

Publicações da Escola da AGU

1º Curso de Introdução ao
Direito Americano:
Fundamentals of US Law Course
volume 2

n. 13 novembro/dezembro 2011 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 13	p. 1-494	nov./dez. 2011
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria Betero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORA-GERAL SUBSTITUTA

Andrea Takenaka Dias

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva

Thiago Carvalho Barreto Leite

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza de Lima

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuza de Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano III, n. 13, v. 2 (nov./dez. 2011).
Brasília: EAGU, 2011. Bimestral.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral.
ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDU 34 (05)

CDD 340 . 5

SUMÁRIO

Editorial.....	7
Apontamentos sobre as Diferentes Perspectivas Jurídicas acerca do Planejamento Tributário nos Direitos Americano e Brasileiro. <i>Differences among legal perspectives about tax planning on american and brazilian legal system</i> <i>Amadeu Braga Batista Silva</i>	9
Videoconferência no Brasil e nos Estados Unidos: utilização no Processo Administrativo Disciplinar. <i>Video Conference In Brazil and in the United States: use in disciplinary administrative process</i> <i>Ana Cristina Velloso Cruz</i>	21
O Pensamento Econômico como Vetor da Eficiência da Common Law. <i>The Economic Thought as a Vector of Efficiency of the Common Law</i> <i>Ana Flávia Lopes Braga</i>	61
A Class Action Norte-Americana e o Processo Coletivo Brasileiro <i>The North-American Class Action and the Brazilian Collective Process</i> <i>Ana Luiza Mendonça Soares</i> <i>Naiara Rodrigues Rezende</i>	83
Prévio Requerimento Administrativo nas Ações Previdenciárias: uma abordagem social, econômica, política, jurídica e dos aspectos relevantes da experiência norte-americana <i>Previous administrative petition in suits against the Social Security Service: Social, economic, political and legal approach and relevant aspects of the North American experience.</i> <i>Bárbara Malta Araújo Gimenez</i> <i>Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt</i>	105
Possibilidade de Aplicação da Arbitragem em Processos Administrativos de Apuração de Infrações Ambientais: uma abordagem à luz do sistema administrativo norte-americano de resolução alternativa de litígios <i>Administrative Procedures of Environmental Violations in Brazil: an approach in light of the north american administrative system of alternative dispute resolution</i> <i>Cid Arruda Aragão</i>	123
Noções Básicas sobre Responsabilidade Civil do Estado <i>Basics on Liability of the State</i> <i>Cleide Siqueira Santos</i>	141

O Direito de não Auto-Incriminação e o Crime de Perjúrio. <i>The Privilege Against Self-Incrimination and the Perjury Felony</i> Cristiane Cantarelli Pouey Reginaldo Roberto Albuquerque de Sá	155
A Adoção das Agências Reguladoras no Brasil e a Inspiração no Direito Comparado <i>The Adoption of Regulatory Agencies in Brazil and the Inspiration in the Foreign Law</i> Fausto Bruno Menezes Guilherme Augusto Barbosa de Azevedo	175
Neoliberalismo e Crise Financeira: a Influência dos Paraísos Fiscais. <i>(Neoliberalism and Financial crisis: the tax havens influence)</i> Francianna Barbosa de Araújo	195
O Povo e a Justiça: reflexões sobre o poder judiciário no Brasil e nos EUA. <i>The People and the Justice: reflections on the judicial power in Brazil and in the United States</i> Giorgia Sena Martins	213
Discriminação Racial e Ações Afirmativas no Acesso à Educação: breve descrição de casos emblemáticos apreciados pela Suprema Corte Americana. <i>Racial Discrimination and Affirmative Action in the Access to Education: a brief presentation of U.S. Supreme Court decisions in some emblematic cases</i> Gustavo Caldas Guimarães de Campos	241
O Caso Chevron: controle judicial do poder regulamentar das agências no Direito Estadunidense <i>Chevron Case: Judicial review of agency regulatory power in the U.S. Law</i> Gustavo Fontana Pedrollo	261
Controle de Constitucionalidade Difuso. Uma Breve Análise <i>Objectification of judicial review. A brief review</i> Márcia Sousa de São Paulo	285
Por um Julgamento Justo, em Respeito ao Devido Processo Legal, Ampla Defesa e com a Assistência de um Defensor <i>For a Fair Trial, Respecting the Due Process Clause, Legal Defense and with the Assistance of a Counsel.</i> Maria Clarice Maia Mendonça	307

Meios Alternativos de Resolução de Litígio em Matéria Tributária: a experiência americana e sua aplicabilidade no Brasil. <i>Alternative Dispute Resolution in Tax Law: the american experience and your applicability in Brazil</i> Mariana Cruz Montenegro	329
A Contribuição do Federalismo Vertical para a Criação do Judicial Review pelos Estados Unidos <i>The Contribution of Vertical Federalism for the Establishment of Judicial Review By the United States</i> Michelle Marry Marry da Silva.....	353
A Suprema Corte dos Estados Unidos e a Subtração Internacional de Crianças: o “direito convencional de guarda” <i>The US Supreme Court and International Child Abduction: the “Conventional right of custody”</i> Natalia Camba Martins.....	373
O Federalismo Norte-Americano e o Modelo de Certificação Digital: comparação com o modelo brasileiro <i>The American Federalism and Digital Certification Model: comparison with the brazilian model</i> Paulo Ronaldo Ceo de Carvalho.....	407
Ativismo Judicial no Brasil e a Importância da Experiência Norte-Americana em Hermenêutica Constitucional <i>Judicial Activism in Brazil and the Importance of the American Experience in Constitutional Hermeneutics</i> Rafael Machado de Oliveira	435
Poder Normativo das Agências Reguladoras – Paralelo entre o Sistema Jurídico Brasileiro e o Norte-Americano <i>Administrative Law created by Regulatory Agencies – Analysis of Brazilian and American Law Systems</i> Renata Beckert Isfer.....	451
Um Breve Ensaio sobre a Teoria do “Stare Decisis” e sua Influência sobre o Ordenamento Jurídico Processual Brasileiro. <i>Shor essay about the stare decisis theory and its influence on the Brazilian legal system</i> Victor Guedes Trigueiro Thiago Carvalho Barreto Leite.....	479

EDITORIAL

Seguindo na divulgação dos trabalhos produzidos pela primeira turma de membros da Advocacia-Geral da União que participou do Curso de Introdução ao Direito Americano, decorrente da parceria firmada entre a Escola da AGU e a Thomas Jefferson School of Law, temos a satisfação de apresentar ao público este segundo volume.

Tal qual no primeiro, os intercambistas produziram artigos envolvendo diversos temas comuns, tanto ao direito norte americano quanto ao direito brasileiro, tais como o planejamento tributário, a class action e o processo coletivo, a aplicação da arbitragem em processos administrativos de infrações ambientais à luz do sistema americano, a adoção do modelo das agências reguladoras, questões envolvendo o federalismo, bem como o ativismo judicial, dentre outros tantos temas que pela qualidade com que abordam os assuntos propostos constituem proveitosa fonte de pesquisa e estudo para todos os que tiverem o prazer de acessá-los.

