerido: Naji Robert Nahas. Relator: Ministro Francisco RezekS, 11.12.96. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265699>>. Acesso em: 9 out. 2011.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. Fourth Edition. St Paul: Thomson/West.2006.

CARPENA, Márcio Louzada Carpena. *Os Poderes do Juiz no Common Law*. Revista de Processo nº 180, ano 35, fev. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>>. Acesso em: 22 out 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 232.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Processo Civil dos EUA buscou excepcionalismo*. 16 mar 2011. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-16/tudo-eua-construcao-processo-civil-buscou-excepcionalismo>> Acesso em 25 out 2011.

_____. *A cada 7 mil ações, Suprema Corte dos EUA julga cem*. 07 mar 2011. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-07/mil-recursos-ajuizados-ano-suprema-corte-eua-julga-cem>> Acesso em 25 out 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil. v.lume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

McEWEN, Scott W. *Texto-base: Alternative Dispute Resolution - ADR*. San Diego, CA: Thomas Jefferson School of Law, 2011. Texto didático do curso *Fundamentals of the U.S. Legal Systems*.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading & Vocabulary Development*. Michigan: EAPP, 2007

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *A Relação entre o Precedente Judicial e Súmula Vinculante*. 2009. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Disponível em: < http://usp-br.academia.edu/MichelRobertoSouza/Papers/361871/Relacao_entre_precedente_judicial_e_sumula_vinculante> Acesso em: 20 set 2011.

EUA. The U.S. National Archives & Records Administration. *The Constitution of the United States (1787)*. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. The U.S. National Archives & Records Administration. *Bill of Rights*. ratified by three-fourths of the States in 1791. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html >. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. The U.S. National Archives & Records Administration. *The Constitution: Amendments 11-27*. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. Legal Services Corporation. LSC. Updates. *LSC Funding for Fiscal Year 2011 Cut by \$ 15.8 Million*. Tuesday, April, 22, 2011. Disponível em: < <http://www.lsc.gov/media/newsletters/2011/lsc-updates-april-22-2011>>. Acesso em: 12 out. 2011.

EUA. U.S Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. Special Report. *Bench and Jury Trials in State Courts, 2005*. Disponível em: < <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/cbjtsc05.pdf> >. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. *Using Mediation and Arbitration to Resolve Legal Disputes*. Fonte: FINDLAW, Disponível em: < <http://public.findlaw.com/adr/using-mediation-and-adr.html>>. Acesso em: 10 out. 2011.

EUA. Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Federal Rules of Evidente*. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. Legal Information Institute. Cornell University Law School. *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/>>. Acesso em: 9 set. 2011.

EUA. United States Courts. *Understanding the Federal Courts*. Disponível em: < <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/FederalCourtsInAmericanGovernment.aspx>>. Acesso em: 12 out. 2011.

