

A influência da *American Judicial Review* no Brasil, Japão e Alemanha: reflexões e perspectivas sobre o papel atual do Judiciário

*Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

O controle de constitucionalidade norte-americano sempre foi tema de primeira ordem no Direito Constitucional ao redor do mundo. Ao longo da História, tem sido importante instrumento de proteção do particular contra os abusos ou omissões do Estado e influenciou de forma direta o Brasil, o Japão e a Alemanha. Atualmente, a relevância da *judicial review* é clara, pois constitui meio bastante eficaz à concreção dos direitos e garantias fundamentais. A influência, as características e possíveis benefícios desse tipo de controle ao sistema jurídico brasileiro serão o objeto deste breve estudo.

É fato que a *Common Law* norte-americana e a *Civil Law* brasileira têm, gradativamente, apresentado significativos pontos de convergência. O primeiro grande momento de influência da Constituição norte-americana de 1787, no Brasil, veio com a Constituição da República de 1891.² Com propriedade, o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira indica que, a partir daí, o Brasil abandonou as origens latinas e adotou o modelo americano de controle de constitucionalidade.³

Nos outros países, a influência norte-americana foi mais evidente após a vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial. No Japão, elaborada sob a Era Meiji, vigia a Constituição de 1889, com clara influência da Constituição Prussiana de 1850 e do respectivo conceito de

¹ Mestre em Direito Comparado (MCL) pela *Cumberland School of Law, Samford University*. Membro do Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão e do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ.

² O título da Constituição de 1891 faz referência à “República dos Estados Unidos do Brasil”, forte traço da simpatia brasileira ao constitucionalismo norte-americano.

³ Cf. A súmula e sua evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 179, ano 24, nov./dez. 2000, p. 15-34.

constitucionalismo monárquico.⁴ O sistema judiciário fora inspirado nos modelos francês e alemão e não havia qualquer previsão quanto ao controle de constitucionalidade.⁵

Após a Declaração de Potsdam, em 1945, com base em estudos prévios dos aliados⁶, veio à tona a Constituição de 1946, por influência do Supremo Comandante das Potências Aliadas,⁷ General Douglas MacArthur, que entabulou, de forma bastante hábil, acordos então sigilosos com a Dieta Imperial⁸ e com o próprio Imperador Hirohito. Essa nova Carta, muito semelhante à Constituição norte-americana, introduziu no Japão de forma clara a *judicial review*⁹ e a supremacia da Constituição como lei fundamental.¹⁰

⁴ Cf. HIGUCHI, Yoichi. *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. University of Tokyo Press, 2001. p. 4. Na Constituição de 1889, havia previsão da política nacional do kokutai, que dispunha sobre a soberania e origem divina do Imperador, fator que colaborou, também, à política expansionista nipônica, muito aos moldes daquilo então preconizado pelo lendário prussiano Claus von Clausewitz. No Brasil, a Constituição de 1824 previa o Poder Moderador, aparentemente de menor alcance do que o kokutai. Ambos, contudo, garantiam, a seu respectivo Imperador, razoável controle sobre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

⁵ Cf. LUNEY JR., Percy R.; TAKAHASHI, Kazuyuki. *Japanese Constitutional Law*. Tokyo: University of Tokyo Press, 1993. p. 125-126.

⁶ Perplexos com a aparentemente incompreensível fidelidade dos soldados nipônicos ao Imperador, os Estados Unidos atribuíram à socióloga Ruth Benedict a difícil missão de explicar o Japão. Ela defendeu que o Imperador Hiroito não fosse deposto. Ao contrário, a transição a um regime democrático seria muito mais fácil se a mudança fosse por ele sancionada; o que, de fato, ocorreu (Cf. SPINELLI, Kelly Cristina. *Conhecimento a serviço da dominação*. História Viva: Japão: 500 anos de história: 100 anos de imigração. São Paulo: Duetto Editorial, 2008. p. 54-55.). Nesse contexto, a Constituição de 1946 foi implementada por meio de emenda à Constituição de 1889. Porém, os poderes do Imperador tal qual anteriormente dispostos - kokutai - foram extintos. Deram lugar à soberania popular e a um judiciário mais forte e independente de eventual interferência imperial.

⁷ O general Douglas MacArthur foi indicado por Harry Truman para ocupar o posto de *Supreme Commander of the Allied Powers*, ou, simplesmente, SCAP. MacArthur supervisionou a ocupação do Japão e exerceu o controle direto sobre suas principais ilhas (Honshu, Hokkaido, Shikoku e Kyushu) (Cf. CAPELUNI, Gabriel. *Governados por estrangeiros*. História Viva: Japão: 500 anos de história: 100 anos de imigração. São Paulo: Duetto Editorial, 2008. p. 49.).