Deste modo, a Escola da AGU se congratula com os autores desta publicação e convida toda a comunidade jurídica a se aproveitar deste excelente material.

A todos, uma ótima leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

DIFERENÇAS DAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NOS DIREITOS AMERICANO E BRASILEIRO

*DIFFERENCES AMONG LEGAL PERSPECTIVES ABOUT TAX
PLANNING ON AMERICAN AND BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Amadeu Braga Batista Silva

Procurador da Fazenda Nacional

*Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Brasília - UnB
e em Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica - PUC - SP
Membro Associado da ABDE - Associação Brasileira de Direito e Economia.*

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais; 2 Sistemas Jurídicos; 3 Direito Tributário – Brasil e Estados Unidos – Conceitos Básicos; 4 Planejamento Tributário; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo tem por objeto diferenças de perspectivas jurídicas entre Brasil e Estados Unidos acerca da eficácia perante o Estado do planejamento tributário realizado pelo contribuinte, a partir da análise dos sistemas jurídicos romano-germânico e da *common law* e das particularidades dos sistemas tributários mencionados.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento Tributário. Direitos Americano e Brasileiro. Sistemas Romano-Germânico e da *Common Law*.

ABSTRACT: This article develops the differences among legal perspectives about tax planning on american and brazilian legal systems, based on the Roman-Germanic and Common Law Systems and characteristics of these tax law systems).

KEYWORDS: Tax Planning. American and Brazilian Legal System. Roman-Germanic and Common Law Systems.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema planejamento tributário pode ser considerado atualmente um dos mais interessantes e um dos maiores alvos de controvérsias no direito tributário. A experiência internacional acerca do planejamento tributário é útil ao entendimento do objeto do presente estudo na medida em que amplia os horizontes acerca do tema e permite refletir sobre as possibilidades e os limites do planejamento tributário, a partir das características e, por conseguinte, das diferenças dos sistemas jurídicos brasileiro e americano.

Brasil e Estados Unidos possuem sistemas jurídicos diferentes, fruto da origem diversa de cada um deles – sistemas romano-germânico e da *commow law*, respectivamente – razão pela qual possuem perspectivas diferentes acerca do direito e, por conseguinte, do planejamento tributário.

O objeto, portanto, do presente trabalho é a diferença de perspectivas jurídicas entre Brasil e Estados Unidos acerca da eficácia perante o Estado do planejamento tributário realizado pelo contribuinte.

2 SISTEMAS JURÍDICOS

A compreensão do planejamento tributário na perspectiva dos direitos brasileiro e americano é determinada, dentre outros, pela origem diferente dos mencionados sistemas. Enquanto o direito brasileiro pertence à família romano-germânica, o direito americano pertence ao sistema da *commow law*. Tal origem diversa gera diversidade dos sistemas em exame, bem como a própria perspectiva sobre o direito em geral e o direito tributário em especial e, por conseguinte, sobre o planejamento tributário.

O *sistema jurídico americano* teve origem na *commow law* da Inglaterra, berço do sistema jurisprudencial¹.

O sistema jurídico da *commow law* é baseado na solução de litígios a partir de decisões judiciais anteriores, por isso também denominado de *judge-made law* ou *case law*². Assim, os fundamentos ou as razões de decidir dos julgados e, por conseguinte, as decisões judiciais, chamadas *precedentes*, são fonte de direito. Em outras palavras, as lides atuais são solucionadas a partir de precedentes judiciais, a partir das soluções adotadas em litígios anteriores.

1 “[...] O direito inglês, proveniente dos processos da *commow law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra.[...]” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 408)

2 REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. EAPP, University of Michigan, 2007. p. 6.

A idéia de que as lides devem ser solucionadas ou julgadas a partir de decisões anteriores, ou precedentes, é denominada *stare decisis*. Tal postulado da *commow law*, como dito, afirma a existência de efeitos futuros a decisões de casos já resolvidos, e vincula, em intensidades diferentes, a depender do precedente, as decisões dos juízes e tribunais^{3 4}.

O fato de a fonte de direito da *commow law* ser decisões judiciais não exclui a legislação editada pelo Estado, como, em princípio, poderia se concluir. O Estado, seja o governo federal, sejam os governos estaduais, edita leis para normatizar inúmeras matérias. Entretanto, somente após a solução de um ou mais casos envolvendo tais leis e, principalmente, somente após a interpretação judicial da legislação, está será considerada fonte de direito apta a normatizar a realidade.

O sistema jurídico americano, portanto, tem por fonte de direito os precedentes, fundado no princípio da *stare decisis*, bem como, atualmente, a legislação editada pelo Estado, após interpretada pelos Tribunais.

O *sistema jurídico brasileiro* é herdeiro da tradição romano-germânico, fruto que foi da colonização portuguesa no Brasil.⁵ O sistema romano-germânico atribui à lei a primazia como fonte de direito, ou seja, as normas são conhecidas a partir da edição de leis pelo Estado. A lei tem por características, dentre outras, a generalidade, na medida em que não deve fundar-se em situações casuais, mais sim gerais, para fins de aplicação ao maior número de casos possíveis.

Nesse contexto, o papel de outras fontes de direito seria, em princípio, secundário nos sistemas romano-germânico. Entretanto, a jurisprudência torna a norma geral mais clara e precisa, concretiza a formulação abstrata da lei nos casos concretos. Por conseguinte, o sistema romano-germânico, apesar de dar primazia à lei, não dispensa a interpretação dos tribunais para fins de elucidar ou determinar os contornos da legislação.

3 “[...] the court, for the sake of predictability, fairness, and settled point, must apply as precedent well-settled or long-settled principles established in previous cases to future similar or analogue cases. As a matter of public policy the court is bound by its own decisions.” (REINHART, ob.cit, p. 6/7).

4 Tal postulado da *commow law* não sempre foi assim considerado: “[...] só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais frequentemente, o que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado o princípio de que fosse rigorosamente obrigatório seguir os precedentes. A tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente. [...]” (DAVID, ob.cit., p. 428)

5 “As colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América, estabelecidas em países praticamente desabitados ou cuja civilização estava votada ao desaparecimento, aceitaram de modo natural as concepções jurídicas características da família romano-germânica.[...]” (DAVID, op.cit., p. 77)

Do cotejo entre os dois sistemas, é perceptível a *diferença* entre as maneiras pelas quais são formuladas as normas jurídicas⁶. Grosso modo, enquanto no sistema jurídico americano, fundado em precedentes judiciais, encontra-se a norma para o caso concreto através, basicamente, da análise e eventual distinção entre o evento ocorrido na realidade e os constantes dos precedentes, no sistema jurídico brasileiro, a gênese da solução jurídica ocorre a partir da interpretação da legislação e do cotejo com o caso concreto.

3 DIREITO TRIBUTÁRIO – BRASIL E ESTADOS UNIDOS – CONCEITOS BÁSICOS

O *direito tributário norte-americano* é influenciado por doutrinas que perpassam todo o entendimento e o estudo do tributo. São elas: *Substance Over Form Doctrine*, *Step Transaction Doctrine* e *Business Purpose Doctrine*.

