

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ESTUDO COMPARADO DA FORMA DE RECRUTAMENTO DOS
MAGISTRADOS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS**

Mayara Karoline Bertuol

Presidente Prudente/SP
2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ESTUDO COMPARADO DA FORMA DE RECRUTAMENTO DOS
MAGISTRADOS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS**

Mayara Karoline Bertuol

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
José Arthur Teixeira Gonçalves.

Presidente Prudente/SP
2013

ESTUDO COMPARADO DA FORMA DE RECRUTAMENTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

José Arthur Teixeira Gonçalves

Daniela de Souza Straioto

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2013.

*A perseverança e o espírito fizeram
maravilhas em todas as eras.*

George Washington.

A memória é a fonte do esquecimento.

Eroni A. Bertuol.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por ter me dado força nos momentos de fraqueza, coragem e perseverança e por tornar este sonho concreto.

Ao meu pai por ser minha inspiração e meu herói, pelo apoio que sempre me deu nas decisões que tomei.

À minha mãe pelo amor, paciência e dedicação, por acreditar na minha capacidade.

Ao meu namorado e amigo, Danilo, por estar sempre ao meu lado me apoiando e incentivando.

À minha irmã, Tarineh, e ao meu cunhado, Lucas, que me acolhiam quando eu precisava, sempre colocando um sorriso em meu rosto.

Ao meu orientador, Prof. José Arthur Teixeira Gonçalves, pela orientação dada, imprescindível para o desenvolvimento e finalização deste estudo.

Agradeço aos queridos membros da minha banca, Prof. Daniel Gustavo Colnago de Oliveira Rodrigues e à Doutora Daniela de Souza Straioto, que mesmo com compromissos outros, não exitaram em me ajudar.

À Jennifer Noble e Thomas Noble que me ajudaram no desenvolvimento do tema e me deram oportunidades únicas para que este trabalho fosse completo.

A todos que de alguma forma contribuíram e me ajudaram a realizar este trabalho.

RESUMO

O objeto deste trabalho é o estudo dos métodos de recrutamento dos magistrados, especificadamente no Brasil e nos Estados Unidos, ambos estados federativos. Entretanto, antes de entrar neste assunto, é de suma importância o estudo da história destes países, entendendo-se como foi a colonização de cada um bem como o processo de independência, buscando os contextos nos quais se engendrara seus sistemas jurídicos. Além disso, necessário se faz entender o sistema legal que cada um está inserido. Por isso, abrange-se o estudo sobre a common-law e a civil-law. A análise dos sistemas legais, também chamado de sistemas de direito, leva ao estudo do Poder Judiciário destes Estados. Dentro desta análise, foca-se a atenção para a forma de recrutamento dos magistrados destes países. Há diversos métodos de recrutamento de magistrados e é impossível contabilizar quantas combinações de formas existem no mundo, visto que muitas vezes a escolha dos magistrados de primeiro grau e a escolha dos magistrados de segundo grau é feita de forma diversa. Os métodos mais comuns são a indicação/nomeação, o concurso público e as eleições. No Brasil, os juízes de primeiro grau são recrutados por meio de concurso público enquanto os desembargadores são escolhidos pelo método da indicação/nomeação. Já nos Estados Unidos cada estado-membro tem um sistema diferente de recrutamento. Por isso, estudar-se-á o sistema federal americano e o sistema estadual de uma forma genérica, para depois se aprofundar no recrutamento dos magistrados na Carolina do Norte e na Louisiana. Estes dois Estados-membros se utilizam das eleições para recrutarem seus magistrados de primeiro grau. Ao fim, confrontam-se os sistemas com o intuito de chegar a conclusão de se um sistema se mostra mais eficaz que o outro.

Palavras-chave: Magistrados. Recrutamento. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT

This paper has the objective to study the recruitment's method of the magistrates, specific in Brazil and United States. However, before start the main point, it is really important to study the history of these countries, to understand how the colonization of each one was as well the independence process. Moreover, it is necessary to know about the legal systems of these countries: common-law and the civil-law. The study of the legal systems takes us to the study of the Judiciary Power. Into this topic, the focus is on the study of the recruitment's method of the magistrates. There are many kinds of the recruitment's method of the magistrates and it is impossible to count how many combinations of methods are there in the world, since that many times the magistrates' choice is made in different ways for lower courts and supreme courts. The most common methods are by appointment, by public exams and by elections. In Brazil, the lower court judges are recruited by public exams while the supreme courts judges are appointed. In United States each state has a different recruitment system. For this reason we will study the American Federal Judiciary and the Judiciary from all the states in a generic form. After that, will we study the Judicial Power from North Carolina and Louisiana. Both states use elections to recruit their magistrates from lower courts. In the end we will compare the recruitment of the judges by elections and by public exams to try to conclude which system is the best.

Keywords: Magistrates. Recruitment. Brazil. United States.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS	12
2.1 A Expansão Marítima Européia	12
2.2 O Descobrimento e a Colonização do Brasil	14
2.2.1 O descobrimento do Brasil	15
2.2.2 A colonização do Brasil	16
2.2.3 A ordem político-econômica da colônia	18
2.2.4 A União Ibérica	19
2.2.5 O processo de independência	20
2.3 A Colonização dos Estados Unidos	22
2.3.1 As colônias do norte	23
2.3.2 As colônias do sul	24
2.3.3 A guerra dos sete anos	25
2.3.4 A independência dos Estados Unidos da América	26
2.4 As Diferenças e Semelhanças nas Formas de Colonização	28
3 O FEDERALISMO	32
3.1 O Federalismo Norte-Americano	33
3.2 O Federalismo Brasileiro	34
3.3 Comparação entre o Federalismo no Brasil e nos Estados Unidos	35
4 SISTEMAS LEGAIS DE DIREITO	37
4.1 O Sistema Legal Brasileiro: A Civil-Law	37
4.2 O Sistema Legal Americano: A Common-Law	39
4.3 As Semelhanças e as Diferenças entre a Common-Law e a Civil-Law	40
5 O PODER JUDICIÁRIO	43

5.1 A Estrutura do Poder Judiciário no Brasil _____	46
5.2 A Estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos _____	47
5.3 Comparação entre a Estrutura Judiciária do Brasil e dos Estados Unidos ____	49
6 A FORMA DE RECRUTAMENTO DOS MARGISTRADOS _____	55
6.1 Formas de Recrutamento de Magistrados no Brasil _____	56
6.2 Formas de Recrutamento de Magistrados nos Estados Unidos _____	60
6.2.1 O recrutamento de magistrados na Carolina do Norte _____	63
6.2.2 O recrutamento de magistrados na Louisiana _____	64
6.3 Comparação entre o Método de Eleição e o de Concurso Público _____	67
6.3.1 A influência sobre os magistrados _____	67
6.3.2 A legitimação dos magistrados _____	69
6.3.3 A aptidão e as características dos magistrados _____	70
6.3.4 A onerosidade dos métodos de recrutamento dos magistrados _____	72
7 CONCLUSÃO _____	74
BIBLIOGRAFIA _____	78
ANEXOS _____	84

1 INTRODUÇÃO

É comum ouvir em conversas cotidianas que se o Brasil tivesse sido colonizado por outro país que não Portugal a realidade dos brasileiros seria diferente. Ouve-se muito, também, que os Estados Unidos só são a potência mundial porque foram colonizados pela Inglaterra e esta metrópole implantou a colônia de povoamento nas chamadas treze colônias, não se aproveitando das terras de forma a prejudicar a colônia. Mas será que estas afirmações são realmente verdadeiras?

O presente trabalho não tem o escopo de responder a esta indagação, mas pode contribuir para o entendimento de algumas particularidades históricas e jurídicas, verificando-se como os contextos históricos e sociais em ambos países resultaram em sistemas jurídicos diferentes e como estes sistemas engendraram em formas diferenciadas de recrutamento de magistrados, atores sociais e políticos indispensáveis à democracia em ambos os países.

Assim, para a discussão do tema, a princípio, analisar-se-á no desenvolvimento deste trabalho a História do Brasil e a dos Estados Unidos, no tocante aos seguintes aspectos: como fora a colonização, as influências da época, os interesses que cada metrópole tinha em sua colônia, o processo de independência desses países, inclusive com a análise dos fatores que levaram a esta ação.

Dessa forma, foi permeado todo o processo histórico destes Estados até finalmente adentrar no capítulo referente aos sistemas de direito, profundamente marcados pelo federalismo, com diferenças acentuadas entre os dois países em estudo. Neste, explica-se a diferença entre o sistema da common-law e da civil-law, inclusive definindo quais são os elogios e as críticas a estes sistemas.

Após a análise dos sistemas de direito, analisar-se-á o Poder Judiciário no Brasil e nos Estados Unidos. Com relação aos Estados Unidos, de início, além de demonstrar a estrutura do Poder Judiciário Federal, far-se-á uma generalização da organização judiciária estadual, visto que cada Estado-membro americano usa uma estrutura diferente. Após, estuda-se especificadamente o Poder Judiciário do estado da Carolina do Norte e da Louisiana.

Enfim, chega-se no tema central do trabalho: o estudo da forma de recrutamento dos magistrados. Neste tópic, ver-se-á que há diversas maneiras de escolha dos magistrados, sendo as mais comuns por eleição, concurso público e indicação/nomeação. Após um panorama geral sobre as formas de recrutamento de magistrados, focar-se-á no estudo e comparação dos métodos de eleição e concurso público, definindo-se os pontos positivos e os negativos de cada método.

Para a realização deste trabalho, foi utilizado como métodos principais o histórico, o comparativo e o indutivo, além de pesquisa bibliográfica e documental.

A utilização do método histórico foi de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho visto que a base das instituições analisadas somente são entendidas após se esmiuçar o porquê elas nasceram e quais são as suas origens. Além disso, o surgimento de diferentes formas de recrutamento dos magistrados só pode ser estudado após se saber quais foram os ideais que levaram as pessoas de determinado país a concluírem que este ou aquele sistema seria melhor. Além do procedimento histórico, adota-se o método comparativo, com o intuito de cotejar diferenças e semelhanças nos sistemas de recrutamento dos magistrados.

Já o método indutivo será necessário visto que o estudo das formas de recrutamento dos magistrados e a análise destas, após uma profunda análise histórica, serão a base para se chegar a uma conclusão sobre os métodos apresentados, tentando-se definir se um método de recrutamento é mais eficaz que o outro ou se esta afirmação não pode ser feita pois cada Estado deve adotar o método mais eficiente para a sua realidade histórica atual.

2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS

Estudar a formação histórica do Brasil e dos Estados Unidos é de suma importância para se entender a atual estrutura política destes países. Assim, neste capítulo verificar-se-á como se deu o descobrimento e a colonização da América, partindo das grandes navegações.

Após, analisar-se-á o processo de colonização da colônia portuguesa na América e das colônias inglesas neste mesmo continente. O enfoque se dará nas semelhanças e nas diferenças entre estas colonizações. A forma de vida na colônia, quem veio para estas terras e qual a influência que cada metrópole exercia em seu território colonial.

Por fim, far-se-á um estudo sobre o federalismo de uma forma geral, aprofundando-se, posteriormente, no modelo federalista norte-americano e brasileiro, comparando as duas federações e estabelecendo suas semelhanças e diferenças.

2.1 A Expansão Marítima Européia

O Estado pioneiro da expansão marítima foi Portugal. Já em 1415 o país tinha se aventurado no Atlântico, dominando a cidade de Ceuta (Marrocos), ao norte da África. Este foi o marco inicial da expansão marítima portuguesa.

Entretanto, pode-se afirmar que a expansão marítima européia somente começou com a queda de Constantinopla (ao norte da Turquia). O mercado europeu era dependente desta cidade, visto que as rotas comerciais orientais passavam por ali bem como pela Itália.

Quando a cidade foi tomada pelos muçulmanos, o comércio entre a Europa e a Ásia decaiu. Os produtos orientais chegavam ao mercado europeu com preços altíssimos. Diante disso, era necessário procurar formas alternativas de chegar ao mercado Oriental, visto que as especiarias e os artigos de luxo que abasteciam a Europa vinham daquela área:

A queda de Constantinopla, em 1453, acelerou a expansão marítima: com as principais rotas comerciais no Mediterrâneo oriental sob controle dos turcos, as mercadorias asiáticas alcançaram um alto preço. Assim, era preciso descobrir novas rotas para evitar o domínio comercial de turcos e venezianos no Mediterrâneo e atingir as Índias diretamente, sem intermediação (SCHNEEBERGER, 2011, p. 150/151).

Em 1498, Vasco da Gama chega às Índias contornando o continente africano. Com esse feito, diz Schneeberger (2011, p. 152), “Portugal tinha atingido o seu objetivo máximo da expansão marítima”.

A Espanha começou a sua expansão marítima em 1492. Após a Reconquista (expulsão dos mulçumanos do território espanhol), a primeira grande navegação a ser financiada pelos reis espanhóis seria a expedição de Cristóvão Colombo.

Como Portugal detinha o monopólio das rotas às Índias pela costa africana, Colombo navegou no sentido ocidental, esperando chegar às Índias com base na teoria de que a Terra era esférica. “Colombo acreditava que um caminho a oeste do Atlântico seria mais rápido e mais seguro, por isso ele desenvolveu uma rota na qual se navegaria ao oeste para se chegar ao leste” (CHRISTOPHER, s.d., s.p.).

Logo se descobriu que as terras que Colombo chegou não era o continente asiático, mas sim um “Novo Mundo”. Portugal tinha interesse na participação da posse de parte destas terras e, assim, em 1494, foi oficializado o Tratado de Tordesilhas pelo Papa Alexandre VI. Este tratado dividia as terras descobertas entre os dois países ibéricos.

Com a descoberta do “Novo Mundo” a corrida marítima se intensificou ainda mais. Portugal percebeu que seria necessário explorar o Ocidente para poder garantir as suas posses terrestres. Mesmo assim, a prioridade portuguesa continuava sendo as relações comerciais com a Ásia.

Enquanto isso, a Inglaterra, que na época era um Estado atrasado e sem os avanços tecnológicos que as suas potências rivais (Portugal e Espanha) possuíam, começou a saquear os navios Ibéricos. Devido à frequência dos saques, e visto as vantagens que isso trazia ao país, a rainha Elizabete I decidiu “legalizar” tais atos de pirataria:

Vista de Londres, a pirataria era uma forma barata de travar uma guerra contra o principal inimigo europeu da Inglaterra, a Espanha. Efetivamente, a Coroa licenciava piratas como “corsários”, legalizando suas operações em troca de uma parte dos ganhos (FERGUSON, 2010, p. 27).

Além disso, os ingleses viviam uma crise interna. O antigo rei, Henrique VIII, havia feito uma cisão com a Igreja Católica e criado a sua própria Igreja, a Igreja Anglicana. Entretanto, a sucessão de reis e rainhas seguintes não continuavam a Reforma iniciada por Henrique VIII.

Quando Elizabete I assumiu o trono inglês, iniciou-se uma perseguição àqueles no reino que eram contra o Anglicanismo. Essa atitude fez com que muitos ingleses emigrassem para as colônias inglesas no norte da América em busca de liberdade:

A rainha perseguiu adversários do anglicanismo, acusando-os de desobediência ao Estado, o que acarretou o aumento da emigração para a América. Mas a rainha também incentivou a fundação de colônias na América do Norte, como a Virgínia (SCHNEEBERGER, 2011, p. 189).

Entretanto, apesar de Elizabete I perseguir os cidadãos contrários à doutrina Anglicana, levando-os a emigrar, ela também incentivou expedições colonizadoras na América do Norte.

Com a cisão do Estado Inglês com a Igreja Católica, a Inglaterra não reconhecia mais o Tratado de Tordesilhas, o qual fora assinado em 1494 com o consentimento e a benção do Papa. Com isso, a divisão das terras do Ocidente entre Portugal e Espanha não tinha validade para a Inglaterra.

A partir deste ponto, estudar-se-á a colonização da América do Norte e a do Brasil, atentando-se para as diferentes formas de colônias que foram estabelecidas nestas regiões.

2.2 O Descobrimento e a Colonização do Brasil

Neste tópico, visa-se explicar todo o desenrolar da história do Brasil, desde seu descobrimento até a proclamação da independência.

Analisa-se fatos considerados essenciais para a formação do país, como, por exemplo, o período da União Ibérica, que repercutiu em uma grande influência espanhola no Brasil.

Também se analisará a vinda da Coroa portuguesa para a colônia, frisando o porquê isto aconteceu e quais foram as consequências disso para o Brasil e para Portugal.

Ver-se-á como os acontecimentos internos modificaram a vida da colônia e como os acontecimentos externos influenciaram o Brasil.

2.2.1 O descobrimento do Brasil

Estuda-se nas escolas que Pedro Álvares Cabral descobriu o Brasil em 1500 por acaso, enquanto tentava chegar às Índias. Entretanto, há uma discussão sobre a chegada de Cabral ao sul da América. Há quem defenda que não foi tão ao acaso assim:

Não sabemos se o nascimento do Brasil se deu por acaso, mas não há dúvida que foi cercado de grande pompa. A primeira nau de regresso da viagem de Vasco da Gama chegou a Portugal, produzindo grande entusiasmo, em julho de 1499. Meses depois, 9 de março de 1500, partia do Rio Tejo em Lisboa uma frota de treze navios [...] aparentemente com destino às Índias, sob o comando de um fidalgo de pouco mais de trinta anos, Pedro Álvares Cabral. A frota, após passar as Ilhas do Cabo Verde, tomou rumo oeste, afastando-se da costa africana até avistar o que seria terra brasileira em 21 de abril (FAUSTO, 2003, p. 30).

Mesmo após a descoberta do Brasil, o foco econômico de Portugal continuou sendo as Índias. Isto porque, a princípio, não se achava nada de valor na nova colônia, nada que desse lucro fácil e imediato à Coroa Portuguesa:

Com o tempo, o comércio do pau-brasil se tornou lucrativo e despertou o interesse dos franceses. Assim, a França começou a enviar expedições para o Brasil para a exploração da madeira. Portugal não tinha como vigiar todo o seu território devido à sua grande extensão litorânea, o que facilitava o tráfico francês.

Para praticar tais atos, a França negou o reconhecimento do tratado de Tordesilhas, sustentando sua negativa no “princípio de que era possuidor de uma área quem efetivamente a ocupasse” (FAUSTO, 2003, p. 43). Portugal tentou inibir a ação dos franceses na costa brasileira enviando expedições guarda-costas. Entretanto isto não foi suficiente para frear a ação dos franceses.

Diante das práticas de pirataria francesa, Portugal foi obrigado a intensificar a segurança em todo o litoral da colônia bem como iniciar uma efetiva colonização do Brasil. Nas palavras de Eduardo Bueno (2003, p. 41):

No instante em que a cobiça dos navegadores e traficantes franceses pelo território brasileiro tornou-se ostensiva, e seu conhecimento do litoral e a aliança com várias tribos indígenas evidente, a Coroa portuguesa abandonou a inércia e decidiu enviar ao Brasil uma poderosa expedição –

desta vez, não apenas uma missão militar, mas também colonizadora. Para comandá-lá, foi escolhido o fidalgo Martin Afonso de Souza [...].

As invasões francesas foram decorrentes da crise econômica que a Europa passava neste período. Assim, outros países começaram a investir nas navegações e ocupações de terras coloniais, mudando o quadro político-econômico do mundo.

Isto porque as duas grandes potências marítimas, Portugal e Espanha, foram aos poucos ultrapassadas por países como a Inglaterra, França e Holanda. Além disso, a economia que antes era feudal foi modificada levando a um novo quadro econômico: o mercantilismo com o conseqüente poder centralizado dos Estados.

A partir de então, inicia-se o processo de colonização do Brasil, o qual será analisado no próximo tópico.

2.2.2 A colonização do Brasil

Além das mudanças do quadro econômico mundial, os metais preciosos que haviam sido encontrados pela Espanha na sua parte da América, de acordo com o Tratado de Tordesilhas, fez despertar o interesse na ocupação das terras brasileiras.

A primeira tentativa de colonização do Brasil foi a implantação das chamadas Capitânicas Hereditárias. Este sistema consistiu na divisão das terras brasileiras em quatorze capitânicas que foram doadas aos chamados donatários, os quais tinham autoridade econômica, administrativa, jurídica e militar.

Entretanto, apesar desta aparente liberdade, os donatários tinham uma ligação forte com a Coroa Portuguesa, pois esta recebia parte dos lucros que os donos das Capitânicas tinham bem como recebiam tributos sobre alguns produtos. Por isso, a fiscalização da metrópole era rígida. Na explanação de Bóris Fausto (2003, p. 45):

Os donatários receberam uma doação da Coroa, pela qual tornavam possuidores mas não proprietários da terra. Isso significava, entre outras coisas, que não podiam vender ou dividir a capitania, cabendo ao rei o direito de modificá-la ou mesmo extingui-la. A posse dava aos donatários

extensos poderes tanto na esfera econômica (arrecadação de tributos) como na esfera administrativa. A instalação de engenhos de açúcar e de moinhos de água e o uso de depósitos de sal dependiam do pagamento de direitos; parte dos tributos devidos à Coroa pela exploração de pau-brasil, de metais preciosos e de derivados da pesca cabiam também aos capitães-donatários. Do ponto de vista administrativo, eles tinham o monopólio da justiça, autorização para fundar vilas, doar sesmarias, alistar colonos para fins militares e formar milícias sob seu comando.

