
COMMON LAW NO SISTEMA JURÍDICO AMERICANO: EVOLUÇÃO, CRÍTICAS E CRESCIMENTO DO DIREITO LEGISLADO

*COMMON LAW IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM: EVOLUTION,
CRITICISM AND THE GROWTH OF THE STATUTORY LAW*

*Ana Carolina Miguel Gouveia
Advogada da União em exercício na CONJUR/MP
Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil
Aluna do Curso Fundamentals of U.S. Law no
LEEP-2011 da Thomas Jefferson School of Law*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Common Law: Conceito; 2 Origens; 2.1 O Common Law no Direito Inglês; 2.2 A Evolução do Common Law nos Estados Unidos; 3 O Common Law nos Estados Unidos; 3.1 Críticas ao Modelo; 3.2 Da Vinculação ao Precedente: Estrutura Jurisdicional; 3.3 Crescimento do Direito Legislativo; 4 A Aproximação do Direito Americano dos Modelos de Tradição Romanista; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a evolução do *Common Law* no Direito americano, desde as suas origens no Direito inglês, até os dias atuais, destacando-se as peculiaridades deste sistema, em face do Federalismo norte-americano e do rápido desenvolvimento econômico e social dos Estados Unidos. A abordagem alcança o tema concernente à aplicação do precedente nos Tribunais, a estrutura da jurisdição norte-americana e o crescimento do direito legislado. Ainda, são mencionadas algumas críticas formuladas pela doutrina, em especial quanto à imparcialidade dos juízes para criar o direito, em comparação com a atividade legislativa atribuída ao Congresso. Por fim, são tecidas considerações sobre a convergência deste sistema com o modelo adotado nos países de tradição romanística.

PALAVRAS-CHAVE: Common Law. Estados Unidos. Federalismo. Precedente. Direito legislado.

ABSTRACT: This article aims to analyze the evolution of Common Law in the American Law, from its origins in English Law until the present day, highlighting the peculiarities of this system in the face of American Federalism, and the rapid economic and social development of the United States. The approach achieves the issue concerning the application of precedent in the courts, the structure of U.S. jurisdiction and the growth of statutory law. Yet, some criticisms made by the doctrine are mentioned, particularly as to the impartiality of judges to create the law compared to the legislative activity attributed to the Congress. Finally, considerations are made regarding the convergence of this system with the model adopted in the countries of Romanist tradition.

KEYWORDS: Common Law. United States. Federalism. Precedent. Statutory law.

INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos da América possuem seu sistema jurídico orientado tradicionalmente pelos precedentes judiciais. A adoção do *Common Law* ocorreu ainda no período colonial, embora sempre dotado de peculiaridades.

O Federalismo americano e o rápido desenvolvimento econômico e social do país imprimiram formatação singular ao Direito dos Estados Unidos, divorciando suas características do direito inglês e aproximando-o dos modelos jurídicos Romano-Germânicos, como o brasileiro.

O presente trabalho, embora sem a pretensão de esgotar a matéria, busca apresentar a evolução do Direito nos Estados Unidos da América, país que adota formalmente o *Common Law*, mas que, nas últimas décadas, vem observando o crescimento acentuado do direito legislado. A preponderância dos *statutes* em certas matérias acabou por alterar, consequentemente, o papel dos juízes e a atuação dos advogados.

No primeiro capítulo, serão indicados os principais conceitos jurídicos e históricos do termo *Common Law* e, em seguida, no capítulo 2, serão apresentadas as origens do *Common Law*, desde o direito inglês, até os dias atuais, focando-se no direito americano.

Após, no Capítulo 3, serão abordadas: as características e princípios fundamentais do *Common Law* no Direito americano; as críticas feitas a esse sistema, em comparação ao *Civil Law*; os precedentes vinculantes e a estrutura jurisdicional norte-americana; e, ainda, o crescimento do direito legislado nos Estados Unidos, destacando-se o novo papel do *caselaw* e as consequências deste processo, na decisão dos casos concretos levados à apreciação dos Tribunais.

Por fim, no Capítulo 4, analisar-se-á a aproximação do sistema jurídico norte-americano com os modelos tradição romanística.

1 COMMON LAW: CONCEITO

Em doutrina, de forma geral, define-se *Common Law* como o direito desenvolvido nos Tribunais a partir dos precedentes, aplicados em casos futuros semelhantes. O tema, no entanto, é bem mais complexo.

A expressão *Common Law* apresentou diversos significados na História. Atualmente, o termo apresenta três sentidos principais: como sistema jurídico, em oposição a outros, em especial ao *Civil Law*; como fonte do Direito, tal como o *statutory law* e o *regulatory law*; e como sistema de solução de controvérsias, comparado ao *equity*.

Como sistema jurídico, o *Common Law* se baseia firmemente nas decisões judiciais, as quais possuem a mesma força da lei escrita. Em geral, é comparado ao *Civil Law*, sendo ambos adotados pelo maior número de países no mundo.¹ No *Civil Law*, por sua vez, os tribunais devem aplicar a legislação escrita, pois estão a ela vinculados.

Nos dias de hoje se observa que os sistemas são definidos de um ou outro modo pelo processo histórico de sua formação e evolução, bem como pela prevalência das características citadas alhures. Fala-se em prevalência porque, de fato, o direito legislado em países do *Common Law*, como os Estados Unidos, vem observando forte crescimento nos últimos anos, limitando, em certa medida, o trabalho criativo dos juízes na construção do direito. Por outro lado, nos países regidos pelo *Civil Law*, os precedentes judiciais vem ganhando alguma força vinculante. No Brasil, isso é observado quanto aos julgados do Supremo Tribunal Federal.

A concepção de que os países adotam o *Common Law* ou o *Civil Law*, portanto, depende da análise sobre qual fonte do direito é usada, com primazia, para solucionar as controvérsias jurídicas apresentadas² – eis, então, a segunda concepção do termo *common law*: nele, tem-se que as decisões judiciais passadas regulam a solução de controvérsias futuras, através do precedente, ou *caselaw*.

O *statutory law*, por sua vez, pode ser definido como a lei escrita ou o estatuto, o qual normatiza abstrata e genericamente, com força vinculante, determinada matéria. Os *statutes* são elaborados pelo Poder Legislativo e em muito se assemelham ao *regulatory law* o qual é editado pelo Poder Executivo, em especial pelas agências reguladoras.

Por fim, tem-se a concepção histórica do *Common Law*, em oposição ao *equity*. O *equity*, quando concebido, nada mais era do que a resposta estatal a eventuais lesões ou ameaças de lesões a direito, as quais não se enquadravam no *Common Law*, por falta de previsibilidade ou acessibilidade da parte.³ O tema será melhor desenvolvido no próximo capítulo, quando se traçará um histórico do *Common Law*.

É importante ressaltar, no entanto, que o *equity* influenciou tanto o *Common Law* quanto o *Civil Law*. No primeiro caso, ambos vieram a se fundir nos sistemas inglês e norte-americano. No ordenamento jurídico brasileiro – adepto ao *Civil Law*, o *equity* inspirou algumas normas ou

1 CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no Common Law. Artigo publicado na *REPRO – Revista de Processo* n° 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2011, p. 3-4.

