

---

# DISTINÇÕES ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO E SUA IMPLICAÇÃO NA CONFORMAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

---

*DIFFERENCES BETWEEN BRAZILIAN AND AMERICAN LEGAL SYSTEMS  
AND IT'S DIFFERENTS JUDICIAL REVIEW FEATURES.*

*Rafael Michelson*

*Procurador Federal membro da Advocacia-Geral da União, concluiu o curso  
Fundamentals of U.S. Law na Thomas Jefferson School of Law, Califórnia, EUA.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Common law e civil law; 2 Constituição brasileira e Constituição Americana; 3 Origem do chamado controle difuso de constitucionalidade (judicial review): caso Marbury x Madison (1803); 4 Fatores que influenciaram a formulação do controle difuso de constitucionalidade brasileiro; 5 Conformação atual do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

**RESUMO:** comparação entre a sistemática jurídica brasileiro e norte-americana sob três aspectos principais: sistema jurídico (*common law e civil law*), aspectos constitucionais e aspectos institucionais. Como o modelo brasileiro de controle difuso de constitucionalidade, embora importado do modelo americano de *judicial review*, possui uma amplitude e uma conformação tão diferentes do modelo que se desenvolveu nos Estados Unidos. A ideia é retratar como características de nossa sociedade e do nosso direito contribuíram nesse processo. São essas características: nossa cultura jurídica (originada em nosso sistema de *civil law*), nossa história recente (Constituição de 88) e nossas crises políticas (âmbito institucional).

**ABSTRACT:** comparison between the Brazilian and the American legal systems. Differences between common law and civil law (code of Napoleon). Shows how different historical backgrounds, different beliefs and different ways of thinking brought two different systems. How the Brazilian judicial review, in spite of the fact of being originated from the American judicial review, has very different features.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema. Jurídico. Brasileiro. Americano. Controle. Difuso. Constitucionalidade.

**KEYWORDS:** Legal. System. Brazilian. American. Judicial. Review.

## INTRODUÇÃO

Breve análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e norte-americano: diferenças históricas e culturais e sua implicação na conformação de modelos distintos de controle difuso de constitucionalidade.

Em uma sucinta exposição buscarei mostrar, por uma perspectiva, como os diferentes sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), as diferentes características entre as constituições e os diferentes níveis de credibilidade nas instituições culminou na lapidação de modelos de controle difuso de constitucionalidade que, embora tenham uma origem comum no direito americano, possuem características e dinâmica distintas.

O raciocínio parte do pilar dos sistemas jurídicos republicanos, que é a Constituição e sua importância histórica. De um lado temos a constituição americana (1787), que retrata a formação de um país e que contém cláusulas fundamentais para a harmonia e equilíbrio de uma nação. É, em sua essência, um pacto federativo por excelência. De outro lado, temos a constituição brasileira de 1988, que retrata o fim de um período de ditadura, e busca restabelecer ideais democráticos. É, em sua essência, uma carta garantista.

A partir deste panorama, veremos como o judiciário brasileiro, ao buscar o resgate da retidão nas condutas de outras instituições (do executivo e legislativo) - tarefa que assumiu em meio a uma legítima consciência histórica de restabelecimento dos ditos ideais democráticos - muitas vezes acaba por minar, sob uma ótica mais abrangente, a confiança dos cidadãos em relação às leis e às instituições como um todo. Esse fenômeno, por vezes chamado de inconstitucionalismo, faz-se necessário em uma série de ocasiões, mas acaba por ter o efeito deletério apontado em outras tantas.

### 1 COMMON LAW E CIVIL LAW

A primeira grande distinção que fazemos ao compararmos o sistema jurídico brasileiro com o americano é a de que o sistema americano é baseado na *common law* enquanto que o brasileiro é baseado na *civil law* (código de Napoleão).

Os juízes da *common law*, desde seu surgimento, tiveram um papel fundamental de identificar, aplicar, uniformizar ou mesmo criar as leis vigentes em sua jurisdição. A partir de um caso concreto, geralmente uma disputa entre particulares, o juiz identificava qual a lei aplicável ao caso. Entenda-se lei de forma mais abstrata, como a regra de conduta ou de

justiça que deveria prevalecer para que a disputa pudesse ser solucionada de maneira mais condizente com os costumes e cultura locais, com o objetivo de melhor atender à necessidade de pacificação social.

