
O CONFLITO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA
E JUSTIÇA – SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS
DO CIVIL LAW E DO *COMMON LAW* E SUAS
APLICAÇÕES NO BRASIL E NOS ESTADOS
UNIDOS DA AMÉRICA

*THE CONFLICT BETWEEN LEGAL CERTAINTY AND JUSTICE – LEGAL
HERMENEUTIC SOLUTIONS OF CIVIL LAW AND COMMON LAW
AND ITS APPLICATIONS IN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF
AMERICA*

Celine Ramos Coelho

Procuradora Chefe da Divisão de Assuntos Judiciais da

Procuradoria da Fazenda em Minas Gerais

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho

SUMÁRIO: Introdução; 1 o Direito como um Reflexo da Sociedade; 2 O Conflito Segurança X Direito no Sistema Civil *Law* e no Direito Brasileiro; 3 O Conflito Segurança X Direito no Sistema *Common Law* e no Direito Norte Americano; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar como os juristas brasileiros, bem como os norte americanos, tratam o problema da atualização do Direito em seus respectivos países. Para isso, serão apresentadas as noções estruturais dos referidos sistemas, sua contextualização histórica durante a implementação no Brasil e nos Estados Unidos da América. Além disso, será avaliada a evolução da ciência do Direito no sentido de solucionar o conflito entre segurança jurídica e justiça no âmbito destas duas nações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. *Civil Law. Common Law.* Segurança Jurídica. Justiça. Hermenêutica Jurídica.

ABSTRACT: This article discusses how lawyers Brazilians and Americans treat the problem of updating the law. We present structural concepts of such systems, the historical context of its implementation in Brazil and the United States of America and evaluated the development of legal science in order to solve the conflict between legal certainty and justice.

KEYWORDS: Comparative Law. *Civil Law. Common Law.* Legal Certainty. Justice. Legal Hermeneutic.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento de todos que a sociedade encontra-se em evolução cada vez mais rápida e que novas questões surgem a cada dia, sem que seja possível que o Direito se atualize dentro dos seus mecanismos normais. Não raro, o Poder Judiciário é conclamado a tomar posição diante de temas polêmicos, como no caso da união homoafetiva e do aborto de anencéfalos, só pra citar os de maior repercussão.

E esta não é uma especificidade da sociedade brasileira. Também nos Estados Unidos da América (EUA), cujo sistema jurídico segue a tradição da *common law*, as mesmas questões se apresentam. Lá, como no Brasil, o Estado não consegue responder satisfatoriamente aos anseios de normatização da sociedade, especialmente quando os envolvidos são minorias, que não conseguem se fazer representar efetivamente nos órgãos políticos.

Neste contexto e a partir de uma análise da história^{1 2} e da filosofia do Direito brasileiro^{3 4} e norte-americano⁵, pretende-se demonstrar como cada país, a despeito de suas tradições jurídicas diversas, tem buscado soluções para um problema que é comum a todas as sociedades contemporâneas: como garantir a justiça como um valor universal diante de tantas novidades, seja no campo social, seja na esfera econômica.

1 O DIREITO COMO UM REFLEXO DA SOCIEDADE

O direito vigente num determinado território nunca nasce isoladamente seja do legislador, seja dos seus operadores, mas sim é fruto de um conjunto de influências, que decorrem da história, dos usos e costumes que caracterizam o país. Camargo ressalta que a aplicação da lei atende, antes de tudo, o indivíduo e a sociedade a quem ela serve. Neste sentido:

O direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma

1 JÚNIOR, O. A. de Castro. *Introdução à História do Direito Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Ibradd, Cesus, 2001.

2 GODOY, A.S. de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

3 CAMARGO, M. M. Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4 BARBOSA, L. Teixeira; NETO, J. F. Siqueira. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na common law e na civil law. *Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 227-244, jul. dez. 2011, p. 231.

5 GODOY, op. cit.

situação histórica da qual fazem parte o sujeito (intérprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma).⁶

Garzanti Sistemi, em tradução livre de Cassone, lembra que:

As causas que produziram a diferença entre os vários sistemas referem-se às diversas relações – criadas na história passada e recente – entre poder político e judiciário, entre o poder político e a atividade legislativa, entre os órgãos judiciários e a escola; dependem, outrossim, dos créditos seguidos na formação do jurista e no recrutamento dos juízes.⁷

Portanto, um estudo comparativo passa, necessariamente, pela análise dos padrões relacionais entre política, poderes legislativo e judiciário e doutrina presentes nas sociedades norte americana e brasileira.