2 CARPENA, op. cit., p. 4.

3 CARPENA, op. cit., p. 12.

princípios. Como exemplo, vale citar a ampliação dos poderes de cautela do juiz na condução do processo, para garantir um resultado justo.⁴

No presente trabalho far-se-á menção a esses três significados do termo, de forma a explicar a evolução do direito norte-americano e a justificar o crescimento do *statutory law*, em um país cujo sistema jurídico é marcado pelo *common law*.

2 ORIGENS

O *Common Law* surgiu na Inglaterra, por volta dos séculos XI e XII, após a invasão normanda⁵ e acabou sendo adotado em outros países, como Estados Unidos, Canadá e Austrália. A concepção original deste sistema mereceu a devida evolução nos países que vieram a adotá-lo, de acordo com sua história particular e de acordo com a cultura de seu povo.⁶

Neste trabalho, ter-se-á como foco o desenvolvimento do *Common Law* nos Estados Unidos da América e as transformações pelas quais o sistema jurídico americano passou ao longo dos séculos, até os dias atuais. Inicialmente, no entanto, necessário se faz traçar um breve histórico das origens do *Common Law* e de sua consolidação no Direito inglês, até a independência das treze colônias na América.

2.1 O COMMON LAW NO DIREITO INGLÊS

Até o século XII, a Inglaterra foi palco de várias invasões de povos, tais como os Anglos e Saxões. Neste período, eram redigidos textos de direito consuetudinário, as “leis bárbaras”, com aplicação local e organização difusa⁷.

Com a invasão normanda em 1066, Guilherme, Duque da Normandia, manteve os direitos anglo-saxônicos nas terras conquistadas. Inicialmente, neste período, a maior parte das querelas judiciais eram resolvidas pelos nobres locais ou xerifes, nomeados pelo Rei. Este julgava apenas os casos a ele diretamente apresentados, em seu Tribunal – a *Curia Regis*.⁸

4 CARPENA, Márcio Louzada. op. cit., p. 13.

5 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006, p. 42.

6 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 216-217.

7 GILISSEN, op. cit., p. 209.

8 GILISSEN, op. cit., p. 209-210.

Esse sistema primitivo de solução de litígios passou por uma evolução e logo foram destacadas seções especializadas da *Curia* para se ocupar de matérias específicas. Certos funcionários do Rei, então, viajavam pelo território fiscalizando a administração local e, como parte de suas atribuições, resolviam, também, controvérsias jurídicas. Surgem, portanto, os *Royal judges* e as *Royal courts*.⁹

Em síntese, o que se tinha nesta época é que o queixoso, inconformado com a decisão emanada da autoridade local ou do xerife nomeado pelo Rei, apresentava requerimento de solução de controvérsias junto às jurisdições reais de Westminster, através de um sistema de *writs*.¹⁰ Sobre o tema, vale destacar trecho da obra do Professor John Gilissen,¹¹ *in verbis*:

O sistema dos *writs* data do século XII, sobretudo do reinado de Henrique II (1154 – 1189). Se, na origem, os *writs* eram adaptados a cada caso, tornam-se rapidamente fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após pagamento, sem exame aprofundado prévio (*de cursu*); encontra-se aí, sobretudo, o meio de atrair o maior número de litígios para as jurisdições reais. Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela *Magna Carta* de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassalos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*; mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common law*, concilia os interesses do rei com os dos barões impondo o *statu quo*: o Chanceler não pode criar novos *writs*, mas pode passar *writs* em casos similares (*in consimili casu*) [...]

Com os *writs*, percebeu-se que certas matérias não deveriam ser decididas por cortes locais, adotando-se o direito local. Pela sua relevância ou pelo interesse em atrair determinados casos para as jurisdições reais, desenvolveu-se um corpo de direito a ser aplicado em todo o país uniformemente, o qual ficou conhecido, então, como *Common Law* – ou seja, direito comum, diferentemente do direito local¹².

Esse corpo de direito era constituído basicamente por precedentes judiciais, compreendidos como decisões emanadas das cortes ou juízes

9 BURNHAM, op. cit., p. 42.

10 GILISSEN, op. cit., p. 210.

11 GILISSEN, op. cit., p. 210.

12 BURNHAM, op. cit., p. 42.

reais em casos semelhantes. Desta concepção, extraiu-se o princípio do *stare decisis*, o qual encontra registro desde 1170, quando Richard Fitz-Nigel¹³ escreveu, em tradução livre, que “há casos em que o curso dos eventos e as razões para decidir são obscuras; e neles, é suficiente a aplicação dos precedentes”.¹⁴

Pregava-se, à época, que esses órgãos não criavam o direito, mas, apenas, constataavam ou diziam o direito já existente.¹⁵

Os precedentes eram indicados pelos próprios juízes e cortes reais – especialmente em razão do baixo número de profissionais, os quais buscavam manter suas decisões consistentes e coerentes – e por juristas que prestavam sua contribuição para a solução do caso, trazendo aos julgadores, notícias de outros casos semelhantes e que serviriam, ou poderiam servir, como precedentes¹⁶.

Os *statutes* também passaram a constituir fonte do direito, mas de forma muito tímida. Sua importância era secundária, inicialmente. O desenvolvimento do direito legislado inglês deu-se, em especial, nos séculos XIX e XX, com as reformas dos tribunais e com a introdução de normas relacionadas ao direito social e ao direito econômico, atendendo às novas demandas da sociedade moderna.¹⁷

É importante destacar, no entanto, que desde a invasão normanda até a independência das treze colônias na América, em 1776, o *Common Law* inglês apresentou notável desenvolvimento e veio a influenciar o direito em diversos países. Entretanto, em duas oportunidades marcantes, veio a sofrer ameaça ou foi afetado pelos sistemas jurídicos então existentes.¹⁸

A primeira, nos séculos XVI e XVII, decorreu do absolutismo, teoria política que fundamentava o poder divino dos reis. A aceitação da doutrina absolutista na Europa promoveu certa competição do *Common Law*, com o Direito Romano e com o Direito Canônico. Para resolver os casos que se apresentavam naquela época e que não possuíam previsão no *Common Law*, ou dentro do sistema de *writs*, o Chanceler passou a recorrer às regras de equidade – ou *equity* – utilizando-se de princípios

13 FITZ-NIGEL, Richard. *Dialogus de Scaccario*, 1177-1179, apud BURNHAM, William. *op. cit.*, p. 42.

14 “There are cases where the course of events, and the reasons for decisions are obscure; and in those it is enough to cite precedents”.

15 GILISSEN, *op. cit.*, p. 212.

16 BURNHAM, *op. cit.*, p. 43.

17 GILISSEN, *op. cit.*, p. 212 e p. 215-216.

18 BURNHAM, *op. cit.*, p. 43.

extraídos principalmente do direito romano.¹⁹ O *equity* era aplicado, em especial, nos casos relacionados a direito de propriedade e contratos.²⁰

A resistência do Parlamento inglês, no entanto, ao *equity* e ao absolutismo, gerou intenso debate, concluindo-se, enfim, pela subsistência de um sistema dualista de direito, fundado concomitantemente no *Common Law* e no *Equity* – até a fusão deles, em 1873 e 1875, com as *Judicature Acts*.²¹ Nos Estados Unidos, com as *Civil Actions* é que se promoveu o fim das diferenças entre *actions at Law* e *suits in Equity*.²²

Também, em 1789, o sistema do *Common Law* na Inglaterra viu-se ameaçado, ante à influência dos ideais da Revolução Francesa por toda a Europa. Com base em tais ideais, destacava-se a importância do direito legislado, questionando-se, enfim, o trabalho dos juízes na construção do direito.²³ Entretanto, neste momento histórico, os Estados Unidos da América já haviam declarado a sua independência e elaborado a sua Constituição escrita.