Determinada regra, ou “lei” (*law*), só se tornava escrita a partir do momento que um juiz da *common law*, ao identificá-la (a partir de uma visão abrangente e imparcial do substrato social estudado) e aplicá-la em um caso concreto de disputa privada, transcrevia o caso (*lawcase*) para registro, divulgação ou publicação.

Esses juízes, portanto, possuíam plena autoridade para “dizer o direito”, para identificar, formular, dar roupagem às regras existentes na sociedade e entabular-las por meio dos julgados, tecendo assim, paulatinamente, um enorme emaranhado de casos que revelaram o direito daquela sociedade de modo que pudesse ser estudado sob o ponto de vista histórico ou jurídico.

Tanto essa autoridade para, desta forma agindo, “dizer o direito”, como a autoridade para agir em nome do Estado e ter poder para garantir a eficácia das leis (consubstanciadas em suas decisões) - *law enforcement*, era conferida pela poder de um governo central, originariamente da coroa.

De outro lado, temos o nosso modelo brasileiro, fundado eminentemente a partir da *civil law*.

Diferentemente, as regras presentes em nossa sociedade que regulavam as relações entre particulares não eram captadas nem criadas por juízes. Nossas regras, também captadas a partir de nosso substrato cultural e social, eram lapidadas em textos, codificadas.

A codificação é tarefa que cabe ao poder central do país ou estado, e incumbe ao poder executivo ou legislativo, dependendo do caso.

Portanto, de modo bem simplista, podemos dizer que cabia ao juiz da *civil law* apenas garantir a eficácia e a correta aplicação das leis, autoridade que lhe era conferida também pelo poder de um governo central (coroa).

Nesse ponto, apenas para ilustrar um aspecto que poderá ser útil mais adiante nesse artigo, registro uma possível distinção entre o mecanismo de aplicação da lei por um juiz da *common law* e um juiz da *civil law*:

Um juiz da *civil law* poderia em determinado caso concreto, se deparar com uma situação em que a lei escrita (codificada) aplicável para determinado caso lhe pareceria injusta. Como não era sua tarefa identificar ou captar qual a lei aplicável para o caso concreto, pois essa tarefa já havia sido exaustivamente feita em textos codificados, restava a ele apenas encontrar dentre as leis codificadas, após um exercício de interpretação, a que se aplicava ao caso em questão. Não lhe competia concordar ou não a partir de seu senso de justiça. Competia-lhe apenas

aplicar a lei escrita. Esta situação, em que aparentemente não resta alternativa, nos dá a impressão de estarmos diante de um sistema estático

Por outro lado, o juiz da *common law*, ao se deparar com os mesmos fatos, fazia o seguinte raciocínio: qual a “lei” aplicável a este caso? Então, a partir de seu senso de justiça, cunhado a partir de um estudo do substrato social e cultural de seus jurisdicionados, ele identificava, captava a “lei” aplicável ao caso. Entretanto, em determinado caso era possível que já houvesse um julgamento, deste mesmo juiz ou de outro juiz, em que se decidiu de maneira que agora lhe parecia injusta. O julgado havia sido reduzido a termo e ele estava diante de um documento escrito que o induzia a um julgamento aparentemente injusto. Que alternativas tinha esse juiz? Basicamente três:

- a) concluir que ele deveria julgar de acordo com o julgado semelhante, com a intenção de dar consistência, credibilidade e coerência ao sistema, que deveria seguir um padrão lógico;
- b) verificar que existia um fato específico que na verdade diferenciava os casos aparentemente semelhantes um do outro (*distinguish*);
- c) chegar à conclusão de que aquela “lei”, aplicada no caso anterior não mais fazia sentido na atual conformação da sociedade, ou seja, não mais encontrava alicerce no substrato social ou cultural existentes e que ela portanto deveria ser considerada uma lei inválida, não mais aplicável (*bad law*, ou *not good law*) e então captar, estabelecer e aplicar a “lei” que entendia aplicável e justa. Em oposição ao desempenho do juiz da *civil law*, descrito acima, verificamos que o juiz da *common law* se via diante de alternativas para solucionar o problema, o que nos dá a impressão de estarmos diante de um sistema dinâmico.