O sistema de Capitânicas Hereditárias possibilitou que a Coroa Portuguesa povoasse a colônia, montando uma organização, ainda que mínima, sem dispendir muitos gastos. Isto era muito interessante para a metrópole visto que esta já tinha investido muito na ocupação da Índia.

Apenas duas capitânicas prosperaram: a Capitania de São Vicente e a Capitania de Pernambuco. Com o fracasso da maioria das Capitânicas, a Coroa portuguesa decidiu investir em um novo modelo de colonização: o Governo-Geral. Explica-se que com a instalação do governo-geral do Brasil as Capitânicas Hereditárias não foram extintas. O que ocorreu foi uma centralização do poder e a diminuição da autonomia dos donatários.

Em 1549 Tomé de Souza chega ao Brasil como o primeiro Governador-Geral do Brasil. Esta nova ordem social brasileira estava regulada no chamado Regimento Real. De acordo com Luiz Koshiya e Denise M. F. Pereira (1987, p. 32), ao governador-geral competia:

Coordenar a defesa da terra contra ataques, instalando e refazendo fortes, construindo navios e armando os colonos; fazer aliança com os índios e iniciar sua catequese, evitando sua escravidão e concedendo-lhe terras, visando sua integração produtiva na economia colonial; dar sesmarias, facilitando o estabelecimento de engenhos. Explorar o sertão, informando a Coroa sobre as descobertas; proteger os interesses metropolitanos no que dizia respeito ao estanco do pau-brasil e à arrecadação de impostos.

Do corpo administrativo do Governo-Geral faziam parte o provedor-mor, encarregado da cobrança dos tributos, o ouvidor-mor, autoridade maior do judiciário, e o capitão-mor, incumbido da guarda da costa brasileira.

Em 1553 teve início o segundo Governo-Geral do Brasil sendo Duarte da Costa nomeado pelo Rei como governador-geral. Durante o seu governo, Duarte da Costa teve que enfrentar diversos ataques franceses às terras brasileiras. O mais famoso foi o ocorrido no litoral do Rio de Janeiro, onde os franceses instituíram a chamada França-Antártica.

As investidas francesas no Brasil tinham como escopo a posse da terra para que continuassem a exploração do pau-brasil. Entretanto, não foi somente a

cobiça pelas terras brasileiras que incentivaram estas invasões. Problemas internos na França também levaram a estas ações:

Além disso, problemas internos na França colaboraram para a formação de um núcleo colonial no Brasil, a França Antártica. Isso aliviaria as tensões político-religiosas iniciadas pelo crescimento dos calvinistas (huguenotes) e atenderia de perto aos interesses mercantilistas da Coroa francesa. Chefiados por Villegaignon, protegidos militarmente por Gaspar de Coligny e com o assentimento de Henrique II, os franceses instalaram-se na baía de Guanabara, fundando o forte Coligny (KOSHIBA; PEREIRA, 1987, p. 33).

Duarte da Costa fora logo substituído por Mem de Sá. Isto porque o segundo governador-geral autorizou que os índios fossem sujeitos ao trabalho forçado, criando desentendimentos entre os colonos e os jesuítas.

O terceiro governador-geral do Brasil fora escolhido pelo rei D. João III. Mem de Sá conseguiu expulsar os franceses do Rio de Janeiro em 1567 e diminuiu os conflitos entre colonos e jesuítas. Este último feito foi em parte um efeito do início do tráfico de negros africanos para o Brasil.

Com o falecimento de Mem de Sá, em 1572, o rei D. Sebastião dividiu o Brasil em dois governos. Apesar dos esforços, a ideia de D. Sebastião não prosperou, sendo o governo do Brasil reunido novamente em 1578. O governador-geral nomeado foi Lourenço de Veiga, que permaneceu no poder até 1580, quando ocorreu a União Ibérica (KOSHIBA; PEREIRA, 1987, p. 34).

2.2.3 A ordem político-econômica da colônia

A visão da metrópole com relação ao Brasil era de que a colônia deveria trazer lucros. Assim, havia o incentivo da produção do açúcar, pois este era um produto muito consumido em toda a Europa e que tinha um preço alto no mercado. A exploração do açúcar na colônia era feita no sistema de monocultura com o uso da mão-de-obra escrava, sendo outras mercadorias produzidas somente para a subsistência.

O fator mais importante na escolha dos africanos para serem usados como mão-de-obra foi os lucros que a atividade escravagista trazia. Esta escravização foi incentivada principalmente pela metrópole visto que o comércio de escravos somente poderia ser feito por ela. Nas palavras de Luiz Koshiba e Denise M. F. Pereira (1987, p 38) sobre o tráfico negreiro:

Esse tráfico tornou-se um elemento de acumulação de capitais para a metrópole. [...] Os lucros advindos do comércio com os índios não chegavam até a metrópole. Exatamente o oposto ocorria com o tráfico negreiro: gerava capital e, assim, beneficiava a Coroa.

Ademais, os produtos feitos pela colônia só poderiam ser comercializados com Portugal. Fechava-se, assim, o chamado Pacto Colonial, que é o comércio entre a colônia e a metrópole em forma de círculo. Nas palavras de Bóris Fausto (2003, p. 56), o Pacto Colonial era:

Tratava-se de impedir ao máximo que navios estrangeiros transportassem mercadorias da colônia, sobretudo para vender diretamente para outros países da Europa. Inversamente, procurava-se também impedir que mercadorias, em especial as não produzidas na metrópole, chegassem à colônia em navios desses países. Em termos simplificados, buscava-se deprimir, até onde fosse possível, os preços pagos na colônia por seus produtos, para vendê-los com maior lucro na metrópole. Buscava-se também obter maiores lucros da venda na colônia, sem concorrência, dos bens por ela importados.

Percebe-se, portanto, que o pacto colonial tinha como objetivo evitar ao máximo que a colônia comercializasse com outros países. Isto porque não era lucrativo que ela tivesse relações comerciais diretas com o restante da Europa.

2.2.4 A União Ibérica

A União Ibérica foi a União entre Espanha e Portugal que ocorreu devido a uma crise dinástica em Portugal. Após a morte de D. Sebastião, rei de Portugal, que não deixou nenhum descendente, abriu-se a vaga para o trono português, em 1580. Filipe II, rei da Espanha, assumiu a Coroa portuguesa. Esta União resultou em alguns efeitos no território brasileiro:

Com a mudança da conjuntura política européia, os países inimigos da Espanha, ou seja, França, Inglaterra e Holanda, promoveram ataques regulares ao litoral brasileiro, estimulados por razões político-militares (ataques indiretos à Espanha, já que o Brasil formalmente fazia parte do império colonial espanhol) e econômicas (os superlucros do comércio colonial) (KOSHIBA E PREIRA, 1987, p. 62).

Apesar dos ataques ao território brasileiro, a União Ibérica foi de suma importância para o Brasil, visto que a colônia passou a aparecer mais em uma visão internacional bem como a expandir internamente.

O fim da União Ibérica se deu em 1640. Após o governo de Filipe IV, que aumentou os impostos e oprimiu o povo, os portugueses se revoltaram e, depois de algumas batalhas, D. João IV foi proclamado rei de Portugal.

Quando se findou a União ibérica, o Brasil tinha tomado proporções territoriais imensas, “invadindo” parte do que seria da Espanha de acordo com o Tratado de Tordesilhas, mas as quais jamais voltariam a pertencer à metrópole espanhola.

Insta salientar que durante a União Ibérica Filipe II proibiu o comércio dos brasileiros com a Holanda devido à proclamação da independência holandesa. Sem poder comercializar com o Brasil, os holandeses começaram a atacaram a cidade de Salvador.

Após a expulsão dos holandeses do Brasil, Portugal entrou em uma profunda crise econômica devido aos gastos com a guerra de expulsão. Além disso, o país já tinha tido gastos exorbitantes com a restauração em 1640. Visto tal situação, Portugal estabeleceu medidas mais rígidas com a colônia com relação à cobrança de impostos e o controle do comércio colonial.

2.2.5 O processo de independência

A nova ordem político-econômica na colônia causou uma grande agitação da população colonial. Foram feitas diversas rebeliões e insurreições como resposta aos altos tributos cobrados e as represálias comerciais. Conforme diz Eduardo Bueno (2003, p. 132):

Várias insurreições ocorreram contra a dominação portuguesa durante o período colonial brasileiro. Embora algumas delas tenham se tornado também lutas pela autonomia e independência, os reais motivos de sua eclosão foram os desmandos do sistema colonial – pesadas tributações, impostos e monopólios estatais. Com frequência, essas revoltas tomavam ares nacionalistas [...].

Devido à Independência das colônias inglesas na América do Norte em 1776 e a Revolução Francesa de 1789, ideias liberais começavam a influenciar o mundo todo. Com receio de que estas novas filosofias atingissem o Brasil, Portugal tentava cada vez mais controlar a colônia. Como explica Bóris Fausto (2003, p. 113):

Ao mesmo tempo que a Coroa lusa mantinha uma política de reforma do absolutismo, surgiram na colônia várias conspirações contra Portugal e tentativas de independência. Elas tinham a ver com as novas ideias e os fatos ocorridos na esfera internacional, mas refletiam também uma realidade local.

Enquanto isso, na Europa, Napoleão Bonaparte dominava todos os reinos do continente enquanto a Inglaterra passava pela Revolução Industrial, tornando-se a maior potência produtora de manufaturados do mundo.

Dentro deste cenário, França e Inglaterra eram as maiores rivais da época. Os ingleses tinham interesse em manter o domínio sobre as colônias bem como intensificar relações com os países europeus. Isto porque com o grande volume da produção de manufaturados, o país precisava de mercado consumidor de seus produtos. Em contrapartida, a França, comandada por Napoleão, dominava boa parte da Europa, após diversas vitórias em uma sequência de guerras.

Diante do conflito de interesses das duas potências, Napoleão Bonaparte decretou o chamado “bloqueio continental”, em 1806. O intuito deste bloqueio era impedir que as nações européias comercializassem com a Inglaterra.

Com a ameaça da invasão caso não aderisse ao bloqueio continental, o rei português, D. João, tinha que decidir entre seguir as ordens de Napoleão e correr o risco dos ingleses atacarem o país e invadirem suas colônias, inclusive o Brasil, ou seguir o conselho dos ingleses e fugir para o Brasil, abandonando o país e deixando-o à mercê de Napoleão.

A decisão foi tomada pelo rei D. João e em 29 de novembro de 1807 a esquadra real partia dos portos lusos rumo ao Brasil (GOMES, 2007, p. 64). A frota de navios portugueses chegou ao Rio de Janeiro em 1808.

A vinda da família real para o Brasil foi de suma importância, pois foi o primeiro passo para que a colônia se desenvolvesse. Já na chegada às terras brasileiras, o primeiro ato do rei foi a abertura dos portos:

Logo ao chegar, durante sua breve estada na Bahia, Dom João decretou a abertura dos portos do Brasil às nações amigas (28 de janeiro de 1808). Mesmo sabendo-se que naquele momento a expressão “nações amigas” era o equivalente à Inglaterra, o ato punha fim a trezentos anos de sistema colonial. (FAUSTO, 2003, p.122).

Além da abertura dos portos, após a chegada da família real no Brasil, muitas outras mudanças aconteceram. A colônia começou a se modernizar e houve a criação de um governo estruturado.

Com a queda de Napoleão e a conseqüente retirada dos franceses de Portugal, a população lusa esperava a volta de D. João. Em 1821 o rei voltou para Portugal, retomando o trono português, entretanto, subordinado as várias exigências do parlamento português. Seu filho, D. Pedro, permaneceu no Brasil como Príncipe-Regente da colônia.

Desde a volta de D. João a Portugal, as cortes vinham tomando decisões contra os interesses do Brasil, deixando os brasileiros e lusos que moravam na colônia desgostosos. A intenção dos portugueses era de que o Brasil voltasse à sua antiga posição de simples colônia, deixando de ser reino unido com Portugal e Algarve.

Por isso, no final de 1821 decretaram a volta do Príncipe-Regente a Portugal. D. Pedro desrespeitou as ordens da corte portuguesa, permanecendo no Brasil, acontecimento este conhecido como “Dia do Fico”. Depois disso, todas as ações visavam à ruptura entre Brasil e Portugal:

Os atos do príncipe regente posteriores ao “fico” foram atos de ruptura. As tropas portuguesas que se recusaram a jurar fidelidade a Dom Pedro viram-se obrigadas a deixar o Rio de Janeiro. Esboçava-se a partir daí a criação de um exército brasileiro. Dom Pedro formou um novo ministério, composto de portugueses, mas cuja chefia coube a um brasileiro. (FAUSTO, 2003, p. 132).

Todas as ações de Dom Pedro levaram à Independência do Brasil, em sete de setembro de 1822. “Com um governo monárquico, o príncipe-regente era coroado Imperador do Brasil, com o título de Dom Pedro I” (FAUSTO, 2003, p. 134).

2.3 A Colonização dos Estados Unidos

Conforme já dito no tópico sobre a expansão marítima europeia, no início das grandes navegações a Inglaterra era um país atrasado e que perdia em termos de desenvolvimento tecnológico para as suas rivais, principalmente a Espanha.

Assim, a maioria das embarcações inglesas tinha o objetivo de saquear as embarcações das nações ibéricas, roubando-lhes ouro, metais e pedras preciosas.

Com a ruptura da Inglaterra com a Igreja Católica, que levou ao não reconhecimento do Tratado de Tordesilhas, os ingleses começaram a investir na colonização do norte da América, que por determinação do referido tratado pertencia à Espanha. Tal ato não incomodou tanto os espanhóis:

Os espanhóis tinham achado enormes quantidades de prata quando conquistaram o Peru e o México. Os ingleses tinham tentado o Canadá, a Virgínia e a Gâmbia, e não acharam nada. Só havia uma coisa a fazer: roubar os espanhóis (FERGUSON, 2010, p. 32).

Visto que as terras (teoricamente) invadidas pelos ingleses não ofereciam nada de valioso, a coroa espanhola não deu muita importância à ocupação.

Além de não reconhecer o Tratado de Tordesilhas, a ruptura com o catolicismo fez com que fosse criada a Igreja Anglicana. Quando a rainha Elizabeth I assumiu o trono inglês houve uma inexorável perseguição àqueles que proferiam outras religiões. Isto fez com que muitos ingleses emigrassem para as colônias norte-americanas com o objetivo de obter uma maior liberdade religiosa.

Entretanto, não foi só a perseguição religiosa que incentivou a emigração para a América. No século XVII houve um grande crescimento do êxodo rural devido à privatização de terras comuns:

No século XVII, intensifica-se o processo de cercamento (*enclosures*) que tinham se iniciado no final da Idade Média. As velhas terras comuns e os campos abertos, indispensáveis à sobrevivência dos camponeses, estavam sendo cercados e vendidos pelos proprietários, principalmente em função do progresso de criação de ovelhas. O capitalismo avança sobre o campo e o desenvolvimento da propriedade privada excluía muitos trabalhadores. Para diversos camponeses, o fim das terras comuns foi também o fim da vida no campo.

O êxodo rural cresce consideravelmente. As cidades inglesas aumentam e o número de pobres nelas é grande. É dessa massa de pobres que sairá parte do contingente que emigra para a América em busca de melhores condições (KARNAL, 2007, p. 35).

As primeiras expedições foram conduzidas para o Sul da América do Norte, na região onde atualmente se encontra os estado da Virgínia. Com a ascensão da dinastia Stuart, a Inglaterra incentivou a colonização entregando esta atividade as companhias privadas.

Com o passar do tempo, as colônias inglesas foram se dividindo entre colônias do Norte e colônias do Sul. As duas eram totalmente distintas, desde a forma de governo, o clima, as tolerâncias, entre outras diferenças.

2.3.1 As colônias do norte

As colônias localizadas na parte norte da América do Norte, também conhecidas como colônias setentrionais, tinham um clima temperado, muito parecido com o clima da metrópole inglesa. Devido a este fator, a colonização desta área foi mais livre, visto que nada se podia produzir ali que fosse de valia para a Inglaterra.

Por isso, nesta área se desenvolveu a policultura e a distribuição de pequenas propriedades para os colonos que ali se instalaram bem como a pesca. Nas palavras de Leandro Karnal (2007, p. 56):

Essa questão climática favoreceu o surgimento, único no universo colonial das Américas, de um núcleo colonial voltado à policultura, ao mercado interno e não totalmente condicionado aos interesses metropolitanos.

Ademais, como o interesse do controle sobre estas colônias pela metrópole era de menor importância, elas poderiam inclusive comercializar com outros países fora do chamado “comércio triangular”. Ainda que tal “comércio exterior” tivesse regras, quebrou-se uma tradição típica do pacto colonial:

O comércio triangular pode ser descrito, simplificado, como a compra de cana e melado das Antilhas, que seriam transformados em rum. A bebida obtinha fáceis mercados na África, para onde era levada por navios da Nova Inglaterra e trocada, usualmente, por escravos. Esses escravos eram levados para serem vendidos nas fazendas das Antilhas ou nas colônias do sul. Após a venda, os navios voltavam para a Nova Inglaterra com mais melado e cana para produção de rum. Era uma atividade altamente lucrativa, entre outros motivos por garantir que o navio sempre estivesse carregado de produtos para vender em outro lugar.

O comércio triangular também poderia envolver a Europa, para onde os navios levavam açúcar das Antilhas, voltando com porções de produtos manufaturados (KARNAL, 2007, p. 56/57).

Insta salientar que as pessoas que emigravam para esta parte da colônia inglesa, em geral, vinham com o contrato chamado de “servidão temporária”. Neste sistema, o proprietário de terra pagava a passagem da pessoa e este lhe pagaria o valor em trabalho. Pago o valor equivalente, o contrato de trabalho se findava. Mostra-se importante dizer ainda que muitas destas pessoas atravessavam o oceano com suas famílias para começar uma nova vida na América.

2.3.2 As colônias do sul

Em oposição, as colônias do sul tinham um clima tropical muito parecido com o clima das colônias espanholas e portuguesas, inclusive o Brasil. Por isso, a colonização desta área foi incentivada pela metrópole inglesa.

A produção principal destas colônias era de tabaco e o algodão, os quais eram exportados para a metrópole. Em contrapartida, a metrópole abastecia estas colônias com produtos manufaturados. Visto que a economia predominante

era a monocultura em grandes áreas, a mão-de-obra utilizada era a escrava. Nas palavras de Leandro Karnal (2007, P. 58):

[...] As colônias do Sul com o predomínio do latifúndio, voltado quase que inteiramente à exportação, ao trabalho servil e escravo e pouco desenvolvidas quanto às manufaturas.

Assim, observa-se que a sociedade nestas colônias era mais conservadora e aristocrata bem como escravocata. Com o passar dos anos, a maior parte da população sulista seria de escravos negros.

2.3.3 A guerra dos sete anos

A Guerra dos Sete Anos foi um conflito entre a França e a Inglaterra e seus respectivos aliados. Para as duas grandes potências, a guerra tinha como finalidade definir quem dominaria os mercados consumidores da América do Norte e da Ásia. De acordo com Rainer Sousa (s.d., s.p.):

Em um primeiro momento desse conflito, os exércitos prussianos realizaram uma aliança militar com a Inglaterra, que fazia franca oposição ao apoio que os austríacos tinham por parte das forças francesas. Ao mesmo tempo em que esses exércitos se enfrentavam dentro da Europa, França e Inglaterra promoviam conflitos paralelos pelo controle de regiões da América do Norte, Índias Ocidentais, Índia, África, mar Mediterrâneo, Canadá e Caribe.

A guerra se findou saindo a Inglaterra como vencedora. A partir deste marco, as relações entre a metrópole inglesa e as colônias norte-americanas mudariam drasticamente:

[...] A metrópole, ausente e distante, raramente interferia na vida interna das colônias.

Essa situação tende a mudar no século XVIII. O sistema político inglês definira-se como uma monarquia parlamentar, o que proporcionará à Inglaterra grande estabilidade política. Participando do poder, a burguesia inglesa promove grande desenvolvimento econômico [...] (KARNAL, 2007, p. 74).

Mostrou-se claro que os interesses da metrópole e da colônia nem sempre eram os mesmos e, nestes casos, o interesse da Inglaterra se sobrepunha. Com a burguesia no comando do parlamento inglês, as leis aprovadas sempre visavam o despejo dos manufaturados produzidos nas fábricas no comércio exterior, principalmente no comércio com as colônias.