O modelo americano do *Common Law* derivou do modelo inglês, mas dele veio a se diferenciar em razão da sua própria história. É o que se verá a seguir.

2.2 A EVOLUÇÃO DO COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

Antes da Revolução Americana, a aplicação do direito inglês nas colônias se dava de forma bastante difusa e precária, embora fosse inegavelmente um referencial. Alguns obstáculos de ordem fática contribuíam decisivamente para a falta de êxito quanto à efetividade do direito inglês nas colônias antes do século XVIII: a insatisfação dos colonos com certos aspectos da justiça social na Inglaterra; a falta de juristas com experiência para o desenvolvimento do direito norte-americano; e a disparidade das condições de vida nos dois países.²⁴

No século XVIII, no entanto, o direito colonial foi aperfeiçoado, sendo fortemente influenciado pelo direito inglês. Este processo sofreu acentuado declínio com a Revolução Americana, graças à antipatia

19 GILISSEN, op. cit., p. 213.

20 CARPENA, op. cit., p. 13.

21 GILISSEN, op. cit., p. 213.

22 CARPENA, op. cit., p. 13.

23 BURNHAM, op. cit., p. 43.

24 FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. New York, NY: Columbia University, 1963. Tradução para o português: FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 10/12.

política e ao desenvolvimento de um direito adaptado à realidade do novo Estado independente.²⁵

Tais transformações jurídicas, na verdade, acompanharam a evolução política e social norte-americana, no período. As treze colônias inglesas na América, até a independência, observavam desenvolvimento social e econômico bastante distinto umas das outras. A diversidade da organização política e religiosa das colônias era igualmente marcante e, por vezes, desencadeava disputas entre elas, especialmente por razões territoriais.²⁶

O sentimento de auto-suficiência de cada uma das colônias era tão forte, quanto a irrisignação com o tratamento dado pela Coroa Inglesa às terras na América. O inconformismo com certas medidas tomadas pela metrópole acabou por ofuscar as diferenças entre as colônias e a impulsionar, de forma decisiva, a busca pela separação: a crescente demanda arrecadatória da Coroa, a qual necessitava, cada vez mais, ampliar suas receitas; o atendimento da exigência dos comerciantes ingleses em tornar efetivos regulamentos do comércio nas colônias; e a dificuldade de controlar os territórios na América.²⁷

Foi exatamente para buscar uma solução para essas questões que, em 1774, reuniu-se o Primeiro Congresso Continental em Filadélfia. Nele, após deliberação entre os representantes das colônias, passou-se a exigir que o Parlamento cessasse sua interferência em matéria de impostos e política interna. Em 1775, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, momento em que o sentimento separatista ficou ainda mais fortalecido.²⁸

A independência das treze colônias britânicas na América se deu em 1776, mas não sob uma concepção unificada entre os novos Estados. Tentou-se estabelecer, inicialmente uma Confederação. Sob este espírito é que foram redigidos, em 1777, os artigos que fundamentaram a associação entre os Estados independentes – os quais só foram ratificados em 1781.²⁹

A Confederação, no entanto, acabou fracassando. Várias foram as razões. A falta de poderes atribuídos ao Congresso para decretar impostos e para regulamentar o comércio interestadual ou internacional, foram as principais.³⁰

25 FARNSWORTH, op. cit., p. 14.

26 BURNHAM, op. cit., p. 1-2.

27 FARNSWORTH, op. cit., p. 4-5.

28 FARNSWORTH, op. cit., p. 5.

29 FARNSWORTH, op. cit., p. 5-6.

30 FARNSWORTH, op. cit., p. 6-7.

Com a Convenção Constitucional em Filadélfia de 1787, os representantes das ex-colônias reconheceram a importância de se constituir um governo nacional forte e, ao mesmo tempo, garantir a independência dos Estados. Após intensos debates, a Constituição foi finalmente ratificada em 1789.³¹ Segundo o Professor Allan Farnsworth³²:

[...] O texto definitivo da Constituição denota a influência de princípios desenvolvidos no curso da História. As noções da soberania do povo e do governo baseado em um contrato social encontram-se no preâmbulo, nas disposições sobre a ratificação da Constituição pelas convenções estaduais e na idéia da “concessão” de poderes ao Governo central. A teoria de que o Governo Federal tem poderes limitados é evidenciada não só pela enumeração desses poderes, incluindo a decretação de impostos, a declaração de guerra, a regulamentação de comércio interestadual e internacional e a conclusão de tratados, como também pela ressalva da competência dos Estados em matéria legislativa. O conceito da separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário federais está formalmente implícita na Constituição, que esboça, através de três capítulos diversos, cada um desses três poderes magnos e, presumivelmente, distintos. Finalmente, a convicção de que os direitos constitucionais devem ser estabelecidos em um instrumento escrito ressalta do próprio documento. A Constituição não continha garantias dos direitos individuais. Contudo, já em 1789, o Congresso prontamente propôs as dez primeiras emendas à Constituição, popularmente conhecidas como Declaração de Direitos, em virtude de várias delas se referirem aos direitos do indivíduo perante o Governo Federal. Essas emendas foram aprovadas em 1791.

Observa-se, assim, que o Federalismo nos Estados Unidos é decorrência das singularidades históricas, econômicas e sociais das colônias, e constituiu importante fundamento do sistema jurídico norte-americano. Sobre o ponto, o Professor Farnsworth³³ destaca que “[...] a despeito da desistência pelos Estados de parte de sua soberania ao aderirem à União, cada Estado teve a faculdade de elaborar seu próprio direito como melhor entendesse, sujeito apenas às restrições impostas pela Constituição Federal”.

31 BURNHAM, op. cit., p. 3-4.

32 FARNSWORTH, op. cit., p. 7.

33 FARNSWORTH, op. cit., p. 10.

Mas não foi só. A Constituição de 1789, influenciada pela Teoria da Tripartição de Poderes, desenvolvida por Montesquieu, delimitou a competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – apenas no âmbito federal, destaque-se –, em seus artigos I, II e III, respectivamente.

No Artigo I, foram enumeradas especificamente, as competências do Poder Legislativo Federal, assegurando a supremacia da lei federal sobre a lei estadual. A preocupação externada na Convenção de 1787 era exatamente a de manter a independência dos Estados e, ao mesmo tempo, garantir a harmonia dos Estados Unidos da América. Assim, sobre os assuntos mais sensíveis ou mais relevantes ao interesse nacional somente o Congresso tem competência para legislar. Aos Estados compete, portanto, a matéria residual, não compreendida no elenco do artigo I³⁴.

O Poder Executivo, por sua vez, encontra sua competência assentada no artigo II da Constituição. Dentre elas, vale destacar o poder de veto conferido ao Presidente.