A simplificação foi grande, mas assim podemos identificar uma distinção entre os sistemas. Hoje, em nosso sistema (*civil law*), os juízes possuem métodos e mecanismos para alcançar uma decisão justa (um dos métodos seria o nosso “controle difuso”), o que vem sendo aprimorado. E acredito que o objetivo, em um ou em outro sistema, seja sempre o de se alcançar a justiça. Mas a intenção em expor essa distinção dessa forma, é a de demonstrar como existe uma grande diferença na linha de raciocínio entre os operadores de direito da *civil law* e da *common law*, o que implica em verdadeiras culturas jurídicas distintas.

## 2 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E CONSTITUIÇÃO AMERICANA

Uma segunda grande distinção entre os sistemas brasileiro e americano está, como mencionei no início, na profunda diferença entre as constituições brasileira e americana, cunhadas em contextos históricos diversos.

A constituição americana, sintética, limitou-se a estabelecer o pacto federativo, garantindo segurança e igualdade de força e tratamento dos estados federados perante a União, preservar o equilíbrio entre os poderes do estado e em garantir os direitos individuais mínimos, invioláveis, sendo a abolição da escravidão e a liberdade de expressão seus expoentes.

Diferentemente, a constituição brasileira, analítica, foi muito além, tratando de uma ampla gama de assuntos. Tratou de forma exaustiva as atribuições e poderes de União, Estados e Municípios. Estabeleceu forma, funções, poderes e limites de uma série de instituições republicanas além de criar novas instituições com novas funções. Entre os direitos individuais, estabeleceu uma ampla relação de direitos dos cidadãos e deveres do estado. Todos os ramos do nosso direito possuem um capítulo ou ao menos um conjunto de dispositivos que por vezes vão além de estabelecer seus princípios e iniciam um regramento específico.

Enquanto a constituição americana funda-se no pacto federativo, na igualdade de tratamento entre os estados e entre os poderes do estado, garantindo também direitos individuais mínimos que possibilitam uma identidade social mínima, a constituinte brasileira de 1988 significou um verdadeiro pacto dos diversos setores da sociedade entre si e com o estado.

Analisando o constitucionalismo americano, verificamos a constituição como documento fundamental para garantir o equilíbrio institucional da nação: equilíbrio entre estados federados e entre estados e a União, bem como entre os poderes do estado. É dever dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, observar rigorosamente a constituição para evitar crises políticas, sociais e institucionais.

No que diz respeito ao poder judiciário federal americano, a ele incumbe zelar pelo equilíbrio institucional, definindo parâmetros e limites em caso de disputas entre estados e na efetivação das garantias individuais previstas na constituição. A Suprema Corte americana teve papel histórico decisivo em diversas questões relativas aos direitos dos negros e em relação à liberdade de expressão.

Enquanto que a Suprema Corte americana se limita a apreciar um número reduzido de casos, dentro de uma gama reduzida de assuntos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro aprecia uma infinidade de processos dentro de um amplo espectro de assuntos.

Uma razão para essa grande diferença do número de processos submetido à corte suprema no Brasil e nos Estados Unidos está nas diferentes características entre as constituições desses dois países.

Outra importante razão para essa diferença de atuação entre o STF e a Suprema Corte está na configuração do sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade.

### **3 ORIGEM DO CHAMADO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE (JUDICIAL REVIEW): CASO MARBURY X MADISON (1803)**

O presidente americano John Adams, do partido federalista, havia perdido as eleições para o republicano Thomas Jefferson. Antes do término de seu mandato, John Adams aprovou a criação de novas cortes federais no país e nomeou uma série de juízes de seu partido para ocuparem os cargos.

Entretanto, antes que todos esses novos postos fossem efetivamente preenchidos, seu mandato findou e Thomas Jefferson assumiu a presidência. O novo presidente reformulou essa nova estrutura de cortes federais criada por seu antecessor e deixou de diplomar os juízes da oposição que haviam sido nomeados. Uma crise institucional se instalou.

O Congresso, agora dominado pelos republicanos, demoveu uma série de juízes, que eram em sua maioria federalistas, de seus cargos. Foi determinado também o recesso de dois anos da Suprema Corte.

Em meio a essa crise, um desses juízes preteridos era William Marbury (nomeado juiz do Distrito de Columbia), que endereçou uma petição à Suprema Corte para que ela o diplomasse, uma vez que o secretário de justiça, James Madison, se recusara a fazê-lo. O julgamento ficou a cargo do juiz da Suprema Corte John Marshall, um federalista que havia trabalhado como secretário de estado de John Adams.