⁸ A Dieta Imperial ou simplesmente Diet corresponde, guardadas às devidas diferenças, ao Parlamento, composto por duas Câmaras (Cf. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 300-305.).

⁹ O art. 81 da Constituição estabelece a Suprema Corte como última instância com competência para declarar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial. Lá, a Suprema Corte, a *Saiko Saibansho*, no caso 2 Keishu 801 (Sup. Ct., G.B., 8.10.1952), declarou que a *judicial review* norte-americana fora incorporada de forma expressa no ordenamento jurídico japonês por meio do art. 81 (Cf. TOMATSU, Hidenori. *Judicial review in Japan: an overview of efforts to introduce U.S. theories*. In: HIGUCHI, Yoichi (Ed.). *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001. p. 254.). O juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei aos moldes norte-americanos (4 Keishu 73, Sup. Ct., 1.02.1950) e os precedentes, conforme teoria predominante, têm autoridade vinculante de fato (Cf. NONAKA, Toshihiko. *Supreme Court precedents and the Lower Courts in the exercise of judicial review*. In: HIGUCHI, Yoichi (Ed.). *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001. p. 280-281.).

¹⁰ O art. 98 da Carta dispõe acerca da supremacia da Constituição sobre os demais atos do legislativo e do executivo.

A Alemanha já estava familiarizada com o controle judicial das normas e leis, tal qual exercido pelo *chief justice* John Marshall em *Marbury v. Madison*,¹¹ caso que será analisado com mais vagar logo à frente. Fato é que desde 1848, já se pretendia, com a Constituição de *Saint Paul*, garantir à Suprema Corte Alemã, a *Reichsgericht*, a competência para o julgamento de questões constitucionais, sob influência do constitucionalismo norte-americano.¹² A ideia ficou adormecida, pois essa Constituição não entrou em vigor.¹³ Em nova tentativa, quase oitenta anos depois, a Corte Alemã, como apontado por Hoffmann-Riem, declarou, em 1925, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis.¹⁴ Porém, somente após a derrota do nazismo, os alemães conseguiram redigir uma nova Carta. Congregaram, então, as exigências dos poderes aliados, resumidas nos “Documentos de Frankfurt”¹⁵ e negociadas pelo General Lucius D. Clay¹⁶, e suas próprias reivindicações, muito em parte fruto de profundas reflexões acerca da Constituição de Weimar. Surgiu, assim, a Lei Básica ou Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. E, em 1951, criou-se a Corte Federal Constitucional, o *Bunderverfassungsgericht*, a concentrar o controle de constitucionalidade de forma preponderante a seus dois Senados ou Câmaras e visivelmente voltada à proteção dos direitos fundamentais.

A influência da constituição alemã foi nítida a outras constituições europeias. Vivo exemplo disso é a Constituição Portuguesa de

¹¹ A *judicial review* ou controle de constitucionalidade norte-americano foi reconhecido de forma clara, pelo Judiciário, com o célebre *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), no qual Marshall assentou as premissas lógicas para fundamentar o controle do judiciário sobre os atos do executivo e do legislativo (Cf. MACIEL, Adhemar F. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 43, n. 172, out./dez. 2006).

¹² Cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Two Hundred Years of *Marbury v. Madison*: the struggle for judicial review of constitutional questions in the United States and Europe. *German Law Journal*, v. 5, n. 6, jun. 2004. Disponível em: <www.germanlawjournal.com>. Acesso em: 15 set. 2008. O eminente professor também integrou o Primeiro Senado da Corte Federal Constitucional Alemã, o *Bunderverfassungsgericht*.

¹³ Nesse sentido, Rogeiro também aponta que a Constituição “esquecida” de Frankfurt de 1849 foi influenciada pelo *Bill of Rights* da Constituição norte-americana. Essa Constituição, embora não tenha vigorado, influenciou a Constituição de 1871 e a de Weimar, de 1919 (Cf. ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 30.).

¹⁴ RGZ 111, 320 (1925).

¹⁵ Os “Documentos de Frankfurt” surgiram como fruto de negociações dos poderes aliados para o estabelecimento dos princípios fundamentais da Constituição da Alemanha Ocidental. Eram, na essência, as anotações do General MacArthur ao Japão (Cf. OTAKE, Hiedo. Two contrasting constitutions in the postwar world: the making of the Japanese and the West German constitutions. In: HIGUCHI, Yoichi (Ed.). *Five decades of constitutionalism in Japanese society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001. p. 56-58.).