Já o Poder Judiciário norte-americano tem suas diretrizes estampadas no artigo III da Constituição. Destaque-se que a competência das cortes federais está limitada a três assuntos, em especial: causas em que os Estados Unidos da América são parte; controvérsias entre cidadãos de diferentes estados ou estrangeiros – *diversity jurisdiction*; e matérias de ordem federal, decorrentes da Constituição ou das leis federais – *federal question*.³⁵ Entre os temas compreendidos como de exclusividade da jurisdição dos tribunais federais, como questões de ordem federal, tem-se as leis criminais federais, alguns casos de direito naval ou comercial marítimo, processos de falência e questões referentes às leis de patentes e de direitos autorais.³⁶

Além disso, aos membros do Judiciário americano é garantida independência para decidir os casos que lhe são apresentados, evitando-se qualquer tipo de ingerência política dos outros Poderes.³⁷

Os desenhos do Federalismo e da Tripartição de Poderes efetivados pela Convenção de 1787 e estampados na Constituição de 1789 contribuíram para as mudanças sofridas pelo sistema jurídico norte-americano, embora o texto constitucional tenha sofrido poucas alterações em mais de dois séculos de existência.

34 BURNHAM, op. cit., p. 4-6.

35 FARNSWORTH, op. cit., p. 50.

36 FARNSWORTH, op. cit., p. 51.

37 BURNHAM, op. cit., p. 8-9.

Fincados, portanto, os pilares do direito americano com a Constituição de 1789, este, tal como o direito inglês, foi construído e desenvolvido, inicialmente, nos tribunais.

Este processo de construção jurídica pelos magistrados se intensificou após a Guerra Civil de 1861 a 1865, quando evoluíram as demandas sociais e econômicas. Os Estados Unidos, então, passaram a contar com expressivo aumento da população, concentrada principalmente nas grandes cidades, e com a ampliação de certos setores, como o industrial, o de transportes e o de comunicações.

Em alguns Estados, o desenvolvimento econômico acentuado passou a exigir um sistema jurídico estável. Para acompanhar este processo, os juízes se tornaram mais sistematizadores que criadores do direito. Sobre o assunto, esclarece o Professor Farnsworth³⁸, *in verbis*:

[...] Com o aumento de volume de jurisprudência, a incerteza que fôra inevitável nos anos anteriores tornou-se impopular, almejando-se maior margem de previsibilidade. Os principais serviços prestados então pelos tribunais foram a ordenação do sistema e o estudo lógico dos casos concretos. É bem significativo o fato de serem os tratados desse período mais especializados que os da primeira metade do século. Os órgãos do Poder Legislativo, que haviam sido mais ativos que o Judiciário na reforma, durante a Guerra Civil, demonstraram também alguma atividade criadora durante esse período, mas o prestígio popular dos tribunais atingira o auge e os juízes agressivos asseguraram sua autoridade judicial, elevando a legislação ao nível constitucional.

Em fins do século passado, porém, a acessão metódica de regras jurídicas, caso a caso, começara a perder a sua popularidade. Os tribunais procuravam ainda manter a estabilidade, mas haviam se atrasado perante as exigências da rápida transformação por que passava a ordem política e econômica. Três acontecimentos permitiam uma antevisão da futura situação: a organização, em 1886, da Federação Norte-Americana do Trabalho, o primeiro dos grandes sindicatos nacionais; a criação, em 1887, da Comissão Interestadual do Comércio, a primeira das grandes agências nacionais de contrôlê; a promulgação, em 1890, da Lei Sherman, a primeira das grandes leis federais limitativas do poder econômico. Assim, o século atual surgiu em uma nova era de transformação

38 FARNSWORTH, op. cit., p. 16-17.

e produtividade do Direito, caracterizada por maior avanço da legislação, sobretudo social, e por maior confiança nos serviços administrativos, em lugar dos tribunais. Durante a segunda década, foi aprovada a maioria das leis trabalhistas estaduais. Quase ao mesmo tempo, o poder administrativo moderno começou a assumir sua forma atual, tanto no plano nacional quanto no estadual.

Como se pode perceber, a evolução econômica, social e política dos Estados Unidos demandou, em diferentes níveis, frequente intervenção legislativa, a qual se intensificou no século XX, tanto no âmbito federal, quanto no estadual.

Mas essa não foi a única consequência do acelerado processo de desenvolvimento norte-americano. De forma concomitante, passou-se a observar nas últimas décadas, acentuado crescimento do poder federal sobre o poder estadual, especialmente em termos de alargamento de competência legislativa. Esse crescimento se deu em razão da *Implied Powers Doctrine*; e, também, do poder de revisão conferido pela Suprema Corte americana para revisar julgamentos das Cortes Estaduais, em matéria de ordem federal.³⁹

Especificamente sobre a *Implied Powers Doctrine*, ou Teoria dos Poderes Implícitos, desenvolvida pela Suprema Corte americana no caso *McCulloch v. Maryland*, tem-se que a limitação dos poderes conferidos constitucionalmente ao Congresso, por exemplo, no âmbito federal, abrange aqueles enunciados expressamente e, também, todos os poderes implícitos necessários à efetivação dos enumerados pela Constituição. Essa teoria, princípio basilar da hermenêutica constitucional, é há muito adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil.⁴⁰

Observa-se, assim, que a influência do *Common Law* inglês foi perdendo a importância e hoje é extremamente reduzida, no sistema jurídico americano. Não se pode olvidar, no entanto, que seus valores orientaram o direito nos Estados Unidos, em especial no que concerne à supremacia da lei, à tradição do precedente e à noção do julgamento como um processo contencioso, sob o contraditório, muitas vezes diante de um júri.⁴¹

39 BURNHAM, op. cit., p. 18, 21-22.

40 HC 94173/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 27.11.2009; RE 128881/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07.10.1994; RP 1360/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.04.1998; entre outros.

41 FARNSWORTH, op. cit., p. 17-18.

3 O COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

Como dito, os Estados Unidos é um país de sistema *Common Law*. Exceto pela Louisiana, todos os Estados norte-americanos também se regem por este sistema jurídico, no qual, em tese, o *caselaw* constitui fonte principal do direito.

Em verdade, no *Common Law*, a decisão judicial tem duas funções. A primeira é a de solucionar determinada controvérsia apresentada ao Tribunal. A segunda é a de estabelecer um precedente a orientar a decisão em casos futuros semelhantes. Essa sistemática é orientada pelo princípio do *stare decisis*, que se baseia nos valores igualdade, previsibilidade, economia e respeito.⁴²

Tal princípio, dotado de diversas peculiaridades – as quais, pela sua extensão, não serão abordadas em profundidade no presente trabalho – é fundamental ao *Common Law*. No Direito brasileiro, de tradição romanística, este princípio desempenha importante papel, com a criação das súmulas vinculantes.⁴³

Assim, é importante destacar, o seu conceito, como enunciado por Susan M. Reinhart,⁴⁴ que esclarece, em tradução livre, que o *stare decisis* “significa que o tribunal, objetivando garantir previsibilidade, imparcialidade e coerência, deve aplicar como precedente, para casos futuros, semelhantes ou análogos, princípios bem-resolvidos ou há muito estabelecidos em casos anteriores”.⁴⁵

No sistema *Common Law*, todos os casos se diferenciam, em alguma medida, daqueles que o antecederam. Assim, ao decidir os conflitos de interesse que lhe são apresentados, deve o juiz recorrer a certos princípios pertinentes à área do direito de que trata a matéria, de forma a ponderar sobre qual precedente deverá reger aquele caso concreto.