Além disso, após o fim da guerra, o país estava com um *deficit* nos cofres e achou na tributação colonial a forma de reverter este quadro. Alguns

exemplos são a Lei do Açúcar e a Lei do Selo. Sobre esta nova ordem político-econômica, escreve Leandro Karnal (2007, p. 76):

A Inglaterra tornou-se, após a Guerra dos Sete Anos, a grande potência mundial e passou a desenvolver uma política crescente de domínio político e econômico sobre as colônias.

O grande marco da revolta dos colonos contra as ações da Inglaterra foi a chamada “Festa do Chá de Boston”. Tal evento consistiu no ataque de três navios no porto de Boston por 150 colonos disfarçados de índios. Os colonos atiraram o carregamento de chá ao mar (KARNAL, 2007, p. 79). Esta reação era contra o aumento do preço do chá que aconteceu visto que a comercialização do produto foi entregue exclusivamente para a Companhia das Índias Orientais.

A partir daí, os desentendimentos entre colônia e metrópole só se intensificariam, resultando na Independência dos Estados Unidos da América em quatro de Julho de 1776. A Declaração da Independência fora redigida por vários autores, entre eles, Thomas Jefferson.

2.3.4 A independência dos Estados Unidos da América

A declaração de Independência dos Estados Unidos ocorreu em quatro de julho de 1776. As ideias revolucionárias mostravam o quanto as atitudes da Inglaterra iam contra os interesses coloniais, defendendo que a metrópole visava somente os seus próprios interesses. Um folheto publicado na época, escrito por Paine (s.d., s.p.), *apud* por Leandro Karnal (2007, p. 85), diz que:

A Inglaterra é, apesar de tudo, a pátria-mãe, dizem alguns. Sendo assim, mais vergonhosa resulta sua conduta, porque nem sequer animais devoram suas crias nem fazem os selvagens guerra a suas famílias; de modo que esse fato volta-se ainda mais para a condenação da Inglaterra [...] Europa é a nossa pátria-mãe, não a Inglaterra. Com efeito, este novo continente foi asilo dos amantes perseguidos da liberdade civil e religiosa de qualquer parte da Europa [...] a mesma tirania que obrigou aos primeiros imigrantes a deixar o país segue perseguindo seus descendentes.

Os Estados Unidos da América se tornaram a primeira colônia americana a se desvincular da metrópole européia, disseminando ideias de liberdade religiosa, igualdade entre os cidadãos e a busca da felicidade.

George Washington foi eleito o primeiro presidente dos Estados Unidos da América, seguido de John Adams e, posteriormente, Thomas Jefferson.

A população das antigas treze colônias, apesar das divergências políticas com relação à questão escravocata, acreditava nos ideais implantados pelos revolucionistas da independência, tendo a convicção de que o novo país era mais justo, democrático e livre do que os modelos europeus:

O país, como um todo, permanecia fiel à visão que tinha construído de si mesmo: um lugar independente, democrático e auto-suficiente, guiado por pessoas virtuosas que marchavam em direção ao progresso. O tom adotado por Jefferson acabou lhe permitindo receber grande apoio político, mesmo na Nova Inglaterra em que as tendências ruralistas eram menores. Os cidadãos norte-americanos pareciam acreditar que o sonho de uma república perfeita e intacta seria realizado. As maiores ameaças a esse relativo sentimento de paz e vitória, sem dúvida, acabariam sendo as guerras na Europa, num contexto internacional, e a expansão para o oeste, dentro da própria nação (KARNAL, 2007, p. 102).

A guerra entre a Inglaterra e a França teve reflexos no novo país, visto que este estabelecia relações de comércio com as duas potências rivais. Já no governo de James Madison, foi baixada uma lei que proibia os comerciantes de fazer negócios com ingleses e franceses. Tal lei não foi seguida pelos comerciantes pois o comércio com os dois países europeus era mais lucrativo de que com restante do mundo.

Outra questão que abalou a paz entre o recém-liberto Estados Unidos foi a expansão territorial para o oeste. Os novos territórios conquistados se tornariam estados-membros americanos. A grande preocupação era “como seriam então estes novos estados? Escravistas, como no Sul, ou não escravistas, como os do Norte? Esse era um problema importante, porque determinaria a posição de cada um nos assuntos políticos de interesse de cada região” (KARNAL, 2007, p. 109).

Nas eleições de 1860 foi eleito como presidente Abraham Lincoln, considerado um antiescravista. Nesta época, os estados sulistas já pensavam em uma separação entre o Sul e o Norte. Entretanto, o então presidente não aceitaria esta divisão, defendendo inclusive hostilmente a união das duas regiões. Esse impasse culminou na Guerra Civil americana, um dos episódios mais importantes da história dos Estados Unidos.

Os estados do norte saíram vitoriosos da Guerra Civil e esta vitória se deu por um aspecto relevante. Os nortistas já haviam começado a sua Revolução Industrial, o que deu a eles uma vantagem com relação aos estados sulistas, que ainda tinham uma estrutura agrícola. “A Revolução Industrial estava em andamento no norte desde aproximadamente 1820, com as ferrovias, o barco a vapor e o telégrafo como bons exemplos da expansão econômica” (KARNAL, 2007, P. 135).

Portanto, a guerra civil desestruturou as bases da economia sulista enquanto para o Norte, a guerra foi, em termos, vantajosa, visto que os estados produziam munições, armas, vestimentas, alimentação, entre outros produtos que sustentavam a guerra.

Desta forma, o Estado norte-americano se reafirmou como uma nação unida e soberana, não escravista e que tinha um governo visando o bem da população, garantindo a liberdade e os direitos individuais, conforme se confirma no célebre discurso Lincoln, “That this nation, under God, shall have a new birth of freedom... That government of the people, by the people, for the people shall not perish of the earth” (LINCOLN, s.d., s.p.)¹.

2.4 As Diferenças e as Semelhanças das Formas de Colonização

Leva-se sempre em consideração as formas de colonização para explicar as atuais diferenças entre o Brasil e os Estados Unidos. Diz-se comumente que o Estados Unidos são um país desenvolvido e bem sucedido pois lá foram implantadas as colônias de povoamento e o Brasil é um país em desenvolvimento e cheio de imperfeições porque aqui foram implantadas as colônias de exploração.

Esta afirmação é, no máximo, meio correta. Isto porque, como visto nos tópicos anteriores, houve a implantação de colônias de exploração nas colônias do sul dos Estados Unidos. Ademais, as colônias do norte só não tiveram este mesmo sistema visto que era inviável, pois o clima nortista era o mesmo clima europeu, não propiciando, portanto, a implantação da monocultura para exploração.

Desta forma, pode-se concluir que a forma de colonização teve somente uma pequena influência na atual conjuntura destes países. Entretanto, não foi este o ponto determinante. Há diversos outros fatores que levaram a esta discrepância.

¹“Que esta nação, sob a proteção de Deus, renasça em liberdade... para que o governo do povo, pelo povo e para o povo não pereça da terra” (tradução nossa).

A primeira circunstância a ser observada é a situação geográfica das duas antigas colônias. A costa leste americana é formada de planícies, o que facilitou o desbravamento do lugar pelos colonizadores. Já a costa brasileira é permeada de montanhas, rios com cachoeiras, entre outros dificultadores da exploração da terra pelo colonizador. Vianna Moog (s.d.,s.p.), *apud* Leandro Karnal (2007, p. 26), explica que:

Quanto à geografia, o autor destaca para os Estados Unidos as facilidades de planícies imensas e rios excelentes para a navegação, como o Mississipi. A natureza norte-americana, ao contrário da brasileira, facilita em muito o trabalho do colonizador. No Brasil, a Serra do mar e os rios encaichoeirados dificultariam a ação colonizadora.

Outro ponto a ser considerado é a análise de quem foram as pessoas que atravessaram o Atlântico para se assentarem nas colônias. Longe daquela concepção inverídica de que para o Brasil vieram somente ladrões, pobres e outros gêneros de pessoas considerados da baixa sociedade e para os Estados Unidos somente vieram intelectuais, estudiosos e as “pessoas de bem”, observa-se que nas duas colônias se instalaram diversas sortes de pessoas. Reforça-se esta afirmação com a citação de Leandro Karnal (2007, p. 45), o qual diz:

Ao contrário de Portugal, nação de pequena população, a Inglaterra já vivia problemas com seu crescimento demográfico no momento do início da colonização dos Estados Unidos. Portugal sofreu imensamente com o envio dos contingentes homens para o além-mar. A Inglaterra faria da colonização um meio de descarregar no Novo Mundo tudo o que não fosse mais desejável no Velho.

Nota-se que muitas pessoas imigraram para os Estados Unidos com suas famílias. Devido ao êxodo rural ocorrido na Inglaterra no século XVII, muitos vislumbraram a vinda para a colônia como uma oportunidade de recomeçar a vida. “A idéia de uma terra fértil e abundante, um mundo imenso e a possibilidade de enriquecer a todos era um poderoso imã sobre essas massas” (KARNAL, 2007, p. 44).

Ainda sobre os colonos, vê-se que a mão-de-obra empregada nas colônias também levou a uma diferente evolução destas sociedades. Isto porque desde o começo, no Brasil, utilizou-se da mão-de-obra escrava. Assim, aqueles escravos, ainda que tivessem filhos e formassem famílias, continuariam sendo tratados como objetos, vivendo na senzala da grande propriedade do seu senhor de engenho, não tendo a oportunidade de se estabelecer autonomamente.

Já nos Estados Unidos foram implantadas em muitas colônias as chamadas servidões temporárias. “Este sistema consistia em prestar alguns anos de

trabalho gratuito à pessoa que se dispusesse a pagar a passagem do imigrante. [...] Em vários momentos e lugares, o servo temporário foi a principal força de trabalho branca das colônias” (KARNAL, 2007, p. 45).

Neste sistema, após o servo quitar sua dívida com dono da propriedade que pagara sua passagem ele estaria livre, podendo adquirir um pequeno lote de terra para dar início às suas atividades agrícolas independentemente. Isto propiciou a policultura em pequenas propriedades e o crescimento financeiro de diversos colonos.

Entretanto, atenta-se que a existência da servidão temporária não excluiu a mão-de-obra escrava dos negros. A escravidão foi muito utilizada principalmente nas colônias do sul, onde havia a predominância da monocultura em grandes lotes de terra.

Por fim, importante se faz a análise da religião e da educação para a evolução histórica destes países. O Brasil, conhecidamente colônia de Portugal, teve a densa influência da religião Católica. A Igreja estava intimamente ligada com o Poder Soberano do rei de Portugal, sendo a presença desta religião dentro da colônia obrigatória.

Já os Estados Unidos tiveram influências de diversas religiões. Primeiro porque o rei da Inglaterra tinha quebrado sua ligação com a Igreja Católica, criando a sua própria Igreja, a Anglicana. Segundo porque muitos colonos professantes de outras religiões vieram para as colônias inglesas para fugir das retaliações, acreditando na promessa de liberdade religiosa que o Novo Mundo oferecia. Isto levaria os moradores das colônias a serem mais críticos com relação a diferentes posições religiosas.

Na comparação feita por Leandro Karnal (2007, p. 50/51):

[...] Lá todos são católicos e só encontramos igrejas católicas. Em toda a colônia a missa é rezada com o mesmo ritual romano, na mesma língua e por um grupo que, em traços gerais, teve uma formação semelhante: os padres. [...] As diversidades são consideradas crime e a heresia, punida com a Inquisição.

O oposto ocorre nas aldeias e cidades das colônias inglesas. Aqui puritanos, lá batistas, mais adiante quakers, por vezes também católicos, além de uma infinidade de pequenas seitas protestantes de outras partes da Europa.

[...] O confronto permanente com outras formas de crença obriga o crente ou a radicalizar suas posições (e, por vezes, isso aconteceu) ou a assumir de forma mais crítica sua fé.

Além da tolerância religiosa, outra diferença que ocorreu por influência da religião foi o desenvolvimento econômico. Ao passo que a cultura católica

condenava o lucro, a riqueza e o apego aos bens materiais, o protestantismo tinham uma cultura de incentivo ao trabalho e não via com maus olhos o dinheiro:

[...] Na Idade Média, a Igreja Católica desconfiou do lucro e dos juros. O ideal católico era a salvação da alma; o progresso econômico era visto com desconfiança. Demônio e riqueza estavam constantemente associados na ética ibérica.

Os protestantes, no entanto, particularmente os calvinistas, desenvolveram postura oposta. Deus ama o trabalho e a poupança; o dinheiro é sinal externo da graça divina. O ócio é pecado, o luxo também [...] (KARNAL, 2007, p. 27).

Enfim, nota-se que a educação foi de suma importância para a diferenciação dos moldes atuais dos Estados Unidos e do Brasil. Nas duas antigas colônias haviam escolas e universidades as quais tinham um caráter religioso, mas nos Estados Unidos não era clerical como no Brasil (KARNAL, 2007, p. 48).

Nunca tinha havido em uma colônia americana um sistema escolar tão organizado quanto o que foi desenvolvido nas treze colônias. Conforme dados indicados por Leandro Karnal (2007, p. 50), em pouco tempo, estas colônias se tornaram o local com o menos índice de analfabetismo do mundo

3 O FEDERALISMO

O federalismo se originou nos Estados Unidos da América. Após a Independência das treze colônias, estas se uniram por meio de uma Confederação, a qual é uma “união de estados soberanos que se agregam para atingir um determinado fim de interesse comum” (NETTO, 1987, p. 63). Com a promulgação da sua Constituição em 1787, os Estados-parte da Confederação resolveram modificar a forma de Estado, criando, portanto, a Federação.

O conceito de federação é um só, sendo tal diretriz seguida por todos os países que adotam o federalismo como forma de Estado. Como define Paulo Fernando Silveira (1999, p. 55):

O federalismo constitui a pedra angular em que se assenta a democracia, porque reparte o poder de uma forma equilibrada entre a União e os Estados-membros e, no caso do Brasil, também os Municípios.

Ainda sobre o conceito de federação, Pedro Salvetti Netto (1987, p. 65/66) traz um conceito um tanto mais específico:

É a Federação a “união de Estados autônomos sob a égide da Constituição”. Forma composta de Estado, traduz o ideal da descentralização político-administrativa, com desmembrar o exercício do poder, atribuindo-o a uma unidade central (União) e a unidades locais (Estados-membros ou Estados Federados) que, na órbita de suas competências constitucionais, exercem funções legislativa, executiva e judiciária.

Portanto, percebe-se que na Federação os Estados-membros dispõem de sua soberania e cedem parte de seus poderes em favor de um novo ente comum e soberano, a União, a qual está subordinada à constituição e tem como finalidade proteger a integridade do país e o interesse comum de todos os cidadãos e entes federativos. Entretanto, os Estados-membros não perdem sua autonomia. “O *Estado-Membro* ou *Estado federado* [...], é a unidade básica do Estado federal, sendo dotado do poder de auto-organizar-se e de autoadministrar-se limitado pela Constituição Federal” (ACQUAVIVA, 2010, p. 90).

Não obstante esta conceituação, importante fazer a diferenciação do federalismo brasileiro e o norte-americano. Isto porque mesmo sendo o mesmo instituto, arraigado no mesmo conceito, a concepção destas federações são extremamente diferentes.

3.1 O federalismo Norte-Americano

Como dito, o federalismo nasceu nos Estados Unidos. Portanto, tal forma de Estado é consequência dos acontecimentos históricos americanos. As antigas treze colônias tinham se unido, a princípio, em uma Confederação, somente se tornando uma Federação após a promulgação da constituição americana de 1787:

Na América do norte, eram a princípio 13 colônias da Inglaterra, as quais, sem terem chegado a realizar uma unidade, proclamaram a independência em 1776. Concluíram uma aliança e constituíram uma Confederação, caminhando para a formação de um só Estado, que se deu com a Constituição federal de 1787 (SOUSA, 1967, p. 71).

Mostrava-se evidente que se os Estados-partes da Confederação não se unissem em torno de um poder comum, a secessão deles seria uma questão de tempo visto que cada um tinha um interesse. As maiores divergências eram com relação ao comércio exterior e aos tributos. Como disse *Justice Brandies* (s.d., s.p.), *apud* Paulo Fernando Silveira (1999, p. 58), disse sobre o tema:

Unidade é, certamente, essencial para nosso sucesso. Mas as essencialidades da unidade variam de acordo com o tempo, o lugar e o objetivo do nosso esforço. A unidade não implica necessariamente uniformidade, como também não implica necessariamente concentração de poder. Os fins pelos quais nos unimos, às vezes são melhores obtidos pela diversidade de meios e métodos do que pela uniformidade. Eles podem ser algumas vezes melhor obtidos pela distribuição do poder do que por sua concentração.

Percebe-se que apesar da junção dos Estados federados, há uma grande defesa da autonomia de cada um deles. Esta tutela da autonomia é fundada no receio de que muito poder na mão de um só ente, no caso a União, poderia levar ao abuso do poder e a ditadura.

Além disso, com a distribuição dos poderes entre União e Estados-membros haveria um equilíbrio entre os entes. Por fim, tendo os Estados-membros e os Municípios poder de decidir e atuar, eles podem intervir melhor na vida social dos cidadãos do que a União, que somente observa estas relações cotidianas de longe, não sabendo o que é realmente melhor para aquelas.

De acordo com Paulo Fernando Silveira, há três pilares que sustentam o federalismo: “a) desconcentração do poder entre os entes políticos; b) intervenção mínima e excepcional do governo central (poderes restritos enunciados) competindo ao Estado-Membro todos os demais restantes (poderes amplos

remanescentes); c) equilíbrio de poderes entre o ente central e os periféricos” (1999, p.57).

3.2 O Federalismo Brasileiro

Em contrapartida, o federalismo brasileiro teve sua formação ao avesso do federalismo americano. Isto porque os atuais Estados-membros sempre estiveram ligados por um poder soberano. O imperador D. Pedro I, após a proclamação da Independência em 1822, continuou sendo o poder soberano do país, mesmo devendo respeito à Constituição que fora outorgada.

Desta forma, os Estados-membros brasileiros nunca foram realmente autônomos como aconteceu nos Estados Unidos. Desde o começo da nação há a dependência dos atuais Estados federados ao poder central:

A ameaça constante à democracia do Brasil decorre da fragilidade do nosso federalismo. Séculos de decisões tomadas de cima para baixo, sem respeito à competência dos entes políticos locais, reduziram-no à expressão nenhuma. Faz-se necessário, então, reequilibrá-lo, reorganizando-se o Estado, à luz dos princípios que o informam (SILVEIRA, 1999, p. 62/63).

Observa-se que apesar da federação ter sido trazida pela primeira vez na Constituição brasileira de 1891 e ter sido mantida em todas as outras, inclusive na atual Constituição Cidadã (1988), o verdadeiro federalismo ainda não foi realmente implantado no país, pois os Estados-membros continuam extremamente dependentes da União.

Isto porque o Estado brasileiro tem uma grande concentração de poderes, conforme previsto os artigos 22 e 23 da constituição federal de 1988. Na concepção de Paulo Fernando Silveira (1999, p. 72):

O fato de haver norma constitucional atribuindo à União competência privativa, ou comum, ou concorrente, não torna válida sua atuação, se for maltratado o princípio estruturante do federalismo. Assim, a despeito de o art. 22 da Constituição Federal, atribuir privativamente à União uma série de matérias, essas normas devem ser interpretadas, sem redução de texto, no sentido de que só valem quando presente o interesse nacional, ou de mais de um Estado-Membro.

Diferentemente é nos Estados Unidos, onde, a competência da União está taxativamente descrita na constituição e todos os poderes remanescentes são de competência dos Estados federados, tendo estes ampla liberdade de decisão, não podendo o Estado Federal intervir em assuntos internos.

Esta centralização do poder nas mãos da União, na visão de Paulo Fernando Silveira (1999, p. 63), “leva ao emperramento da máquina administrativa, em virtude da centralização indevida dos serviços públicos bem como uma imensa e desnecessária intervenção na economia”.

3.3 Comparações Entre o Federalismo no Brasil e nos Estados Unidos

Observa-se, portanto, que apesar dos dois países adotarem o sistema de Estado da Federação, há diversos pontos divergentes na estrutura destas federações. Na comparação feita por Paulo Fernando Silveira (1999, p. 61/62):

Como no Brasil a federação se formou pela desagregação do Estado Unitário Imperial – diferentemente de seu modelo americano, onde se iniciou pela união das 13 Colônias, cada uma independente politicamente da outra – nosso federalismo ainda falta consolidar-se. Isto porque, na fase colonial houve a dispersão do poder político, com concentração no poder local, oligáquico. Já no império aconteceu descomunal centralização do poder nas mãos do imperador, que exercia o poder moderador, que era a chave de toda a organização estatal (CF/1824 art. 98). Em face desse descompasso histórico, e apesar de a Constituição republicana de 1891 ter instituído, no Brasil, formalmente o federalismo, na forma centrífuga (da União, originária do Estado unitário para os Estados-Membros federados) – diferentemente da clássica centrípeta (transferência do poder dos Estados para a União, como no modelo americano) – na prática, por falta de eficácia efetiva por parte dos ramos governamentais, o Federalismo tem se transformado num arremedo [...].