O *common law* é originário da Inglaterra e está presente em todos os países que fizeram parte do *commonwealth*. A despeito de cada uma das colônias ter se desenvolvido de forma peculiar após a independência, a influência inglesa não deixou de marcar a maneira de pensar dos seus juristas, mesmo porque a organização administrativa e judiciária, assim como as regras processuais, se mantiveram reguladas segundo o modelo inglês.

Trata-se de direito consuetudinário que tem como fonte não o comportamento popular, mas a atuação dos juízes na aplicação dos precedentes, que são decisões adotadas em situações análogas àquela que está sendo submetida à julgamento. O direito inglês, em sua origem, não continha regras de direito material, mas sim uma série de regras processuais, que traduziam técnicas de soluções de conflitos. A preocupação com a processualística era tão grande que consolidou-se um princípio segundo o qual *remedies precede rights*. Contudo, ao longo da história, os ingleses passaram a dar mais importância ao mérito das disputas e alguns regulamentos, o *statute law*, foram sendo criados e são hoje fonte secundária do Direito.

Os EUA não possuem um sistema puro de *common law* como o dos ingleses. A maior diferença entre os países é que os norte americanos possuem uma Constituição Federal que garante autonomia legislativa aos Estados Membros. A variação legislativa permite aos

6 CAMARGO, op. cit., p. 14.

7 CASSONE, Vittorio. *Interpretação constitucional da doutrina brasileira e comparada*. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Tributário, 2012. p. 96

cidadãos estadunidenses escolher entre as soberanias estaduais aquela que melhor se adequa aos seus interesses. De outro giro, possibilita a experimentação legislativa e regulatória, fazendo com que as boas experiências de um determinado Estado-Membro possam reproduzidas nos outros. Contudo, observa-se que, na prática, pouca ou nenhuma diferença significativa há entre os Estados-Membros, pois ao longo do tempo estas foram sendo diminuídas e o conceito de nação única foi sendo assimilado e adotado por todos os americanos indistintamente.

A opção pelo pacto federativo é explicada pela história dos EUA. Havia tantos direitos coloniais quanto colônias, cada uma com suas especificidades e influências. Neste contexto, a independência exigia ao mesmo tempo o fortalecimento da união das treze colônias que inicialmente formaram o país e um respeito à sua autonomia. Posteriormente, à medida que novos territórios foram sendo conquistados, a *common law* serviu como agente integrador e até mesmo imperialista, pois acabou suplantando os sistemas até então vigentes no interior e no Oeste, de tradição francesa e espanhola. Ainda hoje os Estados do oeste guardam alguns institutos de direito civil, como é o caso do casamento com comunhão de bens e apenas um Estado, o Lousiania, segue preceitos de *civil law*.

Observa-se na história norte americana o firme propósito de usar o direito como ferramenta para o desenvolvimento e crescimento do país. Desta forma, sempre houve preocupação em dotar o cidadão de todos os meios necessários para empreender, além da criação de uma infraestrutura de transporte que pudesse atender à dimensão territorial. A importância dada ao direito à propriedade privada e a criação de mecanismos para coibir a concorrência desleal são referências neste sentido.

A organização judiciária estadunidense dos dias de hoje é marcada pela separação entre a justiça federal e as estaduais. Na maioria dos casos há uma esquema piramidal formado pelas *trial courts* (primeira instância), as *Court of Appeals* e a Suprema Corte. A existência da possibilidade de acordos prévios faz com que boa parte dos litígios não seja submetida a julgamento. Outra instituição de relevância é o tribunal do júri, responsável pelo julgamento da matéria de fato em causas criminais de maior potencial ofensivo (*felonies*) e em causas cíveis que envolvam danos materiais (*money damages*), perda da propriedade (*recovery os property*) e danos gerais por culpa ou dolo (*torts*). Não se olvide, ainda, que a Suprema Corte norte americana possui competência discricionária, podendo eleger as questões em que irá se manifestar.

