

Revista de Processo

2016

REPRO VOL. 251 (JANEIRO 2016)

DIREITO ESTRANGEIRO E COMPARADO - GENERALIDADES

2. O SISTEMA JURÍDICO NOS ESTADOS UNIDOS - COMMON LAW E CARREIRAS JURÍDICAS (JUDGES, PROSECUTORS E LAWYERS): O QUE PODERIA SER ÚTIL PARA A REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO?

2. O SISTEMA JURÍDICO NOS ESTADOS UNIDOS - COMMON LAW E CARREIRAS JURÍDICAS (JUDGES, PROSECUTORS E LAWYERS): O QUE PODERIA SER ÚTIL PARA A REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO?

THE LEGAL SYSTEM IN THE UNITED STATES - COMMON LAW AND LEGAL PROFESSION (JUDGES, PROSECUTORS E LAWYERS): WHAT COULD BE USEFUL FOR REFORMING THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM?

(Autor)

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Syracuse, NY, Estados Unidos, Bolsista Capes em Estágio Sênior. Doutor em Direitos Difusos e Mestre em Direito Processual Civil Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Profº do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Integrante, na vaga de jurista, da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Profº visitante do Curso de Doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires (Argentina). Profº visitante do Programa de Postgrado sobre Gestión de Políticas Públicas Ambientales en el Marco de la Globalización da Universidad de Castilla, em La Mancha (Espanha). Assessor de Projetos e de Articulação Interinstitucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Membro da Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico. Promotor de Justiça do Min. Púb. do Estado de MG. - greassagra@gmail.com

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Common law na Inglaterra
- 3 Modelo de common law adotado nos Estados Unidos
- 4 O federalismo adotado nos Estados Unidos e sua importância para a compreensão do sistema jurídico americano
- 5 As fontes do Direito nos Estados Unidos
- 6 Estrutura Jurisdicional nos Estados Unidos (American Courts)
- 7 A estrutura do Ministério Público nos Estados Unidos (Public Prosecution)
- 8 O exercício da advocacia nos Estados Unidos (American Bar Association)
- 9 Alguns aspectos do sistema jurídico processual dos Estados Unidos que poderão ser úteis ao Brasil

10 Conclusões

11 Referências

Área do Direito: Civil

Resumo:

O common law americano tem algumas semelhanças com o sistema Inglês, principalmente em relação ao poder dos precedentes judiciais como fonte de direito, mas existem algumas diferenças. Os Estados Unidos adotam um regime federalista, com um governo federal e 50 Estados, com autonomia para disciplinar o respectivo direito. Há também nos Estados Unidos uma Constituição escrita, assim como o controle difuso da constitucionalidade, seguido por outros países. A carreira jurídica nos Estados Unidos é semelhante à do Brasil, mas há diferenças também. O sistema jurídico brasileiro adota o sistema da civil law e a principal fonte de direito é escrito e está na legislação (Constituição e leis). Além disso, a Constituição brasileira permite que o governo federal (a União, no caso) possa legislar sobre as carreiras jurídicas. O sistema legal americano tem vantagens que podem inspirar o sistema jurídico brasileiro. Por exemplo, o writ of certiorari na Suprema Corte dos Estados Unidos, bem como o ensino jurídico por intermédio do método do caso, o que torna o estudo mais interessante e mais eficiente.

Abstract:

The American common law has some similarities with the English system, especially regarding the power of judicial precedents as source of law, but there are some differences. The United States adopt the federalism system, with a Federal Government and 50 states, with autonomy to regulate the law. It also has a written Constitution and adopt the diffuse control of constitutionality, adopted in other countries. The legal profession in the United States is similar to the one in Brazil, but there are differences as well. The Brazilian legal system adopts the civil law system and the main source of law is written statutes (Constitution and statutes). Moreover, the Brazilian Constitution allows the Federal Government to legislate about the legal profession. The American legal system has advantages that could inspire the Brazilian legal system. For example, the writ of certiorari in the US Supreme Court as well as the legal education through the case method, which make the study more interesting and more efficient.

Palavra Chave: Common law - Sistema jurídico dos Estados Unidos - Federalismo americano - Fontes do direito - Carreiras jurídicas - Poder Judiciário - Ministério Público - Ordem dos Advogados - Sistema processual.

Keywords: Common law - Law and legal system of the United States - American federalism - Precedents - Sources of law - Legal profession - Judiciary Power - Public Prosecution - Bar Association - Procedural system.

1. Introdução

O presente artigo é uma introdução reflexiva ao sistema jurídico dos Estados Unidos, com ênfase ao plano processual, considerando, para tanto, três campos de análise.

O primeiro deles direciona-se para o modelo de *common law* adotado nos Estados Unidos, com ênfase para o estudo da origem da *common* na Inglaterra e para a influência do sistema inglês no modelo de *common law* dos Estados Unidos. Considerando as dificuldades existentes para se definir, realmente, o que seja *common law*, a pesquisa não adota nenhuma concepção fechada sobre o tema, mas é firme na ideia no sentido de que o referido sistema é aquele em que o direito que tem como base forte de amparo as decisões judiciais e a sua força para atuar como precedente para futuros casos com os mesmos pressupostos de incidência.

O segundo campo de análise deste estudo concentra-se no modelo de federalismo americano, que tem interferência direta no modelo de sistema jurídico e no próprio modelo diferenciado de *common law* americano. Analisa-se aqui alguns aspectos da competência da federação, destacando a ampla autonomia dos

50 (cinquenta) estados federados para construir o seu próprio direito. Em seguida, faz-se uma abordagem das fontes do direito nos Estados Unidos.

O terceiro campo de abordagem tem o objetivo de discorrer sobre as carreiras jurídicas nos Estados Unidos, concentrando-se em três grandes pilares dessa estrutura: (a) Poder Judiciário; (b) Ministério Público; (c) Ordem dos Advogados. Esse terceiro campo de análise é complexo e difícil, principalmente quando se procura alguma comparação com o sistema brasileiro. Nesse contexto, ressalta-se que surgiram algumas dificuldades, umas situadas no plano terminológico e que se concentram na dificuldade de tradução para o português de expressões e estruturas diversas e, outras, são decorrentes da própria dificuldade de se apresentar modelos de estruturação de carreiras jurídicas em um país com um sistema jurídico composto de 51 subsistemas jurídicos (o sistema do governo federal e 50 sistemas de governos estaduais), todos com muita autonomia e diversidades estruturais.

Em um tópico específico são apresentados alguns aspectos do sistema jurídico dos Estados Unidos que poderiam ser úteis para o aperfeiçoamento do sistema processual do Brasil, destacando-se aqui, principalmente, o modelo de escolha discricionária de casos pela Suprema Corte dos Estados Unidos para julgar (*writ certiorari*) e a formação do profissional jurídico nos Estados Unidos, que é muito prática, interessante e eficiente no aspecto da atuação funcional, o alto índice de resolução consensual dos litígios e as diretrizes e testes seguidos pelos juízes nos Estados Unidos para a homologação dos acordos coletivos nas *Class Actions*.

São apresentadas ao final as conclusões pontuais, assim como informações sobre as principais referências que ampararam a pesquisa.¹

2. Common law na Inglaterra

A origem do *common law* remonta à Inglaterra do Século XI. Depois da conquista normanda, que se deu em 1066, com a ocupação da Inglaterra por um exército de *Norman*, as primeiras cortes reais foram desenvolvidas na Inglaterra a partir do Conselho real. Até aqui a Justiça naquele país era exercida, em grande parte, pelas cortes locais (*local courts*), sendo que algumas dessas cortes eram das comunidades locais (*communal courts*), outras cortes privadas (*private courts*) e, ainda, existiam aquelas que eram cortes de franquia (*franchise courts*), de forma que esses tribunais tinham características de cortes feudais. Havia, outrossim, a corte do rei, o Witan,² porém, essa corte era integrada por homens de alto grau, geralmente grandes nobres e bispos, e somente resolvia casos da elite inglesa da época. Também não havia uma administração geral da Justiça para todo o país.³ Contudo, observa-se que os reis normandos não destruíram, nem substituíram imediatamente esse sistema. Na verdade, eles trabalharam por intermédio das instituições existentes até então, as quais foram sendo alteradas gradualmente, de modo a construir um outro sistema.⁴

Os primeiros juízes reais eram os conselheiros mais próximos do rei, os quais viajavam pelo país verificando a administração local e, como parte das suas funções, decidindo disputas. Com o tempo, esses conselheiros passaram a exercer essas tarefas judiciais como atividades principais. Assim, houve a separação desses juízes do Conselho, tendo eles adquirido sua própria jurisdição como cortes reais. Os juízes reais decidiam como cortes em Westminster, assim como quando viajavam por todo o país. Contudo, os tribunais locais, que eram controlados pelos nobres locais, continuaram a resolver a maioria dos conflitos, mas os casos mais importantes eram reservados para os tribunais do rei.⁵

Com as viagens pelo país, os juízes reais adquiriram um conhecimento aprofundado do direito consuetudinário de todas as partes da Inglaterra e acreditavam que os casos de "interesse nacional" não deveriam ser decididos de acordo com o direito consuetudinário local, mas de acordo com um sistema nacional único de direito comum, o qual deveria levar em consideração uma combinação de costumes locais baseada naquilo que eles tinham aprendido sobre tais costumes. O direito, assim, que passou a ser determinado e aplicado ficou conhecido como o *common law*, o que se justificava tendo em vista que era esse o *direito comum* a toda a Inglaterra, ao contrário do direito local, que se diferenciava de lugar para lugar. Com o crescimento das cortes (tribunais) reais, o sistema da *common law*, de âmbito nacional, acabava alterando uma parte considerável do direito local.⁶

Como destaca William Burnham, o objetivo dos primeiros juizes do *common law* era manter as suas decisões o mais consistente possível, surgindo, aproximadamente, a partir do ano 1170, o princípio do *stare decisis* (*deixe a decisão permanecer ou mantenha-se as razões de casos já decididos*).⁷ Já se reconhecia que havia caso em que, em razão dos acontecimentos, as razões para as decisões eram obscuras e, também, aqueles casos em que deveria citar precedentes. Assim, foi aceita a ideia no sentido de que um sistema de direito baseado em precedentes seria muito difícil sem alguns registros escritos de decisões anteriores; porém, mesmo com um pequeno número de juizes (*judges*) durante este período e sua localização central em Westminster, foi possível manter certa consistência no sistema de precedentes. Além disso, os advogados que apareceram nos tribunais comuns ajudaram muito lembrando os juizes de casos anteriores. Este sistema dos precedentes, que era precário no início, foi se aperfeiçoando e, mais tarde, deu lugar a um sistema mais sofisticado, que veio a ser disponibilizado, com relatórios confiáveis sobre as decisões dos juizes.⁸

Com isso, um sistema de *common law*, criado a partir de decisões judiciais, sobreviveu na Inglaterra mesmo sendo abandonado em quase toda a Europa, conforme assinala William Burnham ao enfatizar que essa sobrevivência do sistema da *common law* ocorreu mesmo diante de sérias ameaças. Uma delas, manifestada nos séculos XVI e XVII, quando foi intensificada a concorrência enfrentada pelo sistema *common law* em relação direito romano-canônico, que era mais acessível. No entanto, neste período, observa-se que havia uma grande disputa pela supremacia entre o rei e o parlamento, tendo saído vencedor o Parlamento. Na verdade, os monarquistas eram favorecidos pelo direito romano-canônico, que era mais simples, sendo que o seu procedimento, assim como o seu conteúdo, eram mais facilmente controlados pelo rei. Dessa forma, o sistema *common law*, defendido pelo Parlamento, representava uma garantia de liberdade, em grande parte por causa do peso de procedimentos formais e juizes mais preparados, o que fez com que as cortes (tribunais) se tornassem mais difíceis de serem controladas pelo rei. A outra ameaça à existência do sistema *common law* foi a Revolução Francesa, pois a teoria que a sustentava partia do pressuposto de que o legislador era a única fonte adequada do direito positivo numa era democrática iluminada. Essa orientação constituía uma reação às práticas dos juizes franceses pré-revolucionários, que eram membros da aristocracia. Assim, os poderes dos juizes foram estritamente limitados na França, a fim de garantir que eles não fizessem nada mais do que aplicar estritamente a lei, tal como estabelecida pelo legislador. Esta orientação, como parte da ampla influência dos ideais da Revolução Francesa, acabou se espalhando a partir de França para outras partes da Europa continental.⁹