A doutrina da *substância sobre a forma* (*Substance Over Form Doctrine*) atribui à substância do negócio jurídico valor preponderante para a determinação da realidade e, por conseguinte, da tributação do negócio, em detrimento das formalidades realizadas pelo contribuinte, ou da eleição formal do contribuinte acerca do negócio realizado.

Em outras palavras, a forma jurídica escolhida pelo contribuinte pode ser objeto de requalificação ou de desconsideração pela autoridade fiscal em casos em que ela não espelha a substância do negócio jurídico, para fins de escapar a determinada tributação mais gravosa⁷.

A doutrina da substância sobre a forma é o postulado ao qual as demais doutrinas podem ser consideradas corolários⁸.

A doutrina do *propósito negocial* (*Business Purpose Doctrine*) não atribui o efeito jurídico-tributário pretendido pelo contribuinte aos negócios realizados sem propósito empresarial ou negocial, como mero meio de economia de tributos. As operações realizadas pelo contribuinte, como reorganizações societárias, por exemplo, devem ter um propósito

6 “A generalidade reconhecida à regra de direito explica que a tarefa dos juristas seja essencialmente concebida nestes países como uma tarefa de interpretação de fórmulas legislativas, ao invés dos países de common law, onde a técnica jurídica se caracteriza pelo processo das distinções.” (DAVID, op. cit. 105)

7 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A elisão tributária e a interpretação econômica. RTFP 67, mar-abr/06 in PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 920.

8 “[...] In a sense, both the business purpose doctrine and the step transaction doctrine are applications of the substance over form doctrine in that they both will cause na otherwise proper form to be disregarded for tax purposes.[...]” (BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. Fourth Edition. Thomsom/West, 2006, p. 627)

econômico ou negocial, ligado a razões intrínsecas ao negócio, e não somente à finalidade de economia de tributos.

A doutrina da *transação-etape* (*Step Transaction Doctrine*) exige que operações ou negócios relacionados entre si sejam analisados como um todo, e não individualmente, ato por ato, se são interdependentes e visam a um resultado específico. Assim, se o contribuinte realiza negócios intermediários, sem qualquer substância, para fins apenas de evitar determinada tributação caso o negócio ocorresse diretamente, pode-se considerar apenas o resultado final, independentemente dos atos intermediários, que não possuem substância econômica⁹.

As doutrinas acima descritas foram objeto de definição, primordialmente, no caso *Gregory v. Helvering*, julgado em 1935 pela Suprema Corte americana e considerado o *leading case* da interpretação econômica do direito tributário¹⁰.

Evelyn Gregory, proprietária da empresa *United Mortgage Corporation*, a qual detinha ações da empresa *Monitor Securities Corporation*, pretendia transferir as ações desta última para a primeira, para posterior alienação destas a terceiros.

A legislação de imposto de renda, entretanto, tributava a transação de ações, exceto em relação àquelas que decorriam de reorganização societária. Evelyn Gregory criou uma terceira empresa, a *Averril Corporation*, numa suposta reorganização societária, e transferiu as ações da *Monitor* para a *Averril*, dissolveu esta última, liquidou os ativos dela e os transferiu para a *United*, inclusive as ações da *Monitor*.

Apesar de formalmente regular, entendeu-se na Suprema Corte Americana, confirmando a decisão em 2ª instância, que não ocorreu, de fato, uma reorganização societária: a criação de empresa tinha a única finalidade de evitar a incidência de norma tributária, e não a reorganização de empresas para fins empresariais. Tanto que, logo após a transferência de ações da *Monitor* para a *Averril*, esta foi dissolvida, ou seja, esta última somente realizou esta operação, e desapareceu. A

9 if a taxpayer wants to go from situation 'A' to situation 'B' but doing so would incur the unfavorable tax result 'X', that taxpayer may find a way to get first from 'A' to 'C' without any unfavorable result and then get from 'C' to 'B' also without any unfavorable result. The net result would be that the taxpayer got from 'A' to 'B' without incurring the unfavorable result 'X', if the intervening steps from 'A' to 'C' and from 'C' to 'B' do not have independent economic significance and the transaction was planned to end up at 'B' then the courts may invoke the step transaction doctrine to disregard the intervening steps and cause the taxpayer to suffer the unfavorable result 'X' anyway." (BURNHAM, p. 627)

10 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso Gregory v. Helvering e as doutrinas do propósito negocial (business purpose) e da substância sobre a forma (substance over form)*. RFDT, Belo Horizonte, ano 8, n. 43, jan/fev.2010.

finalidade da lei tributária era permitir a reorganização societária sem encargos fiscais, e não a transferência de bens entre empresas.

Assim, a operação foi tributada como se tivesse ocorrido diretamente entre a *United* e a *Monitor*, desconsiderando os rótulos dados pelo contribuinte à operação, considerando a substância do que ocorreu na realidade, nos termos das doutrinas acima mencionadas, em especial a doutrina da substância sobre a forma.

O *direito tributário brasileiro*, como qualquer dos ramos jurídicos nacionais, é herdeiro da tradição romano-germânica, e é determinado, primordialmente, pela Constituição Federal, seguida da legislação infra-constitucional.

No caso do planejamento tributário, os valores constitucionais mais estreitamente ligados ao tema são a liberdade¹¹ e a solidariedade¹², bem como o princípio da capacidade contributiva.

O valor liberdade assegura ao contribuinte a possibilidade de planejar sua vida econômica pela utilização dos recursos permitidos pela lei. O valor solidariedade exige do cidadão-contribuinte a participação nos custos do Estado. Tais valores devem ser objeto de ponderação na análise da oponibilidade de determinado planejamento tributário ao Fisco, pois não possuem caráter absoluto.

O princípio da capacidade contributiva exerce influência tanto na impossibilidade de tributar quem não é sujeito passivo da relação jurídica tributária quanto na necessidade de tributar quem, à despeito da capacidade contributiva e da incidência da norma tributária, furta-se ao adimplemento do tributo.

4 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos o direito ao planejamento é assegurado pelo sistema jurídico.

Nos Estados Unidos, o direito ao planejamento tributário decorre diretamente da liberdade acolhida pela Constituição Americana de

11 Tais valores constam do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais* e individuais, a *liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade *fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

12 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma *sociedade livre*, justa e *solidária*; [...]

1787, desde que utilizados meios permitidos em lei para planejamento dos negócios do contribuinte.

No Brasil, o direito ao planejamento decorre da liberdade assegurada nos artigos 1º, inciso IV e 170, do princípio da legalidade geral constante do artigo 5º, inciso II, do direito individual à propriedade privada, assegurado no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal.

Em razão da própria diferença entre os sistemas jurídicos brasileiro e americano e, por conseguinte, das diversas concepções em razão desse fato em matéria tributária nos dois direitos, a perspectiva em relação à figura do planejamento tributário é diversa no Brasil e nos Estados Unidos da América¹³.