A crítica que se faz é quanto à maneira que o federalismo foi introduzido no Brasil. Isto porque a Constituição brasileira de 1891 simplesmente copiou o que estava disposto na Constituição americana, sem levar em consideração a história do país, as influências, formações e convicções políticas que já existiam no Brasil. De acordo com José Pedro Galvão de Sousa (1967, p. 70):

Tôda forma de Estado deve resultar de um processo histórico, e não da aplicação de esquemas abstratos, ou de sistemas inopinadamente postos em prática num determinado país sem condições para recebê-lo. Êste foi o vício de origem do Estado federal no Brasil, calcado sôbre o môdelo norte-americano.

Em uma análise que abarca o estudo do vocábulo “Estado” bem como os caminhos percorridos para a formação dos estados federalistas, José Pedro Galvão de Souza (1967, p. 71/72) explica que:

O nome do Estado a uma entidade não soberana explica-se, pois, no caso norte-americano, em virtude das circunstâncias históricas. Não assim no caso brasileiro, quando se começou a chamar de Estados as antigas províncias do Império, tal foi o furor imitativo dos primeiros homens da

República. Um Estado só havia sido, sempre, o Brasil, desde os primórdios da colonização, salvo a malograda e efêmera experiência das capitânicas. A Argentina, apesar do Estado federal, adota a denominação províncias para as unidades federadas. Tanto no caso do Brasil como no da Argentina, chegou-se ao Estado federal partindo da unidade para a multiplicidade, ao passo que no caso dos Estados Unidos partiu-se da unidade para chegar à unidade, através de uma confederação em seguida à qual surgiu o Estado federal.

Como exposto, os chamados Estados-membros brasileiros não poderiam ser chamados de Estados, pois nunca tiveram soberania. Em toda a história do Brasil, sempre houve um poder político controlador acima destes que ditava regras de organização, política e economia às quais eles deveriam observar.

O oposto ocorreu nos Estados Unidos que antes de se tornarem uma Federação, eram apenas Estados soberanos não subordinados a nenhum outro poder.

Por fim, conclui-se que apesar dos dois países seguirem a forma federalista de Estado, viu-se que no Brasil esta forma de Estado não é tão eficiente visto que o país não estava preparado para receber tais moldes estatais. Diferente do que aconteceu com os Estados Unidos, o federalismo não surgiu para os brasileiros como uma consequência histórica, mas sim como uma imposição legislativa.

4 SISTEMAS LEGAIS DE DIREITO

Pode-se dizer que cada Estado, com suas particularidades, suas ideias, costumes e estilo de vida tem uma forma diferente de ver o Estado e o direito. Como exemplo, a interpretação de uma diretriz como “Liberdade de expressão” terá uma conotação diferente nos EUA, na China e no Irã. E, mais do que isso, não se pode dizer que uma interpretação é correta e a outra não, visto que isso nada mais é do que uma questão cultural. Sobre o assunto, diz René David (1998, p. 15):

Contudo, a diversidade dos direitos não corresponde unicamente a esta variedade de regras que eles comportam. Na verdade é um aspecto superficial e falso ver no direito simplesmente um conjunto de normas. O direito pode realmente concretizar-se, numa época e num dado país, num certo número de regras. Porém, o fenômeno jurídico é mais complexo. Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito.

Portanto, percebe-se que o importante não é aprender cada regra de cada país, analisando quais são semelhantes e quais são diferentes. É necessário saber dentro de qual sistema estas regras estão inseridas. Desta forma, mesmo que as regras, que são voláteis, mudem, ainda assim poder-se-á entender e interpretar o direito.

No presente estudo adotar-se-á a classificação dos sistemas de direito trazida por René David. O doutrinador divide os sistemas em quatro grandes grupos, os quais ele denomina de famílias, sendo elas: a família romano-germânica (civil-law), a família da common-law, a família socialista e outros sistemas com base na religião.

4.1 O Sistema Legal Brasileiro: A Civil-Law

A família romano-germânica, comumente chamada de civil-law, é a família de direito na qual o Brasil está inserido. Este sistema tem alicerce nas leis

escritas, repudiando o casuísmo. Como explica Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 28):

O verdadeiro fantasma a ser evitado era e, de certa forma, continua sendo o casuísmo na lei. A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que a “glosa jurídica” (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da “glosa erudita” (a doutrina), e que tanto o costume geral como o assim dito “costume judiciário” (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e, sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais: os códigos).

A origem desta família de direito decorre do direito romano. A partir do século XII as universidades da Europa começaram, a partir de compilações do imperador Justiniano, a desenvolver uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições da sociedade em que viviam (DAVID, 1998, p. 18).

Até hoje os países que adotam o sistema da civil-law visam a criação de regras de conduta ligadas à justiça e a moral dos indivíduos. Estas regras são formuladas por meio da análise de fatos históricos, os quais influenciam na elaboração das normas. De acordo com Guido Fernando Silva Soares (1999, P. 27), o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida.

A civil-law está intimamente ligada com a teoria do direito desenvolvida por Hans Kelsen chamada de “Teoria pura do direito”. Tal teoria defende que:

Quando a si própria se designa como teoria “pura” do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 1998, p. 01).

Isto esclarece o porquê o sistema romano-germânico se preocupa em criar normas de direito que concebam um modelo ideal de Estado, com ideias a serem seguidas à maneira em que são colocadas na legislação escrita. As regras jurídicas codificadas não visam apenas criar o direito a ser seguido pelos cidadãos. A finalidade é muito mais profunda, almejando criar um modelo perfeito de Estado.

4.2 O Sistema Legal Americano: A Common-Law

A família da common-law tem sua origem na Inglaterra. Na época do feudalismo, cada senhor feudal tinha autoridade para decidir sobre questões internas do seu feudo. Entretanto, questões mais importantes e que também interfeririam na política do Estado eram decididas pelos Tribunais Reais de Justiça, também chamados de Tribunais de Westminster:

A common law foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra do direito common law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos do common lawyers um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade (DAVID, 1998, p. 19).

Com o passar do tempo, a competência das cortes reais foi aumentada. A princípio, estendeu-se sua intervenção a três categorias de conflitos: as questões relacionadas com finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis e graves questões criminais que tinham relação com a paz do reino (DAVID, 1998, p. 287).

Mais tarde, as cortes locais ficaram com a competência somente para julgar casos de menor importância. Todas as outras ações foram transferidas para os Tribunais Reais. Sobre a justificativa desta transferência, diz René David (1998, p. 287/288) que:

O interesse do Chanceler e dos juízes reais é de conhecer de um maior número de questões, devido aos lucros que a administração judicial proporciona. Os Tribunais Reais são, por outro lado, impelidos a alargar a sua competência pelas solicitações dos particulares, a quem a justiça real surge como superior à das outras jurisdições. Só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar suas decisões. Por outro lado, só o rei, com o apoio da Igreja, pode obrigar seus súditos a prestar juramento; os Tribunais Reais puderam, por isto, modernizar seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto que as outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas.

Conclui-se que a common-law é baseada nos costumes, proferindo suas decisões de acordo com estes. Este sistema defende que a lei codificada rompe com a ideia de continuidade histórica e de solidificadas tradições. Nas palavras de Guido Fernando Silva Soares (1999, pág. 52), “na common-law, um

único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica, [...] sendo, portanto, a jurisprudência a fonte primeira formal do direito”.

4.3 As Semelhanças e as Diferenças entre a Common-Law e a Civil-Law

Apesar do corriqueiro pensamento de que o sistema romano-germânico e o sistema da common-law tiveram inícios em momentos distintos e por motivos diferentes, na realidade os dois sistemas nasceram no mesmo momento histórico e a partir do mesmo fenômeno - A redescoberta do Direito Romano:

A recepção do direito romano é normalmente apontada como elemento essencial, como marco divisório dos processos históricos de formação das tradições de Civil Law e de Common Law: enquanto na primeira os textos romanos foram adotados como fonte primeira de Direito, a segunda foi marcada justamente pela recusa de tal adoção, o que significou a tomada pelo direito inglês de um caminho diferente. A redescoberta do direito romano no Continente originou todo o processo de formação do chamado *ius Commune* e de uma determinada forma de pensar, praticar e ensinar o direito, ao passo que na Inglaterra a recusa em adotar-se o direito romano implicou, entende-se, a continuidade de um direito eminentemente feudal (DRUMMOND, 2010, pág. 13).

Portanto, percebe-se que o “renascimento” do direito romano foi imprescindível para o nascimento destes dois sistemas. Ao passo que um deles, a Civil-law, aceitou os escritos romanos como a fonte primária do Direito, o outro, a Common-law, repudiou esta prática.

Depreende-se que como o Sistema da Civil-Law estava disseminado por toda Europa, este serviu como base para o desenvolvimento do chamado *ius Commune*, que significa Direito Comum. Este Direito Comum aos povos europeus teve que ser adaptado para haver uma compatibilidade com as outras ordens jurídicas pré-existentes dentro destas comunidades como, por exemplo, os direitos reais, municipais, corporativos e familiares (DRUMMOND, 2010, pág. 15).

Enquanto na Europa Continental o Direito romano-germânico e o *ius Commune* se expandiam, na Inglaterra esta influência era mínima:

Considera a restrita influência do *ius Commune* no Direito Inglês, não espanta que ao direito insular seja completamente estranha à perspectiva sistemática, dogmática, normativa do direito justinianeu. Ao contrário do que ocorre na tradição codicista continental, com raízes no direito justinianeu, a jurisprudência inglesa alcança criativamente a norma não escrita por uma

angulação processual e partindo da solução dos casos singulares (case law não escrito) (DRUMMOND, 2010, pág. 26).

Assim, o sistema de direito vigente na Inglaterra desde aquela época, a Common-Law, se baseia em precedentes jurisprudenciais casuísticos para dar seus pareceres. Este sistema se sustenta em casos anteriores semelhantes para fundamentar suas decisões e, caso o processo seja sobre um fato novo, não anteriormente julgado, os magistrados irão discutí-lo e julgá-lo para que este se torne precedente em casos futuros.

Apesar dos dois sistemas terem nascido em um mesmo momento histórico, viu-se que o desenvolvimento deles foi antagônico. Por isso, o modelo da Civil-Law e da Common-Law restaram tão diferentes.

Como visto nos dois tópicos anteriores, a Civil-Law tem sua base em códigos e visa criar um Estado ideal a partir do seu ordenamento jurídico. Já a Common-Law se sustenta nos chamados *cases law*, que são casos anteriormente julgados que servem como base para o julgamento de futuros processos.

Entretanto, os dois sistemas são permeados de críticas. Verificando-se as posições mais pertinentes, o primeiro ponto a ser analisado é a decodificação que vem ocorrendo dentro da Civil-law.

Apesar do código ainda ser a principal e a mais importante fonte do direito dentro do sistema da Civil-law, os magistrados tem adquirido cada vez mais autonomia para julgar, visto a atual situação na qual há uma quantidade massiva de leis e muitas delas estão distorcidas, são ineficientes ou insuficientes para resolver os casos que lhes são dados. Além disso, percebe-se que em diversas vezes as normas escritas trazem apenas diretrizes abstratas a serem seguidas, as quais dão margem a diferentes interpretações:

Dessa forma, percebe-se claramente que a contemporaneidade exige uma maior atividade criativa dos juízes da tradição do Civil Law quando da aplicação do direito, que mesmo permanecendo em grande medida codificado, possui notórias aberturas interpretativas. Operou-se no seio da tradição de Civil Law, assim, adequada modificação quanto ao papel judicial, de modo que do juiz requer-se criatividade ante a incessante força instrutiva dos fatos, verdadeiro "direito vivo" que voluntariamente emerge do seio social (DRUMMOND, 2010, p. 44).

Em contrapartida, constata-se que a Civil-Law também vem influenciando a Common-Law em alguns aspectos. Devido ao fato do Sistema da Common-Law ser alicerçado em casos pretéritos, percebe-se que há uma insegurança jurídica nos julgamentos presentes. Como explica Guido Fernandes Silva Soares (1999, p. 56/57):

[...] a questão da retroatividade do precedente nos case laws, ou seja, nos acórdãos (fato impossível de acontecer entre nós, dado que um julgado decidido em circunstâncias iguais ao outro, que teve decisão contrária, não coloca o problema da revogação da norma), mas plenamente viável na hipótese da Common Law, em que um case law ab-roga outro case law e em que a norma é judge-made [...] Na verdade, as questões de conflitos de normas no tempo, o Direito Intertemporal, dada a extrema fluidez de plasticidade da norma jurídica no sistema da Common Law, suscitam questões de grande complexidade, que inexistem no sistema da família romano-germânica, em que imperam, com muita nitidez, os momentos de entrada em vigor da norma jurídica e em que direitos adquiridos [...] o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...] são definidos com rigor.

Assim, certifica-se de que há a necessidade de uma legislação escrita, mesmo no sistema da Common-law, que dê aos aplicadores do direito uma diretriz mínima do que fazer diante de um caso concreto de determinada natureza. Isto serviria para evitar a insegurança jurídica atribuída a este sistema.

Uma última comparação a ser feita é o papel das universidades dentro do sistema da Common-law e da Civil-law. No primeiro sistema, a universidade não tem um papel muito forte, visto que as doutrinas não são consideradas com peso nas decisões da Common-law. O estudo principal dos alunos destas universidades é a análise de casos passados para que possam aplicar em casos futuros:

Isso posto, ressalta-se, de imediato, o papel secundário da doutrina abstrata, em favor das soluções pragmáticas. Na Inglaterra, o papel da Universidade sempre foi insignificante na formação do direito ou na formulação de teorias generalizantes (SOARES, 1999, Pág. 53).

Já no sistema da Civil-Law, a universidade tem fundamental importância na formação dos alunos. Como este sistema está intimamente ligado aos códigos e, por consequência, às posições doutrinárias, o estudo destes se faz imprescindível para se tornar um operador do direito.

5 O PODER JUDICIÁRIO

Para estudar o Poder Judiciário, é necessário, a princípio, entender porque há a separação dos poderes dentro do Estado democrático. A ideia da divisão dos poderes é muito antiga, sendo que Aristóteles já se afligia com a concentração dos poderes para um único governante.

No entanto, é atribuído à Montesquieu o desenvolvimento deste pensamento nos moldes em que é usado nos dias de hoje. Em seu livro, Montesquieu trata dos três poderes da seguinte forma:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (Livro décimo primeiro, Capítulo VI, s.d., s.p.).

Portanto, os poderes, também chamados de funções, são divididos em três: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

A função típica do Poder Legislativo é a criação, alteração e extinção das leis que regulam a sociedade, as organizações e o próprio Estado.

A maioria dos países que adotam o sistema da separação dos poderes usa o sistema do Poder Legislativo bicameral. Isto significa que este poder é dividido em dois grupos sendo que um controla as ações do outro, efetuando juntos a função legiferante e fiscalizadora dos demais poderes. Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, na obra “O Federalista”, dizem que:

In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit. It may even be necessary to guard against dangerous encroachments by still further precaution (2001, p.232)².

²“Em um governo republicano, a autoridade legislativa, necessariamente, predomina. O remédio para esta inconveniência é dividir o legislativo em dois grupos diferentes; e torná-los, por diferentes métodos de eleição e diferentes princípios de ação, o menos conectado que sua natureza e função em comum podem admitir. Podem ser necessárias ainda outras precauções para prevenir perigosas usurpações” (tradução nossa).

Portanto, conclui-se que a divisão do Poder Legislativo em duas unidades, apesar de não ser adotada por todos os países, é de suma importância para o controle interno do próprio poder. Sem esta divisão, e sendo o Poder Legislativo o mais predominante dentre os três visto que ele regula a ordem social, ele poderia exercer sua função ultrapassando os limites, usurpando da função legiferante.

O Poder Executivo, por sua vez, exerce como função típica a administração do governo, incluindo os bens e os interesses públicos. Esta administração deve encontrar alicerce nas leis, obedecendo-as. Como explica Pedro Salvetti Netto (1987, p. 289):

Traduz a legislação, antes, a vontade, que cria e elabora os preceitos indicadores da ordem; a execução, por sua vez, manifesta a ação, que impulsiona e faz cumprir as deliberações normativas. Executa-se, genericamente, todo o ordenamento jurídico pela atividade administrativa e política, que constituem a “chefia de governo”.

Além da administração do governo, o Poder Executivo é responsável por cumprir a chamada atividade política. Esta atividade se constitui das decisões que o governador deve tomar discricionariamente, baseando-se na conveniência e oportunidade. Na comparação entre ato administrativo e ato político feita por Pedro Salvetti Netto (1987, p. 292):

Os atos administrativos, como os políticos, objetivam a realização eficaz de uma mediação tendente, na primeira hipótese, a concretizar a normal gestão dos negócios ordinários do Estado, na segunda, a solucionar os assuntos extraordinários, em que se refletem os altos interesses nacionais. Entre estes, a declaração de guerra, decretação de estado de sítio e da intervenção federal, a celebração de paz.

Por fim, lembra o referido autor que este conteúdo discricionário deve sempre obediência aos princípios jurídicos e éticos (1987, p. 292).

Enfim, o último poder a ser analisado é o Judiciário. A este poder é conferido a função de julgar, controlar a função legislativa e os atos administrativos bem como resolver conflitos de interesse entre cidadãos, entre estes e o Estado ou outra entidade, seja esta privada ou pública:

Na sistemática da “separação dos poderes”, notamos caber ao Poder Judiciário, principalmente, a função de aplicar o direito aos casos concretos para dirimir conflitos de interesses intersubjetivos que perturbam e intranquilizam as relações sociais (NETTO, 1987, p. 293).

Com relação à divisão dos poderes, o papel mais importante do Judiciário é fiscalizar os atos do legislativo e do executivo. Entretanto, não se deve ampliar tanto este poder fiscalizador a ponto de levar o Judiciário a invadir a esfera de atuação dos outros poderes:

É certo que a independência do Poder Judiciário – sobretudo com o sistema do controle constitucional da legislação e dos atos administrativos – representa um meio dos mais valiosos para a proteção da liberdade e dos direitos adquiridos. Entretanto, cumpre levar em conta que o papel do Judiciário é aplicar a lei, cabendo ao legislador traçar as normas e mesmo reformar a constituição como lhe apraz, segundo estamos vendo e cada momento (SOUSA, 1967, p. 109).

Sintetizadamente, Pedro Vieira Mota (1998, p. 204) resume a atuação dos três poderes da seguinte forma:

Quem governa são o Legislativo e o Executivo. O Legislativo, fazendo as leis e impondo o seu cumprimento; o Executivo, participando da feitura delas (veto) e executando-as. Assim, são eles que traçam os rumos e conduzem o Estado. São eles os poderes essencialmente políticos. O Judiciário, ao contrário, não participa da feitura das leis e limita-se a aplicá-las, estritamente, a casos excepcionais. Só aos casos de conflitos, seja punindo criminosos ou julgando demandas.

Verifica-se, por fim, ser de suma importância que cada poder cumpra o seu papel dentro dos limites estabelecidos pela constituição federal. Ademais, cada um deles deve estar continuamente fiscalizando os demais poderes. A esta relação de interdependência dos poderes dá-se o nome de “freios e contrapesos”.

Essa doutrina retira a ideia da estaticidade dos poderes. Portanto, percebe-se que os poderes são independentes ao mesmo tempo em que são harmônicos e entre si. Conforme explicação de José Pedro Galvão de Sousa (1967, p. 108):

Mas a teoria da separação dos poderes, tal como foi aplicada pelo liberalismo, teve uma outra significação. Pretendeu-se estabelecer entre os poderes do Estado – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – esferas dentro das quais cada um atuasse com independência, fiscalizando-se mutuamente para a salvaguarda da liberdade dos cidadãos.

Conclui-se que o Estado democrático divide o seu poder em três diferentes esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um destes ramos do poder tem uma função típica, quais sejam, criar leis, executar as leis e julgar, respectivamente. Entretanto, é necessário que haja uma interdependência entre estes poderes, devendo um fiscalizar a atuação do outro, sem, contudo, usurpar a função do poder alheio e tal forma a descaracterizar seu próprio poder.

Na redação de Pedro Salvetti Netto (1987, p. 297), “E assim tem sido, porquanto somente deste modo pode o governo agir. A separação absoluta, na verdade, impediria a harmonia funcional e, dessarte, sua desconexão iria determinar a própria desintegração da atividade governamental”.

Nos próximos tópicos estudar-se-á a estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos e no Brasil.