Em decorrência do sistema implantado na Inglaterra depois da invasão normanda, a maior parte da Justiça daquele País passou a ser exercida pelos tribunais (cortes) do rei, que passaram a ser instituições com o julgamento pelo júri como método padrão de resolução de questões de fato e com um sistema formalizado de pedido e procedimento.¹⁰ O sistema, com suas formas de atuação, passou a ser exercido por todo o país e prevaleceu, aproximadamente, por seis séculos. Esse sistema é ainda a base de muito do que existe hoje na Inglaterra e, em parte, nos Estados Unidos.¹¹ Além de seu papel na hierarquia feudal, o rei era tradicionalmente investido de prerrogativas no exercício do poder que derivaram não de conceitos feudais, mas a partir do papel peculiar de um rei como o de preservar a paz do reino, proteger os fracos e o de garantir a justiça. Foi com essas prerrogativas reais, consideradas como inerentes ao cargo de rei, que o reinado se tornou um centro de comando mais eficiente que existia na Europa Ocidental.¹² Com isso, os reis normandos exploraram e ampliaram as suas prerrogativas. Neste processo, utilizaram muito da emissão de *writs*, que eram ordens escritas no sentido de que algo específico deveria ser ou não feito.¹³ Como observam Hazard, Leubsdorf e Basset, inicialmente não existiam formas de ajuste, tendo sido adotada uma maior flexibilidade para que os comandos reais fossem seguidos com o fim de atender as diferentes necessidades de diferentes situações, conforme os *injuctions* que existem hoje. Recorrer a esses *writs* e à justiça do rei, com o seu júri, tornou-se popular, tendo em vista que, em parte, essa justiça era melhor.¹⁴ Com isso, os *writs* foram realmente emitidos para e, em nome do rei, pela *chancelaria* (*chancery*), que exercia o papel como sendo um departamento do governo com um *chanceler* (*chancellor*) em sua chefia. Era esse oficial que atuava na função de um secretário de Estado detentor do grande selo do rei, mas, nos primórdios de sua existência, o chanceler era geralmente um eclesiástico.¹⁵

Outra questão interessante é que o uso crescente de *writs* pelos reis normandos acabou interferindo nas cortes locais e feudais. Essas medidas não foram bem recebidas por aqueles interessados na manutenção dessas

instituições, de modo a expansão da autoridade real e a invenção de novos *writs* foram contidas durante o Século XIII. Entretanto, as formas de *writs* emitidos para corrigir as queixas mais comuns já estavam estabelecidas e eram conhecidas como os *writs of course*.¹⁶ No decorrer do tempo, estes juízes do rei tornaram-se membros das cortes regulares com sessões regulares, sendo cortes com competências comuns e outras com competências especializadas.¹⁷

Os *writs* originais, que iniciavam ações nas cortes, continham declaração altamente formalizada e eram concebidos como sendo formas de concessão de autoridade ou de jurisdição na justiça do rei. Com isso, cada um dos *writs* adquiriu forma própria de ação com os seus incidentes processuais peculiares e o seu próprio direito material. Enfim, cada uma das espécies de ação, que deveria ser sustentada nos próprios termos do direito aplicável ao respectivo tipo de ação, tinha a sua própria nomenclatura em termos processuais, assim como forma própria de julgamento e de execução.¹⁸

É neste contexto que, em decorrência de fatores históricos e políticos, houve o surgimento na Inglaterra de dois campos de exercício jurisdicional: (a) o da *law jurisdiction* (jurisdição de direito) que era a espécie de jurisdição comum e, portanto, apontada como jurisdição de *common law*, exercida diante de pretensões pecuniárias e indenizatórias; (b) o da *equity jurisdiction* (jurisdição de equidade), exercida pela *Court of Chancery*, que era concebida como a espécie de jurisdição que analisava pretensões declaratórias e injuntivas (mandamentais) por intermédio de procedimentos e provimentos (*writs*) mais flexíveis. Acrescenta, ainda, o autor que esse sistema dual durou aproximadamente 5 (cinco) séculos na Inglaterra, sendo, contudo, unificado em 1873 por força do *Court of Judicature Act*.¹⁹ Somente para ilustrar, observa-se que o *Bill of Peace*, concebido como um procedimento surgido no Século XVII e XVIII, na Inglaterra, era admitido na *Court of Chancery*, que exercia jurisdição de equidade (*equity*), sendo que, por intermédio do *Bill of Peace*, os juízes da *Chancery* autorizavam que, nos casos de interesses comuns, uma única pessoa pudesse iniciar uma ação em face de várias outras pessoas, sem a necessidade de separação do processo. Muitos apontam aqui a origem das *class actions* no direito moderno.²⁰

Diante do que foi exposto, verifica-se, na verdade, que não há uma definição fechada do que seja realmente o preciso sentido de *common law*, tanto é verdade que Hazard, Leubsdorf e Basset afirmam que o direito material e o direito processual que são chamados de *common law*, assim o são porque eram comuns em toda a Inglaterra, ao contrário do direito costumeiro seguido pelas cortes locais. O *common law* passou a ter outros significados também, tanto que era indicado como sendo o direito e o processo das cortes de *common law*, ao contrário das cortes da chancelaria da capital (*Chancery Courts*). Contudo, concluem os autores que a expressão *common law* também pode ser usada para descrever o direito criado por precedentes judiciais, ao contrário do direito criado a partir da legislação.²¹ Esse mesmo entendimento é defendido por Antonio Gidi que, em discussões com este pesquisador, chegou a aduzir que o sentido do que seja realmente *common law* depende do ângulo da visão e dos paradigmas de comparação. Em sentido amplo, *common law* é o modelo de sistema jurídico surgido e adotado na Inglaterra, nos Estados Unidos e em outros países, que tem a força dos precedentes judiciais como uma das principais fontes para a construção e a efetivação dos direitos.

3. Modelo de common law adotado nos Estados Unidos

Commonlaw é comumente compreendido, como analisado anteriormente, como o sistema de direito derivado das decisões judiciais (*judge-made law*) e não diretamente das leis, dos Códigos ou da Constituição. Portanto, nos sistemas da *common law* a força do direito se concentra, geralmente, nos precedentes judiciais. Assim, enquanto no sistema *civil law* (sistema romano-germânico), como é o caso do Brasil, as leis e os códigos precedem os julgamentos, no sistema do *common law* o direito é a manifestação dos julgamentos.²² Contudo, é importante registrar que, apesar de originário da Inglaterra, há vários modelos de *common law*, com as suas próprias características. O sistema norte-americano é um deles. É de destacar, também, que o sistema *common law* não é adotado por todos os países que integram a Grã-Bretanha, pois a Escócia, que também integra a Grã-Bretanha, adota o sistema romano-germânico (*civil law*).

Nos Estados Unidos, como deixa claro Burnham, o sistema da *common law* inglês foi muito bem desenvolvido quando as colônias norte-americanas eram as que resolviam os conflitos, o que se deu primeiramente por intermédio de colonos ingleses. Na época da Declaração de Independência e, posteriormente, o sistema da

common law inglês foi formalmente recebido da Inglaterra pelos novos Estados independentes. Depois de 200 anos de existência em separado, o *common law* nos Estados Unidos assumiu vida própria. Embora o método do sistema seja basicamente o mesmo, existem inúmeras diferenças nas regras de *common law* substantivas nos Estados Unidos das regras da Inglaterra e é raro nos Estados Unidos atualmente decisões dos juizes americanos invocando o direito inglês.²³

Apesar das diferenças existentes atualmente, o sistema jurídico dos Estados Unidos pode ser apontado como um dos sistemas da *common law*. Tendo sido os Estados Unidos colonizados pela Inglaterra, seria natural que adotassem um sistema jurídico com características do país colonizador. Na verdade, a Inglaterra jamais absorveu os princípios e a metodologia do direito romano, desenvolvendo um sistema bem diferente dos sistemas do continente Europeu originários do direito romano, que são conhecimentos como países da *civil law*. Como explica Graham Hughes, a Inglaterra desenvolveu o seu direito de modo singular, prevalecendo as fontes nativas que, com a disseminação do inglês na cultura social, tornaram-se o fundamento do direito na maioria dos países da língua inglesa, com a inclusão aqui, com é óbvio, dos Estados Unidos.²⁴

O sistema dualista inglês (*law jurisdiction* e *equity jurisdiction*) também foi seguido pelos Estados Unidos durante o período colonial, mas com certas diferenças estruturais, pois alguns Estados americanos escolheram continuar com a dualidade de sistemas, mas concentraram a competência a um mesmo tribunal, enquanto outros seguiram essa dualidade. Após a independência americana em 1776, o sistema dual foi enfraquecente, principalmente com a implantação do Sistema Judiciário Federal em 1789, havendo, atualmente, ainda, 4 (quatro) Estados americanos que ainda mantêm essa divisão.²⁵

Explicam Hazard, Leubsdorf e Basset que durante o Século XVIII, as colônias americanas importaram muito do processo de Inglês, mas com considerável simplificação. Estados como Delaware, New Jersey e New York adotaram cortes separadas (*law jurisdiction* and *equity jurisdiction*) como na Inglaterra. Contudo, outros Estados, tais como Connecticut e New Hampshire, não seguiram essa divisão entre cortes (tribunais ou juízos de primeiro grau), conferindo competência a uma corte para o exercício da *law jurisdiction* e a *equity jurisdiction* mas com separação rígida da competência interna como se houvesse cortes separadas. Esclarecem, ainda, os autores, que os Estados de Massachusetts e Pennsylvania, no entanto, repudiaram, em grande parte, a *equity* e iniciaram uma história inicial diferente. Em 1789 o Congresso criou o sistema de tribunal federal, adotando o modelo dos Estados que tinham um sistema único tribunal para a jurisdição de direito e jurisdição de equidade separadamente. A partir de 1800, essa divisão, que já tinha os seus 600 anos, passou a se tornar obsoleta tanto na Inglaterra quanto em muitas jurisdições americanas, principalmente pelas sobreposições nas formas de ações e pela integração parcial entre *law* and *equity*, mas os seus vestígios mantiveram-se fortes mais propriamente nos conceitos do que na prática.²⁶

As *Federal Rules of Civil Procedure*, desde que foram aprovadas em 1938, também manteve essa unificação ao dispor em sua Regra n. 2, expressamente, que *Existe uma forma de ação - a ação civil (There is one form of action - the civil action)*.

Outro aspecto interessante, que merece destaque, é que atualmente as diferenças não são mais tão rígidas e absolutamente nítidas, de modo que há uma aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *commom law*, já reconhecida por muitos doutrinadores. Por exemplo, recentemente a própria Inglaterra, onde o sistema *commom law* originou-se, adotou um Código de Processo Civil (*Civil Procedure Act 1997*)²⁷ e os Estados Unidos possuem uma Constituição escrita desde 1787 e já adotam um conjunto de normas de direito processual civil desde 1938 (*Federal Rules of Civil Procedure*),²⁸ que assumem função semelhante à função de um Código de Processo Civil, tanto que a *Federal Rules of Civil Procedure* dispõem sobre as categorias básicas do direito processual civil, disciplinando, inclusive, procedimentos, com destaque aqui para a disciplina das *class actions* pela *Rule 23*. Em contrapartida, os precedentes judiciais ganham cada vez mais força nos países de sistema jurídico da *civil law*.