Nos *Estados Unidos da América*, pelo fato de os conceitos de substância sobre a forma (*substance over form doctrine*), propósito negocial (*business purpose*) e transação-etapa (*step transaction doctrine*) serem básicos no direito tributário, a constatação da inexistência de conteúdo econômico nos atos realizados pelo contribuinte ensejam a requalificação pela administração tributária¹⁴. Desta maneira, na hipótese de o contribuinte realizar atos destituídos de conteúdo econômico, com a única finalidade de economia de tributos, a autoridade fiscal deve proceder à requalificação daquele para espelhar, de fato, o negócio equivalente ao conteúdo econômico buscado e, por conseguinte, tributá-lo devidamente¹⁵.

Assim, a chamada interpretação econômica em direito tributário¹⁶ não se atém a formalidades relacionadas à eleição pelo contribuinte do ato por ele realizado, mas sim à substância do ato, ao que efetivamente ocorreu na realidade.

13 “[...] a experiência mundial mostra a existência de dois modelos de tratamento da elisão: o continental europeu de tradição romano-germânica (mediante normas definindo conceitos, ainda que amplos) e o anglo-saxão (independentemente de norma expressa, por se entender que práticas abusivas ou em fraude à lei são implicitamente vedadas pelo sistema.” (GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 376)

14 “De outro lado, encontram-se os países de tradição anglo-saxã em que a idéia de predomínio da substância sobre a forma é inerente ao sistema jurídico. Desta ótica, a desqualificação e a requalificação não dependem de norma legal expressa prevendo tal possibilidade. A relevância é dada pelo resultado (o efeito das operações) mais do que pela sua causa.” (GRECO, p. 374).

15 “The Substance-Over-Form Doctrine Although the tax laws place great weight on following the allowable form of a transaction in order to attain the desired tax result, there are circumstances in which the courts will look beyond the form of the transaction at its substance. [...]” (BURNHAM, p. 627)

16 “A interpretação econômica em Direito Tributário é uma forma de aplicação da norma jurídica por parte da autoridade fiscal em que o fato tributável não é considerado na forma jurídica eleita pelo contribuinte, porém, sem uma real consistência econômica. A forma jurídica do fato tributável por estar revestindo ou camuflando uma operação econômica tributável com mais gravosidade é desconsiderada em favor da real atividade praticada pelo contribuinte.” (SEIXAS FILHO, op cit., p. 920).

Por outro lado, o fato de o direito ser primordialmente jurisprudencial permitiu a inexistência de lei específica autorizando a requalificação do ato. O caso *Gregory v. Helvering* já mencionado, julgado em 1935 pela Suprema Corte americana e considerado o *leading case* da interpretação econômica, comprova tal fato: apesar de formalmente permitido a reorganização societária e conseqüente não-incidência da legislação de imposto de renda para fins de tributar o ganho de capital, e de ausente lei que vedasse a conduta de Evelyn Gregory, o negócio foi desconsiderado com fundamento na doutrina da substância sobre a forma, independentemente de norma proibitiva expressa.

Atualmente, entretanto, dada a complexidade da sociedade e, por conseguinte, das operações negociais e econômicas realizadas, foram reguladas eventuais lacunas e doutrinas para fins de requalificação dos atos realizados pelo contribuinte^{17 18}.

No *Brasil*, o direito tributário deve ser entendido a partir da Constituição Federal e, no caso do tema direito tributário, além dos princípios da liberdade e da solidariedade, *especialmente do princípio da capacidade contributiva*.

Assim, em cotejo com o direito americano, também *a desconformidade da realidade com a formalidade é objeto de repressão no sistema jurídico brasileiro*. O meio jurídico utilizado é, principalmente, a figura da simulação (mas também da fraude à lei), e os fundamentos das decisões se baseiam no artificialismo das operações, na ausência de propósito econômico, bem como nos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, dentre outros.

Em acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais¹⁹, utilizou-se a idéia de ausência de propósito negocial e a capacidade contributiva, com decorrente simulação, para negar eficácia às operações realizadas pelo contribuinte.

17 “[...] A idéia-chave é o propósito negocial, temperado por uma intervenção legislativa, ou seja, o critério é o propósito negocial, mas a eliminação das válvulas que existirem na legislação, os ‘buracos’, os ‘holes’ ou os ‘tax shelters’ deve se dar por obra do legislador. A existência da necessidade de o legislador colmatar as eventuais lacunas aproxima os dois sistemas clássicos, pois não basta a simples verificação da realidade econômica.” (GRECO, op.cit., p. 379/380).

18 Sobre a regulação da doutrina da substância sobre a forma: “[...] Congress decided to codify the economic substance doctrine in order to achieve a number of objectives. First, Congress was concerned that divergent articulations of the economic [...] substance doctrine had led to an uneven application of this doctrine. Next, the decision to codify the economic substance doctrine also was motivated by a congressional concern over the decision of the Court of Federal Claims in *Coltec Industries, Inc. v. United States*. Finally, given the budget estimates associated with the codification of the economic substance doctrine, it can be inferred that Congress believed that the codification of the economic substance doctrine would further enhance the successful application of this doctrine and would curtail aggressive tax planning.” (WELLS, Bret. Economic Substance Doctrine: How Codification Changes Decided Cases. Copyright © 2010 University of Florida, Florida Tax Review. 10 Fla. Tax Ver. 411).

19 CARF, 1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Processo nº 10940.002633/2004-28, sessão de 29.03.2007.

Em síntese, determinada empresa A pretendeu adquirir ações de empresa B de maneira a evitar a operação direta e conseqüente tributação do ganho de capital. Ao invés de proceder à alienação direta de ações da empresa B para a empresa A, a incidir tributação sobre o ganho de capital, a empresa B constitui nova empresa C e conferiu parte de seu patrimônio na forma de ações na formação daquela. Em seguida, recebeu como sócio a empresa A, a qual investiu acima do valor patrimonial da empresa C, ou seja, com ágio. Em seguida, a empresa B retirou-se da sociedade juntamente com o investimento ou os valores monetários, e a empresa A permaneceu com as ações da empresa B.

A idéia de propósito negocial e o princípio da capacidade contributiva estão presentes nos fundamentos do acórdão:

Legalidade estrita não pode ter o condão de permitir atos que, embora formalmente lícitos, sejam desprovidos de propósito negocial efetivo, transgredindo o ordenamento mediante formas vazias de conteúdo, cujo único desiderato seja contornar norma impositiva tributária, fulminando o princípio da capacidade contributiva.²⁰

Daí não ser absoluto o direito do contribuinte de se auto-regular. Deve fazê-lo tendo como contorno a capacidade contributiva, bem como o conteúdo material dos atos, e não o meramente formal.²¹

[...] em todos esses casos, o interesse é escapar à manifestação patente de capacidade contributiva, excluindo a necessária imposição da norma tributária.²²

O acórdão foi no sentido da ineficácia das operações realizadas pelo contribuinte, com fundamento na simulação acima descrita, de maneira a evitar de atos destituídos de substância, sem qualquer propósito real, fossem considerados para fins de tributação.