5.1 A Estrutura do Poder Judiciário no Brasil

Durante a época do Brasil colonial, não existia definidamente um Poder Judiciário. Aplicava-se na colônia brasileira um modelo importado da metrópole, o qual não teve uma boa adaptação devido à falta de estrutura física e a grande área territorial da colônia. Na explicação de José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 242) sobre o sistema judicial durante o período colonial:

Característico do regime das capitanias hereditárias é uma tripartição de poderes jurisdicionais. Essencialmente, há os juizes municipais (ordinários, das Câmaras) que ocupam a base do sistema; no topo, o rei conserva sua regalia maior, ou seja, a competência para ouvir apelações e agravos pelos seus tribunais próprios e superiores. Entre as duas justiças está uma espécie de justiça senhorial dos donatários e governadores: ora exclusiva (conforme a pessoa ou a matéria), ora servindo como instância de recurso à decisão municipal. A justiça dos capitães é exercida pelos ouvidores.

Com a implantação dos Governos-Gerais, após o fracasso dos sistemas das capitanias hereditárias, foi definido que o ouvidor-geral do governo seria a autoridade judicial máxima dentro da colônia. “O cargo de ouvidor, no Brasil, equivalia ao de corregedor na metrópole” (LOPES, 2008, p. 243).

Esta situação precária continuaria presente na vida colonial brasileira por muito tempo, iniciando sua modificação somente com o advento das ideias revolucionárias do século XIX:

As reformas realizadas pelo Iluminismo [...] já indicaram mudanças como o fim dos privilégios estamentais, laicização, fim da influência das Igrejas, antifeudalismo, racionalização, centralização e ordem: reformas por cima, isto é, conduzidas pela autoridade ou pelos livre-pensadores filósofos. Tal processo, que desembocará no século XIX em reformas mais profundas, liga-se no século XVIII ao movimento pela codificação do direito e pela sua nacionalização, obedecida a razão natural moderna (LOPES, 2008, p. 247).

Com o advento da constituição brasileira de 1988, a estrutura do Poder Judiciário foi inserida nos artigos 92 a 126. Estes dispositivos tratam da organização judiciária no âmbito federal e estadual bem como das funções que cada órgão do Poder Judiciário deve exercer.

Inicia-se o estudo da estrutura do Poder Judiciário pelos Tribunais. Na composição brasileira há o Supremo Tribunal Federal (STF) que é o mais alto Tribunal do Estado brasileiro, tendo como papel a salvaguarda da constituição bem como receber e julgar recursos extraordinários.

Logo abaixo, estão o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM). Nesta esquemática, todos os tribunais citados recebem recursos dos seus respectivos ramos, especializados em determinado assunto (trabalhista, eleitoral e militar), com exceção do STJ, que recebe recursos da chamada justiça comum, tanto federal como estadual.

A Justiça comum é residual. Isto significa que tudo o que não for matéria das Justiças Especializadas será tratado na Justiça comum.

Abaixo dos Tribunais Superiores estão os Tribunais Regionais. No âmbito das Justiças Especializadas existem os Tribunais Regionais do Trabalho que, em número, totalizam vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) espalhados por todo o território nacional. Há ainda os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) e os Conselhos Militares de Justiça.

Na Justiça comum há a divisão em dois ramos: Justiça Estadual e Justiça Federal. Cada uma delas tem a função de processar e julgar matérias distintas. Cada Estado-membro da federação tem o seu próprio Tribunal de Justiça Estadual (TJ) e há, ainda, os Tribunais Regionais Federais (TRF), sendo estes nove distribuídos pelo território brasileiro.

Por fim, as primeiras instâncias destes órgãos estão espalhadas por toda a federação, tendo cada uma a sua jurisdição em razão da matéria, em alguns casos, e do lugar. São estas as Varas Federais e as Varas Estaduais da Justiça comum, as Varas do Trabalho, os juízes Eleitorais e os Auditores Militares.

5.2 A Estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos

É certo que no período em que as treze colônias inglesas existiam, o modelo judiciário inglês foi trazido para a colônia. Conforme traz René David (1998, p. 359):

[...] a common law inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas. As colônias inglesas da América incluem-se nesta situação.

Após a independência americana em 1776, houve um grande crescimento do movimento a favor da codificação das normas, típico do sistema de direito romano-germânico (civil-law). Isto porque era necessário algo que unisse as colônias como um só ente, visto que, até então, a única coisa em comum entre elas era a metrópole colonizadora.

Ao final, o sistema da common-law saiu vitorioso, sendo o sistema usado pelos Estados Unidos até hoje. Entretanto, insta salientar que esta “disputa” dos dois sistemas fez com que a common-law americana se diferenciasse da common-law originariamente inglesa:

Contudo, o conflito que, depois da Independência dos Estados Unidos, se produziu neste país e se prolongou durante mais meio século, entre o sistema romano-germânico e a common law, não foi estéril. Contribuiu poderosamente para da À common law dos Estados Unidos caracteres particulares em confronto com a common law da Inglaterra. Os Estados Unidos continuaram a ser um país de common law no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da common law o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos uqas se deixou seduzir num determinado momento da sua história (DAVID, 1998, p. 362/363).

Atualmente, a estrutura vigente do Poder Judiciário dos Estados Unidos deve ser analisada em dois diferentes aspectos: a estrutura judiciária Federal e a estrutura judiciária dos Estados-membros da federação.

Com relação à estrutura judiciária no âmbito federal, a Constituição Americana prevê somente a criação da Suprema Corte Americana. Para os demais órgãos, há somente uma menção de que a Justiça Federal poderá estabelecer outros tribunais e órgãos judiciários por meio de lei posterior:

A organização judiciária nos EUA é regulada, claramente, em dois níveis, o federal e o estadual, conforme sistema político adotado no país: a federação. A norma que instituiu o País, os EUA, a US Constitution, unicamente previu a Supreme Court, tendo deixado a organização do Poder Judiciário federal à legislação ordinária federal (US Statutes) [...] (SOARES, 1999, p. 82).

Além da Suprema Corte Americana, a esfera Federal do Judiciário é composta pelo Tribunal de Apelação dos Estados Unidos (*United States Courts of Appeals*), que totalizam onze tribunais distribuídos pelos Estados Unidos, as Cortes Distritais dos Estados Unidos (*United States District Courts*), que somam noventa e quatro unidades espalhadas pelo território americano.

Além disso, ainda na esfera Federal existem as Cortes Especiais dos Estados Unidos (*Special United States Courts*), que se dividem em *U.S. Court of Federal Claims*, *Court of International Trade* e *U.S Tax Court*.

Já a estrutura estadual do Poder Judiciário, devido ao modelo de federalismo adotado nos Estados Unidos da América, varia de Estado-membro para Estado-membro. Entretanto, é possível fazer uma generalização do modelo utilizado:

Na Justiça Estadual americana, de um modo geral, salvo pequenas variações decorrentes da autonomia de cada Estado, em razão do federalismo, constitui-se, estruturalmente, de juízes de 1 grau, uma corte de apelação (revisora), que normalmente julga por turmas, e uma Suprema Corte, pequena, em média de 5 a 7 juízes, que se assentam, em regra, em plenário (en banc), para julgar os recursos que lhe chegam, podendo deles conhecer ou não, discricionariamente, a seu exclusivo juízo, só os aceitando quando envolverem elevada carga de interesse público, ou para harmonizar a jurisprudência divergente de Corte inferior (SILVEIRA, 1999, p. 147).

Percebe-se que na esfera estadual, o Poder Judiciário se divide, basicamente, nos juízes de primeiro grau, no Tribunal de Apelação (segundo grau) e uma Suprema Corte Estadual a qual só analisa casos que julgar necessário para a harmonização das decisões, visando à segurança jurídica.

5.3 Comparação entre a Estrutura Judiciária do Brasil e dos Estados Unidos

É perceptível que as duas estruturas de Poder Judiciário tem amplas diferenças. Neste tópico, objetiva-se ostentar algumas destas distinções bem como as críticas feitas tanto à um modelo quanto ao outro.

O primeiro ponto a ser exposto é a (des)centralização do Poder Judiciário. Visivelmente, na estrutura judiciária dos Estados Unidos há uma desconcentração de poderes. Os Estados-membros da federação tem autonomia desvinculada do poder federal. Assim, é possível que as duas esferas judiciais tratem de assuntos iguais, pois por muitas vezes suas jurisdições são concorrentes:

Em alguns casos, o Congresso estabeleceu a exclusividade de jurisdição dos tribunais federais. Dêsse modo, os casos relativos a leis criminais federais, alguns casos de direito naval ou comercial marítimo, processo de falência e questões referentes às leis de patentes e direitos autorais não podem ser julgados por tribunais estaduais. Na maioria dos casos, porém, a jurisdição dos tribunais federais e estaduais é concorrente, o que significa que o litigante pode demandar tanto no plano estadual como no federal. Os casos de jurisdição de diversidade e vários casos de jurisdição sobre questões federais são exemplos de jurisdição concorrente. Assim, os direitos criados em plano estadual podem se fazer valer nos tribunais

federais, assim como os direitos criados em plano federal podem ser levados a efeito nos tribunais estaduais [...] (FARNSWORTH, 1963, p. 51).

A constituição americana restringe poucas matérias especificadamente para a esfera federal, deixando o restante, que abrange a maior parte das matérias, para os Estados-membros, por força da Emenda Constitucional X: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo” (SOARES, 1999, p.84).

O oposto é percebido na estrutura judiciária brasileira. Inicialmente, a constituição do Brasil traz um rol de matérias a serem tratadas exclusivamente pelo Estado como, por exemplo, os artigos 102, 103-B, 105, 108, 109, 114, 124, todos da CF/88. Por fim, instrui a constituição no artigo 125, “*caput*” e parágrafo primeiro, que a Constituição Estadual deverá organizar a estrutura judiciária estadual, observando os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Diante do exposto, percebe-se que o Poder Judiciário brasileiro concentra grande parte das competências na esfera federal, levando à centralização do Poder Judiciário, apesar das diversas Varas e Tribunais espalhados pelo território nacional.

O segundo ponto a ser apreciado é o sistema recursal dos dois Estados. A crítica feita neste ponto é em direção ao sistema recursal brasileiro no âmbito estadual. Conforme desaprova Paulo Fernando Silveira (1999, p. 148):

No Brasil, ao meu ver equivocadamente, não há essa Suprema Corte estadual, de modo que as decisões dos Tribunais de Justiça ou os de Alçada (onde houver), tomadas em turmas, não se harmonizam ao nível de Estado, causando perplexidades ao jurisdicionados, ocorrendo frequentemente que duas pessoas em situações idênticas, um perde e outra ganha, dependendo da turma em que cai o processo. É pura loteria.

Desta forma, a observação feita é de que não havendo um Tribunal Superior Estadual, as decisões nesta esfera não se harmonizam, levando à grande quantidade de recursos aos Tribunais Superiores (STJ e STF, dependendo da matéria). Tal sistema faz com que os processos demorem mais para se findarem devido aos inúmeros possíveis recursos, um após o outro.

Sobre os recursos aos Tribunais Superiores (STJ e STF), há outra observação a ser feita. No Brasil só poderá chegar um recursos a estas instâncias se o processo já tiver passado pelo recurso no Tribunal inferior (TJ do Estado-membro, TRF, TRT, dependendo o caso). Isto faz com que, como dito, os processos se tornem exacerbadamente demorados.

Além disso, tais Tribunais Superiores não tem discricionariedade de receber ou não o recurso. Deverão, portanto, analisar todos os recursos propostos, fazendo com que a máquina judiciária se torne ainda mais lenta por causa da grande quantidade de recursos que estes Tribunais devem julgar.

Já nos Estados Unidos, os recursos para estas instâncias superiores funcionam de forma distinta. Há o Tribunal de segunda instância para o qual o processo sempre poderá ser remetido para reanálise, devido ao princípio do “*due process of law*” (princípio do duplo grau de jurisdição), previsto na constituição americana.

Entretanto, o recurso para os Tribunais Superiores só poderá ser admitido caso se tratar de assunto de importância, normalmente em favor do sistema judiciário como um todo e não somente em favor da parte. Ademais, tais Tribunais tem discricionariedade para decidir o que é realmente significativo julgar:

[...] Lá, em virtude da cláusula do devido processo legal, permite-se ao vencido toda sorte de recursos, inclusive diretamente para a Suprema Corte dos Estados Unidos. A diferença é que só tem direito de ser conhecido obrigatoriamente seu recurso ao nível de Corte de Apelação, que funciona como instância revisora das decisões tomadas em 1 grau, a fim de lhe corrigir eventuais erros. Os demais recursos só serão conhecidos se assim decidir a Corte para qual foram endereçados, dentro de seu exclusivo critério de discricionariedade, visando à interpretação construtiva do direito ou no interesse do sistema jurídico, ou seja, no interesse do Estado e não do indivíduo. Logo, a parte vencida só tem direito, estrito sensu, a uma apelação, que obrigatoriamente será conhecida, se atendidos os pressupostos legais. Algumas matérias, em virtude de sua importância, fatamente alcançarão as Supremas Cortes (estaduais e federais). Assim, por economia processual e destinando-se a pacificar logo o conflito, permite-se o encaminhamento de recursos diretamente à aquelas Cortes, que passam a funcionar como revisoras (SILVEIRA, 1999, p. 155).

Assim, entende-se que caso o recurso seja admitido pelo Tribunal Superior, este irá atuar como Corte revisora, fazendo a reanálise do caso bem como julgando no interesse da coletividade, visto que os julgados são precedentes para os casos futuros.

Por fim, analisar-se-á o apego dos magistrados às leis nos dois países. No Brasil, os magistrados, em geral, aplicam a lei na forma em que elas estão dispostas no ordenamento jurídico, fazendo pouca interpretação destas e somente analisando seu poder de justiça excepcionalmente:

No Brasil – como o Juiz aplica a lei sem dar enfoque pessoal de justiça, tendo-a como depurada nesse aspecto pelo legislador, que teria apreciado todos os ângulos valorativos, políticos e sociais, que a norma encerra, sendo seu julgamento meramente técnico, com abstração do justo emergente do caso concreto [...] (SILVEIRA, 1999, p. 173).

Averigua-se que os magistrados brasileiros têm atuado de maneira passiva, aplicando a lei literalmente não observando se esta é justa ao caso concreto que lhe é apresentado. Nas palavras de Paulo Fernando Silveira (1999, p. 173):

[...] Seu pronunciamento tem sido puramente técnico, sempre despido de aspecto político, valorizando a vontade do legislador, esquecendo-se de que o Judiciário é um Poder Político independente e como tal tem o dever de atuar como condição sine qua non de sua legitimidade e para preservar a existência e manutenção da democracia.

Muitas vezes isto ocorre devido ao engessamento do Poder Judiciário, visto que a estrutura brasileira impede que os magistrados julguem de acordo com a sua convicção puramente. Tal endurecimento dos órgãos julgadores acontece em razão da influência dos países em que o Judiciário não é um órgão político independente, sendo apenas um órgão aplicador da lei. Conforme pensamento de Montesquieu (Livro décimo primeiro, Capítulo VI, s.d., s.p.): “Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

Uma vez que o Poder Judiciário não cumpre o seu papel como poder independente, isto acarreta uma sobrecarga do Poder Legislativo que é frequentemente cobrado a editar novas leis, visto que a mudança legislativa é mais lenta do que a mudança dos costumes da sociedade.

Além disso, cria-se uma dependência do Judiciário em face do Poder Legislativo, pois aquele segue de forma praticamente absoluta as normas editadas pelo legislativo. Dito isso, assevera-se sobre a independência do Judiciário que:

De todos os poderes constituídos, referia-se Ruy, “é o Judiciário o menos propenso a usurpar, não tendo influência alguma sobre a espada ou a bolsa pública, não podendo assim, tomar nenhuma deliberação ativa, e dependendo, até o final, do Governo, para a execução das próprias sentenças. Dele, pois, não é de temer que empreenda nada contra as liberdades constitucionais. Todas as cautelas, pelo contrário, deve adotar o povo, para que o Judiciário não seja suplantado pelos outros dois poderes, e, quando entre as duas opressões houvessem de optar, menos grave seria a dos Tribunais que a dos Governos ou a dos Congressos” (NETTO, 1987, p. 351).

De forma diversa ocorre com os magistrados norte-americanos. Estes, por sua vez, gozam de maior autonomia em seus julgamentos devido ao sistema de direito adotado pelo país, qual seja, a *common-law*. Isto porque neste sistema a maior fonte de direito são os precedentes judiciais, também chamados de jurisprudência, e não a lei codificada. Conforme explica René David (1998, p. 368):

O direito, nos Estados Unidos como na Inglaterra, é concebido essencialmente como um direito jurisprudencial, fundado antes de tudo

sobre os precedentes e sobre a razão. As leis e regulamentos são observados, segundo a tradição, como complementos ou corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema da common law.

Desta forma, constata-se que os magistrados dos Estados Unidos tomam suas decisões de forma mais desvinculada da lei, exercendo o papel político intrínseco do Poder Judiciário. Apesar desta maior liberdade de julgamento estes magistrados ainda estão vinculados aos precedentes judiciais. Estes podem ser divididos em duas espécies: os persuasórios e os obrigatórios. Como explica E. Allan Farnsworth (1963, p. 63/65):

Têm autoridade persuasória as decisões dos tribunais de outras jurisdições e as decisões das Côrtes coordenadas da mesma jurisdição, por exemplo outros Tribunais de Apelação intermediários do mesmo Estado ou outros Tribunais de Apelação federais. O grau de persuasão de uma decisão pode depender do apoio que ela tenha em outras jurisdições: quando há conflito entre várias jurisdições sobre um determinado ponto, é comum falar-se em regra da “maioria” ou “minoría”, seguindo-se a primeira, por sua maior aceitação. O grau de persuasão pode depender também da preeminência do Tribunal que exarou a decisão o do juiz que pronunciou o voto [...]

A autoridade obrigatória, à qual se aplica a doutrina do precedente, é a das decisões do próprio Tribunal. Como não é de esperar que o Tribunal em instância inferior ignore uma decisão anterior do Tribunal superior na mesma jurisdição, com poder de revisão, o que interessa saber é até que ponto um Tribunal seguirá uma de suas próprias anteriores decisões. A questão é posta ao ser tomada uma decisão isolada, pois, embora o peso da autoridade persuasória varie em número de decisões análogas, basta uma anterior decisão do Tribunal para constituir precedente.

Assim, assimila-se que as jurisprudências persuasórias tem caráter de mera diretriz nos casos em que o Tribunal julgador ainda não tiver um precedente naquele caso específico. Já as jurisprudências obrigatórias são de aplicação necessária. Isto porque o Tribunal ligeiramente inferior não poderia decidir um caso contra o entendimento de Tribunal Superior subsequente pois os jurisdicionados poderão reclamar àquele. O papel do Tribunal Superior é exatamente o de unificar o entendimento dos casos iguais, para que não haja divergência entre as decisões inferiores.

Neste sistema de aplicação do direito, mesmo devendo obediência aos precedentes obrigatórios, percebe-se que há uma maior discricionariedade dos magistrados em suas decisões. Isso faz com que estes exerçam de forma mais eficiente o papel político que o Poder Judiciário deve ter:

Ao judiciário compete, sensível às necessidades do povo, dar efetividade e concretude à Carta Política, ajudando o país a, saindo da ignorância e da escuridão intelectual, caminhar em direção Estado Democrático de Direito, [...] O Poder Judiciário, como poder político e independente, tem a chave que abre o país para o progresso e a modernidade. Existe para confrontar os demais, através de sua missão constitucional de to check os outros ramos do governo, de modo a não permitir abusos e ilegalidades, ainda que veiculados por lei (SILVEIRA, 1999, p. 175/176).

Por fim, insta salientar que os precedentes, especialmente os obrigatórios, poderão ser modificados. Conforme preceitua René David (1998, p. 391): “o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados à suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência”.

Portanto, conclui-se que a jurisprudência muda mais rapidamente do que a legislação escrita, acompanhando a mudança social com maior eficácia. Entretanto, este dinamismo jurisprudencial pode levar a uma insegurança jurídica, visto que os Tribunais Superiores podem modificar seu entendimento do julgamento de um caso para o outro.

6 FORMAS DE RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS

Pretende-se neste tópico apresentar algumas formas que existem de processos de seleção de magistrados. Os modelos comumente usados são o da nomeação/indicação, o do concurso público e as eleições. Conforme apresentado por Edgard de Moura Bittencourt (2002, p. 29):

R. Charles e René Warlomont, em trabalho sobre o problema da preparação do magistrado, reproduzem o quadro sinótico que foi anexado aos documentos parlamentares do Senado da Bélgica, em 1947 e 1948, relativo aos sistemas de investidura dos magistrados. Nele se vêem relacionados onze processos diferentes, desde a eleição pelos corpos eleitorais até o provimento através de exames e concursos. Tal quadro revela, na estrutura de cada sistema, algumas variantes, com indicação do país onde o tipo com a sua variante é adotado. Nada menos que vinte e oito países estão indicados no quadro, que não é nem pretende ser exaustivo, pois sistemas de investidura, como o brasileiro, de caráter misto em relação aos provimentos dos cargos dos tribunais superiores, por juízes de carreira e advogados e membros do Ministério Público, não são ali consignados.