O Brasil é um desses países que caminha na tentativa de fortalecer o seu direito por intermédio dos precedentes dos tribunais. Para ilustrar, citam-se aqui as súmulas vinculantes do STF, adotadas pela EC 45/2004 (art. 103-A) e disciplinadas pela Lei federal 11.417, de 19.12.2006, bem como pelo julgamento por amostragem ou em bloco dos recursos especiais repetitivos, o que está disciplinado pela Lei 11.672, de

08.05.2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC, regulamentado pela Res. 8 do STJ, de 07.08.2008. O novo Código de Processo Civil para o Brasil, Lei 13.105, de 16.03.2015, em período ainda de *vacatio legis*, confere muita forma às decisões judiciais, ampliando, de forma muito consistente, isso para além das exceções previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, o sistema de precedentes vinculantes (ver arts. 926, 927, 928 e 332, todos do novo CPC). Contudo, não é o objetivo deste artigo analisar as diferenças, e são muitas, entre o sistema de precedentes vinculantes nos Estados Unidos e o sistema que está sendo adotado no Brasil com o novo Código de Processo Civil.

4. O federalismo adotado nos Estados Unidos e sua importância para a compreensão do sistema jurídico americano

É praticamente impossível entender o sistema jurídico dos Estados Unidos sem compreender, primeiro, a sua estrutura de governo, como bem assinalou William Burnham. Por isso, Burnham inicia seu livro sobre o sistema jurídico dos Estados Unidos, discorrendo sobre a estrutura governamental norte-americana consagrada na Constituição desde 1789. Afirma o autor que há duas características na estrutura governamental dos Estados Unidos que produzem mais diretamente efeitos no sistema jurídico, sendo elas: (a) a separação de poderes (*separation of powers*); e (b) o federalismo (*federalism*).²⁹

O princípio da separação dos poderes nos Estados Unidos estabelece que nenhuma das três funções do governo (*legislative, executive* ou *judicial*) poderá ultrapassar os limites do seu adequado papel constitucional e usurpar o poder que pertence ao outro, sendo poderes independentes e interdependentes, conforme destaca Laurence H. Tribe.³⁰ É nesse contexto que Ervin Chemerinsky ressalta que a divisão de Poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário nos Estados Unidos foi projetada para criar um sistema de freios e contrapesos (*system of checks and balances*) e diminuir a possibilidade de governo tirano. Assim, em regra, para que o governo possa agir, pelo menos dois poderes devem concordar, sendo que a adoção de uma lei requer aprovação pelo Congresso e a assinatura do Presidente, salvo se for uma lei adotada sobre o veto do Presidente. Dessa forma, impor uma lei geral pressupõe a iniciativa do executivo e o convencimento do Judiciário.³¹ Ao analisar a questão que envolve o federalismo e a separação dos poderes, assevera, contudo, Laurence H. Tribe que é a interdependência institucional em vez de independência funcional que melhor resume a ideia americana de proteger a liberdade do poder fragmentando.³²

Frisa-se, também, que no federalismo (*federalism*) dos Estados Unidos existem duas dimensões de governo, a federal (*federal*) e a estadual (*state*), caracterizadas pela divisão de poderes dentro de espaços territoriais, com autonomia entre os Estados e soberania garantida à federação. Além do governo federal (*federal government*), há 50 Estados (*States*), sendo a todos assegurado um sentido de independência e de poder muito grande. Portanto, cada governo nos Estados Unidos, o federal e os estaduais, possui o seu próprio sistema jurídico. Certamente, por isso, William Burnham chegou a afirmar que os Estados Unidos são um País de 51 diferentes governos, sendo que o próprio autor adverte: *Indeed, the title of this book is misleading to the extent that it suggests that there is a single 'legal system of the United States'*.³³ Na verdade, o título deste livro pode induzir ao erro, na medida em que sugere que há um único sistema legal nos Estados Unidos' (tradução nossa).

Com 51 governos diferentes (o federal e outros 50 estaduais), sendo cada qual com seu sistema jurídico independente e com amplo poder para definir o direito vigente no seu espaço de competência, assiste razão ao jurista Antonio Gidi ao concluir que há mais segurança jurídica, em termos de definição dos direitos e das suas categorias jurídicas, no sistema brasileiro do que no sistema dos Estados Unidos, onde a segurança jurídica vai se construindo aos poucos, ao longo do tempo, com erros e acertos nas decisões judiciais, até que haja orientação jurisprudencial de caráter mais definitivo. Ressalta o jurista, porém, que em termos de eficácia jurídica há uma grande diferença, pois no direito norte-americano as causas, quando não houver acordo, são efetivamente decididas e as decisões cumpridas, enquanto que no Brasil há uma grave crise relacionada com o cumprimento das decisões judiciais. De forma que a insegurança jurídica no Brasil decorre da inefetividade do sistema e não propriamente da identificação do próprio direito, que é facilitada pela existência de uma Constituição analítica, múltiplos códigos, inúmeros estatutos e microsistemas e incontáveis leis. Quando Antonio Gidi teceu essas considerações, o jurista apresentava uma crítica ao movimento que vê a segurança jurídica nas súmulas e em outros precedentes com força vinculante. Diz Gidi que esse movimento quase

sempre utiliza, equivocadamente, como referência de segurança jurídica, o sistema norte-americano. E conclui que é preocupante o engessamento do sistema jurídico de cima para baixo no Brasil, impedindo que a renovação constante do direito tenha início nas portas de entrada para o acesso ao Judiciário.³⁴

Por conseguinte, observa-se que a Constituição dos Estados Unidos, ao ser emendada em 1789, criou a estrutura governamental daquele País, que está disciplinada nos seus arts. I (Legislativo), II (Executivo) e III (Judiciário). O art. IV da Constituição americana, estabelece disposições diversas, que se relacionam com os Estados (*States*) e estabelece normas a respeito da relação de um Estado para com o outro.³⁵

Observa-se que muitos aspectos do federalismo brasileiro foram inspirados no federalismo norte-americano. Isso se deu, primeiramente, com maior semelhança, com a Constituição de 1891, que foi a primeira Constituição Republicana do Brasil. Ao adotar o sistema federalista, inspirado nos Estados Unidos, a Constituição de 1891 instituiu o regime presidencialista, com eleição direta. As antigas províncias se transformam em Estados com autonomia e ampla competência. Com as constantes mudanças de regimes, porém, ocorridas no Brasil, com idas e vindas entre democracia e regime ditatorial, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve o regime político federalista, ampliando-o de certo modo para um modelo tridimensional, com a inclusão dos municípios no sistema federativo, mas com grande centralização do poder no governo federal, principalmente no plano da competência para dispor sobre os direitos, ao passo que a autonomia e a competência dos Estados brasileiros são hoje bem mais restritas que as dos Estados norte-americanos.

Em síntese, a base estrutural que estabelece certa unidade ao sistema jurídico dos Estados Unidos está na Constituição daquele País, que é sintética e congrega princípios gerais, mas que preserva a ampla autonomia entre os entes que integram o federalismo norte-americano. Cada Estado norte-americano possui o seu próprio sistema jurídico, composto, geralmente, por normas próprias sobre direito processual, sobre direito civil etc. Por exemplo, a adoção da *Federal Rules of Civil Procedure*, que tem função de um Código de Processo Civil, não é obrigatória para os Estados. Cerca de 35 (trinta e cinco) Estados da federação americana, entre os 50, opcionalmente adotam a *Federal Rules of Civil Procedure*. Alguns Estados preferem sua própria estrutura de normas de direito processual civil.

5. As fontes do Direito nos Estados Unidos

Esse também é um aspecto complexo e de difícil assimilação nos Estados Unidos, ainda mais com a adoção do sistema da *common law*, que confere força jurídica vinculante aos precedentes judiciais, ao mesmo tempo em que regras legisladas pelos tribunais (*rules*), leis criadas pelo legislativo (*statutes*), competências federal e estaduais amplas e uma Constituição bem sintética.

Com efeito, para tentar facilitar a compreensão de toda essa problemática, observa-se que, no plano da divisão de competências e do seu regime federalista, o direito norte-americano é um direito de dimensão bipartida: (a) o direito nacional, amparado na Constituição e nas competências do governo federal; (b) o direito de cada um dos Estados-membros da federação norte-americana, amparado na sua autonomia e na sua ampla competência. As competências que não estão conferidas constitucionalmente ao governo federal estão garantidas aos Estados-membros, os quais possuem competência subsidiária ampla, de modo que cada Estado possui a sua Constituição, a sua legislação, a sua estrutura governamental, assim como o seu sistema Judiciário jurisdicional.

Considerando que o sistema jurídico dos Estados Unidos é apontado como um dos sistemas da *common law* com estruturação muito complexa e diferenciada, é importante aqui apresentar algumas considerações sobre as fontes e a hierarquia do direito (*Sources of law and hierarchy*) naquele País. No topo da pirâmide do sistema jurídico norte-americano está, conforme escreveu William Burnham: (a) a Constituição Federal (*the Federal Constitution*); depois, (b) as leis federais, tratados e regras dos tribunais (*federal statutes, treaties and court rules*; em seguida, (c) regras das agências administrativas federais (*federal administrative agency rules*); (d) *federal common law* (*federal common law*), que são os casos julgados no âmbito da jurisdição federal (*federal caseslaw*); (e) constituições dos Estados (*state constitutions*); (f) leis estaduais e regras dos tribunais estaduais (*state statutes and court rules*); (g) regras das agências administrativas estaduais (*state administrative agency*

rules); (h) *common law* dos Estados, que são os casos julgados no âmbito das jurisdições estaduais (*state common law*). Burnham também destaca que cada nível hierárquico do direito em vigor nos Estados Unidos inclui a respectiva jurisprudência interpretativa - precedente interpretativo (*caselaw interpreting enacted law*), sendo que nas hipóteses em que duas fontes de direito no mesmo nível hierárquico entram em conflito, a posterior é que deverá prevalecer. Contudo, o autor adverte que esta hierarquia deverá ser vista com cautela. Primeiro, porque um direito em posição superior no plano hierárquico não é, por si só, uma indicação segura de sua importância ou de seu uso frequente, até porque há mais direito federal agora que antes e, por outro lado, é verdade, ainda, que a maioria das transações diárias e ocorrências que afetam a maioria das pessoas e empresas nos Estados Unidos são governadas pelo direito estadual. Segundo, conforme destaca o autor, algumas combinações de conflitos de hierarquia acabam sendo mais propensos do que outros, de modo que não é incomum para os tribunais nos Estados Unidos encontrar um estatuto ou regulamento estadual em conflito com o direito federal, sendo, portanto, inválido. E, assim, é raro que uma norma administrativa federal venha a substituir um direito garantido em uma constituição estadual. As matérias abordadas pelas regras de uma agência administrativa federal possui o seu campo específico de atuação e a constituição estadual possui seu campo específico de aplicabilidade, constituindo-se, portanto, dimensões diversas do direito norte-americano, o que torna improvável o conflito.³⁶

Contudo, para não desvirtuar o sentido do presente trabalho, restringir-se-á, nos tópicos seguintes, a abordagem no âmbito da estrutura judicial dos Estados Unidos, com a análise pontual da estrutura do Ministério Público e da atividade de advocacia daquele País. Primeiro com análise da Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*). Depois, com uma breve abordagem sobre a estrutura jurisdicional dos tribunais regionais e juizes federais. Por fim, com algumas considerações sobre a estrutura jurisdicional dos Estados (tribunais e juizes), sobre o Ministério Público e o exercício da advocacia naquele País.