¹⁶ O General Lucius era chefe do Gabinete do Governo Militar dos Estados Unidos para a Alemanha (OMGUS).

1976,¹⁷ cujo caráter programático, conforme as ideias de Jorge Miranda, migrou também à Constituição Brasileira de 1988; Carta essa que também adotou o caráter descritivo das cláusulas pétreas. Aqui cabem as ponderadas observações do Professor Ricardo Fiuza, que identificou, com precisão, o sistema judiciário português e seu respectivo controle de constitucionalidade, cujas funções do Tribunal Constitucional têm sido bem exercidas, aqui, pela nossa Suprema Corte. Assim, no Brasil, ao lado do controle difuso à americana, há também o controle concentrado, mais aos moldes austríacos.¹⁸

Traçados, em breves linhas, o roteiro e a influência do constitucionalismo norte-americano no Brasil, Japão e Alemanha, cabe-nos duas importantes considerações. Primeiro, da análise até então feita, extrai-se a premissa de que o controle judicial norte-americano foi incorporado sob as mais diferentes matizes nesses países, sem contudo, perder sua essência. Segundo, vem daí a importância da adequada compreensão da *judicial review* para que possa, então, nos limites do possível, ser compatibilizada à cultura legal brasileira. Para tanto, apontaremos, de forma sucinta, as características do sistema legal que ainda hoje vigora nos Estados Unidos.

A base da *Common Law* norte-americana consiste em três pontos fundamentais: a doutrina do *stare decisis*,¹⁹ a autoridade persuasiva ou vinculante do precedente judicial e a *judicial review*. Diferente de sua origem inglesa, o sistema norte-americano é mais flexível²⁰ e, desse modo, consegue se adaptar muito melhor às mudanças sociais ao longo do tempo; afasta-se, assim, o extravagante mito da estratificação eterna da jurisprudência.

¹⁷ Cf. MOREIRA, Vital. 50 anos da lei fundamental alemã. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm>. Acesso em: 1 out. 2008.

¹⁸ Cf. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Op. cit., p. 105-136 e p. 298-299.

¹⁹ A doutrina do *stare decisis*, na tradição legal dos Estados Unidos, aponta que uma corte de apelação federal ou estadual, ao estabelecer um princípio para decidir um caso concreto – *ratio decidendi* –, por, no mínimo, votação majoritária, deverá aderir ao precedente em casos futuros essencialmente análogos (Cf. COLE, Charles D. *Comparative Constitutional Law: Brasil and the United States*. Birmingham: Samford University Press, 2006. p. xxii-xxiii.).

²⁰ A *Common Law*, na Inglaterra, já existia em molde bastante semelhante ao atual no reinado de James I (1603-1625), mas a rigidez então existente indicava a distância da flexibilidade e do espírito criativo de sua origem (Cf. JONES, Harry. *Our uncommon Common Law*. *Tennessee Law Review*, v. 42, p. 450-452, 1975, apud KELSO, R. Randall; KELSO, Charles D. *Studying Law: an introduction*. Saint Paul: West Publishing, 1984. p. 54.).

O que se desenvolveu nos Estados Unidos, pois, foi um regime estável, protegido por uma Constituição escrita, sucinta e de expressões amplas.²¹ A divisão do poder no tempo - mandato por prazo determinado para o presidente e congresso - e no espaço - a tripartição de poderes e a repartição de competências entre União e Estados²² - formou solo seguro à evolução da teoria dos *checks and balances*; fato que, assim, alçou o judiciário como o terceiro poder de fato.

Alexander Hamilton já havia esboçado um judiciário independente e intermediário entre o povo e o legislativo, cabendo-lhe, pois, a função precípua de interpretar as leis²³ no caso concreto. A concretização dessas ideias se deu em *Marbury v. Madison*,²⁴ caso no qual o *chief justice* John Marshall estabeleceu os fundamentos para o controle de constitucionalidade difuso. Bem verdade que a técnica de redação adotada por Marshall não foi ortodoxa. A rigor, seria caso de rejeição do pedido sem adentrar no mérito. Mas é justamente aí, na estrutura do voto em três tópicos ou *issues*, com a menção, em *obiter dictum*, acerca da competência do judiciário para rever atos do legislativo e do executivo, que reside a genialidade do mestre e que, bem ou mal, influenciou o resto do mundo.