No exercício do seu mister judicante, os magistrados norte-americanos devem utilizar dois métodos na análise do precedente. O primeiro método é de confronto entre o caso sob exame e aquele que poderá vir a servir de precedente. Deve o juiz verificar se o caso concreto guarda semelhança com o anterior, já decidido. Confirmando-se a similaridade dos casos, a partir dos elementos caracterizadores das

42 FARNSWORTH, op. cit., p. 61-63.

43 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 563-564.

44 REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2007, p. 6-7.

45 “[...] the court, for the sake of predictability, fairness, and consistency, must apply as precedent well-settled or long-settled principles established in previous cases to future similar or analogous cases”.

demandas, extrai-se a *ratio decidendi* firmada nas decisões anteriores e, assim, consolida-se o precedente a regular aquele caso sob julgamento (*precedent followed*). Se os principais elementos do caso concreto diferem daqueles relacionados com a decisão antecedente, tida por paradigma, tem-se o *distinguishing* e, portanto, a aplicação do precedente deverá ser afastada (*precedent distinguished*)⁴⁶⁻⁴⁷.

O outro método a ser considerado é o de superação do precedente, conhecido por *overruling*. Neste caso, o precedente perde o seu caráter vinculante – seja porque lei superveniente veio a regular a matéria, seja porque veio a ser substituído por outro precedente, o qual passa a constituir o “bom direito” ou *good law*, a tratar da questão⁴⁸. No ponto, vale destacar lição do Professor Farnsworth,⁴⁹ *in verbis*:

[...] Por outro lado, o Tribunal pode não querer seguir o precedente. Pode ocorrer que a decisão tenha sido obviamente errônea ao ser dada, que seja tão antiga que as novas condições a tenham tornado inadequada, ou, finalmente, tenha sido alterada a composição do Tribunal, de modo que o que era anteriormente a opinião de uma minoria enérgica seja agora a da maioria. Por qualquer dessas razões, ou por outras, o Tribunal pode recusar-se a seguir o precedente e reformar sua anterior decisão. Isso não seria de surpreender numa questão constitucional, em que não é possível recorrer a uma solução através do Legislativo, ou em uma questão processual, em que são usuais as alterações retroativas. A tradição exige que sempre que possível a doutrina do precedente seja observada através de cuidadosa distinção entre os dois casos, evitando-se uma rejeição imediata de decisões passíveis de crítica. Na prática, porém, a decisão, após ter sido diferenciada e expressamente “limitada a seus fatos particulares” por uma decisão posterior, está em geral tão reduzida, que se pode considera-la praticamente reformada.

Assim, embora se diga que no *Common Law* o juiz apenas declara o direito que já existe – visto que aplicaria os precedentes, em observância ao princípio do *stare decisis* – na verdade, não se

46 BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14915>>. Acesso em: 16 set. 2011.

47 BURNHAM, . *op. cit.*, p. 69-70.

48 REINHART, *op. cit.*, p. 8.

49 FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 69-70.

nega que o juiz, no exercício do seu mister, constrói ou cria o direito em vários casos. Isso porque os precedentes são aplicados de acordo com a própria concepção do juiz sobre o que é adequado naquela situação particular; quais os valores da comunidade regem a hipótese; e, enfim, qual a norma deverá ser adotada, *in casu* – os chamados *adjudicatory facts*.⁵⁰

O caráter criativo do juiz é vislumbrado, especialmente, quando determinado caso relacionado a um tema completamente novo é levado ao seu exame. Nesta situação, ausente a legislação escrita ou o precedente, é inegável que o juiz cria o direito, aplicando à hipótese as concepções jurídicas que ele entende pertinentes ou adequadas aos valores daquela comunidade. Não é à toa que tais considerações, em casos novos, são referidas como *legislative facts*.⁵¹

Esta característica marcante do *Common Law* foi objeto de intensas críticas após a Revolução Americana e pouco antes da Guerra Civil estadunidense. Ainda hoje constitui objeto de debates doutrinários, focados, principalmente, no poder criativo do juiz e na sua almejada imparcialidade.

3.1 CRÍTICAS AO MODELO

A concepção do *Common Law* nos Estados Unidos foi, desde a Revolução Americana, bastante influenciada pelos valores americanos, especialmente pelas idéias de liberdade e propriedade.

Sob esta perspectiva, os primeiros críticos ao sistema questionavam a concepção inglesa do *Common Law*, de que o juiz não criava o direito, mas o declarava. Tentava-se buscar justificativa adequada para o papel dos juízes e explicação razoável para a natureza do *Common Law*.

Uma primeira teoria compreendia o *Common Law* como produto da lógica, a partir da análise do precedente. Questionando este posicionamento, Justice Oliver Wendell Holmes passou a defender que o direito era produto de eventos históricos, ao invés de simples resultado da razão; era resultado da experiência, e não da lógica e, portanto, evolui, acompanhando as transformações da sociedade.⁵²

Somente com os *Legal Realists* é que se reconhece que, no *Common Law*, o direito não é descoberto e declarado, mas sim elaborado

50 BURNHAM, op. cit., p. 44.

51 BURNHAM, op. cit., p. 44.

52 BURNHAM, op. cit., p. 45.

pelos juízes; e, ainda, que o mérito das decisões é influenciado por fatores sociais, políticos, econômicos, históricos entre outros, tal como percebidos pelos magistrados⁵³.

Se, por um lado, o trabalho criativo do juiz é valorizado por sua proximidade com os valores e com os anseios daquela comunidade, de que fazem parte ele mesmo e os litigantes, por outro lado, questiona-se: até que ponto estaria, na atividade judicante, aplicando o direito ao caso concreto, e não criando norma de acordo com suas convicções pessoais, que não serão necessariamente coincidentes com as da comunidade?

Este questionamento baseado na imparcialidade dos juízes encontra maior repercussão doutrinária se analisada sob a perspectiva do *Civil Law*, especialmente no Brasil. Nos Estados Unidos da América, reconhece-se que a imparcialidade pura é um ideal, uma utopia, já que o juiz faz parte da sociedade e, a todo o momento, é influenciado por seus valores e por sua história. Vejamos, sobre o assunto, trecho da obra de William Burnham,⁵⁴ em tradução livre, *verbis*:

Embora todos nós sejamos *Legal Realists* agora, este mesmo realismo exige que reconheçamos alguma verdade em ambas as descobertas e teorias científicas do *Common Law*. Os juízes são produto da sociedade em que vivem e as suas atitudes e ações refletem mais do que predileções pessoais. Eles refletem os valores da sociedade em suas opiniões e decisões. E na medida em que os valores da sociedade e os valores de um juiz se conflitam, os juízes conscienciosos tentarão descobrir e escolher os valores da sociedade em vez dos seus. Considerações de ordem prática também embasam regras de *Common law*, as quais refletem costumes generalizados e a moralidade convencional. Tais regras melhor servem aos interesses e expectativas do povo e diminuem a preocupação com a percepção de regras não escritas do *common law*. Nessa medida, muito do direito já existe “lá fora”, na sociedade, esperando ser “descoberto” pelos juízes.