Em outro acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais²³, o contribuinte alegou a existência de duas pessoas jurídicas distintas, uma responsável pela fabricação e montagem de cozinhas, e outra, pela comercialização de cozinhas, respectivamente. A existência de duas pessoas jurídicas distintas tinha por efeito uma tributação a menor de IPI,

²⁰ Vide nota 19.

²¹ Vide nota 19.

²² Vide nota 19.

²³ CARF, 1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, Acórdão nº 107-08.326, sessão de 09.11.2005.

em decorrência da atribuição da maior parte do preço global de venda das cozinhas a serviços, sujeitos ao ISS, com ônus inferior ao tributo federal.

O artificialismo da operação fica bem claro no acórdão:

[...] toda a estrutura administrativa está concentrada na fiscalizada. Apesar de, no papel, só responder pelo projeto da cozinha e pelo fornecimento de alguns eletrodomésticos, a fiscalizada é a que contabiliza a maior parte das despesas operacionais, sendo a [empresa responsável pela fabricação e montagem de cozinha] mero departamento (fábrica) da autuada.

[...] o único propósito é a economia de tributos à custa da utilização de pessoa jurídica existente no papel.

A desconformidade entre a formalidade criada pela empresa para fins de economia de tributos e a real situação da empresa, a real estrutura societária destas, foi o fundamento para a ineficácia perante o Fisco do planejamento perpetrado e, por conseguinte, a tributação da empresa com base na real organização societária daquela.

Assim, a desconformidade entre a realidade e a formalidade é coibida pelo sistema jurídico brasileiro a partir do valor constitucional da solidariedade, dos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva e principalmente da figura da simulação, em cotejo com a liberdade do contribuinte de planejar seus negócios.

5 CONCLUSÃO

A compreensão do planejamento tributário na perspectiva dos direitos brasileiro e americano é determinada, em certa medida, pela origem diferente dos mencionados sistemas.

Em razão da própria diferença entre os sistemas jurídicos brasileiro e americano e, por conseguinte, das diversas concepções em razão desse fato em matéria tributária nos dois direitos, a perspectiva em relação à figura do planejamento tributário é diversa no Brasil e nos Estados Unidos da América.

O *direito tributário norte-americano* é influenciado por doutrinas que perpassam todo o entendimento e o estudo do tributo. São elas: *Substance-Over-Form Doctrine*, *Step transaction doctrine* e *Business purpose doctrine*. Tais doutrinas são o cerne para a desconconsideração ou a requalificação de atos realizados pelo contribuinte, ou para a ineficácia do planejamento tributário perante o Fisco.

A desconformidade entre a realidade e a formalidade é coibida pelo sistema jurídico brasileiro a partir do valor constitucional da solidariedade, dos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva e principalmente da figura da simulação, em cotejo com a liberdade do contribuinte de planejar seus negócios.

REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. Fourth Edition. Thomsom/West, 2006.

CARF, 1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Processo nº 10940.002633/2004-28, sessão de 29.03.2007.

CARF, 1º Conselho de Contribuintes, 7ª Câmara, Acórdão nº 107-08.326, sessão de 09.11.2005.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Interpretação Econômica do Direito Tributário: o caso Gregory v. Helvering e as doutrinas do propósito negocial (business purpose) e da substância sobre a forma (substance over form)*. RFDT, Belo Horizonte, ano 8, n. 43, jan/fev.2010.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *A elisão tributária e a interpretação econômica*. RTFP 67, mar-abr/06 in PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 920.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. EAPP, University of Michigan, 2007.

WELLS, Bret. *Economic Substance Doctrine: How Codification Changes Decided Cases*. Copyright © 2010 University of Florida, Florida Tax Review. 10 Fla. Tax Ver. 411).

VIDEOCONFERÊNCIA NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: UTILIZAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

VIDEO CONFERENCE IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES: USE IN DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS

Ana Cristina Velloso Cruz

Graduada em Direito especialista em Direito Público.

*Atualmente ocupa o cargo de Procuradora Federal, em exercício no Departamento de
Consultoria da Procuradoria-Geral Federal – PGF.*

*O futuro não pode ser previsto, mas pode ser inventado. É a nossa habilidade
de inventar o futuro que nos dá esperança para fazer de nós o que somos.*

Dennis Gabor (1900-1979)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Videoconferência e Interrogatório On-Line; 2 Aspectos da Implementação da Videoconferência; 2.1 Videoconferência nos Estados Unidos; 2.2 Videoconferência em outros países; 2.3 Videoconferência no Brasil; 2.3.1 Aspectos históricos (Implementação no processo penal); 3 As Culturas Jurídicas

Existentes nos Estados Unidos e no Brasil; 4 Aplicação Da Videoconferência No Pad; 4.1 A Administração Pública e o Processo Disciplinar; 4.2 O Processo administrativo disciplinar; 4.3 O Processo administrativo disciplinar e a videoconferência; 4.3.1 Princípio da Legalidade; 4.3.2. Princípio da Eficiência; 4.3.3 Princípio da Economia Processual; 4.3.4 Princípio da Efetividade; 4.3.5 Princípio da Celeridade Processual; 4.3.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa; 4.3.7 Princípio do Formalismo Moderado; 4.3.8. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Aborda conceitos inerentes à videoconferência nos Estados Unidos, em outros países e a implementação do sistema perante o Poder Judiciário brasileiro, através da Lei nº 11.900, de 2009. Delineia aspectos gerais da estrutura do poder judiciário brasileiro e americano tendo por foco o grau de informatização das respectivas cortes judiciais como subsídio ao entendimento da necessidade de ampliação do uso da videoconferência na esfera jurídico-administrativa brasileira. Defende o uso da videoconferência no Processo Administrativo Disciplinar – PAD, que muito terá a adicionar na busca da racionalização e eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Videoconferência. Processo Administrativo disciplinar. Interrogatório On-line.

ABSTRACT: This work covers concepts which are inherent to video conferencing in the United States, other countries and the opportunities of implementation of the system according to the 2009, Brazilian Law # 11,900. Outlines the general aspects of the structure of the Brazilian judiciary and U.S's, focusing on the technological structure level of their respective courts as an aid to understand the need to expand the use of videoconferencing in the Brazilian legal-administrative sphere. It advocates in favor of the use of videoconferencing in disciplinary administrative proceedings (PAD – in Portuguese), which will have much to add towards the improvement on rationalization and efficiency.

KEYWORDS: Videoconferencing. Disciplinary administrative Proceedings; Online Interrogation.

INTRODUÇÃO

A informática tem provocado inegáveis mudanças nos mais diferentes aspectos da vida humana. Desde sua concepção em 1962¹, seu uso se estende cada vez mais, influenciando nas atividades básicas cotidianas e até nas mais complexas operações realizadas por pessoas e empresas.

A partir do final de 1990², a humanidade sofreu grandes alterações de comportamento em razão dos avanços proporcionados pela tecnologia da informação. Indubitavelmente, o advento da Internet mudou para sempre a forma do homem se comunicar com seus semelhantes, criando um verdadeiro mundo à parte, caracterizado pela virtualidade, na qual as pessoas, em qualquer lugar em que exista um computador conectado à Internet, podem acessar instantaneamente informações de toda ordem disponibilizadas na rede mundial de computadores e interagir com pessoas e sistemas.