Desde 1891, o controle de constitucionalidade difuso brasileiro abeberou-se de forma nítida do seu vizinho norte-americano. Contudo, o respeito e aderência ao precedente, apesar de ser valor que já existia no Direito Romano²⁵ (e que, portanto, bem poderia ser mais evidente

²¹ A Grã-Bretanha, ao contrário de sua ex-colônia, não possui Constituição orgânica, mas, sim, documentos esparsos, cujo marco mais significativo é, sem dúvida, a Magna Carta de 1215 (Cf. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Op. cit., p. 32.).

²² A limitação da soberania no tempo e no espaço já havia sido identificada por Tocqueville (Cf. *A democracia na América*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 139.).

²³ *The Federalist* n. 78 (2006). O texto ainda hoje é marcado pela contemporaneidade e lucidez.

²⁴ 5 U.S. 137 (1803). William Marbury fora nomeado *justice of the peace* pelo presidente Adams no fim de seu mandato. Para que o ato fosse formalizado, seriam necessários três passos: a assinatura do presidente, o selo dos Estados Unidos e a entrega do documento. Daí a expressão “signed, sealed, delivered”. A nomeação fora assinada. Faltava o selo e a entrega do documento a seu destinatário; atos que deixaram de ser feitos pelo próprio Marshall, então *secretary of State*. Marbury ajuizou, então, um *writ of mandamus* almejando o cargo ao qual fora nomeado. A primeira parte do julgamento reconhece que Marbury teria direito ao cargo. A parte final do julgamento, contudo, declara inconstitucional o *Judiciary Act* quanto à competência da Suprema Corte para julgar o caso (Cf. MACIEL, Adhemar. Op. cit., p. 40.).

²⁵ Cf. PENNINGTON, Kenneth. Roman and secular law in the Middle Ages. In: MANTELLO, F. A. C.; RIGG, A. G. (Ed.). *Medieval Latin – an introduction and bibliographical guide*. Washington, D.C.: Catholic University of America Press, 1996. p. 257-258.

em países de tradição civilista, como Portugal e Brasil), é muito mais claro em países de *Common Law*, no caso, os Estados Unidos.

Lá, os conceitos da *judicial review* e do *stare decisis* estão intimamente ligados. A corte, ao analisar a constitucionalidade de uma lei, poderá estabelecer o precedente, que terá, então, autoridade vinculante ou persuasiva a outro caso análogo que lhe seja posterior. Nesse contexto, o judiciário norte-americano desenvolveu, gradualmente, complexo sistema de hermenêutica em apoio a tais institutos.

Para que o precedente seja aplicável em outro caso, há necessidade de que os fatos mais relevantes utilizados pela Corte em seu julgamento sejam essencialmente análogos aos do caso concreto, posterior. Além disso, a autoridade do precedente – vinculante ou persuasiva – é limitada pela competência jurisdicional da Corte que o profira. Por exemplo, o precedente estabelecido pela Corte de Apelações do Alabama será vinculante às cortes inferiores no respectivo Estado. Já a decisão da Suprema Corte será vinculante em todas as outras cortes, estaduais ou federais, acerca da interpretação da Constituição Federal e leis e tratados respectivos.²⁶

Isso não significa que, estabelecido o precedente, as cortes o deverão seguir com rigidez cega e eterna; não é “cravado em pedra”. Acaso os fatos relevantes à formação da *ratio decidendi* no precedente sejam substancialmente diferentes daqueles do caso concreto, o juiz poderá deixar de aplicar a *rule of law*, então válida, mediante o uso do *distinguishing*. Cole exemplifica o assunto com dois casos de repercussão nos Estados Unidos: *United States v. Lopez*²⁷ e *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*²⁸, que são essencialmente diferentes nos fatos mais relevantes à decisão. Dessa maneira/Desse modo, ambos permanecem viáveis.²⁹

Por vezes, a razoabilidade, o bom senso e as mudanças sociais indicam que a aplicação do precedente seria anacrônica ou inviável, o que também é chamado de *overruling*.

Essas duas técnicas permitem a adaptação e a flexibilidade do sistema. Exemplo da evolução da jurisprudência é demonstrado por quatro

²⁶ Tal matéria foi exposta na palestra *Binding Precedent in the United States with Comment Concerning Amendment 45 of Brazil's Constitution*, apresentada pelo Professor Charles D. Cole perante o Tribunal Regional Federal da 3a Região em 22.11.2007.

²⁷ 514 U.S. 549 (1995).

²⁸ 469 U.S. 528 (1985).

²⁹ Cf. COLE, Charles. Op. cit., p. 129.

importantes casos julgados pela Suprema Corte quanto ao conceito do devido processo legal pela 14^a Emenda Constitucional no que toca ao aborto.