Os juízes são selecionados entre advogados, promotores, professores de direito e políticos. Eles são admitidos no Poder Judiciário em qualquer nível, independentemente do seguimento de regras de hierarquia. Não há sistema de promoções. A escolha pode ser realizada de três formas diferentes. No primeiro caso os juízes são indicados pelo Executivo, com posterior confirmação pelo Legislativo. No segundo, os juízes são escolhidos pelo Executivo a partir de lista elaborada por comissão independente. No terceiro e último há eleição popular. Os prazos de exercício da magistratura variam de um lugar para o outro, podendo ter prazo fixo e até mesmo ser vitalício. Em qualquer caso observa-se a prevalência de critérios políticos.

Ao comentar as principais características do modelo judiciário norte-americano, ressalta Godoy:

Os traços significativos são marcados com o jogo político que macula a composição das cortes, com a discricionariedade dos tribunais superiores, com a utilização do sistema legal para promoção do liberalismo econômico, com a inexistência de promoção nas carreiras da magistratura.⁸

Portanto, pode-se afirmar que o Judiciário norte americano tem por característica ser um poder político, profundamente influenciado pelas correntes democrata e republicana. A cada novo presidente, as escolhas por uma ou outra forma de pensamento refletem nas decisões, sejam de primeira ou de última instância.

A história brasileira, por sua vez, é marcada pela influência do direito continental europeu, conhecido como sistema *civil law*. Durante a colonização portuguesa houve um período em que Portugal estava sob controle espanhol e isso fez com que no Brasil se implantasse as Ordenações Filipinas, de origem espanhola, um conjunto de legislações baseadas no direito romano, canônico, costumeiro, mesclado com cartas municipais e estatutos portugueses, que foram importante influência no Direito Privado brasileiro até a edição do Código Civil de 1916.

Os portugueses não pretendiam realizar uma ocupação territorial, tão-somente explorar as riquezas que encontrassem no novo território. Assim sendo, não havia qualquer preocupação com o direito dos colonos, mas sim a expedição de regras que visavam assegurar o pagamento de impostos e tributos aduaneiros. Não houve, desta forma, a criação de um sistema que possibilitasse o desenvolvimento social e a consolidação da cidadania.

8 GODOY, op. cit., p. 12.

Desde o início o exercício da democracia verdadeiramente participativa foi inviabilizado, havendo grande centralização das decisões. O judiciário era um mero instrumento de controle estatal. Não raro, havia a elaboração de leis e decretos casuísticos, destinados a atender a um indivíduo ou situação particular. A questão da propriedade fundiária nunca foi satisfatoriamente regulamentada.

Os primeiros séculos de Estado independente no Brasil foram marcados por uma grande quantidade de golpes, que acabaram por dificultar a implementação da democracia. Contudo, a partir da Constituição de 1988, nota-se uma estabilização política, que tem sido importante para o desenvolvimento das instituições, dentre as quais o Poder Judiciário. Desde então, não há critérios políticos para a nomeação dos juízes de primeira instância. Qualquer cidadão com formação jurídica reconhecida pode se inscrever no concurso público para preenchimento do cargo de juiz, havendo algumas limitações quanto à idade de ingresso e comprovação de prática forense anterior. Há critérios claros de promoção para a segunda instância. As cortes superiores – Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal – são compostos por Ministros nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal. Portanto, o critério político está mais presente na composição das cortes superiores.

No que diz respeito à relação do Legislativo com o Judiciário, ao comparar os dois sistemas, ressalta Castro Júnior:

No sistema ‘civil law’, a fonte principal de direito é a norma, emanada pela Constituição, leis e regulamentos, de modo que, ao julgar um litígio, o juiz usa o método dedutivo, pois procura na lei e, complementarmente, nos princípios gerais e costumes uma solução para o caso, adequando o fato social à lei. Esse método é caracterizado pela asserção de axiomas, dos quais regras particulares são logicamente dedutíveis e, então, testadas pela experiência e observação, ao contrário do ‘common law’, em que o magistrado usa o método indutivo, derivando princípios gerais ou normas de direito de um precedente ou de uma série específica de decisões extraídas de uma norma específica, para aplicar ao caso sob litígio. Assim, neste sistema, o juiz tem uma relação muito próxima com a atividade judicial, ou seja, o poder está no próprio judiciário, enquanto no ‘civil law’ o magistrado subordina-se mais à atividade legislativa, por meio da aplicação da letra da lei.⁹ (grifos nossos)

9 JÚNIOR. O. A. de Castro. *Introdução à História do Direito Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Ibradd, Cesus, 2001. p. 81.