6. Estrutura Jurisdicional nos Estados Unidos (American Courts)

Uma característica marcante é a amplitude do poder conferido aos juizes (Judges) nos Estados Unidos em termos de definição do direito norte-americano, que é, na verdade, uma das grandes características *do sistema common law*.³⁷ Isso não significa dizer que o juiz (*judge*) nos Estados Unidos somente decide com base nos precedentes, que são decorrentes de casos (*cases*) já julgados. Há muitas leis (*statutes*) nos Estados Unidos e se há lei, o juiz americano segue a lei, salvo hipótese do seu afastamento concreto em sede de controle difuso de constitucionalidade, que poderá ser exercido por qualquer juiz nos Estados Unidos, de modo similar ao controle difuso da constitucionalidade no Brasil.³⁸ O caso *Marbury v. Madison* foi um divisor de águas nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte americana decidiu que o Congresso agiu inconstitucionalmente quando atribuiu à corte poder para emitir *writs* originais de *mandamus* nos casos em que não são atingidos embaixadores, outros ministros e cônsules ou aqueles em que é parte o Estado. Portanto, *Marbury v. Madison* foi o primeiro caso (*case*) em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que uma corte federal (juiz ou tribunal) tem o poder de recusar-se a dar cumprimento a uma lei do Congresso, se for incompatível com a interpretação da Constituição pela corte (primeiro grau ou outros graus jurisdicionais). Como observa Laurence H. Tribe, a Constituição não confere expressamente tal poder às cortes federais; contudo, em *Marbury v. Madison* o Presidente da Suprema Corte (Chief Justice) Marshall, questionou se um ato, repugnante à Constituição americana, poderá se tornar lei no país, o que, ressalta Tribe, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos.³⁹ Assim, a assertiva de que o juiz primeiro procura o precedente para depois, em segundo plano, em sendo o caso, procurar a existência de lei (*statute*), não é totalmente procedente em termos do sistema jurídico norte-americano, onde a Constituição tem primazia e as leis, em conformidade com a Constituição, devem ser observadas.

É bom lembrar aqui que o controle difuso da constitucionalidade adotado no Brasil foi inspirado no sistema norte-americano. Portanto, a decisão do *Chief Justice Marshall*, no caso *Marbury v. Madison*, teve efeito positivo até no Brasil, quando, inspirando-se no modelo americano, foi adotado no país o controle difuso e incidental da constitucionalidade.

A Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*), consagrada na própria Constituição, é o

mais alto tribunal dos Estados Unidos e, portanto, está no topo da pirâmide da estrutura jurisdicional daquele país. É composta de 9 (nove) ministros (*justices*) vitalícios, designados pelo Presidente dos Estados Unidos, após aprovação por votação majoritária pelo Senado Federal, sendo que essas diretrizes também se aplicam a todos os juizes federais. O ministro presidente é denominado de *Chief Justice* e os outros oito ministros de *associate justices*. E mais: são escolhidas pelo Presidente dos Estados Unidos, em regra, pessoas que são filiadas no seu próprio partido para serem ministros (*justices*), o que também se aplica aos juizes federais. Portanto, os americanos sabem se determinado juiz, especialmente os da *Suprema Corte*, é democrata e, portanto, tido como mais progressista, ou republicano, portanto, mais conversador. Essa é uma das características marcantes da democracia nos Estados Unidos.

Ressalta-se que é a própria Suprema Corte que, atendidos alguns critérios estabelecidos pelo Congresso, escolhe, de modo discricionário, os casos a serem julgados (*review on writ of certiorari*). Assim, a *Supreme Court* poderá admitir recursos das decisões dos Tribunais Regionais Federais ou das cortes estaduais nas situações em que se discuta a interpretação da Constituição dos Estados Unidos ou de legislação federal.⁴⁰ Tendo em vista que a Suprema Corte poderá julgar causas originárias de recursos de decisões de cortes estaduais, não seria adequado restringi-la ao campo de estrutura da Justiça federal norte-americana. Portanto, a *United States Supreme Court* atua, como o STF brasileiro, como uma Corte nacional nos Estados Unidos.

Depois, há 12 (doze) Tribunais Regionais Federais de Recursos (*Courts of Appeals*), os quais estão localizados em diversas regiões dos Estados Unidos. Eles julgam, em câmaras compostas por 3 (três) juizes (*judges*), recursos das decisões dos juizes federais. Cabe aqui observar que, nas causas criminais, quando o acusado é considerado inocente, o Estado não poderá recorrer desta decisão. Recursos de decisões de órgãos da administração federal também poderão ser admitidos e julgados pelos Tribunais Regionais Federais (*Federal Courts of Appeals*). Há também aqui o *Federal Circuit*,⁴¹ que atua como um tribunal federal especializado para o julgamento de questões específicas, tais como as que estão relacionadas com ações em face do governo ou que envolvam a legislação sobre patente.

Há 94 (noventa e quatro) juizes federais (*federal district judges*), que atuam em primeiro grau jurisdicional nos Estados Unidos, sendo que há pelo menos uma *Federal District Court* (circunscrição de juízo federal) em cada um dos Estados americanos. Dentro dessa estrutura, ressalta-se que há também os juizes federais especializados em falências e os juizes (*magistrate judges*) que, sob o comando de juizes federais, atuam em pequenas causas. Convém destacar que há dois grandes campos de competência do juiz federal nos Estados Unidos: o primeiro está relacionado com a aplicabilidade da legislação federal e o segundo refere-se aos conflitos entre pessoas de Estados diversos, desde que elas manifestem a preferência pela Justiça federal. Os juizes federais são nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos após aprovação do seu nome pelo Senado Federal.

Há, também, o Tribunal do Comércio Internacional (*Court of International Trade*), que julga demandas contra os Estados Unidos relacionados com operações de importação e também determinadas ações cíveis movidas pelos Estados Unidos com base na legislação que rege as operações de importação.⁴²

No sistema federal dos Estados Unidos, incluindo a Suprema Corte, há um total de 874 juizes (*judges*), sendo eles: (b) 9 juizes na Suprema Corte (*Supreme Court*), o que equivale ao STF do Brasil; 179 juizes nas Cortes de Apelação (*Court of Appeals*), que seriam como os Tribunais Regionais Federais brasileiros; (c) 677 juizes nas Cortes Distritais (*District Courts*), que seriam as seções e subseções da Justiça Federal no Brasil; (d) 9 juizes na Corte do Comércio Internacional (*Court of International Trade*), sem paralelo com o Brasil.⁴³

Por força de criação do Congresso, há nos Estados Unidos três órgãos com competência administrativa no âmbito do Poder Judiciário federal: (a) *Administrative office of The U.S. Courts*,⁴⁴ com competência para administrar a Justiça Federal em relação a sua estrutura administrativa, com destaque para os equipamentos e a folha de pagamento dos juizes e funcionários; (b) *Federal Judicial Center*,⁴⁵ voltado para atividades de formação e de preparação de juizes e funcionários, assim como para a realização de pesquisas em sede jurisdicional; (b) *U.S. Sentencing Commission*,⁴⁶ que atua como uma Comissão de Sentença nos Estados Unidos, desenvolvendo orientações para subsidiar os juizes federais nas suas sentenças na área criminal.

A descrição da estrutura jurisdicional dos Estados é bem mais complexa e difícil, pois cada Estado possui competência e autonomia para estruturar a sua Justiça e, portanto, a estrutura jurisdicional de um Estado não é exatamente a do outro. É muito difícil, portanto, aferir diretrizes estruturais jurisdicionais gerais para todos os Estados. Na maioria dos Estados, os juízes são eleitos e em outros são escolhidos pelo governador do respectivo Estado, de modo semelhante ao sistema federal. A competência da Justiça estadual nos Estados Unidos está relacionada, em regra, com a interpretação e a aplicação do direito do próprio Estado. Os Estados possuem os juízes de primeiro grau (*trial courts*), presidido por um juiz, que atua na *circuit court* (comarca ou circunscrição) e possui competência geral. A maioria dos Estados possuem: uma *Court of Appeals*, que atua na condição de um tribunal intermediário de apelação; e, ainda uma Suprema Corte estadual. Porém, há alguns Estados que não possuem uma instância intermediária, de modo que os recursos de apelação vão diretamente dos juízes de primeiro grau para a Suprema Corte do respectivo Estado. Em grande parte dos Estados, observa-se que é a Suprema Corte estadual que, auxiliada por um centro administrativo, funciona com poder administrativo geral sobre os juízes e funcionários de primeiro e segundo grau.

Outro assunto muito interessante diz respeito ao sistema de recrutamento de juízes (*judges*) nos Estados Unidos, onde há grande disparidade entre o governo federal e os governos estaduais. No plano federal, os juízes (*justices*) da Suprema Corte e os juízes federais (*federal judges*) são nomeados pelo Presidente com aprovação pelo Senado dos Estados Unidos e, nomeados para o exercício do cargo, eles possuem, como garantia, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Por outro lado, os juízes estaduais são escolhidos de várias maneiras, sendo que a maioria dos Estados elegem todos ou, pelo menos, elegem a maioria dos seus juízes. Contudo, observa-se que em alguns Estados, todos os juízes, senão a maioria ou alguns juízes, são nomeados, geralmente pelo chefe do executivo, como o governador do Estado ou um prefeito. Convém destacar que, com exceção de alguns cortes menores (tribunais ou juízos de 1.^a instância) em algumas jurisdições, os juízes americanos são membros da Ordem dos Advogados do seu Estado (Bar).⁴⁷

O julgamento pelo júri americano, herdado da Inglaterra, é uma garantia decorrente da Sexta Emenda Constitucional e está previsto tanto para as causas cíveis quanto para as causas criminais. O júri somente aprecia questão de fato; contudo, poucos casos chegam ao júri, tendo em vista que a maioria das causas litigiosas nos Estados Unidos são solucionadas por intermédio de acordos e muitos casos são julgados diretamente pelo juiz (*judges*). Ademais, diferentemente do Brasil, em que o júri é garantido constitucionalmente (art. 5.º, XXXVIII) para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e possui competência em razão da matéria e, portanto, competência absoluta, nos Estados Unidos o julgamento pelo júri é considerado como garantia constitucional, mas que poderá ser renunciada pelas partes no cível e, no plano criminal, o acusado poderá renunciar desse seu direito constitucional e optar pelo julgamento pelo próprio juiz (*judges*). Portanto, há dois sistemas de julgamentos pelo júri nos Estados Unidos. O primeiro é o *Trial Jury* (também conhecido como pequeno júri - *Petit Jury*), que é integrado por 6/12 jurados. O *Trial Jury* julga as causas cíveis quando alega-se danos e pretende-se a sua reparação ou julga as causas criminais quando um indivíduo comete um crime. Os julgamentos são geralmente públicos, mas as deliberações do júri em si ocorrem em publicidade restrita aos jurados. O resultado final é um veredicto em favor do autor ou do demandado no processo civil, ou culpado ou inocente no processo criminal. O segundo modelo é o *Grand Jury* (Grande Júri) que possui competência somente criminal e, mesmo assim, para crimes graves. De acordo com Quinta Emenda da Constituição dos EUA uma pessoa suspeita de um crime federal não pode ser indiciado até que um júri determine se há motivo suficiente para o seu indiciamento. Com isso, a avaliação por um júri tem como objetivo proteger suspeitos de acusações inadequadas por parte do governo e a garantia se fundamenta no fato de que os jurados são selecionados da própria população em geral. É integrado por 16-23 jurados e tem a função, portanto, de determinar se há causa provável para se acreditar que um indivíduo cometeu um crime e, por isso, deve ser levado a julgamento. O processo no Grande Júri corre em publicidade restrita e, portanto, não é aberto ao público. O resultado final é a decisão de indiciar (acusar formalmente) o acusado ou não.⁴⁸ Em regra, a decisão final do júri nos Estados Unidos, como acontece nos casos de competência do júri da Justiça federal americana, a decisão do júri precisa ser unânime, diferentemente do Brasil, onde não há essa exigência de unanimidade da decisão pelo júri.