Em 1973, *Roe v. Wade*³⁰ equilibrou o direito individual da mãe e o interesse público na proteção da vida, garantindo-lhe o aborto até a viabilidade trimestral do feto. Quase vinte anos depois, 1992, em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*,³¹ a Corte preservou o cerne de *Roe* e determinou que qualquer ato normativo no que tocasse ao aborto fosse analisado pelo *strict scrutiny test*, ou seja, o interesse público deveria estar minuciosamente descrito e comprovado. A viabilidade trimestral, contudo, deixou de ser exigida.

Stenberg v. Carhart,³² em 2000, também reconheceu violação ao devido processo legal se o ato normativo pusesse em risco a saúde da gestante. E, em 2007, *Gonzales v. Carhart*,³³ em significativa mudança de sentido, reconheceu interesse público suficiente a manter legislação proibitiva do aborto em áreas de incerteza médica e científica.

Em todos esses casos, a evolução médica e científica foi analisada pela Suprema Corte como meio de prova à construção do Devido Processo Legal previsto na 14^a Emenda, o que demonstra a flexibilidade do sistema norte-americano. Indica, por outro lado, que a estabilidade da *stare decisis doctrine* depende, também, da confiança e da preservação dos precedentes. A evolução ou mudança da jurisprudência, intuiti-se, é realizada por meio do esforço conjunto de juízes e advogados.

A tarefa, contudo, não é fácil. Ao contrário, um sistema de suporte bastante complexo foi criado e desenvolvido para viabilizar a *stare decisis doctrine*. Primeiro, houve a necessidade da adequada preparação do profissional, desde a faculdade, para o adequado manuseio da jurisprudência. Christopher Langdell, então reitor da Universidade de Harvard, idealizou o método de estudo dos *cases*, no qual estimulava os alunos a estudar a evolução dos precedentes, a razão de ser da sua mudança ou preservação e como utilizá-los; o objetivo era, pois, desenvolver o raciocínio e o espírito crítico. Segundo, sistema eficiente de busca de jurisprudência foi formulado, medida necessária para o uso adequado dos precedentes. Terceiro, as provas constantes dos autos passaram a ser produzidas e preservadas da melhor forma possível.

³⁰ 410 U.S. 113 (1973). A dinâmica interna e os perfis dos justices da Suprema Corte foram muito bem descritos pelo jornalista Jeffrey Toobin (Cf. TOOBIN, Jeffrey. *The nine – inside the secret world of the Supreme Court*. New York: Doubleday, 2007).

³¹ 505 U.S. 833 (1992).

³² 530 U.S. 914 (2000).

³³ 127 S.Ct. 1610 (2007).

Nesse aspecto, breve parêntese. De forma muito feliz, a ENFAM³⁴ foi criada em excelente hora. Cursos voltados à capacitação do operador do direito para o adequado uso da jurisprudência, com ênfase neste sistema de suporte, seriam de todo benéficos à sociedade.

Dos Estados Unidos ao Brasil, a atualidade e a importância desse sistema de suporte são ainda mais evidentes ao se falar na súmula vinculante. Respeitáveis as inúmeras críticas feitas à adoção desse instituto. Porém, trazer e adaptar os benefícios do tradicional *binding precedent* americano ao controle de constitucionalidade brasileiro, a nosso ver, é consistente à separação dos poderes, ao devido processo legal e à independência do judiciário.³⁵ A súmula vinculante,³⁶ nas palavras do ilustre Ministro Gilmar Mendes, é definida como orientação derivada da jurisprudência da Suprema Corte expressa por uma *ratio decidendi*, que deverá ser aplicada pelas demais cortes inferiores e administração pública nos casos que contenham essencialmente as mesmas questões, ou seja, fatos idênticos relevantes que tenham sido utilizados nos casos necessários à edição do verbete.³⁷ Além disso, é instrumento constitucional previsto pelo art. 103-A, da Constituição da República, tudo a indicar que o foco do debate deve mudar da controvérsia quanto à constitucionalidade da súmula vinculante para a máxima efetividade de forma adequada à Reforma do Judiciário.

Algumas das críticas serão, contudo, enfrentadas, em vista dos benefícios trazidos pela discussão. A aparente dualidade entre os ra-

³⁴ A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados poderá fornecer valiosa colaboração à Reforma do Judiciário também em cursos voltados ao adequado uso da jurisprudência, medida que nos parece benéfica não só ao judiciário, mas, antes de tudo, ao jurisdicionado.

³⁵ A independência do juiz é prerrogativa; presta-se como garantia de imparcialidade do juiz para que o jurisdicionado obtenha o provimento adequado. A súmula vinculante é, pois, consistente, à Carta.