Sendo assim, a divisão de poderes entre Legislativo e Judiciário é diametralmente oposta conforme se adote cada um dos sistemas analisados. No direito de tradição continental européia houve uma profunda diferenciação entre a atividade legislativa, criadora do Direito, e a judiciária, mera aplicadora e no máximo interpretativa das normas. Já no direito anglo-saxão o juiz assume uma postura muito mais ativa, pois é ele quem cria a regra a partir dos precedentes, cabendo ao Legislativo tão somente um papel de complementar.

2 O CONFLITO SEGURANÇA X DIREITO NO SISTEMA CIVIL LAW E NO DIREITO BRASILEIRO

O sistema *civil law* se caracteriza pela preocupação com as regras substantivas. Neste contexto, a lei é fonte primária do Direito. O regramento jurídico é construído através da eleição daquelas normas consideradas mais justas e morais e que colaboram melhor para o funcionamento da sociedade. Como já dito, o método de solução dos litígios é o dedutivo, sendo necessária a aplicação de uma norma pré-existente que, neste contexto, deverá possuir caráter genérico e versar sempre acerca de uma conduta que deve ser atribuída a um indivíduo ou coletividade, ou seja, um dever-ser.

Ao discorrer sobre o caráter genérico da norma no sistema *civil law*, Barbosa; Siqueira Neto (2011) apontam:

Neste sentido, é importante evidenciar, o caráter genérico da regra jurídica do sistema romano-germânico necessita corresponder a um nível de generalidade considerado suficiente: *deve assumir um caráter suficientemente geral a contemplar uma certa categoria ou tipo de situações não sendo, por conseguinte, unicamente aplicável (norma concreta e específica), nem conter generalidade excessiva própria da aplicação desvinculada das categorias – como, no entender de muitos, assim são os princípios*. Da generalidade descrita na hipótese legal já a operação dedutiva como raciocínio lógico principal deste sistema, buscando-se, a partir da descrição da hipótese normativa de caráter genérico e abstrato – portanto, de uma previsão voltada a situações ulteriores –, entender a ocorrência ou não da subsunção do fato concreto e específico.¹⁰ (grifo nosso)

10 BARBOSA, L. Teixeira; NETO, J. F. Siqueira. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na *common law* e na *civil law*. *Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 227-244, julho-dezembro 2011, p. 231.

Portanto, o legislador deve cuidar para que a lei produzida possua condições de aplicação, emanando regras claras e de acordo com a generalidade almejada. Contudo, ainda assim, é impossível prever e estabelecer padrões que atendam a todas as especificidades. Desta forma, a jurisprudência e a doutrina surgem como fontes complementares. Entretanto, o pensamento não foi sempre este.

Ao longo do seu desenvolvimento do sistema *civil law*, diversas escolas filosóficas surgiram para tentar solucionar o eterno conflito entre a justiça e a segurança. Há vários graus de variação entre as escolas, que vão desde o rigor da Escola da Exegese, segundo a qual a criação de um corpo sistemático de normas seria suficiente para afastar qualquer ambiguidade e uniformizar o direito, até o Movimento para o Direito Livre, que critica a aplicação mecânica da vontade do legislador prevista na lei.

Um teórico cujo posicionamento é importante neste sentido e cuja teoria influenciou bastante a história do direito, especialmente na América Latina, é Hans Kelsen. Margarida Lacombe¹¹ ressalta que o formalismo de Kelsen representou uma reação às tentativas de influência da ciência jurídica por parte de psicólogos, economistas, políticos e sociólogos, e ainda uma forma de afirmação do seu caráter científico. Nunca se pode esquecer que o momento histórico em que a teoria kelseniana foi desenvolvida exigia uma afirmação do Estado contra o caos do pós-guerra. Daí a idéia de que a única fonte do direito deveria ser o Estado.