Sendo o Direito uma ciência humana, toda alteração ocorrida na sociedade lhe afeta diretamente e, uma de suas mais importantes características é acompanhar, ainda que morosamente, as evoluções sociais. Na ciência jurídica a adoção de novas tecnologias sempre foi precedida de períodos traumáticos, repletos de acalorados debates que, num primeiro momento, encontraram eco na doutrina, mas logo se tornaram superados pelo bom senso e pelo predomínio de uma nova e irresistível realidade social. Podemos lembrar como exemplos, a datilografia e o fac-símile que sofreram duras críticas quando implantados.

Por outro lado, na história recente, algumas inovações vêm sendo assimiladas pelo Direito de forma mais versátil. Conforme Barros & Romão³.

[...] as seguintes inovações postas em prática e que têm surpreendido positivamente até mesmos os mais entusiastas: Páginas Eletrônicas dos órgãos do Poder Judiciário; Consulta processual eletrônica; Lei nº 11.419/2006 (Processo Eletrônico); Sistema *push*; *Clipping* de Legislação; Certificação digital; TV e Rádio Justiça; Revista

1 Fonte: História da Internet a partir de Kioskea. net. Acesso em: 3 nov. 2011

2 “notadamente a partir do final de 1990 quando Tim Berners-Lee criou o protocolo HTTP (Hyper Text Transfer Protocol), bem como a linguagem HTML (HyperText Markup Language) que permite navegar com a ajuda de ligações hipertextuais, através das redes. O World Wide Web tinha nascido” Disponível em: <<http://pt.kioskea.net/contents/histoire/internet.php3>>.

3 BARROS, Marco Antonio; ROMÃO, César Eduardo Lavoura – Internet e Videoconferência no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 116-125, jan./mar. 2006.

eletrônica de Jurisprudência; Penhora *on-line*; Leilão eletrônico; Peticionamento eletrônico e vários outros projetos cuja citação tomaria quase uma página completa.

Dentre as modernas ferramentas propiciadas pela informática, encontra-se a videoconferência, meio de comunicação remoto que permite interação visual e auditiva entre dois ou mais participantes. Tal sistemática, após longo percurso, foi implantada no Brasil pela Lei Ordinária nº 11.900, de 2009, para interrogatórios de presos. A constitucionalidade da sua utilização ainda tem sido questionada. Todavia, os obstáculos apresentados pelos que defendem sua inaplicabilidade vêm sendo superados. E com razão, pois esta ferramenta é capaz de racionalizar diversos atos processuais que apresentam elevados custos e são de reconhecida morosidade.

Nesse sentido, a Procuradoria-Geral Federal – PGF que vem direcionando esforços no sentido de obter a máxima eficiência na condução dos Processos Administrativos Disciplinares – PAD, na gestão do Chefe do Departamento de Consultoria, Dr. Antonio Carlos Soares Martins, que capitaneou, desde o início de sua gestão na então Adjuntoria de Consultoria da PGF (hoje Departamento de Consultoria), a implementação de diversos projetos, realizou estudo conclusivo relativo ao Projeto nº 4/2010, de implantação do Processo Disciplinar à distância, elaborado pela Procuradora Federal Dra. Desirée Fátima de Oliveira, embasando a adoção da videoconferência em processo administrativos disciplinares. Atualmente, aguardamos a edição de ato pelo Advogado-Geral da União.

Diante dessa realidade, decorrente de nosso envolvimento nos estudos da Consultoria da PGF e da participação no Curso de Introdução ao Direito Americano – *Fundamentals of US Law Course*,⁴ realizado na Cidade de San Diego, nos Estados Unidos, o presente artigo pretende estabelecer posicionamento comparativo das realidades americana e brasileira com vistas à possibilidade e conveniência de utilização da videoconferência no PAD.

Entendemos que, por se tratar de um instrumento de uso consagrado nos Estados Unidos, seria muito importante estabelecer um paralelo entre os mecanismos jurisdicionais vigentes no referido país e no Brasil, uma vez que essa temática nos leva a questionamentos organizativos em nosso *modus operandi*, no tocante às leis, especialmente

4 Curso de Introdução ao Direito Americano – *Fundamentals of US Law Course*, promovido pelo Thomas Jefferson School of Law, realizado no período de 5 a 28 de julho de 2011, San Diego, EUA.

no que se refere à possibilidade de utilização da videoconferência não só no processo penal, mas também no PAD.

Assim, inicialmente, serão apresentados conceitos inerentes à videoconferência que ajudarão a compreender o restante deste estudo. Em seguida, serão trazidos à baila alguns aspectos da ruidosa implementação perante o Poder Judiciário brasileiro. Esta abordagem, ainda que de forma sucinta, contempla a utilização da videoconferência nos Estados Unidos e alguns outros países e, destacadamente, no Brasil.

Na sequência, apresentaremos, em breves linhas, os contornos da cultura jurídica existente nos Estados Unidos e no Brasil. Assim, neste tópico iremos delinear os aspectos gerais da estrutura do poder judiciário, características do processo judicial, o grau de informatização das cortes judiciárias e noções sobre o funcionalismo público nos dois países. Esta última abordagem tem por objetivo traçar um perfil do regime jurídico dos servidores públicos federais nos Estados Unidos para servir de subsídio ao entendimento da necessidade de utilização da videoconferência no PAD dentro da esfera jurídico-administrativa brasileira.

Por fim, trataremos brevemente das possibilidades e vantagens da aplicação prática da videoconferência no PAD. Esta estruturação didática torna o presente estudo capaz de abordar, na medida do possível, os fatos e características inerentes a este interessante tema que muito terá a adicionar à busca da racionalização e eficiência do processo administrativo disciplinar brasileiro.

1 CONCEITO DE VIDEOCONFERÊNCIA E INTERROGATÓRIO ON-LINE

De acordo com a professora Carraveta⁵, pós-Doutora em Televisão pela UCLA- USA “não há literatura específica sobre a moderna comunicação à distância. A terminologia ainda não está bem definida, havendo divergências quanto ao vocabulário empregado”.

Conforme conceito apresentado pela *International Telecommunication Union*⁶, videoconferência é um serviço audiovisual de conversação interativa que prevê uma troca bidirecional e em tempo real, de sinais de áudio (voz) e vídeo (imagem) entre grupos de usuários em dois ou mais locais distintos.

5 CARRAVETA, Luiza Maria. *Técnicas de Apresentação para Teleconferências*. Disponível em: <<http://www.pead.faced.ufg.br/twiki/pub/Teleducacao/videos/TecnicaApresentTeleconferencia.pdf>>.

6 Organização mundial composta de Governos e companhias privadas que tem por intuito coordenar operações de serviços e redes de telecomunicações. Disponível em: <<http://www.itu.int/ITU-T>>.