Com efeito, a diversidade de sistemas de recrutamento de juízes é infinita, visto os chamado “sistemas híbridos”, os quais misturam um ou mais sistemas de escolha de magistrados. Assim, é inviável analisar todos estes sistemas e suas variações.

Diante disso, o presente trabalho se volta ao estudo do sistema brasileiro de investidura de magistrados, com o estudo aprofundado nos juízes de primeiro grau, que são recrutados por meio de concurso público.

Além disso, analisar-se-á de uma forma geral o sistema norte-americano, focando, posteriormente, a atenção nos sistemas dos Estados-membros da Carolina do Norte e da Louisiana.

A escolha deste dois Estados-membros dos Estados Unidos se faz devido à diversidade nos sistemas legais destes. Isto porque enquanto a Carolina do norte adota o sistema de direito da *common-law*, conforme o restante dos Estados Unidos, a Louisiana foge a regra por seguir o sistema da *civil-law*, ou seja, o mesmo sistema adotado pelo Brasil.

Apesar de adotarem sistemas de direito distintos, os dois Estados-membros norte-americano adotam, de alguma forma, as eleições como forma de recrutamento de seus magistrados.

A partir daqui, analisar-se-á, portanto, as formas de recrutamento dos magistrados, conforme disposto acima.

6.1 Formas de Recrutamento de Magistrados no Brasil

Desde a primeira constituição do Brasil, em 1891, após a independência do país, já estava disposto na Carta Magna a forma de seleção para os cargos públicos. Àquela época, estes cargos eram preenchidos por indicação do Imperador do Brasil, D. Pedro I:

No texto histórico do Brasil Império, o desempenho das funções públicas, em sua grande parte, era exercido a título de delegação direta ou indireta do Imperador. Como não existia a previsão constitucional de um processo seletivo prévio, a escolha dos cargos públicos era realizada de forma discricionária pelo Imperador e seus assessores [...] Tal situação fundamentava-se na presunção de que a vontade do Imperador confundia-se com a vontade do Estado e, conseqüentemente, com a vontade social materializada pelo interesse coletivo. Todavia, já assegurava a Constituição Política do Império do Brasil, em seu art. 179, XIV, que “todo cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, ou virtudes” (MAIA, 2007, p. 6/7).

Percebe-se que mesmo sendo um poder discricionário do Imperador, ainda assim era previsto na constituição da época que qualquer cidadão poderia ser investido dos poderes públicos. Portanto, não havia restrição de tais poderes, ao menos não diretamente, às classes dominantes.

Já na constituição de 1934 houve expressamente a previsão de concursos públicos para os cargos públicos. Entretanto, é na constituição de 1967 que se traz a obrigatoriedade de concursos públicos para assumir os cargos públicos. Conforme dispõe o artigo 95 da referida Carta Magna:

Artigo 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.
§ 1º – A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (1967, p. 380).

Atualmente, com a promulgação da constituição de 1988, o assunto é regulamentado pelo artigo 37 e seus incisos. Nestes, essenta-se que os cargos públicos poderão ser preenchidos por qualquer cidadão, brasileiro ou estrangeiro, na forma que a lei estabelecer. Além disso, informa sobre o prazo de validade dos concursos públicos, as garantias dos servidores públicos, subsídios, remuneração, entre outros aspectos.

O inciso II do referido artigo assim dispõe, no que diz respeito ao concurso público:

II – A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Com relação ao ingresso na magistratura, a constituição de 1988 trata sobre o assunto no artigo 93. Traz o inciso I que:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Percebe-se que o ingresso na magistratura brasileira se faz por meio de concurso público. Assim, os candidatos que são aprovados em concurso público para a magistratura assumem seus cargos, após nomeação, sendo este ato solene de posse do cargo.

O alcance de cargos de segunda instância é feito por meio de promoções. Desta forma, os magistrados atuantes em primeira instância, por critérios definidos pela Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN (Lei complementar n.º 35/1979) e pela constituição federal, podem ser “promovidos” para a segunda instância.

Conforme dispõe o artigo 93, inciso III, da constituição federal: “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”.

Já a LOMAN versa sobre o tema no capítulo V, Título II. Sobre os tribunais estaduais assegura a referida lei que:

Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios de antiguidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível.

§ 1º - Na Justiça dos Estados:

I - apurar-se-ão na entrância a antiguidade e o merecimento, este em lista tríplice, sendo obrigatória a promoção do Juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento; havendo empate na antiguidade, terá precedência o Juiz mais antigo na carreira;

II - para efeito da composição da lista tríplice, o merecimento será apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do Regulamento baixado pelo Tribunal de Justiça, tendo-se em conta a conduta do Juiz, sua operosidade no exercício do cargo, número de vezes que tenha figurado na lista, tanto para entrância a prover, como para as anteriores, bem como o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento;

III - no caso de antiguidade, o Tribunal de Justiça, ou seu órgão especial, somente poderá recusar o Juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

IV - somente após dois anos de exercício na entrância, poderá o Juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou se forem recusados, pela maioria absoluta dos membros do

Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, candidatos que hajam completado o período.

Com relação aos Tribunais Regionais Federais, dispõe que:

Art. 84 - O acesso de Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos far-se-á por escolha do Presidente da República dentre os indicados em lista tríplice, elaborada pelo Tribunal.

Por fim, sobre os Tribunais especiais Militares e do Trabalho:

Art. 85 - O acesso de Juízes Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar ao Superior Tribunal Militar far-se-á por livre escolha do Presidente da República

Art. 86 - O acesso dos Juízes do Trabalho Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento ao Tribunal Regional do Trabalho, e dos Juízes do Trabalho substitutos àqueles cargos, far-se-á, alternadamente, por antigüidade e por merecimento, este através de lista tríplice votada por Juízes vitalícios do Tribunal e encaminhada ao Presidente da República.

Constata-se com a leitura destes artigos que as promoções para o ingresso em segunda instância são feitas por indicações, seja esta do Presidente da República ou do próprio Tribunal, ainda que por meio de listas.

Nestes tribunais de segunda instância, prevê a constituição no artigo 94 o sistema de ingresso na magistratura pelo chamado “quinto constitucional”:

Artigo 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formarpa lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

O quinto constitucional consiste no ingresso de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais de segunda instância. Uma lista é apresentada pelos órgãos de representação das classes acima citadas. Estas listas são encaminhadas ao Tribunal para o qual as indicações são feitas. Desta lista, o Tribunal escolherá três dos nomes indicados e, após, enviará a lista ao Poder Executivo para que seja escolhido o integrante a da lista que será nomeado para o cargo.

Por fim, sobre os Supremos Tribunais, analisa-se que os ministros que compõe tais Tribunais são indicados. Estas indicações são feitas por diversos métodos.

No Supremo Tribunal Federal, conforme aduz o artigo 101, parágrafo único da Constituição, o Presidente da República indica o nome do candidato para ocupar o cargo de Ministro da mais alta corte judicial brasileira. Esta indicação deve

ser aprovada por maioria absoluta do Senado Federal para só então o indicado ser nomeado. Conforme ensina Alexandre de Moraes (2004, p. 478):

O Presidente da República, presente os requisitos constitucionais para investidura, escolhe livremente o candidato, que será sabatinado pelo Senado Federal, devendo ser aprovado pela *maioria absoluta* de seus membros (art. 52, III, a, e art. 101, parágrafo único, ambos da CF), para poder ser nomeado pelo Chefe do Executivo.

No que concerne aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, estes também são indicados pelo Presidente da República, entretantom, não de maneira livre. O artigo 104 da constituição federal menciona que um terço dos ministros do STJ devem ser escolhidos dentre os desembargadores dos Tribunais federais (TRF's) e um terço dentre os desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais. A última parte deve ser escolhida entre os advogados e membros do Ministério Público, em partes iguais.

Insta salientar que os próprios Tribunais (estaduais e TRF's) e os representantes das classes dos advogados e do Ministério Público, deverão apresentar suas listas ao Presidente a República para que ele escolha o candidato. Ademais, tal candidato só será nomeado após aprovação da indicação pelo Senado Federal. Sobre esta matéria, menciona Alexandre de Moraes (2004, p. 478):

O Presidente da República escolhe o candidato, dentro das listas tríplices a ele apresentadas. Este será sabatinado pelo Senado Federal, conforme ocorre com os candidatos a Ministro do Supremo Tribunal Federal. Somente se aprovado pela maioria simples (art. 104, parágrafo único c.c art. 47, ambos da CF) do Senado Federal é que poderá ser nomeado pelo Presidente da República.

Sobre os Tribunais Superiores das Justiças especializadas (Eleitoral, Trabalhista e Militar) há ainda regras próprias. Para o Superior Tribunal Militar há a livre indicação do presidente da República, independentemente de apresentação de listas por qualquer órgão à exceção dos chamados Ministros Cíveis, conforme disposto no artigo 123, parágrafo único da constituição.

No que diz respeito a composição do Tribunal Superior do Trabalho, o Presidente da República indicará os nomes a partir da lista apresentada pelo Tribunal ou pela representação da classe, conforme o caso, o qual terá que ser ratificado pelo Senado Federal. Conforme leciona Alexandre de Moraes (2004, p. 482), os Ministros serão escolhidos:

- onze escolhidos dentre os juízes dos Tribunais Regionais do trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista;
- três dentre advogados;
- três dentre membros do Ministério Público do Trabalho.

Por fim, o Tribunal Superior Eleitoral terá sua composição de três Ministros do STF, três Ministros do STJ e dois advogados que serão nomeados pelo Presidente da República, que os escolherá da lista formulada pelo STF, não havendo a necessidade da confirmação pelo Senado Federal.

6.2 Formas de Recrutamento de Magistrados nos Estados Unidos

Historicamente, o primeiro método de recrutamento dos magistrados utilizado nos Estados Unidos, tanto em âmbito Federal como no Estadual, foi a indicação. Isto porque o país recebia a influência da sua antiga metrópole colonial, a Inglaterra.

Gradualmente, alguns Estados-membros começaram a adotar a eleição partidária como forma de escolha de seus magistrados. Esta mudança se deu com base na ideia de democracia, em que o povo tinha o direito e o dever de participar da vida política de todas as maneiras. Como mencionado por Thomas Jefferson (1964, p. 84):

Pensamos, na América, ser necessário introduzir o povo em todo departamento de governo enquanto tenha capacidade de exercer-lhe as funções e que este é o único meio de assegurar uma longa, contínua e honesta administração de seus poderes.

Entretanto, aos poucos a seleção dos magistrados por meio de eleições partidárias começou a ser alvo de intensas críticas. Isto porque se defendia que com as eleições partidárias os juízes eram corrompidos pela máquina política. Surgiu, então, um novo modelo de eleição: a eleição não partidária.

Ainda como crítica ao método de eleições, inclusive as não partidárias, surgiu um novo modelo de recrutamento dos magistrados chamado de “*comission plans*” ou “*merit plan*”.

Neste modelo, uma comissão apresenta uma lista de nomes para o Governador e este escolhe um dos previamente indicados para assumir o cargo de magistrado. O escolhido exerce a função durante um determinado período de tempo, normalmente de dois anos. Após este período, há uma votação pública e direta na qual os cidadãos deverão escolher se tal magistrado deve continuar ou não no cargo.

Atualmente, como frisado em tópico anterior, a estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos deve ser entendida em duas esferas distintas: a Federal e a Estadual e, portanto, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para se entender a forma de recrutamento dos magistrados norte-americanos.

De início, verificar-se-á o recrutamento dos magistrados no âmbito estadual. Nesta esfera, é inviável dissertar sobre todos os modelos usados nos Estados Unidos visto que cada um dos cinquenta Estados-membros aplica um método diferente de recrutamento de magistrado ou, pelo menos, com alguma variável diferente. Entretanto, é possível fazer uma classificação genérica dos métodos utilizados:

Today the combination of schemes used to select judges is almost endless. Almost no two states are alike, and many states employ different methods of selection depending upon the different levels of the judiciary, creating "hybrid" systems of selection. It is possible, however, to classify selection methods in the states. The most frequently used classification differentiates between states that appoint their judges and states that elect their judges. The two groups turn to be fairly equal in number (BERKSON, s.d., s.p.)³³.

As indicações variam de forma conforme cada Estado-membro que adota este método. Estas podem ser feitas livremente pelo Governador, pelo Poder Legislativo ou por meio de uma lista previamente criada e entregue para o Governador nomear para o cargo um dos indicados.

Salienta-se que pode ocorrer de todos os magistrados de diferentes níveis serem indicados pelo mesmo sistema de indicação ou, ainda, o Estado-membro pode recorrer a diferentes sistemas de indicação para cada nível do corpo judiciário.

O segundo grupo de Estados-membros se utiliza das eleições para escolher os seus magistrados. Neste sistema, há duas maneiras de se realizar as eleições: as eleições partidárias e as eleições não-partidárias.

Nas eleições partidárias os candidatos à magistraturas estão ligados à um partido político que o auxilia em sua campanha, inclusive financeiramente. Já nas eleições não-partidárias, os candidatos à magistraturas não participam das

³³“Atualmente, a combinação de esquemas usados para selecionar juízes é quase infinita. Quase nenhum estado é igual ao outro, e muitos estados empregam diferentes métodos de seleção, dependendo dos diferentes níveis do sistema judiciário, criando sistemas "híbridos" de seleção. É possível, no entanto, classificar os métodos de seleção nos estados. A classificação mais utilizada diferencia entre os estados que nomeiam os seus juízes e estados que elegem os seus juízes. Os dois grupos são bem parecidos em número de adeptos”(tradução nossa).

eleições com ligações à partidos políticos. Entretanto, o candidato pode receber suporte financeiro de advogados, empresas, particulares, entre outros, inclusive indiretamente de partidos políticos.

Um último destaque se refere ao sistema das “*comission plans*”. Alguns Estados-membros ainda se utilizam deste método para o recrutamento de seus magistrados.

Como já fora destacado, há Estados-membros americanos que usam sistemas “híbridos”, valendo-se de eleições para a escolha de magistrados de alguns níveis do Poder Judiciário e indicação para outros níveis.

No tocante ao sistema federal, o sistema utilizado é a indicação pelo Presidente da República. Assim, o Presidente tem direito a livre indicação de um nome para ocupação do cargo. Entretanto, tal indicação deve ser ratificada pelo Senado Federal. Só após esta ratificação é que ocorrerá a nomeação do indicado.

Nas palavras de René David (1998, p. 390): “Os juízes federais assemelham-se aos juízes ingleses. São, como estes últimos, nomeados vitaliciamente; o Presidente dos Estados Unidos os escolhe, com a aprovação do Senado”. Ademais, minuciosamente, explica-se que:

A judge may be elected or appointed. Judges in the federal judiciary, with the exception of the judges for the Article I courts, are appointed for life by the president, with the advice and consent of the Senate. Candidates for the federal judiciary are cleared through the office of the Deputy U.S. Attorney General, who receives reports of each candidate from the FBI and the American Bar Association. The Senate Judiciary Committee then conducts hearings on the nomination and makes a recommendation to the full Senate (MERRIAM, 1996, p. 556)⁴.

Com isso, passa-se a análise minuciosa de dois Estados-membros em específico: a Lousiana e a Carolina do Norte. A escolha destes se faz pelo fato de os dois Estados-membros terem como base dois sistemas de direito diferentes e, entretanto, os dois se utilizarem da eleição como forma de escolha de seus magistrados.

⁴“Um juiz pode ser eleito ou indicado. Os juízes federais, com exceção dos juízes dos tribunais ao qual se refere o Artigo I, são nomeados a título vitalício pelo presidente, com o aconselhamento e consentimento do Senado. Os candidatos para o judiciário federal são investigados pelo Gabinete do Vice-Procurador Geral dos EUA, que recebe os relatórios de cada candidato do FBI e da American Bar Association (equivalente a nossa Ordem dos Advogados do Brasil). O Comitê Judiciário do Senado, em seguida, realiza audiências sobre a nomeação e faz uma recomendação a todo o Senado”(tradução nossa).

6.2.1 O recrutamento de magistrados na Carolina do Norte

Cronologicamente, o Estado da Carolina do Norte teve seus primeiros magistrados indicados pelo Governador. Somente com o advento da segunda constituição estadual, em 1868, é que as eleições foram intituladas no Estado-membro.

Estas eleições, a princípio, eram partidárias. Entretanto, nas eleições de 1894 e 1896 houve conturbadas disputas entre ocupantes de cargos públicos de partidos diferentes. Conforme relata Paul D. Carrington (2011, p. 11):

In 1894 and 1896, North Carolina judicial elections were bitterly contested by partisan rivals. In 1900, the state's Supreme Court declared unconstitutional legislation enacted in 1899 by the General Assembly. The General Assembly responded by impeaching the two Republican members of the court deemed responsible for this indignity, but the impeachment did not receive the two-thirds vote in the Senate necessary to remove the justices from office.⁵

Mesmo com todos estes impecilhos, quando da promulgação da nova constituição estadual, em 1971, este sistema não foi reformado. Foi só a partir de 2002, após uma emenda constitucional que as eleições passaram a ser não-partidárias para os magistrados de todos os níveis da estrutura judicial.

A atual estrutura judicial estadual da Carolina do Norte é composta da Suprema Corte Estadual (*North Carolina Supreme Court*), a Corte de Apelação (*North Carolina Court of Appeals*), a Corte Superior (*North Carolina Superior Court*) e as Cortes Distritais (*North Carolina District Courts*).

A *North Carolina Supreme Court* é composta por 7 juízes que são eleitos para mandatos de oito anos. Esta corte recebe os casos que envolvam questões constitucionais e sobre outras leis desde que tenham importância e repercussão bem como casos criminais que possuam sentença de pena de morte ou homicídios de primeiro grau:

The Supreme Court has no jury, and it makes no determinations of fact; rather, it considers errors in legal procedures or in judicial interpretation of the law and hears arguments on the written record from the trial below. Its

⁵“Em 1894 e 1896, as eleições judiciais da Carolina do Norte foram amargamente contestadas por rivais partidários. Em 1900, o Supremo Tribunal do estado declarou a legislação promulgada em 1899 pela Assembleia-Geral inconstitucional. A Assembleia-Geral respondeu pedindo o impeachment de dois membros republicanos do Tribunal, mas o impeachment não recebeu o voto de dois terços do Senado necessários para a remoção dos magistrados do cargo”(tradução nossa).

decisions are printed and distributed in bound volumes known as “North Carolina Reports” (ADMINISTRATIVE, 2007, p. 03)⁶.

Já a *North Carolina Court of Appeals* é a corte intermediária de recursos e é composta por quinze membros que também cumprem mandatos de oito anos de duração. Esta corte recebe as apelações de primeiro grau.

Por fim, a *North Carolina Superior Court* é composta por quinze membros eleitos para exercerem mandatos de oito anos. Esta corte é uma das partes da primeira instância do sistema judiciário da Carolina do Norte e, em geral, julga casos de direito civil acima de dez mil dólares.

As *North Carolina District Courts* também são cortes de primeira instância e julgam casos sobre direito de família, criança e adolescente, crimes de menos potencial ofensivo bem como causas cíveis com valor inferior à dez mil dólares. Seus membros são eleitos para cumprirem mandatos de quatro anos.

Insta salientar que para se tornar juiz na Carolina do Norte, impreterivelmente o candidato deve ser advogado. Outro dado importante é que quando há a vacância de um cargo, o Governador do Estado nomeará alguém para ocupá-lo até as próximas eleições.

Ademais, com relação às eleições, em caso haja mais de dois candidatos para uma mesma vaga, as eleições serão divididas em duas etapas: a primeira etapa chamada de eleição principal em que os cidadãos votam no candidato de sua preferência. Os dois candidatos mais votados na primeira etapa vão para segunda parte, chamada de eleições gerais. Nestas, o candidato que obtiver mais votos assume o cargo.

6.2.2 O recrutamento de magistrados na Louisiana

A Louisiana, Estado-membro norte-americano, começou a integrar a federação dos Estados unidos no início do século XIX. A França estava sem dinheiro

⁶“A Suprema Corte não tem júri e não faz o julgamento de fatos; no entanto, analisa erros processuais ou de interpretação da lei e ouve argumentos sobre as decisões das instâncias inferiores. Suas decisões são impressas e distribuídas em volumes encadernados conhecidos como *North Carolina Reports*” (tradução nossa).

devido as guerras Napoleônicas na Europa. Por isso, resolveu vender sua colônia ultramarina:

O declínio das forças francesas fez Napoleão Bonaparte priorizar os combates na Europa em detrimento do sonho de expansão do império para o outro lado do Atlântico. Os franceses, necessitando de dinheiro e com as tropas enfraquecidas, ofereceram a Louisiana para os norte-americanos por um preço de 15 milhões de dólares (KARNAL, 2007, p. 102/103).

Atualmente está vigente no Estado da Louisiana a Constituição estadual que fora promulgada em 1974. Os magistrados da Louisiana são escolhidos por meio de eleições partidárias em todos os níveis do corpo judiciário.