Ainda segundo Lacombe¹², Kelsen não se preocupa com os motivos, influências e interesses que determinaram a expedição da norma. Para ele o que importa é se ela emanou de uma autoridade competente. Trata-se de uma perspectiva positivista, que inibe do campo do conhecimento o viver social ou tudo que não se encaixe numa relação de causa e efeito. Por isso amplamente criticada.

A tendência prevalescente nos dias atuais é pelo abandono do excesso de formalismo e pela busca de interpretações que sejam capazes de adaptar o direito às novas realidades advindas das alterações sociais. Neste sentido, duas correntes de pensamento travam uma disputa: a teoria objetivista e a subjetivista.

A teoria objetivista é aquela segundo a qual a interpretação deve buscar a vontade da lei. Neste sentido, o intérprete deve se colocar na posição do legislador a fim de identificar as circunstâncias jurídicas e a

11 CAMARGO, op. cit.

12 Ibidem

finalidade por ele perseguida. Dentro desta perspectiva, a norma teria um sentido próprio, determinado por fatores objetivos e independentes da vontade do legislador. A teoria subjetivista, por sua vez, tem um compromisso com a vontade do legislador. Para seus defensores a ciência jurídica é um saber dogmático que implica na compreensão do pensamento do legislador, com preponderância para questões históricas.

Ferraz Júnior comenta a polêmica em trecho interessante:

A polêmica, como se vê, pela força de seus argumentos e contra-argumentos não se resolve. Há inclusive uma conotação ideológica em sua raiz. Assim, *levando a um extremo, podemos dizer que o subjetivismo favorece certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo*. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem intepradas, em última análise, de acordo com a vontade do 'Führer' (era o 'Führersprinzip') é bastante significativa. Por sua vez, *o objetivismo, também levado ao extremo, favorece o anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador, na elaboração do direito, para os intérpretes ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas norte-americanos, que direito 'é o que decidem os tribunais'*.¹³ (grifos nossos)

Portanto, pode-se concluir que na atualidade no conflito entre segurança e justiça está pendendo mais para a segunda. É evidente a necessidade do reconhecimento de outras fontes do direito que não a lei, especialmente a jurisprudência, que nada mais é do que uma modalidade de interpretação emanada do Estado através do Poder Judiciário. Ademais, é impressindível buscar formas interpretativas que não se limitem ao texto expresso da lei, mas sim permitam a sua atualização, a fim de abarcar situações que não as inicialmente albergadas.

De fato, a evolução cultural e social vivida pela sociedade a partir da segunda metade do Século XX tem exigido do intérprete do Direito soluções rápidas, que não podem aguardar todo o trâmite do processo legislativo, essencialmente permeado por interesses que dificultam o acesso das minorias sociais.

Recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro corroboram esta tese, a exemplo do reconhecimento de efeitos jurídicos

13 JÚNIOR, T. S. Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 234.

para as uniões homoafetivas (ADI 4277). No voto do Ministro Marco Aurélio retiramos um trecho em que ele se refere ao intencional mutismo da Constituição:

Cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais amplo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que ‘tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que a factual emprego da sexualidade humana. *E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão ‘in natura’ que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução ‘bruta flor do querer’.* E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição. (grifos nossos)

Percebe-se, portanto, uma leitura dos princípios constitucionais não voltada apenas para o seu sentido literal, mas sim buscando a sua adaptação à realidade, que acaba se impondo, ainda que contra a vontade de grupos tradicionais. Observa-se, ainda, uma tendência por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de dar maior autonomia aos cidadãos para que façam escolhas de foro íntimo, como é o caso da sexualidade. Isto demonstra que, a despeito de se tratar de uma instituição com forte conteúdo político, seus componentes procuram não se influenciar pela pressão de grupos religiosos, afirmando o caráter laico do Judiciário.

3 O CONFLITO SEGURANÇA X DIREITO NO SISTEMA *COMMON LAW* E NO DIREITO NORTE AMERICANO

O sistema da *Common Law*, por sua vez, é caracterizado por um extremo pragmatismo e pelo repúdio às conceituações genéricas e abstratas. O direito foi desenvolvido a partir da idéia de equidade e

sempre houve grande preocupação com a efetividade dos julgados e a observância das formalidades processuais. As regras são produzidas a partir do caso concreto e retiradas dos costumes locais. A lei existe, mas só é válida na medida em que incorporada e reafirmada pelos tribunais sendo, desta forma, fonte secundária do direito.