Ensina ainda Carraveta⁷, que, tanto a Teleconferência quanto a Videoconferência são instrumentos que “tornam possível a troca de informações fora do sistema tradicional, ou seja, presencial”:

[...] na Teleconferência, o sinal é gerado em algum lugar e transmitido para outro, ou seja, processa-se *em uma via*, podendo ser interativo ou não. A geração do sinal é feita através de imagem e a recepção também é feita através de imagem. A interatividade ocorrerá somente por áudio, não necessitando de imagens. Por exemplo, alguém faz uma palestra em uma cidade e outras pessoas assistem em outras localidades. A interatividade pode ser feita por via telefone, via fax, via e-mail e por uma linha de áudio privativa, sendo a última, a mais eficaz (não sendo necessária a discagem, pois a comunicação é direta por intermédio de um microfone). Na Videoconferência, o sinal, normalmente, é gerado *em duas vias*, ou seja, na primeira ela está sendo transmitida através de imagens e na segunda ela está sendo recebida também através de imagens. A diferença fundamental da Videoconferência para a Teleconferência é que na Videoconferência a interatividade pode ser feita por áudio e vídeo (grifo nosso).

Por sua vez, o *interrogatório on-line* apresenta denominações variadas, tais como: interrogatório por videoconferência, teleaudiência, interrogatório por teleconferência e interrogatório virtual, sempre que contar com o sinal gerado em duas vias. Todavia, entendemos que o termo encontra-se mais adequado à utilização jurídico penal, enquanto a aplicação da denominação videoconferência tem maior uso nos campos educacional e empresarial. Cabe dizer, portanto, que o interrogatório *on-line* é um *ato processual* realizado à distância entre dois interlocutores, um juiz e um acusado, por exemplo, com o auxílio da informática, por meio da conexão de computadores, câmeras, impressoras, microfones, monitores de vídeo, telões e canal exclusivo, possibilitando um ver e ouvir o outro simultaneamente com som e imagem.

O doutrinador Paulo Rangel⁸ conceitua o ato do interrogatório *on-line* como “aquele em que o acusado responde de dentro do presídio às perguntas formuladas pelo magistrado [...] por meio de um monitor conectado a um sistema de *software* próprio”. Ainda segundo Juliana Fioreze⁹, “o interrogatório *on-line* é realizado à distância, de maneira

7 op. cit.

8 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 448.

9 FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007.

que o juiz dê execução ao ato em seu próprio gabinete e o réu fique dentro do presídio em uma sala especial [...] conferindo a possibilidade de um ver o outro perfeitamente”.

2 ASPECTOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA

2.1 VIDEOCONFERÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

Atribui-se como pioneiro da implantação e utilização do sistema de videoconferência no âmbito criminal, os Estados Unidos da América. Desde o ano de 1983¹⁰, esse país passou a admitir a realização de depoimentos e interrogatórios por sistema eletrônico, a fim de se evitar o contato de ofendidos e agressores. A partir daí, o sistema de videoconferência passou a ter previsão legal tanto no âmbito federal como no estadual, de maneira a permitir, além da coleta de depoimentos a prática do interrogatório. Hoje, tanto a legislação processual federal quanto as de muitos dos 50 estados-federados permitem a utilização de videoconferência em ações criminais.

De início o sistema foi utilizado para a coleta de depoimentos de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, de modo a evitar o traumático confronto do ofendido com o ofensor numa sala de audiência. Conforme registra Aras¹¹, um dos primeiros casos em que isto ocorreu foi o do terrorista apelidado de *Unabomber*:

[...] em 1996, após ser preso no Estado de Montana, o professor Theodore Kaczynski, o *Unabomber*, foi levado para o Estado da Califórnia, onde responderia a várias acusações de terrorismo. Concomitantemente, foi aberta contra ele uma ação penal por um homicídio, ocorrido em 1994, em Newark, no Estado de Nova Jersey, do lado oposto do país. Como é de se imaginar, o transporte desse réu, de um extremo a outro do continente norte-americano, exigiria a mobilização de uma expressiva soma de recursos e de um elevado contingente de *US Marshals*. Em virtude de tais dificuldades e do risco que o deslocamento representava, optou-se pela realização da audiência criminal, por meio de videoconferência, de costa a costa.

10 ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 585, 12 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6311>>. Acesso em: 3 out. 2011. p.8.

11 ARAS, op.cit., 2005, p.8

2.2 VIDEOCONFERÊNCIA EM OUTROS PAÍSES

Conforme Barros & Romão¹², em 1992, a Itália passou a adotar a videoconferência em sua legislação, visando, inicialmente, reprimir a atuação da máfia e, hoje, emprega este método com o fim de realizar a oitiva de presos perigosos. A legislação italiana, atualmente, já prevê a realização do interrogatório *on-line* quando são os réus considerados perigosos e, numa medida de segurança pública, optou por adotar o sistema de videoconferência, que traz maior tranquilidade à sociedade pelo fato de não se cogitar a hipótese de fuga desses presos, tidos como perigosos.

Já no ano de 1998, no Canadá, introduziu-se no Código Criminal e de Processo Penal a colheita de depoimento de testemunhas por meio de videoconferência. Além disso, passou a ser admitida a sustentação oral por meio deste sistema, onde os advogados puderam passar a fazê-lo diretamente de seu escritório de advocacia, como ocorre atualmente no Distrito de Colômbia¹³.

Em 1999, dá-se a utilização da teleaudiência no Timor-Leste, quando se realizou o interrogatório de envolvidos em crimes praticados contra a humanidade¹⁴.

Em Portugal, o sistema da videoconferência foi utilizado para a oitiva das testemunhas do caso de pedofilia conhecido como “Escândalo da Casa Pia”, para que as crianças e adolescentes fossem ouvidas longe dos criminosos. Este sistema *on-line* passou a ser utilizado com mais ênfase no ano de 2002, quando o Judiciário português programou sua rede de informática¹⁵.

Na França, a Lei nº 1.062, de 2001, introduziu no Código de Processo Penal o art. 706-71, que possibilitou o uso da videoconferência, no que diz respeito à utilização de meios de telecomunicação para a coleta de depoimentos de testemunhas, interrogatório de acusados, acareação de pessoas e concretização de medidas de cooperação internacional¹⁶.

No Reino-Unido, a coleta de prova por via remota é utilizada desde o ano de 2003. A videoconferência foi regulamentada pela Lei Geral sobre Cooperação Internacional em Matéria Penal, permitindo que as testemunhas na Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte ou no País de Gales sejam ouvidas por esse meio por autoridades de outras localidades.¹⁷

¹² op. cit. p.120

¹³ FIOREZE, 2007, p. 379-394

¹⁴ FIOREZE, 2007, p.394

¹⁵ Ibid, 2007, p. 392-393

¹⁶ ARAS, op.cit., 2005 p.9

¹⁷ Ibid.

Na Espanha, a videoconferência foi introduzida pela Lei de Proteção a Testemunhas, a Lei Orgânica do Poder Judiciário e o Código de Processo Penal, para que fossem realizados os depoimentos através de sistema de áudio e vídeo. Estas alterações foram introduzidas pela Lei Orgânica nº 13, de 2003¹⁸.