A saída encontrada por Marshall foi declarar a inconstitucionalidade da lei que conferiu à Suprema Corte o poder de conceder diretamente o *mandamus* no caso da violação de um direito individual. Num raciocínio então considerado extremamente estranho e complexo ele argumentou que uma vez que a Constituição previa que a Suprema Corte deveria julgar esse tipo de mandamos apenas em grau recursal, uma lei não poderia prever, em contrariedade à constituição, que a Suprema Corte poderia apreciar uma petição diretamente a ela submetida, sem a prévia apreciação de uma corte inferior, muito embora se entendesse que o cidadão possuía o direito ao *mandamus*.

Desta forma Marshall contornou a crise institucional e em contrapartida buscou afirmar a autoridade da Suprema Corte, que passou a deter o poder de afastar atos aprovados pelo executivo ou pelo congresso que contrariassem a constituição, tese já há tempos defendida por doutrinadores federalistas.

Passaram-se cinquenta anos para que a Suprema Corte se utilizasse novamente desse mecanismo de *judicial review*. E muito embora esse mecanismo tenha se firmado e tenha se desenvolvido no sistema judicial americano como um método válido de revisão de leis, estatutos ou atos que contrariem a constituição, temos que na prática, nesses duzentos anos que se passaram desde a sua formulação, foram poucas e esporádicos os casos em que a Suprema Corte efetivamente afastou a aplicação de leis ou estatutos com base na inconstitucionalidade.

#### **4 FATORES QUE INFLUENCIARAM A FORMULAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

Desenvolveu-se no Brasil, à semelhança do que aconteceu nos EUA, um sistema de controle difuso de constitucionalidade. Um juiz em qualquer grau de jurisdição, assim como ocorre no modelo americano, pode avaliar se determinada lei editada pelo congresso está em consonância com o que estabelece a constituição e assim decidir um caso concreto.

Vejamos então como cada um dos três fatores mencionados no início contribuíram para que o modelo brasileiro apresente, na prática, um dimensionamento e uma expressão tão diversa do controle difuso nos EUA:

##### *a. Constituição analítica:*

É fácil observar que, tendo a Constituição de 88 tratado de uma gama expressivamente mais abrangente de assuntos, isso gera uma quantidade infinitamente maior de situações em que se pode questionar um ato ou uma lei com base na contrariedade a uma regra estabelecida na Constituição.

##### *b. Credibilidade institucional:*

Nosso histórico de crises institucionais e um passado recente de um regime antidemocrático contribuíram para que a sociedade coloque sempre em cheque a idoneidade dos atos legislativos.

Muitos advogados e magistrados militantes da redemocratização encamparam essa ferramenta do controle difuso como arma para o combate às vicissitudes de nossas instituições, contribuindo para a proliferação da utilização desse mecanismo.

Nosso “inconstitucionalismo” ganhou fôlego na década de 90 e na década seguinte ganhou novos contornos a partir da “indústria de liminares” que passou a caracterizar o ramo dos profissionais do direito.

*c. Cultura jurídica:*

No sistema da *common law*, o juiz tem enraizado em seu modo de pensar que ele deve buscar, identificar ou captar a partir de sua leitura da sociedade em que está inserido, a regra de comportamento ou os valores presentes nessa sociedade que lhe permitam solucionar o caso de maneira mais justa.

Como mencionei no capítulo 2, antes de por si próprio “dizer a lei” ele observará os casos semelhantes que já foram decididos. São os casos já decididos que consubstanciam de forma objetiva o que é o direito naquela sociedade e que vão formando seu tecido jurídico, que é fruto de um paulatino aprimoramento.

Essa forma de raciocínio parte da metodologia empregada para a solução de disputas entre particulares, cujas regras geralmente são construídas jurisprudencialmente.

Quando tratamos de uma questão de direito público, administrativo ou tributário, por exemplo, a dinâmica é outra, pois temos uma lei que traz um regramento específico (*estatute*) pronto, assim como ocorre em praticamente todo o ordenamento jurídico da *civil law*, que tem como pressuposto a existência prévia de um extenso rol de leis codificadas que buscam exaustivamente prever todo o tipo de condutas e situações que possam ser objeto de direitos.

O juiz da *common law* já possui uma tendência natural de observar como determinado caso, em que se colocou em dúvida a forma de aplicação de determinada regra (*estatute*), foi decidido por outras cortes.