Arnaldo Godoy, ao comentar a evolução da filosofia do Direito nos EUA, afirma que inicialmente havia uma postura formalista, defendida especialmente por John Austin, teórico inglês para quem a lei era um comando do Estado, que deveria ser simples e estritamente considerado. Jeremiah Bentham, por sua vez, defendia o instrumentalismo da lei, que era considerada uma norma que deveria melhorar a vida das pessoas. Ao comentar o pensamento destes dois teóricos ingleses, diz Godoy:

Austin e Bentham justificam o direito positivo como necessário e útil, pragmatismo que bem se associa ao pensamento filosófico norte-americano, a exemplo do ideário de John Dewey e de Charles Pierce. *A recepção da 'common law' inglesa, amalgamada com a relativa onda legislativa e regulamentadora, produziu direito cioso do passado, do julgado, do pacificado. O culto ao pretérito jurisprudencial mesclou-se à adoração da norma como identificadora da excepcionalidade de nova sociedade que brotava no outro lado do Atlântico.* Uma religião civil, jurídica, centrada no fetichismo da lei e da ordem, que se tornou nacional e unificadora, tendo como santuário a Suprema Corte e propiciando o agigantamento do capital, a extensão do sistema ferroviário, a manutenção temporária da ordem escravocrata, a ampliação dos poderes do Congresso, a dizimação do nativo, a exploração do trabalhador. *O formalismo marcou esta época, que fortaleceu a conquista do velho Oeste e a multiplicação de fronteiras, lecando o desbravador até o Pacífico.*¹⁴ (grifos nossos)

Portanto, a preocupação inicial dos norte-americanos era se diferenciar da metrópole e afirmar o Estado que estava se formando. A situação se equivale a que determinou o pensamento de Kelsen e a solução encontrada também se assemelha, pois tanto num caso quanto no outro recorreu-se ao apego à forma, ao sentido estrito da lei ainda que, no caso de Bentham, se admitisse alguma forma de interpretação com outros fundamentos.

Oliver Holmes foi um grande crítico do formalismo. Suas ideias foram revolucionárias na época, porque reconheciam na realidade

14 - GODOY, op. cit. p. 225.

social um papel importante para evitar que a análise dos princípios se desse de forma vazia. Também em confronto com o pensamento que inicialmente marcou o pensamento jusfilosófico norte-americano está a corrente da jurisprudência sociológica, cujo maior precursor foi Roscoe Pound. Godoy traduz este autor neste trecho de especial interesse para a discussão aqui proposta:

Duas necessidades têm determinado o pensamento filosófico em torno do direito. *Por um lado, o superior interesse social na segurança geral, que, com vias na paz e na ordem, ditou o início do direito. Esse objetivo tem levado o homem a buscar bases fixas para o ordenamento da ação humana, limitando o interesse individual e autoritário e assegurando a ordem social estável e firme. Por outro, a pressão dos interesses sociais menos imediatos e a necessidade de reconciliá-los com as exigências da segurança geral e com a contínua construção de novos compromissos, devido às constantes mudanças sociais, o que, pelo menos, tem exigido permanente reajustamento dos detalhes da ordem social.*¹⁵ (grifo nosso)

A segunda geração dos anti-formalistas é a base do realismo jurídico, movimento segundo o qual o juiz não é mero reproduzidor da lei, mas sim seu criador. Seus defensores entendem que a realidade é complexa e fluida demais para ser regulada por normas. Um de seus representantes, Felix Frankfurter, destaca-se por reconhecer a historicidade do fenômeno jurídico, relacionando o ato de julgar com a realidade conjuntural da disputa.

Godoy ressalta que a herança cultural do realismo jurídico está presente tanto no pensamento liberal, quanto no conservador. No primeiro caso para relacionar direito e política e no segundo para aproximar direito e economia. O *Critical Legal Studies (CLS)*, de inspiração de esquerda, é um movimento cujo pensamento se aproxima da Escola de Frankfurt. Os filiados a esta escola como Mangabeira Unger e Duncan Kennedy criticam os excessos do liberalismo, especialmente as noções de neutralidade, objetividade e livre vontade, denunciando a sua incapacidade para solucionar várias questões fundamentais.