³⁶ CAPPELLETTI aponta cinco principais diferenças entre a *Common Law* e a *Civil Law*. São elas: a) reduzido número de membros nas cortes supremas e superiores em países de *Common Law* e elevado número nos de *Civil Law*; b) histórica descrença acerca da discricionariedade administrativa em países de *Civil Law*, o que inviabilizaria mecanismos como o *writ of certiorari*, em que se utiliza a *discretionary review* pelo judiciário; c) juízes em países de *Civil Law* são, em regra, aprovados por concurso público e tendem a ser menos criativos do que seus colegas da *Common Law*; d) nos países de *Civil Law* não há algo similar a *stare decisis doctrine* e e) nos países de *Civil Law* há tendência a se considerar a lei como fonte principal do direito ao contrário de países de *Common Law*, em que isso se dá em caráter excepcional. O ilustre doutrinador, contudo, aponta de forma otimista uma gradual unificação dos sistemas (Cf. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 116-124.). De fato, com a estabilidade do regime democrático no Brasil, a discricionariedade administrativa tem sido reconhecida pelo judiciário. A qualidade da magistratura nacional é notória e, com certeza, as duas últimas diferenças foram bastante reduzidas com a criação da súmula vinculante, que guarda razoável semelhança ao *binding precedent*, típico da *stare decisis doctrine*. Desse modo, o juiz brasileiro deve analisar não só a lei, mas, também, a aplicabilidade da súmula vinculante ao caso concreto.

³⁷ Agravo Regimental na Reclamação n. 3.979/DF, Pleno, DJ 3.5.06.

ciocínios indutivo e dedutivo parece ceder espaço à respectiva harmonização e integração dos métodos.³⁸ Hoje, é raro que os juízes, em sua grande maioria, não se alinhem ao posicionamento da Suprema Corte, dos tribunais superiores e dos tribunais locais. O valor da jurisprudência decorre como consequência do respeito à prévia e ampla discussão da questão pelo tribunal respectivo.

Outra questão toca a alegada infringência de poderes. Há crítica no sentido de que o Judiciário estaria a legislar com a súmula vinculante. Como já visto, a tripartição dos poderes foi claramente inspirada no modelo norte-americano, cujo sistema convive muito bem com a *stare decisis doctrine*. De fato, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, os poderes são harmônicos e o Judiciário, limitado aos *cases and controversies*, pode estabelecer o precedente ou, respectivamente, a súmula vinculante. Nas duas situações, é o Judiciário, por excelência, o poder legitimado a dar concretude à norma. Deve fazê-lo, é verdade, de forma prudente.³⁹

A uniformidade de jurisprudência é outra característica da *stare decisis doctrine*. A aderência ao precedente permite bom grau de previsibilidade. Alguns defendem a ideia de que a divergência de jurisprudência garante a evolução do sistema. Façamos uma simples e muito útil diferenciação. Há duas espécies de divergência. Uma decorre da evolução natural da sociedade, seja nos costumes, seja nos avanços científicos. A outra diz respeito a soluções distintas a casos idênticos que são julgados ao mesmo tempo. É essa segunda espécie de divergência que gera a ausência de razoável previsibilidade e leva à verdadeira insegurança jurídica.⁴⁰ A adequada uniformização da jurisprudência permitiria manter a primeira espécie de divergência e evitar a segunda, notoriamente refutada pelo constituinte com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

³⁸ A análise dos fatos mais relevantes do caso é comum, seja ao juiz da *Common Law*, seja ao da *Civil Law*. E o processo indutivo, sem perder de vista o dedutivo, parece atender à instrumentalidade do processo e aos escopos a que ele se destina (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.). Para decidir um caso, o juiz identifica os fatos relevantes do caso concreto e, então, pode se utilizar dos dois tipos de raciocínio de forma complementar. De forma indutiva, localiza jurisprudência já pacificada sobre o tema e considera que decidir em sentido oposto pode eventualmente gerar uma falsa e angustiante expectativa ao jurisdicionado. Acaso não haja jurisprudência sobre o tema, o juiz provavelmente solverá o caso por meio de raciocínio dedutivo.

³⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 41-45.

⁴⁰ Cf. LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal*. Revista Forense, v. 61, n. 208, p. 16, out. / dez. 1964.