[...] Os juízes deverão escrever suas sentenças justificando suas decisões e, a fundamentação deve cumprir com as convenções judiciais há muito estabelecidas. A *Legal Process School of Jurisprudence* que cresceu na década de 1950, explorou a natureza destas restrições justificatórias na criatividade judicial e demonstrou que elas são reais. De acordo com os adeptos do *Legal Process*, a

53 BURNHAM, op. cit., p. 46-47.

54 BURNHAM, op. cit., p. 47.

tradição do *Common Law* demanda por elaboração fundamentada de precedente e outros padrões “de construção” da fundamentação e da escrita da decisão, a limitar a liberdade dos juízes para decidir os casos da forma que eles quiserem. Consistente com a visão do *Legal Process*, os juízes na vida real, por vezes, reclamam que pessoalmente se sentem inclinados a decidir um caso de uma maneira particular, mas que por vezes, a fundamentação não será escrita desta forma.⁵⁵

A par dessas considerações, os defensores do *Common Law* pregam que o direito construído pelos juízes é capaz de acompanhar o gradual desenvolvimento da sociedade, especialmente porque os magistrados dela fazem parte e são influenciados pelos valores e princípios que regem as relações naquela comunidade. Ao analisar o caso, pela sua proximidade com as partes e com a situação sob exame, o juiz é capaz de avaliar os direitos, os deveres e as responsabilidades dos litigantes com maior precisão. O legislador congressista, por sua vez, está afastado desta realidade e, ao elaborar regras gerais e abstratas, leva em consideração perspectivas ideológicas parciais e, muitas vezes, deixa-se influenciar pela pressão de grupos políticos dominantes ou mais fortes.⁵⁶

Já os críticos do *Common Law* argumentam, além da questão da imparcialidade, já mencionada, que o dinamismo das relações sociais atuais, a velocidade da informação, a especialização dos serviços e o avanço da tecnologia tornam imprescindível a edição de leis para reger situações completamente novas e complexas. Nesses casos, as

55 “Although we are all Legal Realists now, that same realism requires that we recognize grains of truth in both the discovery and scientific theories of common law. Judges are products of the society in which they live and their attitudes and actions reflect more than personal predilections. They reflect society’s values conflict, conscientious judges will try to discover and choose society’s values rather than their own. Practical considerations also support common law rules that reflect widespread customs and conventional morality. Such rules best serve expectation interests of the people governed by them and lessen the concern about notice of the common law’s ‘unwritten’ rules. To this extent, much of the law does already exist ‘out there’ in society waiting to be ‘discovered’ by judges.

[...] Judges are expected to write opinions justifying their decisions and those justifications are expected to comply with long-standing judicial conventions. The Legal Process School of jurisprudence which grew up in the 1950s explored the nature of these justificatory constraints on judicial creativity and demonstrated how they are real. According to Legal Process adherents, the common law tradition’s demand for ‘reasoned elaboration’ of precedent and other standards of ‘craftsmanship’ in reasoning and opinion writing limit the freedom of judges to decide cases in whatever way they want. Consistent with the Legal Process view, judges in real life sometimes complain that they personally feel inclined to decide a case a particular way, but that ‘the opinion won’t write’ that way”.

56 COORAY, Mark. *Common Law and Statute*. Disponível em: <<http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap185.htm>>. Acesso em: 16 set. 2011.

hipóteses que ensejam a ameaça ou a violação a direitos podem surgir de forma muito rápida e a resposta do *common law* não é imediata e pode não ser eficiente para evitar ou reverter a agressão. A lei, portanto, dotada de abstração, generalidade e objetividade, garantiria a devida salvaguarda à sociedade.⁵⁷

O sistema ideal, portanto, admitindo-se a imperfeição tanto do *Common Law*, quanto do *Civil Law*, ampararia a edição de leis genéricas, as quais regeriam abstratamente as relações sociais e a sua adaptação seria feita pelos juízes, nos casos concretos levados a sua apreciação. Para tanto, seria necessário conferir ao magistrado ou ao Tribunal, razoável margem para atuação e criação do direito naquela hipótese a ele apresentada, com base em parâmetros legais.

Embora o sistema norte-americano não se guie especificamente por esta orientação, parece seguir caminho análogo. O Direito americano, tradicionalmente adepto do *Common Law*, tem ampliado suas normas escritas ou *statutes* e, ao mesmo tempo, vem relativizando a regra do precedente, a qual, no direito inglês, é absoluta. Isto tem aproximado aquele sistema, cada vez mais, dos modelos de tradição romanística, como se verá adiante.

A seguir, passa-se a analisar a forma como o precedente ou as decisões vinculantes ainda são operacionalizadas na estrutura jurisdicional norte-americana e, após, tratar-se-á do crescimento do direito legislado no sistema jurídico dos Estados Unidos.

3.2 DA VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE: ESTRUTURA JURISDICIONAL

As decisões vinculantes ou *binding authority* são, em linhas gerais, aquelas proferidas por Tribunais superiores da mesma jurisdição e/ou aquelas proferidas pelo próprio Tribunal, e que possuem força obrigatória a influenciar outras posteriores, relacionadas ao mesmo tema.⁵⁸ Assim, para a devida compreensão do que seja *binding authority* é necessário realizar análise, ainda que breve, da estrutura da jurisdição nos Estados Unidos da América.

A jurisdição federal nos Estados Unidos é dividida em treze *circuits* e, cada um deles é dividido em *district courts* e em *courts of appeals*. A decisão proferida na *district court* de um dos *circuits* não vincula os tribunais dos outros *circuits*. A decisão proferida pelo colegiado de três juízes na *court of appeals* de um *circuit*, por sua vez, vincula todas as cortes daquele *circuit*.⁵⁹

57 COORAY, Mark. op. cit.

58 FARNSWORTH, op. cit., p. 63-64.

59 REINHART, op. cit., p. 7-8 e 13-14.

As decisões podem ser revertidas se os juízes do *circuit* decidirem, em plenário, neste sentido – ou *sit en banc*. Neste caso, também a decisão vincula todas as cortes daquele *circuit*⁶⁰.

Assim, as cortes de diferentes *circuits* podem vir a decidir ou a fixar o direito quanto a um mesmo tema, de forma diferente. O mesmo se dá no âmbito estadual, com as devidas proporções e respeitado o Pacto Federativo.⁶¹ No Estado da Califórnia, por exemplo, os Tribunais podem fixar o direito quanto à determinada matéria e sua decisão não irá vincular os juízes e Cortes de outros Estados.

Essa regra, no entanto, apresenta algumas peculiaridades, visto que a jurisdição dos Tribunais federais e estaduais é concorrente em várias matérias. Nestas hipóteses, quando a ação tiver sido proposta em Tribunal estadual, o réu tem geralmente o direito de solicitar o desaforamento do caso para um Tribunal distrital federal.⁶²

De qualquer forma, ainda que os magistrados não estejam vinculados por determinada decisão das *court of appeals* ou das *supreme courts* – seja porque não estão num mesmo *circuit*, ou porque pertencem ao Poder Judiciário de outro Estado da Federação estadunidense –, poderão utilizar aquela decisão como *persuasive authority*, ou seja, poderão obter uma primeira impressão, ou melhor entendimento, da matéria e das questões direta e indiretamente envolvidas e até decidir no mesmo sentido que aquela outra Corte.