Do lado oposto ao *CLS* encontra-se o movimento *Law and Economics*, que tem por objetivo utilizar conceitos tomados da economia, tais como valor, utilidade e eficiência, para a avaliação do direito. Sua inspiração encontra respaldo na direita americana.

15 GODOY, op. cit., p. 229.

Ao idealizar os EUA, Thomas Jefferson acreditava que a Constituição deveria ser capaz de responder às mudanças da ordem social e econômica. Pensava até mesmo que cada geração de americanos deveria cunhar seu próprio texto constitucional. Contudo, esta necessidade pode ser perfeitamente afastada pela atualização da interpretação do texto original. Neste sentido, diz Charles D. Cole, citado por Vittorio Cassone:

Quando a Corte lida com dispositivos não ambíguos da Constituição, o texto é determinante e deve ser supremamente autoritário. Onde, entretanto, o texto não é claro de significado, o intérprete não deve olhar dentro de si mesmo para interpretar as provisões constitucionais, mas, deve buscar a intenção dos adotantes. Esta inquirição deve considerar tanto a intenção dos constituintes como a dos ratificadores, com ênfase, sempre que possível, na intenção desses últimos. Tanto a intenção dos constituintes, como a dos ratificadores, deve considerar as circunstâncias contemporâneas no processo interpretativo, sempre que o intérprete se vê compelido pela cláusula comercial ou dos direitos individuais.¹⁶

O autor, ao propor uma possibilidade de interpretação conceitual para a Constituição Estadunidense, lembra que é preciso dar evidência para outros valores que não estejam expressamente adotados mas que sejam presentes na história e na tradição norte-americanos. Sendo assim, a solução encontrada em muito se assemelha à adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois é a partir da interpretação ampliativa dos princípios constitucionais que vamos obtendo respostas aos novos dilemas decorrentes da evolução da sociedade.

4 CONCLUSÃO

Os problemas que se apresentam ao intérprete do Direito são os mesmos independentemente de onde atue, ou de qual sistema de normas está submetido. A necessidade de atualização dos institutos a fim de adequá-los à realidade submetida à julgamento parece ser um dilema universal.

Para atender a esta necessidade, uma estratégia interessante é a atualização da interpretação dos princípios constitucionais. Verificamos que, tanto norte americanos quanto brasileiros, estão atentos a isso e não são raros os exemplos de sua utilização.

16 CASSONE, Vittorio. *Interpretação constitucional da doutrina brasileira e comparada*. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Tributário, 2012. p. 40.

Também é importante salientar que, a despeito das diferenças de método, dedutivo para o sistema *civil law* e indutivo para o sistema *common law*, o que interessa é que ambos chegam à conclusão de que a melhor solução para o problema do conflito entre segurança e justiça é a busca da vontade atualizada do legislador, sempre respeitando os princípios que deram origem às normas constitucionais.

A conclusão a que se chega é que a história e os costumes de cada país serão mais determinantes no momento da interpretação do que o sistema de Direito vigente. Neste sentido, a constituição política das cortes e o posicionamento dos magistrados em relação a isto se mostram de especial relevância. Os norte americanos estão mais limitados por isso do que os brasileiros. De fato, no Brasil as indicações políticas para a constituição do Poder Judiciário se resumem aos tribunais superiores e há garantia vitalícia ao cargo, o que dá mais independência aos juízes, que não necessitam dar constantes satisfações de suas decisões para a sociedade. Nos Estados Unidos, por sua vez, os juízes são escolhidos por critérios políticos e não tem garantia de que ficarão no cargo até sua aposentadoria. Portanto, estão mais submetidos ao controle social e, desta forma, encontram maiores dificuldades em adotar posturas mais avançadas ou menos compatíveis com o pensamento dominante, ou ainda discordante do grupo político ao qual se filia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, L. Teixeira; NETO, J. F. Siqueira. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na *common law* e na *civil law*. *Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 227-244, jul. dez. 2011.

CAMARGO, M. M. Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASSONE, Vittorio. *Interpretação constitucional da doutrina brasileira e comparada*. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Tributário, 2012.

GODOY, A.S. de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

JÚNIOR, O. A. de Castro. *Introdução à História do Direito Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Ibradd, Cesus, 2001.

JÚNIOR, T. S. Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.