Ponto nodal em toda essa problemática é a modulação e o equilíbrio do devido processo legal. Mais do que as clássicas diferenças entre os sistemas inquisitivo e o acusatório, cuja tendência, aliás, parece ser a de unificação⁴¹, sobressai o papel do juiz quanto ao adequado controle da produção da prova pelas partes. Deve ele garantir oportunidade e ambiente propício para que, no limite do possível,⁴² as provas relevantes sejam produzidas.⁴³ Esse equilíbrio do *due process*, em que se deve esgotar a máxima cognição possível dos fatos relevantes para julgamento, é garantia dupla. Protege, a um só tempo, os direitos tutelados no caso concreto e resguarda, acaso a *ratio decidendi* daquele caso seja utilizada como fundamento à edição de futura súmula vinculante, o direito das partes em caso posterior e análogo, sobre o qual aquela *ratio* lhe seja aplicável.

Outro ponto de convergência entre os sistemas da *Common Law* norte-americana e a *Civil Law* brasileira se dá com a razoável semelhança do *certiorari*⁴⁴ com o instituto da repercussão geral. Não se pretende discutir se são, ou não, a mesma coisa; discussão incabível nesta análise. Mas o cerne da questão – se a repercussão geral pode ser feita por meio de *discretionary review* – tende ao sim. O juízo discricionário adotado pela Suprema Corte norte-americana, que o concede

⁴¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 102.

⁴² Há duas forças distintas e opostas que permeiam qualquer processo judicial. Para que se atinja o maior grau de verdade dentro do processo, é necessário, também, o maior grau possível de aprofundamento cognitivo. Essa força demanda tempo e é exatamente oposta à segunda e igualmente importante, que é a expectativa do jurisdicionado quanto ao provimento que almeja. Do embate entre o idealizável e o possível, surge o equilíbrio do *due process*.

⁴³ Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil o juiz pode indeferir provas irrelevantes. A administração adequada do processo, ou *case management*, intui-se, é grande arma ao juiz para que chegue a uma solução satisfatória ao caso concreto. Aqui, o art. 130 do Código de Processo Civil permite, ainda e de forma expressa, que o juiz possa até mesmo ordenar a produção de prova relevante ao caso. Tal faculdade é de suma importância à garantia e efetivação do devido processo legal. Essa observação foi feita pelo ilustre Desembargador Lineu Peinado, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Ainda sobre esse tópico, nos Estados Unidos, a importância da adequada produção das provas é tamanha que existe cadeia específica sobre o assunto nas *Law Schools*. Nessa matéria – *evidence* – estudam-se a relevância das provas, técnicas de inquirição de testemunhas e até mesmo julgamentos simulados, também chamados de *mock trials*. A nosso ver, a adequada produção das provas é essencial para que o juiz possa, então, analisar quais são os fatos relevantes do caso para julgá-lo. Isso é importantíssimo, pois o julgamento, se confirmado pelo respectivo tribunal, poderá constituir precedente válido a outros casos posteriores e análogos. Essa possibilidade, principalmente após a instituição da súmula vinculante, é um traço comum entre a cultura jurídica norte-americana e a brasileira.

⁴⁴ Introduzido pelo *Judiciary Act* de 1925, o *certiorari* define-se como um *writ* extraordinário por meio do qual uma corte de apelação permite a subida dos autos para análise (Cf. BLACK'S Law Dictionary. 8. ed. St. Paul: West Publishing, 2006. p. 241.). Naquela época, a Suprema Corte norte-americana também enfrentava volume elevadíssimo de processos para análise. A reforma surtiu efeitos.

somente a casos de relevante interesse,⁴⁵ parece ser consistente a nosso ordenamento, conforme sugestão dos ilustres Ministros Sepúlveda Pertence⁴⁶ e Sálvio de Figueiredo Teixeira.⁴⁷

Discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade. O limite é a relevância, a importância da matéria que será discutida. Nesse passo, o ilustre Ministro Marco Aurélio ressaltou que a repercussão geral está ligada aos interesses da sociedade.⁴⁸ Cabe notar que, atualmente, mais de setenta temas estão classificados pela Suprema Corte brasileira como de repercussão geral, cujos julgamentos serão potencialmente concretizados em súmula vinculante.

A reforma da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, no que concerne à súmula vinculante, veio com um objetivo claro: reduzir o número de casos repetitivos. Há um segundo efeito, porém, de igual importância: razoável previsibilidade das decisões judiciais. Se é verdade que a súmula vinculante remete a *stare decisis doctrine*, soa lógico que traga, consigo, também, o mesmo efeito colateral de promover a continuidade e razoável estabilidade da resposta judiciária. Ao longo do tempo, o sistema tende a ser depurado de modo adequado com o esforço conjunto de juízes e advogados à evolução da jurisprudência, a se atingir previsibilidade de justo e rápido provimento jurisdicional.