7. A estrutura do Ministério Público nos Estados Unidos (Public Prosecution)

Um dos assuntos mais complexos para se estudar e compreender nos Estados Unidos é o Ministério Público, ainda mais se comparado com o Brasil, onde há uma Instituição muito bem definida constitucionalmente, com um sistema de recrutamento por concurso público constitucionalmente previsto e com garantias constitucionais simétricas ao do Judiciário. Nos Estados Unidos, diversamente do Brasil, não há uma Instituição do Ministério Público bem definida e estruturada. No plano federal, para servir como exemplo, o Procurador-Geral integra o Gabinete do Presidente da República e possui funções que, comparadas com o Brasil, são ora do Procurador-Geral da República, ora do Ministro da Justiça, ora do Advogado-Geral da União. Esses mesmos problemas estão presentes nos *Federal Attorneys*, que exercem funções somente em parte semelhantes aos Procuradores da República no Brasil. No plano federal, como se verá, os Attorneys são nomeados politicamente. Em relação aos Estados americanos, observa-se também semelhantes problemas, sendo que até mesmo no título do cargo exercido há muita disparidades. Portanto, a presente pesquisa, mesmo diante das dificuldades existentes, procurará retratar, estruturalmente, o Ministério Público nos Estados Unidos.

Assim, observa-se que o *Judiciary Act* de 1789 criou o cargo de Procurador-Geral dos Estados Unidos (*Attorney General of USA*), que evoluiu ao longo dos anos para se constituir no Chefe do Departamento de Justiça e atuar para também garantir a aplicação da legislação do governo federal. É um cargo, em determinados aspectos, semelhante ao de Procurador-Geral da República no Brasil, mas com outras atribuições administrativas e jurisdicionais de defesa do governo federal. O Procurador-Geral (*Attorney General of USA*) representa os Estados Unidos em questões jurídicas em geral e, ainda, emite, quando solicitado, conselhos e opiniões para o Presidente e os chefes dos departamentos executivos do governo. Em matéria de excepcional gravidade ou importância, o Procurador-Geral comparece pessoalmente perante a Suprema Corte dos Estados Unidos.⁴⁹ Portanto, as funções do *Attorney General of USA* são amplas e complexas, incluindo, em termos de comparação, as funções exercidas no Brasil pelo Procurador-Geral da República, pelo Procurador-Geral da União e pelo Ministro da Justiça. Essas questões, aliadas ao sistema de investidura, à ampla autonomia dos Estados, assim como ao fato de não existir uma disciplina na Constituição dos Estados Unidos sobre o tema, dificulta, em muito, a comparação em termos de estrutura e do modelo de atuação entre o Ministério Público no Brasil e o Ministério Público nos Estados Unidos.

Observa-se que nos Estados Unidos o *Attorney General* (Procurador-Geral) é membro do Gabinete do Presidente, sendo nomeado pelo próprio Presidente com a supervisão e o consentimento do Senado.⁵⁰ O Departamento de Justiça, chefiado pelo *Attorney General*, guarda certas semelhanças com o Ministério da Justiça no Brasil, tanto é verdade que o FBI (*Federal Bureau of Investigation*), que atua para investigar crimes praticados contra os Estados Unidos, integra o Departamento de Justiça. Há também os *United States Attorneys*, que são procuradores federais, nomeados pelo Presidente com aprovação do Senado, que atuam perante os tribunais e juízes federais.

Os *federal attorneys* dos Estados Unidos atuam sob a direção do Procurador-Geral (*Attorney General*) nas causas que interessam à Nação e também atuam para processar criminalmente investigações instauradas no âmbito de atuação do governo federal. Eles, ainda, defendem os Estados Unidos quando o país é parte em causas cíveis. Há 93 Procuradores federais (*Federal Attorneys*) nos Estados Unidos e em seus territórios.⁵¹ Em cada uma das unidades judiciais federais (*federal judicial districts*) há um Procurador Federal (*U.S. Attorney*), com exceção de Guam e das Northern Mariana Islands, onde há um único Procurador federal (*U.S. Attorney*) para servir as duas jurisdições. Por exemplo, no Estado de New York há 4 Unidades Distrital de *Federal Attorneys*, cada uma chefiada por um *Federal Attorney*, sendo uma no Leste (New York, Eastern), outra no Norte (New York, Northern), outra no Sul (New York, Southern) e outra no Oeste do Estado (New York, Western).⁵² Cada *Federal Attorney* dos EUA é o agente da lei federal e representa os Estados Unidos no âmbito da sua atuação jurisdicional.⁵³ Os *federal attorneys* realizam a maior parte do trabalho nos casos em que os Estados Unidos são parte. Os *federal attorneys* exercem três grandes atribuições legais, nos termos do Título 28, Código dos Estados Unidos, Seção 547, sendo elas: (a) a atuação como autores nos processos criminais instaurados no âmbito da competência de atuação do governo federal; (b) demandante e defendente, conforme o caso, nas causas cíveis em que os Estados Unidos são parte; e, (c) a cobrança de dívidas para com o governo federal, que são administrativamente incobráveis. O gabinete de cada *federal attorneys* nos Estados Unidos lida com uma grande variedade de casos e atua com uma mistura de litígios simples e complexos. Além disso, cada *federal attorneys* exerce ampla discricionariedade no âmbito do campo de sua atuação para ajudar as

jurisdições estaduais e locais para atender as necessidades das comunidades locais.⁵⁴ Diferentemente dos juizes federais (juizes federais), que são nomeados para cargos vitalícios, os *federal attorneys* são nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado e podem ser exonerados pelo Presidente. Geralmente todo novo Presidente nomeia o seu *Attorney General* e *Federal Attorneys* para atuarem na sua gestão. Contudo, há grande discussão sobre os motivos da exoneração nas hipóteses em que essa exoneração se dê durante o mandato presidencial, o que não é comum, tanto que em 2006 o Presidente Bush demitiu 8 (oito) *Federal Attorneys* no curso do seu mandato, surgindo, com isso, grandes discussões públicas, inclusive com investigação pelo Senado para se aferir se as demissões eram arbitrárias e visavam impedir investigações ou forçar investigações contra adversários do governo. Diante dessas questões, o Senado aprovou uma lei cancelando o poder do *Attorney General* de nomear *Federal Attorneys* interinos para ficar no cargo indefinitivamente, sem a aprovação do Senado.⁵⁵

Por fim, convém destacar que as *United States Attorneys*, quando atuam criminalmente, são conhecidas como *federal prosecutors* (promotores federais), sendo que, no plano histórico, essas unidades de atuação do promotor federal são denominadas de *United States District Attorneys*. Os *federal attorneys* são assessorados por assistentes (*assistants United States attorneys*), que são aqueles que conduzem, diretamente, as investigações ao lado de integrantes do pessoal de apoio.

Será feita, agora, uma breve descrição do Ministério Público nos Estados dos Estados Unidos. Há um cargo nos governos estaduais, de forma semelhante ao governo federal, que é de *Attorney General of State* (Procurador-Geral do Estado), que atua como chefe do Departamento Jurídico do Executivo e representa o Estado dentro e fora do tribunal (*Court*).⁵⁶ Na maioria dos Estados americanos, os Procuradores-Gerais dos Estados (*Attorney General of States*) são eleitos em eleição popular pelos cidadãos do respectivo Estado com a função de exercer o mandato em um certo período. Em alguns Estados, contudo, os Procuradores-Gerais (*Attorney General States*) são escolhidos pelo próprio governador (*Alaska, American Samoa, Hawaii, New Hampshire, New Jersey, U.S. Virgin Islands, Wyoming*) e há escolha pelo Legislativo (*Maine*), pelo prefeito (*District of Columbia*) e até pela Suprema Corte estadual (*Tennessee*).⁵⁷

Há também os promotores locais (*Local Prosecutors*). Muito embora os promotores (*prosecutors*) locais atuem em nome do Estado, geralmente eles são escolhidos em eleição popular pelos cidadãos de um determinado Município que paga o seu salário. Esses *prosecutors* não estão sob a supervisão do Procurador-Geral do Estado (*Attorney General of State*). Ressalta que isso é o reflexo de uma política da própria comunidade local que sofre os efeitos diretos de crimes e, assim, deve ser capaz de expressar as suas preferências sobre políticas de aplicação da lei com a escolha de promotores que vão investigar e processar os autores de crimes. Esses promotores locais (*local prosecutors*) atuam apenas em matéria penal e em questões quase-criminais (*quasi-criminal matters*), isso em nome do Estado como uma regra. Assim, os Municípios e as cidades precisam geralmente de um outro conjunto de advogados para defender o seu interesse em casos civis e em casos criminais relacionados com violações de leis municipais. Estes procuradores são chamados de procuradores da cidade e procuradores municipais (*city attorneys and county attorneys*). Convém destacar que nas grandes cidades, há enormes departamentos jurídicos, que são chefiados por um procurador da cidade (*city attorney*). A maioria dos Municípios (*county*) e cidades (*city*) pequenos não têm demandas jurídicas suficientes para justificar ter um procurador (*attorney*) em tempo integral na equipe e, por isso, eles empregam um procurador de uma empresa privada, isso quando a supervisão ou a representação em juízo são necessárias.⁵⁸ Os promotores, geralmente, são escolhidos em eleições locais, mas não há um modelo uniforme entre os Estados.

Convém destacar que o título que expressa a função de Promotor de Justiça nos Estados Unidos não é uniforme e varia de Estado para Estado e inclui as mais diversas expressões. Está impregnada na prática, na cultura e na estrutura americana a ideia de que o promotor de Justiça (*prosecutor*) é aquele funcionário do governo que atua, em nome do Estado, para punir os indivíduos que cometeram algum crime. Há vários títulos utilizados para revelar essa função. Por exemplo: (a) *District Attorney* é a terminologia utilizada na Georgia, Massachusetts, New York, Pennsylvania, Oklahoma e no Texas; (b) *City Attorney* é a expressão acolhida em Missouri e nas Cidades do Estado de Washington; (c) *Commonwealth's Attorney* é a terminologia utilizada em Kentucky e na Virginia; (d) *District Attorney General* é título em Tennessee; (e) *Prosecuting Attorney* é usado no Hawaii, Idaho, Indiana, Ohio, Michigan, Município de Washington, West Virginia, Missouri, com exceção das

idades que acolhem a expressão *City Attorney* prosecutors; (f) *County Attorney* é a expressão utilizada no Estado do Arizona, (g) *County Prosecutor* é o título utilizado em New Jersey; (h) *State's Attorney* é a expressão dos Estados da Connecticut, Florida, Illinois, Maryland e Vermont; (i) *State Prosecutor, Attorney General* é acolhida em Delaware e Rhode Island; (j) *Solicitor* é o título utilizado na Carolina do Sul.⁵⁹

Portanto, pelo que se observa, é bem diferente e complexa a estrutura do modelo de Ministério Público dos Estados Unidos, com constituição e funções bem diversas do Ministério Público brasileiro. Os procuradores (ou promotores) nos Estados Unidos estão, geralmente, inseridos no contexto da estrutura do executivo (federal ou estadual, conforme o caso) e dividem-se, portanto, em federais e estaduais e eles representam o respectivo governos (federal ou estadual) perante o Judiciário, nas causas criminais. Há, ainda, em muitas cidades, os promotores que atuam no âmbito do interesse da respectiva cidade (*district attorneys*). Geralmente os processos criminais são hoje conduzidos por um promotor público nos Estados Unidos, mas há ainda, em alguns Estados, os procuradores privados (*Private attorneys* ou *Private criminal prosecutions*), que são aqueles que atuam com a finalidade de levar em juízo casos criminais em nome da parte, de modo até certo ponto semelhante às ações penais de iniciativa privada ou às ações penais de iniciativa particular, subsidiárias da iniciativa do Ministério Público.

Verifica-se, também, que as garantias asseguradas aos juízes federais nos Estados Unidos (*federal judges*), principalmente a vitaliciedade, não se aplicam aos promotores federais (*federal attorneys*), que são nomeados pelo Presidente com a aprovação do Senado, mas podem ser exonerados pelo Presidente. Não há inclusive previsão expressa do Ministério Público na Constituição dos Estados Unidos e mesmo o fundamentando para a nomeação do Procurador-Geral (*Attorney General of USA*) pelo Presidente da República é geralmente extraído de previsão indireta da Constituição (art. II, Seção 2, Cláusula).