A estrutura do Poder Judiciário estadual da Louisiana é composta de uma Suprema Corte (*The Supreme Court*), as Cortes de Apelação (*Courts of Appeal*) e as Cortes de Primeira Instância (*District Courts*).

As *District Courts* são as cortes de primeira instância do Estado-membro e é subdividida em quarenta *District Jurisdictions* (“Jurisdições Distritais”). Para cada uma destas jurisdições é eleito um juiz para cumprir um mandato de seis anos. Estas cortes tem jurisdição para todas as causas cíveis e criminais.

A corte de apelação é dividida em cinco circuitos distribuídos pelo território da Louisiana. Os magistrados desta corte cumprem mandatos de dez anos. Sobre as *Courts of Appeals*:

Each circuit is divided into at least three districts, and at least one judge is elected from each. The circuits and districts and the number of judges as elected in each circuit are subject to change by law enacted by two-thirds of each house of the legislature (JUDICIAL, s.d., s.p.)⁷.

Já a *Supreme Court* da Louisiana é composta por sete magistrados, eleitos pelos cidadãos para exercerem mandatos de dez anos. O mais antigo deles na corte é escolhido como Presidente da *Supreme Court*, assumindo a função de “diretor administrativo do sistema judicial do Estado-membro” (JUDICIAL, s.d, s.p.).

Esta Corte tem competência para supervisionar todas as cortes inferiores, nomear advogados como juízes temporários ou *ad hoc*, conduz procedimentos disciplinares contra os membros da *American Bar Association* (semelhante à Ordem dos Advogados do Brasil). Além destas competências, a Corte Suprema tem jurisdição para:

The jurisdiction of the Supreme Court in civil cases re-considers both the law and the facts when hearing appeals. In criminal matters, its jurisdiction extends only to questions of the proper interpretation of laws.

⁷“Cada circuito é dividido em pelo menos três zonas, e pelo menos um juiz é eleito de cada um. Os circuitos e distritos e o número de juízes eleitos em cada circuito estão sujeitos à alteração por lei aprovada por dois terços de cada casa do Legislativo” (tradução nossa).

Besides the reasons listed above, a case may be appealed to the Supreme Court if (a) a law under which a person was convicted has been declared unconstitutional or (b) the defendant has been convicted of a capital offense and a death penalty has been imposed (JUDICIAL, s.d., s.p.).⁸

Ainda sobre a Suprema Corte da Louisiana, observa-se que esta tem competência para declarar uma norma inconstitucional. É seu papel o controle de constitucionalidade das normas.

Entretanto, em oposição ao que ocorre nos outros Estados-membros, a base legal da Louisiana não se faz com os precedentes judiciais das cortes, mas sim em regras, leis escritas e codificadas. Como observado em outra oportunidade, isto acontece pois o Estado da Louisiana adota o sistema da *civil-law*, sendo inerente a tal sistema a adoção normas jurídicas escritas.

Sobre este tema, pontua-se que a Suprema Corte da Louisiana tem o dever de respeitar as regras criadas pelo Legislativo, podendo declarar suas promulgações inconstitucionais quando estas afrontarem a Constituição estadual:

In a 1949 survey made for the National Conference of Judicial Councils, it was indicated that court-made rules prevailed over an inconsistent legislative enactment in at least four of the thirteen states in which the highest court promulgates court rules pursuant to supervisory powers similar to Louisiana's. Nevertheless, such a constitutional grant to the courts of rule making authority under its supervisory powers has usually been viewed as a power to be exercised concurrently by the court with the legislature. It is usually exercised by the state's highest court only after the enactment of legislation "enabling" the court to do so and indicating the legislature's withdrawal from the field (TATE JR, 1964, p.562/563).⁹

Por fim, informa-se que nos casos de vacância de um cargo, será convocada uma eleição extraordinária pelo Governador. Enquanto as eleições não chagarem ao seu resultado final, o cargo é ocupado por meio de nomeação da Suprema Corte da Louisiana.

⁸“A competência da *Supreme Court* em casos cíveis é para reconsiderar tanto a lei quanto os fatos. Em matéria penal, a sua jurisdição abrange apenas questões de interpretação das leis.

Além dos motivos listados acima, um processo pode ser objeto de recurso para a *Supreme Court*, se: a) a lei em que uma pessoa foi condenada for declarada inconstitucional; ou b) o réu foi condenado por um crime capital e a pena de morte tem lhe sido imposta” (tradução nossa).

⁹ “Em uma pesquisa feita em 1949 para a Conferência Nacional dos Conselhos Judiciais, foi indicado que as regras feitas pela corte prevaleceram sobre uma emenda legislativa inconsistente em pelo menos quatro dos treze estados em que a mais alta corte promulgava regras em conformidade com os poderes de supervisão semelhantes aos da Louisiana. No entanto, a concessão, tais constitucional aos tribunais que criam regras de autoridade sob seus poderes de supervisão tem sido geralmente visto como um poder a ser exercido simultaneamente pelo tribunal com o Legislativo. Geralmente é exercido pela Suprema Corte do estado somente após a promulgação da legislação, "permitindo que" o judiciário indique a lei que deve ser retirada do ordenamento” (tradução nossa).

6.3 Comparação entre o Método da Eleição e o de Concurso Público

Neste tópico analisar-se-á os métodos de recrutamento dos magistrados da eleição e do concurso público, sendo o primeiro utilizado pela maioria dos estados-membros norte-americanos e o segundo método utilizado no Brasil. A finalidade é descobrir quais são os pontos positivos e quais são as críticas feitas para cada um dos métodos. Conforme ilustra Sérgio Cavalieri Filho (1997, p. 139):

Acreditamos já ter ficado demonstrada a importância da função desempenhada pelo juiz: decidir causas que são levadas à sua apreciação; dar a palavra final nos conflitos de interesse, fazendo valer o direito aplicável ao caso. Julgar, como tem sido dito.

O papel que o juiz exerce está claro. Entretanto, discute-se qual seria a melhor forma de escolher os magistrados, figuras principais de decisão da vida de todos os cidadãos. Sérgio Cavalieri Filho demonstra sua preocupação com a forma como os juizes serão escolhidos dizendo que (1997, p. 140): “[...] de uma boa seleção dependerá grandemente a eficiência, a independência e a dignidade da magistratura”.

6.3.1 A influência sobre os magistrados

O primeiro ponto a ser discutido é a influência externa que os magistrados podem receber em cada um dos métodos. Como é sabido, no método de recrutamento por meio da eleição os candidatos à magistratura recebem apoio, inclusive financeiro, ou dos partidos políticos ao qual são ligados, no caso das eleições partidárias, ou de qualquer pessoa da sociedade, como, por exemplo, advogados e empresas, no caso de eleições não partidárias.

Visto que é o próprio povo, por meio do voto direto, que escolhe seus magistrados para exercer um mandato de tempo determinado, os magistrados poderiam ficar preocupados com a forma com que julgam os casos que lhes são

apresentados visto que, caso desagrade à maioria da população, corre um grande risco de não ser reeleito.

Indaga-se, portanto, se este sistema não retira uma parcela da independência da magistratura. Conforme expõe Sérgio Cavalieri Filho (1997, p. 141):

Deve-se ainda levar em conta que a função de julgar é muito diferente da função política. Exige imparcialidade, independência, descomprometimento de toda sorte. O juiz não pode procurar agradar a ninguém com suas decisões. [...] Mas se o juiz necessitar de votos para se eleger ou reeleger-se, sempre que tiver que decidir questões relevantes e de repercussão social, estará sujeito a todo tipo de pressões do seu eleitorado ou em nome dele [...] perdendo a imparcialidade e a segurança necessárias ao julgador.

Ainda neste contexto, leva-se em consideração a influência que pode ser exercida pelos chamados “grupos de pressão”. Pedro Salvetti Neto define tais grupos como (1987, p. 276):

Conceituam-se “grupos de pressão” determinadas entidades que, para defenderem interesses próprios, influem diretamente nas deliberações governamentais, imiscuindo-se nas relações políticas. Fazem-no, por exemplo, a fim de obrigar o Legislativo a aprovar uma determinada lei, ou de compelir o Executivo a efetivar certo ato administrativo. Trajam as mais variadas roupagens, apresentando-se como entidades econômicas, sindicais ou religiosas, que, à margem dos órgãos constitucionais, e sem responsabilidade política – pode-se afirmar – também governam.

Assim como a influência que estes grupos tem nos poderes Legislativo e Executivo, também podem ter no Judiciário caso este não tenha a sua afirmação de não depender da população e de votos, pois as pessoas que fazem parte destes grupos também irão votar.

Caso os magistrados dependam destas pessoas para se (re)elegerem, com muito mais facilidade poderão se deixar levar pela pressão exercida a fim de assumirem ou continuarem no cargo.

Percebe-se, portanto, que com os magistrados sendo eleitos pelo povo, o Poder Judiciário perde boa parte de sua independência e autonomia visto que sempre haverá este sentimento de que os magistrados irão julgar no mesmo sentido em que pensa a maioria para preservarem seus cargos, deixando a minoria desprotegida. Conforme observa Paulo Fernando Silveira (1999, p. 95):

2. Os Poderes Legislativo e Executivo atuam representando a vontade da maioria. O Judiciário, como Poder não eleito, defende os interesses da minoria (direitos individuais).

Desta forma, em se tratando da independência dos magistrados, entende-se que o método do concurso público seria mais viável, pois não há como pessoas e grupos influenciarem as decisões dos juízes, visto que se estes julgarem

casos contra-majoritariamente para que se alcance da justiça, ainda assim continuarão nos seus cargos, exercendo suas funções. Neste sentido, conclui Sérgio Cavalieri Filho (1997, p. 143):

[...] destacamos que o sistema do concurso público apresenta ainda a vantagem de assegurar ao magistrado a necessária independência para julgar. Não tendo sua nomeação dependido do prestígio ou influência de quem quer que seja, mas sim da sua própria capacidade, inteligência e esforço, não deve favores a ninguém, podendo decidir os conflitos de interesse que lhe vierem às mãos com total imparcialidade.

Portanto, no que tange a independência do magistrado, conclui-se que o método do concurso público se mostra mais apto, visto que o juiz não depende de ninguém, a não ser dele mesmo, para assumir o cargo.

6.3.2 A legitimação dos magistrados

Analisando o método da eleição, percebe-se que um dos argumentos mais fortes para a sua defesa é alicerçada na legitimação que os juízes tem quando são eleitos pelo povo.

Isto porque as eleições trazem a aparência de aprovação pública do candidato e, com isso, a legitimação, usando-se de sistema considerado extremamente democrático, qual seja, a eleição direta:

Por este sistema os magistrados são escolhidos através de votação direta, tal como os membros do Legislativo. Costuma-se apresentar como sua principal vantagem o fato de ser democrático, rápido e pouco oneroso para os cofres públicos.

Democrático porque é o próprio povo, no exercício do soberano direito do voto, que escolhe os juízes, tal como seus governantes e legisladores, recaíndo a escolha sobre aqueles que mereceram a preferência popular (FILHO, 1997, p. 140).

Neste caminho, entende-se que os juízes, quando eleitos, julgarão de acordo com a lei e sem tomarem decisões extremas, com base somente nas suas preferências individuais, fazendo com que os magistrados sigam a lei mais rigorosamente. Caso contrário, eles não serão reeleitos pelos cidadãos que os colocaram no poder e que lhes deram legitimidade para julgar.

Em contrapartida, o concurso público também é defendido como um sistema democrático, visto que leva em consideração o princípio da igualdade. Isto porque todos os cidadãos tem a oportunidade de serem juízes:

É um sistema democrático, pois oferece iguais oportunidades a todos. Desde que o candidato preencha os requisitos estabelecidos no regulamento do concurso, poderá inscrever-se e concorrer a uma vaga, seja ou não conhecido, de família ilustre ou humilde [...] (FILHO, 1997, p. 142/143).

Apesar de fundamentarem em pontos distintos, os dois métodos são entendidos como democrático, a eleição por ser embasada no voto direto e o concurso público por dar oportunidade a todos, em respeito ao princípio da igualdade.

6.3.3 A aptidão e as características dos magistrados

Um ponto intrigante e de muita valia a ser analisado é a aptidão do magistrado para exercer sua função. Indaga-se se os magistrados que estão assumindo seus cargos são realmente qualificados e se estão preparados para exercerem tal tarefa:

Evidentemente, para o exercício de uma função pública assim tão relevante, é preciso alguém altamente qualificado, tanto no aspecto técnico quanto moral. Além de conhecedor do direito, deve o juiz se detentor de um caráter ímpoluto e de uma personalidade ajustável à função (FILHO, 1997, p. 139).

As críticas ao método de eleição são diversas. Diz-se que por meio da eleição nem sempre se escolhe os melhores juízes e que a eleição ilude os eleitores, pois por vezes eles ficam perdidos em meio a tanta informação que não conseguem assimilar o que é correto e o que não é. Além disso, pode ocorrer que candidatos realmente aptos a exercerem a magistratura não consigam apoio financeiro para a sua campanha, pensado despercebido pelos eleitores.

Conforme preleciona Sérgio Cavalieri Filho (1997, p. 141):

[...] Com efeito, nem sempre se elegem os melhores, conforme já assinalado quando tratamos da escolha dos membros do Legislativo, em razão das graves distorções que ocorrem na execução de uma eleição direta. Além disso, os melhores nem sempre estariam dispostos a enfrentar os percalços de uma campanha eleitoral, ou teriam recursos para custeá-la, ou encontrariam apoio particular à sua candidatura.

Em oposição, as críticas feitas ao método de concurso público são bem menores visto que tal sistema tem uma credibilidade maior em relação ao recrutamento de pessoas capacitadas. Como explica Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2007, p. 14/15):

O concurso público compreende uma sucessão ordenada de atos tendentes à realização de um objetivo final da Administração Pública, qual seja, a

seleção e o recrutamento de pessoas potencialmente capacitadas para assumir cargos ou empregos públicos.

Percebe-se que a ideia principal do concurso público é escolher, a princípio, dentre vários candidatos, àquele que tenha maior conhecimento técnico. Isto se vê devido às provas de alto nível que são elaboradas, muitas vezes compreendendo mais de uma fase.

Apesar disso, as críticas que são feitas ao método do concurso público se direcionam à falta de experiência dos candidatos. Estes começam a prestar concursos muito novos, com pouquíssima experiência profissional e prática na área jurídica. Nas palavras de Edgard de Moura Bittencourt (2002, p. 22):

[...] Não padece dúvida que a debelação do mal está ligada à alteração mais vasta da vivência política e social. Mas se há de começar, no que toca à Magistratura, por algum ponto. Este começo está no recrutamento verdadeiramente democrático dos juízes. Não há de ser pelo simples processo de policiamento intelectual e moral dos candidatos que se poderá entregar o Judiciário às verdadeiras vocações existentes no seio do povo. O expediente constitucional do concurso (forma imperfeita e apressada de aferição dos valores) não é tudo, embora possa ser alguma coisa.

De acordo com o referido autor, o concurso público é um começo, uma fase do recrutamento dos magistrados. Entretanto, deveria ter outros instrumentos que aperfeiçoassem a prática destes. Uma das ideias que Bittencourt traz em seu livro são os “Estágios de preparação” dos juízes, tirocínio ou noviciado. Sobre esta ideia:

[...] O aspirante não irá ser plasmado para a função, senão aoenas irá ser familiarizado com ela; não encontrará com seus preparadores a maneira como proferir o julgamento, mas simplesmente a superação de dificuldades iniciais da técnica judiciária, de par com debates (debate e não propriamente lições) sobre os problemas de Direito material, ligado ao assunto em análise, de par ainda com elementos morais, sociais e econômicos envolvidos com a aplicação do Direito (BITTENCOURT, 2002, p. 34).

Percebe-se, portanto, que a maior crítica feita ao concurso público é a falta de qualificação prática dos candidatos à magistratura.

Por fim, uma crítica constante nos dois métodos de recrutamento é a falta de análise das características intrínsecas do candidato. Isto porque se quer que os magistrados sejam pessoas justas, pacientes, que respeitem a todos, entre outras características positivas do ser humano.

Apesar desta crítica, é difícil encontrar um método que consiga realmente identificar estas características. Tais fatores, normalmente, são percebidos com o tempo e não com alguma forma de prova, teste ou procedimento. Até mesmo o exame psicológico não poderia dectar com certeza a higidez de uma pessoa.

6.3.4 A onerosidade dos métodos de recrutamento de magistrados

O último ponto a ser considerado é a onerosidade dos métodos de recrutamento de magistrados da eleição e do concurso público. A onerosidade do método de recrutamento é um detalhe que também deve ser analisado para se avaliar a aplicabilidade do sistema. Isto porque caso ele seja muito oneroso poderá se tornar inviável em algumas ocasiões.

O método de eleição é extremamente barato. Isto porque as campanhas políticas dos candidatos são suportadas pelo partido político ao qual estão vinculados ou pelas doações feitas à sua campanha política por diversas pessoas e entidades, quando se trata de eleição não partidária.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (1997, p. 141), o método de eleição é “rápido porque em um mesmo dia podem ser eleitos todos os juízes de um estado ou mesmo de um país. Pouco oneroso porque as despesas com uma campanha eleitoral correm normalmente por conta do candidato ou do seu partido”.

De forma contrária é o método de concurso público. Este, além de ser demorado, é muito oneroso para o Estado, pois é necessário que diversas medidas sejam tomadas para a realização do concurso. Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2007, p.78/79) explicam que há duas etapas para a realização de um concurso, sendo uma interna e outra externa:

Dessa forma, o procedimento inicialmente desenrola-se no interior da Administração Pública, a qual averiguará a existência de dotação orçamentária e respectiva autorização para a realização do concurso público, cuja execução poderá ser direta ou indireta. Se optar pela execução direta do concurso público, a Administração estabelecerá as condições gerais do certame, via regulamento, e designará a banca examinadora responsável pela elaboração do edital, que conterá os requisitos para a admissão nos cargos ou empregos públicos, as datas, horários e condições para a inscrição dos candidatos, os critérios de avaliação das provas, a metodologia para a sua aplicação e demais formalidades imprescindíveis à sua realização.

A etapa externa, à sua vez, inicia-se com a publicação do edital, perpassando pelas fases da inscrição, realização das provas, correção ou julgamento das provas e fase da homologação do concurso.

Portanto, é a própria administração pública que deve delegar pessoas para elaborar o edital, contratar uma empresa para elaborar a prova e aplicá-la, designar quem irá corrigir estas provas, entre diversas outras medidas que levam

tempo e custam dinheiro. Conforme Sérgio Cavaliéri Filho (1997, p. 142) este método:

Tem como desvantagem o fato de ser demorado e bastante oneroso: exige uma comissão de alto nível para realizar o concurso e muito tempo no processo de inscrição, exame da documentação de cada candidato, aplicação e correção das provas escritas e realização das provas orais.

Pode-se dizer, então, que em certas circunstâncias o concurso público se torna inviável visto a onerosidade e morosidade até o fim de todo o procedimento avaliatório.

7 CONCLUSÃO

Pode-se perceber que para se entender a atual conjuntura político-econômica e social é necessário fazer uma análise dos fatos históricos. Assim, no presente trabalho, foi analisado o início das grandes navegações européias bem como todo o processo de descobrimento e colonização do Brasil e dos Estados Unidos.

Entendeu-se que a influência que a metrópole inglesa tinha em sua colônia era muito menor do que a influência portuguesa nas terras brasileiras. Isto porque Portugal era dependente dos produtos brasileiros para manter sua economia. Já a Inglaterra não interferia tanto nas relações da colônia visto que o país estava passando por um processo de revolução interno, o qual levaria à chamada Revolução Industrial.

Com isso, os colonos das América criaram uma liberdade com relação a metrópole, inclusive comercial. Portanto, quando os ingleses começaram a estreitar as relações com a colônia, com o intuito de fazê-la subordinada às ordens da Inglaterra, as colônias se revoltaram e se tornaram independentes.

A independência dos Estados Unidos foram inspiração para as demais colônia da América que, pouco a pouco, foram se libertando das metrópoles européias.

Após a análise histórica, foi feita uma análise do sistema federativo. Este sistema criado nos Estados Unidos após a independência foi imitado por diversos países com o passar dos anos. O Brasil foi um dos países que se utilizou do modelo norte-americano.

Percebe-se na análise das federações que o modelo americano puro e o que foi implantado no Brasil, apesar de se tratar do mesmo instituto, trazem muitas diferenças entre si.

O modelo norte-americano tem como escopo dar liberdade dos Estados-membros, garantindo que estes possam montar sua estrutura político-econômica da maneira que acharem mais conveniente à sua população. Vê-se o quanto este modelo preconiza a descentralização do poder. Somente o que é estritamente necessário fica para a competência da Federação.