O grau de persuasão que determinada decisão de um Tribunal pode exercer em outro depende do apoio que ela tenha entre as jurisdições, da preeminência do Tribunal que exarou a decisão ou do juiz que pronunciou o voto, bem como da similaridade da lei e das circunstâncias entre as jurisdições.⁶³

Nota-se, portanto, que o reconhecimento da jurisdição concorrente e, também, a aplicação das regras de vinculação dos precedentes entre os tribunais geram ao jurisdicionado nos Estados Unidos, inequivocamente, um sentimento de insegurança jurídica sobre qual a norma, ou qual o precedente adequado, regerá o seu caso. Em contrapartida, abre-se ampla possibilidade de argumentação, aos advogados, na defesa dos interesses de seus clientes.

Não se poderia olvidar ademais que, nessas hipóteses, em matéria federal, a Suprema Corte dos Estados Unidos poderá deferir o *writ of*

60 REINHART, op. cit., p. 7-8 e 27-28.

61 REINHART, op. cit., p. 7.

62 FARNSWORTH, op. cit., p. 51.

63 FARNSWORTH, op. cit., p. 63-64.

certiorari interposto por uma das partes e, então, examinar a questão controvertida.⁶⁴ Mas, se não admitir o *writ*, não significa que estará anuindo com quaisquer dos entendimentos fixados pelas Cortes dos diferentes *circuits* ou dos diferentes Tribunais.⁶⁵

Portanto, embora imperfeito, é inequívoco que esse sistema de regras específico relacionado à estrutura jurisdicional e às decisões vinculantes é relevante para a manutenção do equilíbrio, nos Estados Unidos, do *Common Law* e do Federalismo, estabelecido na Constituição de 1789. A necessidade de manter a harmonia e a coerência do sistema jurídico e do Pacto Federativo, em verdade, é o que, de forma marcante, diferencia o direito norte-americano, do direito inglês, no qual, como dito, a doutrina do precedente é admitida de forma absoluta.

3.3 CRESCIMENTO DO DIREITO LEGISLADO

As críticas levantadas por alguns doutrinadores quanto ao *Common Law* e, em especial quanto a eventuais problemas relacionados à imparcialidade dos magistrados ou à justiça de suas decisões, vem sendo relativizadas, também, pelo crescimento do *statutory law*, tanto na esfera federal, quanto nos Estados.

É importante ressaltar, preliminarmente, que o direito legislado não vem se desenvolvendo nos Estados Unidos em razão de eventuais críticas à imparcialidade dos juízes ou as suas decisões. O *Common Law* nos Estados Unidos, durante muito tempo, serviu de instrumento hábil para acompanhar o dinamismo da realidade e a evolução do entendimento jurídico quanto a determinados temas. Entretanto, com o desenvolvimento econômico, social e tecnológico acelerado dos Estados Unidos e ante à complexidade das novas demandas judiciais, a necessidade de editar regras gerais e abstratas tornou-se imperiosa para a regulação de certas atividades e para a pacificação de controvérsias.

No curso da História norte-americana, em algumas oportunidades, tentou-se codificar as normas do *Common Law*, sob os mais diversos argumentos. Em alguns Estados esse movimento ganhou maior impulso, como Idaho, Montana, Dakota do Norte, Dakota do Sul e Califórnia. Neles, algumas matérias pertinentes ao Direito Civil foram, desde cedo, codificadas e, até os dias atuais,

64 Vale ressaltar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América aprecia pouquíssimos casos a cada ano. (BURNHAM, . *op. cit.*, p. 174/175)

65 REINHART, *op. cit.*, p. 7.

são regidas pelos *statutes*, remanescendo ao *common law*, papel importante, embora secundário⁶⁶.

O direito legislado nos Estados Unidos cresceu vertiginosamente a partir da década de 30, quando, em algumas situações, as leis escritas vieram a substituir o *common law* de forma mais expressiva. Em outras, a legislação veio a criar novas áreas do direito. No âmbito federal, por exemplo, os *statutes* vieram a regular matéria tributária, previdenciária, ambiental, direito financeiro e bancário. Já nos Estados, as leis escritas cuidam do direito do consumidor, transações comerciais e direito de família, remanescendo no *common law*, em geral, matérias como contratos, *torts* – ou ações indenizatórias – e direito de propriedade⁶⁷.

Vale destacar que, embora o crescimento do *statutes* tenha aproximado o direito norte-americano do *Civil Law*, o sistema jurídico nos Estados Unidos continua sendo *Common Law*, mas dotado de algumas peculiaridades que o diferenciam muito do *Common Law* inglês.

Na hierarquia das fontes do direito norte-americano, os *statutes* estão em posição de supremacia, em relação aos precedentes. Reconhecendo-se que as leis escritas são hoje numerosas nos Estados Unidos, constata-se que sobraria pouco espaço para a aplicação do *caselaw*. Este entendimento, no entanto, deve ser visto *cum grano salis*.

Os juízes norte-americanos, ao aplicar o direito legislado, como regras de direito específicas, o fazem de forma estrita, de acordo com seus termos. O que está além ou fora da previsão legal permanece regido pelo *common law*. Melhor explicando: o *common law* continha normas regendo todas ou quase todas as questões submetidas ao Judiciário. Se lei posterior veio a disciplinar determinada matéria e nela são observadas lacunas, entende-se que as normas do *common law* antes aplicadas ao caso não foram revogadas pela regra escrita posterior. Logo, a hipótese não abrangida pelo *statute* é regida pela norma do *common law* que o antecedia.⁶⁸

Outras orientações são, também, observadas pelos Tribunais, especialmente quanto à Separação dos Poderes. O juiz americano não deve invadir a competência do Congresso criando regras ou estendendo direitos não expressamente previstos nos *statutes*. A omissão legal em assuntos que carecem de precedentes deve ser analisada com muita cautela pelo magistrado, de forma a não subverter o sistema.

66 BURNHAM, op. cit., p. 53-54.

67 BURNHAM, op. cit., p. 49-50.

68 BURNHAM, op. cit., p. 51-53.

No ponto, alguns doutrinadores diferenciam o *Common Law Caselaw* do *Caselaw Interpreting Enacted Law*.⁶⁹ No primeiro caso, tem-se o *common law* como fonte do direito tradicional, ou seja, os Tribunais definem o direito para o caso concreto, mesmo na ausência de lei escrita sobre o assunto. No segundo caso, tem-se que a decisão judicial que interpreta determinada lei escrita ou estatuto passa a regular outros casos semelhantes sobre o mesmo tema. Em ambas as situações, o princípio do *stare decisis* deve ser aplicado.