8. O exercício da advocacia nos Estados Unidos (American Bar Association)

A representação por um advogado não é obrigatória na Justiça nos Estados Unidos, de modo que é assegurado a qualquer cidadão o direito de comparecer em juízo e de representar, por si só, os seus interesses (*self-represented party* ou *representing yourself* - observa-se que *jus postulandi* das partes é o termo geralmente usado no Brasil).⁶⁰ Esta é em questão relacionada com o direito de liberdade do cidadão. Isso, contudo, não desmerece, nem enfraquece o exercício da advocacia naquele país. Ao contrário, tal fato força uma maior organização e uma efetiva atuação profissional dos advogados nos Estados Unidos. Ademais, como o sistema nos Estados Unidos é o *adversarial process*, diferentemente do sistema brasileiro, que é mais *inquisitorial*, os advogados acabam sendo fundamentais no contraditório e, especialmente, na produção da prova. Portanto, se de um lado o sistema norte-americano não exige que a parte compareça representada por um advogado, por outro lado o próprio *modelo adversarial*, em que o juiz tem uma função mais passiva do que ativa na instrução, acaba exigindo, na prática, a presença de advogado, que possui habilidades e preparo para produção da prova e adequada representação da parte em juízo. As pessoas que não possuem recurso para contratar um advogado poderão se valer de associações locais de assistência jurídica. Também convém ressaltar que às pessoas processadas criminalmente, desprovidas de recursos, o juiz poderá designar um advogado para defendê-las.

A *American Bar Association* é a entidade nacional dos advogados nos Estados Unidos. É, em certa medida, semelhante à Ordem dos Advogados no Brasil.⁶¹ Contudo, ressalta-se que não há um credenciamento nacional para o exercício da advocacia nos Estados Unidos, pois cada Estado faz o credenciamento dos seus advogados. Esse credenciamento é realizado, geralmente, por intermédio de um exame conhecido como *Bar Examination*. Portanto, para obter uma licença para exercer a advocacia nos Estados Unidos, quase todos os diplomados em direito devem se submeter ao exame de admissão (*Bar Examination*), por intermédio de um órgão estadual que realiza o exame de credenciamento, que é uma prova escrita e, geralmente, muito difícil. Na maioria das vezes, esse conselho é exercido por um órgão do tribunal estadual mais alto da jurisdição estadual, mas, ocasionalmente, há a participação da Associação dos Advogados do respectivo Estado. Assim, os critérios de elegibilidade para o *Bar Examination* ou qualquer outro sistema para o credenciamento para a advocacia são definidos por cada Estado e não pela *American Bar Association* ou pelo Conselho de Seção para a Educação Legal ou de Admissão para a advocacia. O credenciamento exige a demonstração de competência em duas

áreas distintas, sendo que para o licenciamento inicial, a aferição de competência é normalmente demonstrada pelo requerente com a comprovação de que possui uma formação educacional aceitável, que é, com algumas exceções, o grau de *Juris Doctor* - JD, obtido de uma Faculdade de Direito que atende aos padrões educacionais e, além disso, deverá alcançar uma pontuação suficiente para a sua aprovação no *Bar Examination*. A configuração de teste mais comum consiste, geralmente, em um *Bar Examination* de dois dias, um dia que é dedicado ao *Bar Examination Multistate* (MBE), um teste padronizado de 200 itens, que abrange seis áreas (direito constitucional, contratos, direito penal, provas, direito de propriedade e responsabilidade civil). O segundo dia de testes é normalmente composto por uma peça dissertativa a partir de uma gama subjetiva mais ampla de assuntos.⁶²

Os advogados que queiram atuar nas cortes federais (tribunais e juízes de 1.^a instância) são geralmente admitidos com base na sua admissão para a prática da advocacia perante as cortes do estado que o admitiu. Como cada estado tem sua autonomia para disciplinar o exercício da advocacia nos Estados Unidos, a existência de mais de 50 modelos de advocacias estaduais nos Estados Unidos tem causado vários problemas para que os advogados possam ser admitidos para atuar em um ou mais estados. O normal que é que um advogado possa atuar em seu estado e também nas cortes federais. Contudo, por razões práticas, os Estados toleram o fato de advogados dando assessoria jurídica dentro dos seus territórios, mais isso não significa a admissão para o exercício da advocacia no Estado (integrar a *Bar* estadual), mas desde que a presença do advogado seja transitória e o conselho é prática seja incidental à prática da advocacia no seu estado original.⁶³

Por fim, como explicam Mattei, Ruskola e Gidi, a autoridade sobre o exercício profissional da advocacia é exercida pelos Estados, os quais podem decidir a questão livre de preocupações nacionais. Em razão desses e de outros fatores, advogados norte-americanos têm sido capazes de escapar, no plano nacional, a todos os controles políticos por legislação, constituindo-se uma profissão com autorregulação, diferentemente de outros países.⁶⁴

9. Alguns aspectos do sistema jurídico processual dos Estados Unidos que poderão ser úteis ao Brasil

Há muitos aspectos do sistema jurídico dos Estados Unidos que podem ser úteis ao Brasil. A nossa história já comprovou a importância do modelo de sistema jurídico americano e sua influência positiva no sistema brasileiro. Somente a título de exemplo, podem ser citados aqui: o controle difuso e incidental da constitucionalidade, originário nos Estados Unidos, que inspirou a reforma do sistema de controle da constitucionalidade no Brasil; o sistema presidencialista e o federalismo norte-americano, que fortemente tiveram influência no sistema brasileiro; a ação civil pública, que originariamente buscou inspiração no sistema das *class actions* dos Estados Unidos (*Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure*).

Contudo, há outros aspectos importantes do sistema jurídico dos Estados Unidos que poderiam inspirar reformas no Brasil, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais. No plano do direito processual, observa-se, por exemplo, que irrecorribilidade incidental das decisões interlocutórias como regra do sistema processual é um ponto que torna o sistema processual americano mais ágil.⁶⁵ É certo que essa questão já foi muito discutida no Brasil, havendo forte resistência à adoção desse modelo. Outro ponto importante está na maior flexibilidade dos requisitos de admissibilidade processual nos Estados Unidos e o fortalecimento do sistema da coisa julgada, que não irá ser abordado aqui.

Outros pontos, extremamente interessantes, analisados aqui, poderiam, certamente, produzir efeitos muito positivos no Brasil. O primeiro deles é o sistema de seleção dos recursos a serem julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*). O recurso à Suprema Corte, apesar de existente, não é um direito, será analisado de acordo com critérios de seleção discricionária pelo tribunal. O outro ponto a ser analisado é o referente ao modelo de formação do profissional do direito norte-americano, baseado preponderantemente em estudo de casos.

A Suprema Corte dos Estados Unidos possui competências originárias e competências derivadas, neste caso para o julgamento de recursos. Contudo, o recurso (*appeal*) à Suprema Corte americana existe, mas não é considerado como um direito da parte, como geralmente acontece no Brasil. A sua apreciação ocorrerá ou não

por conveniência da Suprema Corte, que analisará, a partir de alguns critérios, se há o interesse nacional na apreciação do recurso. O *writ of certiorari* é a decisão da Suprema Corte para conhecer o recurso e a petição para o *writ of certiorari* (*Petition for Writ of Certiorari*) é a petição que a parte vencida apresenta à *Supreme Court* pedindo a revisão da decisão do tribunal inferior (*lower court*). A parte deverá observar alguns requisitos, tais como a qualificação das partes, a exposição dos fatos da causa e das questões jurídicas. As decisões que poderão ser revistas são tanto de tribunais federais (*federal courts*) quanto de cortes estaduais (*states courts*) e o Supremo Tribunal dos Estados Unidos é muito rigoroso e seletivo na seleção, o que permite que a referida Corte julgue um número bem limitado de causas por ano, deferentemente do STF do Brasil, que está sufocado com milhares de causas e recursos a serem julgados. A repercussão geral no recurso extraordinário, não obstante sua inspiração em boas experiências de outros países, ainda não conseguiu surtir os efeitos necessários.

Somente para se ter uma ideia, ressalta-se, a título de exemplo, que a *Supreme Court of United States* recebe, aproximadamente, por ano, 10.000 (dez) mil petições com pedido de *writ of certiorari*. Entretanto, a Suprema Corte americana somente concede e ouve as alegações em cerca de 75-80 casos.⁶⁶

Ressalta-se que o procedimento do *writ certiorari* está disciplinado pelas *Rules 10/16* do Regulamento da Suprema Corte dos Estados Unidos (*Rules of Supreme Court of United States*),⁶⁷ sendo certo que a revisão de decisão de cortes inferiores somente se dá por questões imperativas, de modo que a concessão do *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas sim, repita-se, um poder discricionário judicial da Suprema Corte.

Outro aspecto que seria muito interessante para o Brasil está no modelo de formação e de preparação dos profissionais da área do direito nos Estados Unidos. Em regra, somente poderá cursar o direito nos Estados Unidos a pessoa que já obteve, em quatro anos anteriores, um curso superior. Aqueles que já têm curso superior (*undergraduate grade-point average, GPA*) e notas suficientes para ser admitido pela faculdade de direito (*College of Law*) respectivo (*scores on the Law School Aptitude Test - LSALT*) poderão integrar no curso de direito, que tem a natureza de um curso de pós-graduação, tanto que a pessoa sai com título de *juris doctor* (JD). Conforme já foi estudado em outro trabalho monográfico deste pesquisador, que se volta especificamente para esse ponto da formação jurídica nos Estados Unidos, o estudante de direito nos Estados Unidos já iniciam seu curso tendo, geralmente, aulas de processo civil, responsabilidade civil, contratos, propriedade, direito criminal, constitucional e escrita jurídica. Toda a formação jurídica é baseada no estudo de casos (*cases*), com a adoção do método socrático de perguntas e respostas (*questions and answers*), o que exige uma preparação prévia rígida, tornando o estudo e a formação muito mais interessantes.⁶⁸ O rigor é tão alto que as notas são dadas em curva, de modo que o professor não poderá, por exemplo, dar 100 ou 90 para todos os alunos. Há uma percentagem máxima de alunos para cada nota e isso acaba influenciando no futuro profissional do estudante.⁶⁹ Por isso, geralmente os cursos de direito nos Estados Unidos são em período integral e há uma estrutura de apoio simplesmente extraordinária se comparada com o Brasil.

Como a formação jurídica nos Estados Unidos é baseada, fundamentalmente, no estudo de casos, os profissionais saem do curso de direito altamente preparados para o exercício da profissão. É certo que, em sendo observados os devidos contornos, é possível adotar a metodologia de estudos de casos e o método socrático no Brasil, principalmente nas Escolas do Ministério Público, conforme se analisou em outro trabalho monográfico.

O sistema de resolução consensual dos conflitos nos Estados Unidos, seja pela negociação, pela mediação ou por outros meios é muito eficiente e avançado, tanto que a maioria das causas resultam em acordo, sendo que na área de responsabilidade civil esse percentual é de aproximadamente 90% (noventa por cento). Esse é um modelo que precisa ser estudado e, naquilo que puder ser adequado e útil para o Brasil, adotado.

É importante destacar aqui que não há somente uma única razão que justifique a alta taxa de resolução consensual nos Estados Unidos. As justificativas meramente econômicas, não obstante sejam importantes, não são suficientes. Poderia ser apontada a própria estrutura do sistema judicial americano, com destaque à possibilidade das causas serem julgadas pelo júri, inclusive em matéria civil, o que seria um fator de pressão, principalmente sobre os demandados.