Tal efeito incentiva, também, os métodos alternativos de resolução de disputas, no qual se incluem a mediação, a arbitragem e a conciliação.⁴⁹ Nos Estados Unidos, tais medidas fundamentam-se em análise prévia dos advogados quanto à relação custo-benefício de se ajuizar uma ação, com cálculos estimativos acerca da probabilidade de sucesso ou derrota judicial. Com o advento da previsibilidade sistêmica, nada impede a feitura de tais cálculos também pelo profissional brasileiro.

⁴⁵ A Rule 10 vai no seguinte sentido: “[r]eview on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. [...]”.

⁴⁶ Cf. *Cadernos do Senado*, 33, republicado in: SILVA, José Anchieta da. *A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*, p. 67, republicado in: JANSEN, Rodrigo. *A Súmula Vinculante como Norma Jurídica*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005, p. 74.

⁴⁷ Cf. A súmula e sua evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 179, ano 24, São Paulo, p. 17, nov./dez. 2000.

⁴⁸ Entrevista concedida ao site Conjur em 22.03.05. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

⁴⁹ Nos Estados Unidos, esses métodos batizados com o acrônimo de *ADR*, ou *Alternative Dispute Resolution*, estão intimamente ligados à previsibilidade inerente ao *stare decisis*. Há casos de dano material em relação de consumo, por exemplo, em que as empresas preferem o acordo prévio ao processo do que o risco de se ter um precedente favorável à vítima lesada. O ilustre Professor Kazuo Watanabe tem-se dedicado, com profundo e abdicado esforço, à viabilidade de tais medidas no judiciário brasileiro como forma de melhorar a prestação jurisdicional.

Este estudo procurou abordar aspectos semelhantes entre as diferentes culturas jurídicas pelas quais passou o controle norte-americano, com vistas a colher subsídios que possam servir de auxílio à almejada melhora da prestação jurisdicional. Não se pretende atingir a perfeição. Pretende-se apenas buscá-la. No caminho, percebemos semelhanças nos motivos e objetivos de diferentes famílias jurídicas, sejam elas da *Common Law* norte-americana ou da *Civil Law* brasileira. O sistema perfeito é ideal a ser sempre almejado. Nos Estados Unidos, há críticas quanto a doutrina do *stare decisis*. No Brasil, há críticas quanto à “loteria judiciária”. No Japão, critica-se o papel historicamente conservador da Suprema Corte. Em Portugal, há quem defenda nova constituição. Nenhuma das críticas é vã. Nenhuma, absoluta. A previsibilidade da resposta judiciária nos Estados Unidos ainda hoje é boa e razoável. No Brasil, país de diferentes realidades, nem toda divergência de jurisprudência é ruim. No Japão, país de tradições seculares, é difícil implementar uma mudança completa e radical em apenas cinquenta ou sessenta anos. Em Portugal, nova constituição não é garantia de solução dos problemas atuais. Com a globalização ou mundialização, tem-se a percepção de que as sociedades possuem problemas comuns. Se a História nos ensinou algo, é que, ao evitar radicalismos, o diálogo ponderado sempre fornece bons resultados. É a prudência a nos apontar que nem sempre boas cercas fazem bons vizinhos.⁵⁰

A unificação é uma tendência mundial. Discute-se, hoje, uma só Europa com uma só constituição. O Brasil, aliás, é o próprio exemplo de união de diferentes povos e culturas. Prova disso é a comemoração efusiva do Brasil com os cem anos da imigração japonesa, que contou, até mesmo, com a vinda do príncipe herdeiro Naruhito. Ou, então, os vinte anos da Constituição-cidadã, que, influenciada pela Carta portuguesa de 1976, mesclou o controle difuso norte-americano, aqui desde 1891, ao controle alemão; ambos voltados à proteção dos direitos humanos, tema atualmente bastante discutido na Europa.

Nesse espírito festivo, portanto, a homenagem ao Professor Fiuza é feita na forma deste humilde estudo, que, se não conta com seu brilho e experiência, foi, ao menos, inspirado no esforço e no espírito deste ilustre jurista por um país melhor. Assim, honrados com o convite feito pelos ilustres Ministro Adhemar Ferreira Maciel e Professor Leonardo de Faria Beraldo, esperamos ter contribuído, a um só tempo, para celebrar as vitórias e conquistas desse tão ilustre Professor, os cem anos da imigração japonesa e os vinte da “cidadã” Constituição da República.

⁵⁰ Alusão ao poema do americano Robert Frost, *Mending Wall*.