A atividade interpretativa no modelo americano, portanto, demanda o recurso a alguns princípios e máximas pelos juízes e pelas cortes norte-americanas, quando da aplicação dos *statutes*. Entre eles, vale citar os seguintes: *The Consideration of the Entire Statute*, que prescreve que o estatuto seja analisado e interpretado em sua integralidade e de forma harmônica, visto que nenhuma palavra ou frase isolada é determinante na aplicação da regra; *The Plain Meaning of the Statute*, segundo o qual, se a linguagem usada na lei é clara e não-ambígua, o intérprete deve acolher a previsão em sua literalidade; *Legislative History and Related Legislation*, que recomenda sejam consideradas pelas cortes, na compreensão das leis, o intento do legislador e as razões que levaram o Poder Legislativo a editar determinada regra; *In Pari Materia*, o qual aconselha que as leis que tratam de uma mesma matéria devem ser elaboradas juntas, de forma a traduzir a harmonia do ordenamento; *the expression of the one is exclusion of the other*, máxima que esclarece que a omissão do legislador quanto a determinado ponto, na lei, quando poderia ter sido facilmente nela incluído, traduz, na verdade, a intencionalidade daquela exclusão; *narrow construction of statutes that are in derogation of common law*, o qual orienta que, para se determinar quando a lei escrita modifica ou altera a norma contida no *caselaw*, a análise deve ser feita restritivamente e a lei deve ser interpretada nos limites da matéria que buscou regular; entre outros.⁷⁰⁻⁷¹

Além destes princípios, de inspiração no *Common Law*, nos últimos anos, o sistema jurídico americano vem sendo influenciado, também, por técnicas e princípios do *Civil Law* na interpretação e aplicação da legislação escrita. Entre eles, vale destacar a analogia.⁷²

Em muitos outros pontos, observa-se a aproximação do direito americano com os sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica. É sobre esse assunto que se tratará a seguir.

69 BURNHAM, op. Cit., p. 40-41.

70 REINHART, op. cit., p. 124-129.

71 FARNSWORTH, op. cit., p. 92-95

72 BURNHAM, op. cit., p. 61-63.

4 A APROXIMAÇÃO DO DIREITO AMERICANO DOS MODELOS DE TRADIÇÃO ROMANISTA

O direito americano influenciou vários ordenamentos jurídicos no mundo quanto a diversos institutos isoladamente considerados. Entre os mais relevantes, destacam-se o controle de constitucionalidade e o devido processo legal. Como sistema, no entanto, vem se aproximando gradativamente dos modelos jurídicos de inspiração Romano-Germânica, ou *Civil Law*, tal como o brasileiro.

A percepção desta aproximação se dá, principalmente, com o reconhecimento de que hoje, o *statutory law* nos Estados Unidos vem crescendo de forma acentuada, passando a constituir a principal fonte do direito quanto a diversas matérias. O mesmo ocorre com o *regulatory law*, ou o direito emanado das agências reguladoras e do Poder Executivo, que também foi ampliado nas últimas décadas.

Mas não é só. Tão importante quanto observar o aumento do direito legislado nos Estados Unidos é reconhecer que as regras escritas continuam a manter relação de superioridade, na hierarquia das fontes, se comparadas aos precedentes.

Na prática, tal movimento implica importante alteração da estrutura do sistema jurídico nos Estados Unidos, pois o juiz, ao aplicar o direito, recorre inicialmente à Constituição Federal e, após, aos tratados e leis escritas federais, aos regulamentos federais, às Constituições Estaduais, às leis escritas estaduais, aos regulamentos estaduais e, finalmente, aos precedentes, nesta ordem. Com isso, conclui-se que os precedentes no Direito americano tiveram a sua relevância reduzida como fonte primária.

Em países do *Civil Law*, em que o juiz deve aplicar o direito posto, prevalece semelhante hierarquia das fontes. Vale ressaltar, no entanto, que, curiosamente, no Brasil, vem sendo observado movimento no sentido inverso, ou seja, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores vem servindo igualmente de fonte a regular as relações jurídicas – especialmente as súmulas e decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal –, além de guiar a aplicação da lei pelos outros membros do Poder Judiciário. A influência das decisões judiciais no Brasil é exercida sobre o próprio Poder Legislativo, visto que este é reflexamente orientado na elaboração de novas leis.

Ao que parece, esse movimento de convergência, tanto do Direito americano para os modelos de inspiração Romano-Germânica, quanto destes para os sistemas de *Common Law*, reflete uma preocupação geral com a segurança jurídica e a Justiça das decisões.

Sobre o ponto, Maria Helena Diniz⁷³ destaca que, “há no Estado moderno uma supremacia da lei ante a crescente tendência de codificar o direito para atender uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas”.

O Professor Miguel Reale⁷⁴, por sua vez, ao tratar dos precedentes e do direito legislado, conclui, que, embora sejam expressões diversas, “nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *Common Law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.”

De qualquer modo, a aproximação dos modelos está inegavelmente associada às demandas da sociedade moderna e aos desafios inerentes ao desenvolvimento tecnológico e econômico mundial, especialmente dos países do Ocidente. O recurso ao direito comparado, a aproximação das estruturas e dos sistemas jurídicos e a aplicação de institutos consagrados no Direito alienígena, demonstram que, na atualidade, países que passaram por processos de desenvolvimento completamente distintos, do ponto de vista histórico, cultural, econômico, social e político, estão em constante intercâmbio de experiências e tendem a convergir juridicamente. É neste contexto que se insere a evolução do Direito norte-americano e sua situação atual.

5 CONCLUSÃO

O direito norte-americano se desenvolveu de forma bastante dinâmica, buscando acompanhar as transformações sociais e econômicas pelas quais o país veio a passar ao longo de sua história.

A doutrina do precedente nos Estados Unidos nunca desfrutou da autoridade absoluta com que foi admitida no direito inglês, especialmente em razão de três fatores: o grande volume de decisões, o conflito de precedentes em diferentes jurisdições e a rapidez da evolução do direito norte-americano.

O *Common Law* no direito americano, então, precisou ser adaptado à realidade do acelerado desenvolvimento dos Estados Unidos, bem como aos compromissos estampados na Constituição de 1789. Com isso, o direito legislado veio a crescer acentuadamente, tanto no âmbito federal, quanto no âmbito estadual.

73 DINIZ, Maria Helena. *Introdução à Ciência do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 283.

74 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 142.

Neste contexto, verifica-se que o sistema jurídico americano, tradicionalmente adepto ao *Common Law*, se aproximou consideravelmente dos modelos de inspiração romanística. A adoção da regra escrita, em larga escala, como fonte primária, implica na alteração do trabalho do juiz na interpretação e na aplicação do direito, bem como no papel do precedente, que teve reduzida a sua importância em vários temas.

Em contrapartida, os ordenamentos jurídicos adeptos ao *Civil Law* vem atribuindo maior relevância aos precedentes judiciais. Especificamente no direito brasileiro, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores tem orientado a atuação judicial e, reflexamente, vem influenciando na elaboração das leis – tarefa compreendida na esfera de atribuições precípua do Poder Legislativo.

Assim, a troca de experiências e o recurso a institutos de direito estrangeiro não só aprimoram os sistemas jurídicos, mas, também, contribuem para a convergência entre eles. Esse processo é resultado inexorável do aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política entre os países, especialmente no Ocidente, onde o fenômeno da globalização é observado de forma mais expressiva.

REFERÊNCIAS

BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata*. Jus

Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14915>>. Acesso em: 16 set. 2011.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006.

CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no Common Law. Artigo publicado na *REPRO – Revista de Processo* nº 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2011.

COORAY, Mark. *Common Law and Statute*. Disponível em: <<http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap185.htm>>. Acesso em: 16 set. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Introdução à Ciência do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. New York, NY: Columbia University, 1963. Tradução para o português: FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2007.