Hazard, Eubsdorf e Basset, por exemplo, fazem uma análise interessante dos números relacionados a todos os juízes de primeiro grau da Justiça dos Estados Unidos, números esses que apontam, atualmente, no sentido de que mais de 95% dos casos civis são eliminados antes do julgamento e, em alguns juízos, esses os números são de apenas um ou dois por cento (1% ou 2%) dos casos que vão a julgamento. Apesar de as razões para isso serem complexas e não bem identificadas, Hazard, Eubsdorf e Basset acreditam que suposição sensata é que essa gama de resultados avaliados como legítimos é muito mais estreito do que os extremos. Afirmam esses autores muitos temem enfrentar um júri em qualquer que seja o local de julgamento. Por isso, se para os demandantes é melhor alguma coisa substancial do que nada, para os demandados, é melhor alguma coisa substancial do que um grande e desastroso veredito do júri.⁷⁰

As diretrizes e critérios para a revisão e aprovação dos acordos coletivos nas *Class Actions* nos Estados Unidos são muito interessantes e poderiam ser úteis no Brasil. Observa-se, primeiro, que nos *padrões ou diretrizes básicas (a basic standard)*, a tarefa do juiz de primeiro grau, em cumprimento à *Rule 23 (e)* das Normas Federais de Processo Civil dos Estados Unidos, é avaliar se a proposta de Acordo Coletivo em uma *Class Action* é justa, razoável e adequada (*fair, resoanable and adequete*). Não obstante essas três palavras serem usadas, com frequência, de um modo indivisível, cada uma delas contém significações próprias. Assim, *justo (fair)* significa que o acordo não deve discriminar entre membros do grupo em situação similar e, também, sugere que o processo de negociação deve possuir a dimensão dos direitos em litígio. *Razoável (reasonable)* implica que o acordo deve ser considerado um produto de negociação e não uma imposição arbitrária. *Adequado (adequate)* possui o sentido de que o acordo deve proporcionar, em magnitude, a suficiente proteção e garantia para os membros do grupo e, ainda, estar racionalmente relacionado com o prejuízo alegado e sofrido.⁷¹

A segunda instrução refere-se aos *testes de fatores (factor tests)*, que são orientações fixadas pelos tribunais americanos (*Appeals Cortes*) com base em diretrizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, firmadas em suas decisões. O número de itens para os testes de fatores depende do tribunal. Por exemplo, a *United States Court of Appeals for the Third Circuit* elaborou uma lista de 19 (dezenove) itens a serem observados.⁷² Outros tribunais possuem listas com um número menor de itens para a realização do teste de fatores. Esses testes de fatores servem para guiar os juízes de primeiro grau (*trial courts*) na revisão e na aprovação dos Acordos Coletivos nas *Class Actions*. Há discussões se essas diretrizes deveriam ou não ser incorporadas na *Rule 23 das Federal Rules de Civil Procedure*. Inclusive, em 2006, o Comitê Consultor (*Advisory Committee*) das reformas das *Federal Rules of Civil Procedure* discutiu a incorporação dos *factor tests* na *Rule 23 (e)*, tendo, entretanto, rejeitado a ideia de incorporação de uma lista explícita de *factor tests*; porém, o próprio Comitê Consultivo recomendou, em suas notas, o uso desses testes de fatores como uma forma de melhores práticas a serem incluídas no *Manual for Complex Litigation* do *Federal Judicial Center* ou em outras publicações que possam ser úteis para garantir o contínuo aperfeiçoamento dos juízes.⁷³

Nestes testes de fatores (*factor tests*) estão incluídas, geralmente, questões como as referentes: (a) à complexidade do caso; (b) às despesas e à duração provável do litígio judicial; (c) aos riscos de fixar responsabilidade e danos; (d) à probabilidade de proferir um julgamento; (e) ao julgamento esperado em hipótese de o caso ser bem sucedido; (f) ao valor do acordo; (g) à reação do grupo sobre a proposta; (h) à opinião do advogado do grupo.⁷⁴

Portanto, há muito no sistema jurídico dos Estados Unidos que poderá ser útil ao aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro.

10. Conclusões

1. Apesar de guardar muitos pontos comuns com o sistema inglês, principalmente no plano da força dos precedentes judiciais como fontes do direito, o modelo de *common law* dos Estados Unidos difere-se, em vários pontos, do modelo de *common law* inglês. Destaca-se aqui o regime federalista adotado nos Estados Unidos, integrados por um governo federal e por 50 governos estaduais, com ampla autonomia para dispor sobre o direito nos seus respectivos âmbitos de competência.

2. Outro ponto importante, é que os Estados Unidos, diferentemente da Inglaterra, possuem uma Constituição escrita e, a partir dela, um sistema difuso de controle de constitucionalidade, que é modelo para o mundo,

tendo inspirado, inclusive o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro.

3. As carreiras jurídicas do Judiciário (*Judiciary*), do Ministério Público (*Public Prosecution*) e da Ordem dos Advogados (*Bar Association*) guardam algumas semelhanças, mas são bem diversas em muitos planos e aspectos do Brasil, porém, no Brasil há maior unidade do sistema jurídico, primeiro pelo País possuir um sistema jurídico que mais se aproxima do sistema romano-germânico (*civil law*), conferindo primazia ao direito legislado; ademais, em razão da ampla disciplina constitucional, consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da concentração de competência do governo federal (leia-se aqui, União) para dispor sobre pontos importantes das carreiras jurídicas e assim como sobre o próprio direito brasileiro.

4. Contudo, apesar das diferenças entre os sistemas dos Estados Unidos e brasileiro, há pontos muitos positivos do sistema jurídico norte-americano que poderiam inspirar reformas no sistema brasileiro, destacando-se aqui, como exemplos, o mecanismo de filtragem dos recursos que chegam à Suprema Corte dos Estados Unidos, que se dá pelo *writ certiorari*, o modelo de formação do profissional do direito nos Estados Unidos, que se estrutura a partir dos estudos de casos (*cases*), tornando-se mais interessante e garantindo uma capacitação profissional muito eficiente. Aliado a isso, convém destacar o sistema de resolução consensual de acordos que é muito eficiente, pois a grande maioria das causas nos Estados Unidos resultam em acordo.

5. As diretrizes e os testes de fatos que são seguidos pelos juízes americanos para a revisão e a aprovação dos Acordos Coletivos nas *Class Actions* é outro ponto que poderá ser muito útil para o aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro.

11. Referências

Adams, James A.; Blinka, Daniel D. *Prosecutor's manual for arrest, search and seizure*. Second edition. San Francisco: LexisNexis, 1998.

American Bar Association. Disponível em: [www.americanbar.org/aba.html]. Acesso em: 03.07.2014.

American Bar Association. Disponível em: [www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/bar_admissions/basic_overview.html]. Acesso em: 05.07.2014.

Answers United States. Disponível em [<http://answers.usa.gov/system/templates/selfservice/USAGov/#!portal/1012/article/3232/District-Attorneys>]. Acesso em: 22.06.2014.

_____. Disponível em: [<http://answers.usa.gov/system/templates/selfservice/USAGov/#!portal/1012/article/4546/US%20Attorneys>]. Acesso em: 16.06.2014.

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States*. United States of America: West, Thompson, 2006.

Clermont, Kevin M.: *Federal Rules of Civil Procedure*. New York: Thomson Reuters, 2012.

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional law - principles and policies*. 4th. ed. United States of America: Wolters Kluwer Law & Business, p. 1.

Department of Justice. Disponível em: [www.justice.gov/ag]. Acesso em: 15.06.2014.

Federal Judicial Center. Disponível em: [www.fjc.gov]. Acesso em: 27.07.2014.

_____. *Manual for Complex Litigation*. Fourth Edition. United States of America: 2004, p. 308-318. Disponível em: [[www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/\\$file/MCL40000.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/$file/MCL40000.pdf)].

Garner, Bryan A. *Black's law dictionary*. Estados Unidos: Thomson West, 1990. p. 293.

Gidi, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos - as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Gillers, Stephen. *The american legal profession*. In: Morrison, Alan B. (general editor). *Fundamentals of American law*. Estados Unidos: New York University School of law/Oxford University, 1998, p. 173-174.

Gilliéron, Gwladys. *Public prosecutors in the United States and Europe*. New York: Springer, 2014.

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. *Civil procedure*. Estados Unidos: Thompson Reuters/Foundation Press, 2011.

Justice United Kingdom. Disponível em: [www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules]. Acesso em: 20.05.2014.

Macey, Jonathan R.; Miller, Geoffrey P. *Judicial review of class action settlements*. United States of America: Journal of Legal Analysis, 167, Winter 2009. In WestlawNext@2015 Thomson Reuters.

Mattei, Ugo A.; Ruskola, Teemu; Gidi, Antonio. *Comparative law: cases-text-materials*. Seventh Edition. United States of America: Foundation Press/Thompson Reuters, 2009. p. 638-639.

Morrison, Alan B. *Fundamentals of American law*. Estados Unidos: New York University School of law/ Oxford University, 1998.

National Association of Attorneys General. Disponível em: [www.naag.org/current-attorneys-general.php]. Acesso em: 10.07.2014.

Nedzel, Nadia E. *Legal reasoning, research, and Writing por international graduate students*. United States: Wolters Kluwer, 2012.

Supreme Court. Disponível em: [www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqg1]

Report of the judicial conference of the United States on Class Action Settlements. February 2006. Disponível em: [[www.uscourts.gov/file/3163/download?token="BHO6pQf](http://www.uscourts.gov/file/3163/download?token=)]."

Macey, Jonathan R.; Miller, Geoffrey P. *Judicial review of class action settlements*. United States of America: Journal of Legal Analysis, 167, Winter 2009. WestlawNext@2015 Thomson Reuters.

Supreme Court of the United States. Disponível em: [www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf]. Acesso em: 15.07.2014. Acesso em: 22.07.2014.

Tribe, Laurence H. *American constitutional law*. Second Edition. Estados Unidos, NY: The Foundation Press, 1988.

United States Courts. Disponível em: [www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/SupremeCourt.aspx]. Acesso em: 29.06.2014.

_____. Disponível em: [www.uscourts.gov/Common/Glossary.aspx]. Acesso em: 10.07.2014.

_____. Disponível em: [www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/AdministrativeOffice.aspx]. Acesso em: 03.07.2014.

_____. Disponível em: [www.uscourts.gov/educational-resources/get-informed/federal-court-basics/jury-service-federal-courts/comparing-trial-juries-grand-juries.aspx].

United States Court of International Trade. Disponível em: [www.cit.uscourts.gov/AboutTheCourt.html#jurisdiction]. Acesso em: 10.07.2014.

United States Court of Appeals for the Federal Circuit. Disponível em: [www.cafc.uscourts.gov/judges/sharon]

prost-chief-circuit-judge.html]. Acesso em: 10.07.2014.

United States Department of Justice. Disponível em: [www.justice.gov/usao/reading_room/reports/asr2013/13statrpt.pdf]. Acesso em: 25.07.2014.

_____. Disponível em: [www.justice.gov/usao/about/usattorneys.html]. Acesso em: 15.06.2014.

United States Sentencing Commission One Columbus Circle. Disponível em: [www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf]. Acesso em: 26.06.2014.

Wade, Marianne; Luna, Erik. *The prosecutor in transnational perspective*. New York: Oxford University press, 2012.

Yeazell, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. United States of American: Thompson-Shore, 1987.

Pesquisas do Editorial

- OS SISTEMAS JURÍDICOS, SUAS DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES, de Melissa Furlan - RDPriv 31/2007/168

FOOTNOTES

¹

Para a elaboração deste artigo foram fundamentais as pesquisas na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Syracuse, bem como as discussões e os debates com o Prof. Antonio Gidi, que é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Syracuse, NY, USA.

²

O Witan, que também era chamado Witenagemot, era o conselho dos reis anglo-saxões da Inglaterra. O seu dever essencial era o de aconselhar o rei sobre todos os assuntos em relação aos quais, o rei solicitava a opinião do conselho. O conselho de Witan, geralmente, atestava as doações de terras para igrejas ou leigos, consentia com a edição de novas leis ou com a emissão de novas declarações de antigo costume e também ajudava o rei a lidar com os rebeldes e com as pessoas suspeitas de desafeto. Sua composição, horários e dias da reunião eram determinados livremente pelo rei. Formado pela presença dos maiores nobres e bispos, a Witan não tinha o sentido de uma assembleia popular. Observa-se que o conselho da comunidade (*commune council*) dos reis anglo-normandos tinham diferença no modelo de formação, pois eram integrados por vereadores baroniais (*baronial councilors*) que estavam ligados ao rei por laços feudais. (Encyclopedia Britannica. [www.britannica.com/EBchecked/topic/646018/witan]).