Por sua vez, o juiz da *civil law* se preocupa inicialmente em interpretar a lei para tentar aplicá-la corretamente. Esta é a sua tarefa. Seu raciocínio sempre se inicia deste ponto de partida. Assim, ele interpretará a lei e formulará o seu convencimento. Posteriormente ele verificará como a questão já foi decidida.

Tentarei explicar essa ideia de outra maneira: na *common law*, o corpo de juízes historicamente teve um papel fundamental na formulação do direito, ou do “tecido jurídico”. É natural que os juízes, independentemente

de uma imposição, tenham uma certa tendência natural em seguir o que já foi decidido, pois são justamente as decisões já existentes que constituem o objeto de estudo do direito em que ele se ampara.

Não é o que ocorre na *civil law*. Os juízes não tiveram um papel tão marcante na formulação do direito, sua atuação sempre estivera mais jungida à interpretação e aplicação das leis escritas, codificadas, e que constituíam, evidentemente, o seu objeto de estudo como fonte do direito. As demais decisões podem servir para auxiliá-lo em seu exercício de interpretar e aplicar corretamente a lei, ou seja, tem uma utilidade secundária.

Voltemos ao nosso foco, que é o controle difuso de constitucionalidade. Resta claro que para um juiz da *common law*, em uma discussão sobre a constitucionalidade de uma lei, ele naturalmente seguirá a decisão de uma instância superior que já decidiu pela constitucionalidade, por exemplo.

Registro, por oportuno, que nos EUA a decisão de uma corte em qualquer matéria, seja de caráter constitucional ou não, *sempre* vinculará a corte imediatamente inferior (*binding decision*).

Diferentemente, vemos no Brasil juízes decidindo, por exemplo, pela inconstitucionalidade de uma lei que o tribunal decidira constitucional, e vice-versa. Não somente esta é uma situação muito comum e frequente, como se vai muito mais além. Juizes de primeira instância ou tribunais decidem diferentemente do que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu em determinado caso sobre exatamente a constitucionalidade ou não de uma lei. E isso é frequente.

## 5 CONFORMAÇÃO ATUAL DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Reunindo essas características, temos como resultado que inúmeros casos relativos a uma infinidade de matérias são submetidos ao STF. Nosso cenário de crise institucional potencializa essa quantidade de processos, uma vez que se busca sempre colocar em cheque os atos do executivo e do congresso perante a constituição. Acrescente-se a falta de consistência nas decisões das diferentes instâncias que não seguem as decisões das instâncias superiores, demandando, portanto, repetidamente a necessidade de utilização de todas as instâncias recursais. todos esses fatores contribuíram para que o número de processos levados ao STF se tornasse algo astronômico.

Esse fenômeno naturalmente sobrecarregou demasiadamente o STF, tornando-o moroso e comprometendo sua eficiência, contribuindo para que se tornasse mais uma instituição colocada à luz do descrédito.

E suas decisões, que muitas vezes buscam restaurar aspectos da ordem social ou mesmo da higidez de outras instituições, encontravam dificuldades em cumprir seu papel, por chegarem tardiamente ou por não ter efetividade prática (muitos juízes do país todo prosseguiriam decidindo contrariamente ao que o STF havia julgado!).

Vejam que a súmula vinculante só foi criada no Brasil em 2004. Os debates sobre sua criação ou não possuíam contornos ideológicos. Seus detratores falavam em engessamento das instancias inferiores e no risco dela ser utilizada como instrumento autoritário visando impedir que juízes de instâncias inferiores pudessem assegurar aos cidadãos garantias constitucionais frente ao estado.

Vemos novamente como a falta de credibilidade em nossas instituições dificulta a formulação e aprimoramento de ferramentas que tem como objetivo justamente restabelecer a organização social e a ordem jurídica necessárias para possibilitar um cenário favorável ao fortalecimento de nossas instituições. Trata-se de um círculo vicioso e é muito difícil fazer qualquer espécie de julgamento pois sabemos que em nosso país existem razões históricas e endêmicas para essa descrença.

Com as recentes reformas constitucionais e legislativas tocantes à súmula vinculante, repercussão geral e efetividade das decisões do STF, vislumbramos um caminho para a reformulação de nosso controle difuso para um controle não tão difuso, mas um pouco mais centrado, condizente com as aspirações de fortalecimento institucional de que necessitamos.