Em oposição, percebe-se uma grande concentração de poder na federação brasileira, não sendo deixada quase nada para a competência exclusiva dos Estados-membros. Além disso, os estados brasileiros não tem autonomia para se estruturarem da maneira em que acharem melhor, devendo obedecer ao padrão contido na constituição.

Devido a isso, concluiu-se que o poder judiciário brasileiro é mais simétrico do que o poder judiciário norte-americano. Entretanto, isto não quer dizer que aquele seja mais eficiente.

Com relação ao sistema recursal, por exemplo, os processos em trâmite a Justiça brasileira que violam algum dispositivo constitucional terão um caminho muito mais longo a percorrer do que um processo na justiça americana. Isto porque no Brasil o processo deverá passar por diversos tribunais antes de chegar à Suprema Corte (STF) enquanto que nos Estados Unidos, ao se perceber que a demanda trata de violação a constituição, a causa irá direto para a Suprema Corte Americana.

Expostas as semelhanças e diferenças do Poder Judiciário de cada país, passou-se para a análise dos métodos de recrutabilidade dos magistrados. Há diversas formas de se escolher um magistrado, sendo as mais comuns a indicação/nomeação, o concurso público e as eleições.

A indicação/nomeação é o sistema pelo qual o magistrado é escolhido, por muita das vezes, pelo poder executivo com a homologação da escolha pelo poder legislativo. Este é um sistema que pode variar em inúmeras formas como, por exemplo, a nomeação pode ser feita de uma lista pré-estabelecida pela classe dos advogados, entre outros.

O concurso público é o método adotado pelo Brasil para se eleger os magistrados de primeira instância. Neste método os candidatos devem ser aprovados em uma prova de conhecimento técnico, dividida em mais de uma fase, além de uma fase oral. Ademais, os candidatos são submetidos a exames psicológicos.

No sistema de eleição os magistrados são escolhidos pela própria população por meio do voto direto. A eleição também pode varia de forma, podendo ser partidária ou não partidária. Além disso, as eleições não-partidárias podem ser diferentes em cada Estado-membro devido à quem poderá financiar as

candidaturas. Em alguns casos, por exemplo, os próprios advogados podem suportar a campanha de um magistrado.

Durante o desenvolvimento do trabalho se buscou encontrar um modelo que fosse superado pelo demais. Buscava-se a resposta para a pergunta: Será que um sistema é mais eficaz, mais transparente que o outro?

À primeira vista, percebeu-se que o método das eleições sempre deixa um sentimento de insatisfação devido à aparência de corrupção. Entretanto, também se entendeu que este processo é democrático, levando as pessoas a se interessarem mais pelo Poder Judiciário e a discutirem mais sobre os problemas e situações não sedimentadas do direito.

Já o concurso público é veemente defendido como o melhor sistema, pois não é possível fraudá-lo bem como seleciona os candidatos com o maior conhecimento técnico do direito. Entretanto, não é somente conhecimento técnico que o magistrado deve ter. Os magistrados devem ter discernimento, serem educados com todas as pessoas que estão usando os serviços do poder judiciário, entre outras características que não são captadas por um concurso público.

Defende-se que isso pode ser percebido durante o exame psicológico, mas as críticas a este exame também são imensas. Isto porque a análise durante um único exame não é suficiente para se definir o caráter do candidato. Por isso, pode ser feita interpretações errôneas que colocarão pessoas não qualificadas para exercer a função bem como pode ocorrer de pessoas altamente qualificadas sejam desclassificadas durante este exame devido uma má interpretação do examinador.

Apesar de não se ter aprofundado no estudo do método da indicação/nomeação, insta salientar que este método também recebe críticas no sentido de que a escolha de magistrados não deve ficar nas mãos de uma só pessoa ou grupo de pessoas.

Após diversas reflexões, conclui-se que ainda não há um método de recrutamento de magistrados perfeito. Todos os sistemas até então existentes são alvos de elogios e críticas consistentes.

Desta forma, não é possível chegar a conclusão de que um método é mais eficiente que o outro. Cada método utilizado se aplica com eficiência dentro da sociedade em que está inserido.

Cada sociedade tem seus costumes, crenças e seus valores diferentemente uns dos outros. Querer aplicar algo que funciona no Brasil nos Estados Unidos, ou vice-versa, poderia não surtir os efeitos esperados.

Assim, encerra-se o trabalho com a ideia de que cada Estado deve buscar o melhor método sempre levando em consideração o momento que se está passando, sempre se levando em consideração que os magistrados devem ser pessoas sensíveis ao seu ambiente, decidindo com justiça os casos que lhes são dados.

BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM Lincoln. Produção: Steven Spielberg. Estados Unidos. 180 minutos.

ABRAHAM Lincoln online. Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>>. Acesso em: 25 abr 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Lei Orgânica da Magistratura. Lei complementar n^o 35/1979. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1970-1979/leicomplementar-35-14-marco-1979-364957-normaatuizada-pl.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2013.

MERRIAM-Webster's Dictionary of Law. Springfield: 1996.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. Barueri: Editora Manole, 2010, 3^a ed.

ADMINISTRATIVE Office of the Courts. **The Judicial System in North Carolina**. Disponível em: <<http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Courts/NorthCarolinaJudicialSystem.pdf>> Acesso em: 06 maio 2013.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O Direito nas Sociedades Humanas**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, 1^a ed.

BAIRD, Lori; BROUSSEAU, Marcel; ROSE, Amber. **Fifty States**. New York: Metro Books, 2008.

BARRACLOUGH, Geoffrey. **Atlas da História do Mundo**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1995, 4^a ed.

BERKSON, Larry C., updated by Raphael Caufield and Malia Reddick. **Judicial Selection in the United States: A Special Report**. Disponível em <www.judicialselection.com/uploads/documents/Berkson_1196091951709.pdf> em 10/abr/2013.

BENNETT, Robert W. **Talking it Through: Puzzles of American Democracy**. New York: Cornell University Press, 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O Juiz**. Campinas: Millenium Editora, 2002, 3ª ed.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma Breve História do Mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, 4ª ed.

BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História**. São Paulo: Editora Ática, 2003, 2ª ed.

Christopher Columbus: Biography. Disponível em: <<http://www.biography.com/people/christopher-columbus-9254209>>. Acesso em 21 Jan. 2013.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, 2ª ed.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, 3ª ed.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. **Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das**

Tradições de Common Law e de Civil Law. IN: MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010; p. 11- 51.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. São Paulo: Editora Forense, 1963.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003, 11ª ed.

FERGUSON, Niall. **Império: como os britânicos fizeram o mundo moderno**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010. 2ª ed.

FREIDEL, Frank. **The Presidents of The United States of America**. Washington D.C.: White House Historical Association.

GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta, 2007.

GOMES, Laurentino. **1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2010.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **The Federalist Papers**. Editora: The Pennsylvania State University, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 26ª ed.

IANNONE, Roberto Antonio. **A Revolução industrial**. São Paulo: Editora Moderna, 1992.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural, 1964.

JUDICIAL Branch. Disponível em: <
http://louisiana.gov/Government/Judicial_Branch/>. Acesso em: 03 maio 2013.

KARNAL, Leandro. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Editora Contexto, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, 6ª ed.

KOSHIBA, Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Frayze. **História do Brasil**. São Paulo: Editora Atual, 1987, 5ª ed.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 3ª ed.

MCCULLOUGH, David. **1776: A história dos homens que lutaram pela independência dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Disponível em: <http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2012/04/montesquieu-o-espírito-das-leis.pdf>, em 25/abr/2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2004, 15ª ed.

MOTA, Pedro Vieira. **Montesquieu: o Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, 5ª ed.

NETTO, Pedro Salvetti. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, 7ª ed.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **História do Brasil: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora Rideel, 2006, 1ª ed.

SCHNEEBERGER, Carlos Alberto. **Manual compacto de História Geral: Ensino Médio**. São Paulo: Editora Rideel, 2011, 1ª ed.

SILVA, José Otalício da. **O Poder Político na visão de Tocqueville: um Diferencial entre Antigos e Modernos**. Revista Espaço Acadêmico nº 75 – Agosto/2007 – Mensal – Ano VII. Disponível em: <www.espacoacademico.com.br/075/75silva.htm> em 19/fev/2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. São Paulo: Editora Del Rey, 1999.

SOARES, Guigo Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à Teoria do Estado**. São Paulo, 1967.

SOUSA, Rainer. **Guerra dos Sete Anos**. Disponível em: <http://guerras.brasilecola.com/seculo-xvi-xix/guerra-dos-sete-anos.htm>. Acesso em 14 abril de 2013.

TATE JR, Albert. **The Rule-Making Power of the Courts in Louisiana**. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3243&context=lalev&seiredir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Furl%3Fsa%3Dt%26rc3Dj%26q%3Djudicial%2520power%2520in%2520louisiana%26source%3Dweb%26%3D5%26cad%3Drja%26ved%3DOCEMQFjAE%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.law.lsu.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D324%2526context%253Dlalev%26ei%3Dpp2JUdvtLq2G0QHCrYcBQ%26usg%3DAFCNGM4F9UMhNpT9wocPwkBmS3zdfiw%26bvm%3Dbv.46226182%2Cd.dmQ#search=%22judicial%20power%20louisiana%22>>. Acesso em: 01 maio 2013.

UNITED States Courts. Disponível em :
<<http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/DistrictCourts.aspx>>. Acesso em: 02 maio 2013.

PODER Executivo. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/poder-executivo>>. Acesso em 26 abr 2013.

PODER Legislativo. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/poder-legislativo>>. Acesso em: 26 abr 2013.

VIANNA, Luiz Wernneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palacios Cunha, BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997, 3ª ed.

ANEXOS

**Tradução Livre da Entrevista com o Justice James G. Exum,
realizada no dia 03 de novembro de 2011:**

1. Como alguém se torna um juiz na Carolina do Norte?

Na maioria das vezes os juizes ocupam seus cargos por indicação do governador. Mas isso depende de como aquele cargo foi criado. Pode haver circunstâncias em que o cargo será ocupado por meio de eleição. Portanto, há basicamente duas maneiras de se tornar um juiz na Carolina do Norte: por indicação do governador ou pela eleição.

A eleição é votada pelo povo. O candidato é concorre a eleição sozinho e não por um partido. Isso quer dizer que a eleição é independente, não tendo o candidato o nome ligado a um partido político.

2. Como é a eleição de um juiz e qual a diferença entre a eleição de um juiz e as eleições do executivo e do legislativo?

A grande diferença é que a eleição de um juiz não envolve partidos políticos. Na eleição de governadores e de membros do legislativo, os candidatos estão ligados a um partido político – Republicano ou Democrata. O restante da eleição é bem parecida. Com isso, percebe-se que nas eleições em geral um candidato concorre contra o outro, cada um sendo escolhido pelo seu partido. Já nas eleições de um juiz, poderão concorrer quantas pessoas quiserem participar da eleição, visto que não há vinculação com partido político.

3. O que você acha que influenciou a Carolina do Norte a escolher o método de eleição dos juizes ao invés do método de indicação? A eleição sempre foi usada ou em algum tempo fora usado outra forma de recrutamento dos magistrados?

Em 1776, quando houve a Independência dos Estados Unidos, os nossos juizes eram indicados, em um método muito parecido com o que é utilizado para indicar os magistrados da corte federal, os juizes eram indicados pelo governador. Por volta de 1860 os magistrados eram eleitos pela Assembléia Geral. Então, em 1868 houve uma emenda à constituição da Carolina do Norte alterando a forma de recrutamento dos magistrados, passando a ser a eleição popular. Entretanto, esta eleição era com ligação aos partidos políticos. Assim, os candidatos estavam filiados a um partido e concorriam a eleição. Há uns 12 ou 13 anos atrás é

que houve uma nova modificação para que a eleição de juízes fosse desvinculada de partidos políticos.

O porquê a Carolina do Norte escolheu este método? Bom, voltando à Independência dos Estados Unidos, o sistema de eleição de juízes era desconhecido. Em todos os lugares, os magistrados eram escolhidos por indicação, por exemplo, na Inglaterra. Foi natural que a Carolina do Norte também escolhesse seus magistrados por meio de indicação também. Entretanto, em 1868, durante a Reconstrução ocorrida após a Guerra Civil, idéias novas começaram a surgir. As pessoas pensavam: “nós elegemos o Governador, os membros da Assembléia Legislativa, por que não eleger os juízes também?” Com isso foi implantado o sistema de eleição, ainda com a vinculação aos partidos políticos.

4. Quais são os pontos positivos e os pontos negativos do método de eleição dos magistrados?

Ok. Um ponto positivo é que com a eleição o candidato faz discursos, expõe suas idéias, conhece as pessoas e as suas opiniões.

Pessoalmente, penso que há muito mais pontos negativos. O primeiro deles é que eleger nossos juízes faz com que eles sejam mais políticos. Há um risco de um juiz não ser justo por não decidir contra-majoritariamente com medo de não ser reeleito pelo povo. Muitas vezes os juízes julgam a favor de uma ideia da maioria para continuar no cargo nas próximas eleições.

O papel do juiz não é ser popular. Juízes não escolhem os problemas que eles devem decidir, as pessoas trazem estes casos para eles. Cada caso há sempre dois lados, cada lado entenderá que está com a razão e o juiz deverá decidir qual lado está correto. O juiz sempre decepciona uma das partes do processo. O que estou dizendo é que os juízes sempre serão impopulares por algumas pessoas por estarem fazendo o seu trabalho.

Quando submetemos os juízes às eleições, basicamente estamos dizendo que se ele for muito impopular devido às suas decisões, as pessoas não votarão nele nas próximas eleições.

Há um conflito, pois os juízes devem julgar os casos com o seu melhor entendimento da lei. Estas decisões não podem ser tomadas pela população, visto que o povo não tem conhecimento técnico para isso. Juízes estudam a lei para decidir estes casos. Se você disser para um juiz julgar de acordo com a lei, e o juiz

fazê-lo, mas se isso o tornar impopular porque a população não gostou desta decisão, mesmo estando correto, as pessoas ainda poderão não reelegê-lo, tirando-o do cargo. Isso é uma irônica inconsistência sobre este sistema.

5. Na Carolina do Norte os advogados podem ajudar os juizes em suas campanhas?

Sim, eles podem ajudar os juizes em suas campanhas. Os advogados são os principais financiadores das campanhas judiciais. Isto porque os advogados são quem mais conhecem os juizes. E os juizes vão aos advogados para pedir ajuda para suas campanhas.

Acho que é uma coisa rara os juizes ao decidirem um caso levarem em consideração se aquele advogado ajudou ou não em sua campanha. Entretanto, certamente pode ser esta a impressão que se passa para os cidadãos. Isto dá uma aparência ruim, não parece correto que os advogados ajudem ou contribuam para as campanhas judiciais e depois apareçam em juízo com uma causa para este mesmo juiz. Neste caso, há outro lado, quem não ajudou este juiz talvez fique preocupado com a decisão que será tomada por este magistrado.

Cria-se uma aparência ruim mesmo que o juiz tenha consciência e não dê vantagens aos advogados ou partido que o ajudaram. Não queremos juizes favorecendo ou desfavorecendo alguém só porque esta pessoa contribuiu ou não. Esta situação coloca o juiz em uma posição na qual ele simplesmente não deveria ser colocado. O trabalho de um juiz, o trabalho de julgar já é muito complexo sem estas outras pressões externas.

6. No Brasil, escolhemos nossos juizes por meio de um concurso público. Gostaria que o senhor me dissesse quais são as qualidades que um juiz deveria ter. Por exemplo, simplesmente saber sobre a lei é importante, ou ter algumas experiências na vida é importante, ou o que é realmente importante que um juiz tenha?

É uma pergunta muito interessante. Uma excelente pergunta. Não é fácil de respondê-la porque há diversas qualidades que queremos em nossos juizes. É importante que o juiz tenha um bom conhecimento sobre a lei, o juiz deveria ser treinado sobre esta lei, ele deveria ter alguma experiência na prática da lei. Isso poderia incluir ensinar sobre a lei, trabalhar com ela, podendo ser em algum cargo

público, tudo isso conta como experiência em lidar com a lei. Acho que deveria ser requerido como pré-requisito para ser juiz uma quantidade de experiência em lidar com a lei como, por exemplo, professor, empregado do governo.

Além dessa experiência em lidar com a lei e o conhecimento da lei, queremos que nossos juizes sejam justos, pacientes, tenham senso do que a experiência humana é, as necessidades da vida que são importantes, tenham respeito por todas as pessoas.

7. Você não acha que o método das eleições seja o melhor método. Portanto, qual você acha que seria o melhor método ou o que deve ser melhorado no método das eleições?

Bom, eu prefiro o sistema federal. Nós temos o sistema federal que tem funcionado ao longo de muitos anos. Tem ficado um pouco mais difícil e subjetivo do que eu gostaria, isto por causa do politicismo. Mas em geral, o Presidente nomeia os magistrados federais, o Senado confirma estas nomeações. Portanto, os cidadãos tem ainda um controle sobre os candidatos à magistratura por meio dos candidatos que eles votaram para estar no Senado e pelo Presidente também.

Uma vez que os magistrados são escolhidos, eles têm mais autonomia para tomarem suas decisões uma vez que eles não temem serem retirados do cargo por estarem julgando contra-majoritariamente. Os magistrados federais por muitas vezes decidiram de forma impopular, contrária a ideia da maioria. Olhando para trás, vejo que todas estas decisões foram apropriadas.

No âmbito estadual, gostaria de ver um sistema em que o governador nomeasse os juizes e eu não teria nenhuma objeção à confirmação da nomeação pelo legislativo.

O real problema que vejo no nosso sistema é o que acontece com o magistrado depois que ele é escolhido. Nós queremos ter um sistema de escolha popular? Pois é o que temos agora. E eu digo: não, isto não é correto.

Depois que o juiz assume o cargo ele sente que ficará lá enquanto estiver fazendo o seu trabalho corretamente, decidindo conscientemente com o seu melhor entendimento sobre a lei, mesmo que algumas de suas decisões sejam impopulares para algumas ou a maioria das pessoas. Mesmo assim, o juiz continuará se sentindo "seguro" em seu cargo.

Eu gostaria de ver, portanto, uma destas duas opções: ou ver os magistrados serem nomeados pelo governador para a um cargo vitalício, desde que tenham um bom comportamento ou talvez nomeado para longos mandatos e depois teria que sair. Também seria um bom sistema.

8.O sistema federal é o de nomeação pelo chefe do executivo e depois deve haver uma confirmação do legislativo. Na esfera federal a quantidade de pessoas que irão fazer esta confirmação é grande. Já na esfera estadual á uma quantia menor de pessoas para esta confirmação. Você acha que por causa disso, por ser menos pessoas, estas não poderiam ter interesses em comum e, por isso, começarem a decidir quem será magistrado levando em consideração seus próprios interesses?

Eu acho que o que você está querendo dizer é que por ser o legislativo estadual menor que o federal...

Não queremos que nossos juízes julguem um caso de uma forma somente porque será popular. Queremos que eles julguem com o melhor entendimento que eles tenham sobre a lei. Por isso, acho que mesmo quando o grupo confirmador (legislativo) é menor, isto não seria um problema. O que pode ocorrer é que em uma jurisdição menor uma decisão impopular tenha uma divulgação maior entre a população do que uma decisão impopular em uma jurisdição que é grande.

9.Como os Estados Unidos tem uma constituição sintética, que não traz muitas matérias em seu texto, como é feita a interpretação desta contituição pelos juízes? Como há muitos princípios, os juízes não podem interpretá-los de maneiras diferentes? Como é feito este controle?

Nossa contituição tem poucas regras e muitos princípios. Cada caso em concreto deve ser analisado para ser aplicada a norma/princípio corretamente. Este é o trabalho do juiz. Eles devem pegar os princípios constitucionais e aplicar em casos concretos, e específicas situações.

Você está certa, alguns juízes julgam diferentemente com base nestes princípios. Temos um sistema que lida com estas divergências nas decisões. Primeiro, há as cortes de primeira instância, no qual o juiz vai jogar o caso da forma que achar mais correta para aquele caso concreto, com base nos princípios. Depois,

há a Corte de Apelação. Esta corte é formada por três magistrados. Pode haver discordância entre estes três magistrados também. Se, após isso, e se o caso for realmente difícil ou realmente importante, então este caso chegará a Suprema Corte Americana. Lá os magistrados poderão discordar também. Entretanto, a concordância da maioria decidirá a questão.

Outro ponto importante do nosso sistema é que após esta decisão ser tomada ela se torna o que chamamos de precedente. Esta decisão se torna parte da legislação. Portanto, aquele caso será base para o julgamento de outros casos semelhantes. Assim, construímos uma grande quantidade de casos individuais interpretados nos princípios e todos eles contam.

10. Então um precedente faz com que menos casos cheguem a Suprema Corte?

Sim. Porque quanto mais precedentes tiver é mais fácil para os juízes das cortes inferiores julgarem situações específicas. Quanto mais sedimentado um assunto, mais fácil é para julgá-lo. Pois os juízes olharão para o precedente e saberão qual rumo tomar.