³

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. *Civil procedure*. Estados Unidos: Thomson Reuters/Foundation Press, 2011. p. 12.

⁴

Idem, p. 12-3.

⁵

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States*. United States of America: West, Thompson, 2006. p. 42.

⁶

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States* cit., p. 42-3.

7

A expressão *stare decisis* é uma expressão em latim, que significa "deixe a decisão permanecer ou para permanecer com as coisas decididas, ou mantenha-se as razões decididas de casos passados" (*let the decision stand - to stand by things decided - keep to the rationes decidend of past cases*), que no direito anglo-americano significa o princípio segundo o qual uma questão que já foi apreciada e decidida por corte (*court*) deve gerar a mesma resposta todas as vezes que o mesmo problema é trazido perante os tribunais. Há quem afirme que esse princípio é aplicado com mais rigor na Inglaterra do que nos Estados Unidos. Não obstante o fato no sentido de que uma decisão judicial possa ter aplicação geral, as cortes, na prática, muitas vezes concluem que uma decisão anterior não se aplica a um caso particular, mesmo que os fatos e as questões pareçam ser muito semelhantes e assim as cortes fazem com a técnica da distinção entre os casos (*distinguishing cases*). Por outro lado, a aplicação estrita do *stare decisis* pode levar à rigidez e à minúcias jurídicas inadequadas, enquanto a demasiada flexibilidade poderá resultar em incerteza quanto ao direito. (Encyclopedia Britannica. [www.britannica.com/EBchecked/topic/563604/stare-decisis]. Também: Garner, Bryan A. *Black's law dictionary*. Estados Unidos: Thomson West, 1990. p. 293.

8

Burnham, William, Introduction to the law and legal system of The United States cit., p. 43.

9

Idem, *ibidem*.

10

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. *Civil procedure* cit., p. 13.

11

Idem, *ibidem*.

12

Idem, *ibidem*.

13

Writ é conceituado atualmente como uma ordem escrita de uma corte (juiz ou tribunal), emitida em nome de um Estado ou outra autoridade juridicamente competente, fixando um comando ao destinatário para que ele faça ou deixe de fazer algum ato específico. No plano da história, o writ tem a sua origem formal nas fórmulas anglo-saxônicas e, assim, era utilizado para comunicar seu favor às pessoas ou às cortes. Contudo, os writs (mandados) anglo-normandos, analisados nessa pesquisa, surgiram após a conquista da Inglaterra, adquirindo um novo aspecto tendo em vista o aumento da utilização dessas ordens (writs), o que se deu devido ao aumento do poder real que veio com a conquista normanda da Inglaterra. (Garner, Bryan A. *Black's law dictionary*. Estados Unidos: Thomson West, 1990. p. 293).

14

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. *Civil procedure* cit., p. 13.

15

Idem, *ibidem*.

16

Idem, *ibidem*.

17

Idem, p. 13-4.

18

Idem, p. 14.

19

Gidi, Antonio. A class action como instrument de tutela coletiva dos direitos - as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 40-1.

20

Gidi, Antonio: "A origem das bill of peace remonta aos séculos XVII e XVIII e inicialmente baseou-se em critérios de necessidade (para a tutela dos direitos indivisíveis, por exemplo) e conveniência (para a tutela dos direitos divisíveis, evitando ações repetitivas e decisões contrastantes). O seu procedimento era incompatível com o processo existente nos tribunais de common law, só existindo nas ações em equity" (A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos - as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 44). Para a análise da origem das class actions na Inglaterra, Yeazell, Stephen C. From medieval group litigation to the modern class action. United States of American: Thompson-Shore, 1987.

21

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. Civil procedure cit., p. 14-5.

22

Garner, Bryan A. *Black's law dictionary*. Estados Unidos: Thomson West, 1990. p. 293.

23

Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of The United States*. United States of America: West, Thompson, 2006. p. 43-4.

24

Hugres, Grahua. *Common law systems*. In: Morrison, Alan B. *Fundamentals of American law*. New York University School of law, 1998. p. 9.

25

Gidi, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos... op., cit., p. 44-5.

26

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. Civil procedure cit., p. 20-1.

27

Justice United Kingdom. [www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules].

28

Para o acesso a uma obra publicada sobre o texto legal do conjunto de normas de processo civil norte-americano, recomenda-se a compilação de Clermont, Kevin M. *Federal Rules of Civil Procedure*. New York: Thomson Reuters, 2014.

29

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States*. United States of America: West, Thompson, 2006. p. 1.

30

Tribe, Laurence H. *American constitutional law*. Second Edition. Estados Unidos, NY: The Foundation Press, 1988. p. 18-9.

31

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional law - principles and policies*. 4th ed. United States of America: Wolters Kluwer Law & Business. p. 1.

32

Tribe, Laurence H. *American constitutional law* cit., p. 20.

33

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States* cit., p. 1-2.

34

Extraído das discussões por e-mail e por telefone e de outras reuniões no Brasil e aqui nos Estados Unidos entre o autor deste trabalho e o Antonio Gidi, que é um dos seus supervisores no pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Syracuse.

35

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States* cit., p. 4.

36

Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of The United States* cit., p. 41-2.

37

Idem, p. 1.

38

Veja no glossário no site das Cortes dos Estados Unidos sobre a common law: "The legal system that originated in England and is now in use in the United States, which relies on the articulation of legal principles in a historical succession of judicial decisions. Common law principles can be changed by legislation" (tradução nossa). O sistema jurídico que se originou na Inglaterra e agora está em uso nos Estados Unidos, que conta com a articulação de princípios jurídicos em uma sucessão histórica de decisões judiciais. Princípios da common law podem ser alterados pela legislação. (United States Courts. [www.uscourts.gov/Common/Glossary.aspx]).

39

Tribe, Laurence H. *American constitutional law* cit., p. 23-6.

40

United States Courts. [www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/SupremeCourt.aspx].

41

United States Court of Appeals for the Federal Circuit. [www.cafc.uscourts.gov/judges/sharon-prost-chief-circuit-judge.html].

42

United States Court of International Trade. [www.cit.uscourts.gov/AboutTheCourt.html#jurisdiction].

43

United States Courts. [www.uscourts.gov/JudgesAndJudgeships/FederalJudgeships.aspx].

44

United States Courts. [www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/AdministrativeOffice.aspx].

45

Federal Judicial Center. [www.fjc.gov].

46

United States Sentencing Commission One Columbus Circle. [www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf].

47

Gillers, Stephen. The american legal profession. In: Morrison, Alan B (general editor). Fundamentals of American law. Estados Unidos: Oxford University, 1998. p. 173-4.

48

United States Courts. [www.uscourts.gov/educational-resources/get-informed/federal-court-basics/jury-service-federal-courts/comparing-trial-juries-grand-juries.aspx].

49

The United States Department of Justice. [www.justice.gov/ag].

50

Burnham, William. Introduction to the law and legal system of The United States cit., p. 151.

51

United States Department of Justice. [www.justice.gov/usao/about/usattorneys.html].

52

Idem. *ibidem*.

53

Answers United States. [<http://answers.usa.gov/system/templates/selfservice/USAGov/#!portal/1012/article/4546/US%20Attorneys>].

54

United States Department of Justice. [www.justice.gov/usao/reading_room/reports/asr2013/13statrpt.pdfandMEDIAMATTERSFORAMERICA].

55

[<http://mediamatters.org/research/2007/03/16/myths-and-falsehoods-in-the-us-attorney-scandal/138315>].

56

Burnham, William. Introduction to the law and legal system of The United States cit., p. 152.

57

National Association of Attorneys General. [www.naag.org/current-attorneys-general.php].

58

Burnham, William. Introduction to the law and legal system of The United States cit., p. 153-4.

59

Nesse sentido: "A district attorney is a government official who prosecutes crimes in a certain jurisdiction. Depending on the jurisdiction, they attain their position by either election or appointment. Other titles for district attorney are solicitor, commonwealth attorney, state attorney, county attorney, county prosecutor, or prosecuting attorney. District attorneys prosecute non-federal law violations in their jurisdictions. In most states, the organization of a jurisdiction is by counties or a combination of counties. Some cities also have district attorneys" Answers United States (<http://answers.usa.gov/system/templates/selfservice/USAGov/#!portal/1012/article/3232/District-Attorneys>).

60

A Constituição da República Federativa do Brasil exige representação por advogado para que a pessoa possa postular em juízo (art. 133). Contudo, essa exigência não é absoluta, tendo em vista as demais garantias constitucionais, com destaque para o art. 5.º, XXXV, da CF. Sobre o exercício direto do jus postulandi no Brasil, convém ressaltar que, em 2010, o TST publicou a Súmula 425: "O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do TST". Nos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995, art. 9.º), a parte também poderá comparecer sem advogado em causas cujo valor vá até o limite de 20 salários mínimos. O habeas corpus poderá ser impretrado por qualquer pessoa e, portanto, também dispensa a inscrição na OAB (art. 654 do CPP).

61

American Bar Association. [www.americanbar.org/aba.html].

62

American Bar Association. [www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/bar_admissions/basic_overview.html].

63

Gillers, Stephen. The american legal profession. In: Morrison, Alan B (general editor). Fundamentals of American law. Estados Unidos: Oxford University, 1998. p. 152-3.

64

Mattei, Ugo A.; Ruskola, Teemu; Gidi, Antonio. Comparative law: cases-text-materials. Seventh Edition. United States of America: Foundation Press/Thompson Reuters, 2009. p. 638-9.

65

Hazard, Geoffrey Jr.; Leubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. Civil procedure. Estados Unidos: Thompson Reuters/Foundation Press, 2011. p. 706-7, explicam que as decisões no curso do procedimento judicial não podem ser revista até que o julgamento final seja finalizado, porém há algumas exceções, tendo algumas cortes admitido excepcionalmente a revisão de decisões interlocutórias, por exemplo, quando não se tratar de matéria de direito.

66

Supreme Court. [www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqg1].

67

Supreme Court. [www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf].

68

Nedzel, Nadia E. Legal reasoning, research, and Writing por internationsl graduate studantes. United States: Wolters Kluwer, 2012. p. 27-8.

69

Burnham, William. Introduction to the law and legal system of The United States cit., p. 129-134.

70

Consultar: Hazard Jr., Geoffrey; Eubsdorf, John; Bassett, Debra Lyn. Civil procedure. Sixth Edition. United States of America: Foundation Press, 2011. p. 186.

71

A respeito: Macey, Jonathan R.; Miller, Geoffrey P. Judicial review of class action settlements. United States of America: Journal of Legal Analysis, 167, Winter 2009. WestlawNext2015 Thomson Reuters.

72

Consultar: In re Prudential Ins. Co. Of am., 148 F. 3d 283.323 (3d Cir. 1988); Também: Cirsh v. Jespson 521 F. 2d 153, 157 (3d Cir. 1975).

73

Consultar: Report of the judicial conference of the United States on Class Action Settlements. February 2006. [[www.uscourts.gov/file/3163/download?token="BHO6pQf](http://www.uscourts.gov/file/3163/download?token=)]. Consultar ainda: Macey, Jonathan R.; Miller, Geoffrey P. Judicial review of class action settlements. United States of America: Journal of Legal Analysis, 167, Winter 2009. WestlawNext2015 Thomson Reuters.

74

Consultar: Federal Judicial Center: Manual for Complex Litigation. Fourth Edition. United States of America: 2004, p. 308-18. Disponível em: [[www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/\\$file/MCL40000.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/MCL40000.pdf/$file/MCL40000.pdf)].