Em Cingapura, a videoconferência já esta sendo utilizada desde o ano de 2003 para depoimentos das testemunhas. A partir de 2005, passou a ser usada no interrogatório de acusados e nas sustentações orais dos advogados.

Do mesmo modo, na Índia, que utiliza sistema semelhante ao de Cingapura, pode-se utilizar a videoconferência para a realização de depoimentos, interrogatórios e para as sustentações orais de advogados¹⁹.

No Chile, alguns tribunais têm admitido o uso da medida para que sejam evitadas situações constrangedoras nos casos de crimes sexuais. Igualmente ocorre na Holanda onde a videoconferência passou a ser utilizada em razão da existência das organizações criminosas, sendo utilizada nos depoimentos e interrogatórios, evitando o transporte dos detentos até os Tribunais²⁰.

Ainda de acordo com Barros & Romão²¹, a ONU – Organização das Nações Unidas – já inseriu em documentos internacionais a utilização do sistema de videoconferência para a apuração de crimes transnacionais, passando também a incentivar que Estados participantes regulamentassem em suas legislações o uso de técnicas audiovisuais. É importante dizer que a Organização das Nações Unidas defende a idéia de inserir o sistema de videoconferência nas legislações processuais estrangeiras, o que, de fato, “demonstra uma aprovação desta tecnologia, tanto é verdade que a própria ONU tem utilizado recursos audiovisuais para reprimir a prática de crimes transnacionais”.

Nota-se que muitos países fazem uso do sistema da videoconferência, inserindo em sua legislação dispositivos que permitam seu emprego, seja para a oitiva de testemunhas, seja como meio de interrogatório do réu, como forma de evitar constrangimentos para crimes mais graves, ou para reduzir custos.

Vale afirmar, portanto, que o sistema de videoconferência vem sendo largamente adotado pelas legislações processuais estrangeiras e, o que se percebe é que o resultado da aplicação desta tecnologia audiovisual tem sido bastante positivo, pois o andamento processual é beneficiado

18 ARAS, op.cit.

19 FIOREZE, op.cit., 2007 p.382

20 FIOREZE, op.cit., 2007 p. 389.

21 BARROS; ROMÃO op. cit. p. 396

pela agilidade e eficácia com que os depoimentos são coletados, além de ser possível evitar fugas de presos durante o transporte até a sala de audiência, sem contar com a redução dos gastos públicos antes necessários para deslocamentos e para a escolta dos acusados.

2.3 VIDEOCONFERÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, do ponto de vista da informatização do processo judicial, a reformulação dos meios procedimentais vem acontecendo pouco a pouco. De um lado pela dificuldade de flexibilização do rigor formalístico imposto por superados sistemas em funcionamento, de outro pela necessidade de economia de recursos, energia e tempo, de desburocratização, de simplificação e de agilização no atendimento aos jurisdicionados. Assim, existe hoje à disposição do Poder Judiciário um grande número de meios interativos propiciados pelas novas tecnologias de comunicação informativa, porém, quase sempre restritos à modernização eletrônica da atividade administrativa dos órgãos do Judiciário.

Na execução de sua atividade fim, isto é, no exercício da própria jurisdição, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, conhecida como Lei de Informatização do Processo Judicial inaugurou a fase da informatização da atividade jurisdicional brasileira, autorizando o uso de meio eletrônico (ou seja, qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais) na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos e na transmissão de peças processuais. Esta última corresponde à comunicação a distância feita com a utilização de redes, preferencialmente a rede mundial de computadores. Aplica-se tal autorização, proveniente da mencionada lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Daí o surgimento da regra mais consentânea com a informatização do processo judicial, a qual diz que todos os atos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico (§ 2º, art. 154, CPC). Como se sabe, o momento culminante da produção das provas se dá com a realização da audiência de instrução e julgamento. Por isso, a Lei de Informatização do Processo Judicial, ao introduzir o § 4.º no art. 457, CPC, também estabeleceu quais são as formalidades que devem ser cumpridas no termo da audiência de instrução e julgamento, determinando que, em caso de processo eletrônico, se observe o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 169, do Código de Processo Civil²².

²² Vale dizer, quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, a audiência de instrução e julgamento pode ser produzida e armazenada de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo

Quanto ao processo penal, ao contrário do que foi feito em relação à lei processual civil, a edição da Lei do Processo Judicial Informatizado não provocou qualquer inovação ou modificação explícita de dispositivo do Código de Processo Penal. “Esta cautela decorre do entendimento de que no embate existente entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*, presente em toda ação penal, o direito à liberdade sobressai como bem de inestimável valor para a humanidade.”²³

Mesmo assim, foi um importante passo rumo à admissão dos meios tecnológicos para a simplificação dos atos, pois, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios e recursos de gravação magnética, estenotíпия, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. E no caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (art. 405, §§ 1º e 2º do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). Em seu aspecto formal, isto é, no tocante ao modo como podem ser os atos praticados, ficou evidente que o processo penal passa a ser moldado por uma nova legislação que o conduz inevitavelmente ao estágio de processo semi-informatizado. Para Barros²⁴:

Papel relevante nessa moldagem é de ser atribuído à edição da Lei n. 11.900, de 08 de janeiro de 2009, que prevê a possibilidade de realização não apenas do interrogatório, mas também de outros atos processuais por sistema de videoconferência.

2.3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS (IMPLEMENTAÇÃO NO PROCESSO PENAL)

Conforme o resumo que nos apresenta Ferreira²⁵, Edison Aparecido Brandão foi o primeiro juiz que, em 27/08/1996, utilizou meios de som e vídeo para comunicar-se à distância com o acusado.

escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelo Ministério Público e advogados das partes. Tudo com a ressalva de que eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente durante o transcurso da própria audiência, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a decisão no termo. In BARROS, Marco Antonio de. *Arquitetura preambular do processo judicial eletrônico*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7313>. Acesso em: 07/10/2011. p.5

23 BARROS, 2010 p. 5

24 BARROS, p.13

25 FERREIRA, Eddington Rocha Alves dos Santos. *A videoconferência como meio de aplicação do princípio da eficiência no processo penal*. (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/autor/eddingtion-rocha-alves-dos-santos-ferreira>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

Ainda que neste período inexistisse normatização específica, o citado magistrado acertadamente adotou medidas de garantia aos direitos fundamentais do acusado, concedendo-lhe um advogado para acompanhá-lo na sala de prisão onde se encontrava e outro patrono para acompanhar o ato processual presencialmente na sala do fórum onde ocorreu a audiência.

Poucos dias depois, na manhã de 09/09/1996, mais um interrogatório à distância foi realizado. Permanecendo na 26ª Vara Criminal da capital paulista, o juiz Luiz Flávio Gomes, ao lado de membro do Ministério Público, utilizou-se dos meios disponíveis à época para enviar e receber mensagens de texto de dois réus (que se encontravam há aproximadamente 15 quilômetros), em tempo real, mas sem interação visual ou auditiva.

É interessante notar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, já em 1995, admitia a utilização de meios informatizados para a realização de atos processuais de forma mais célere, conforme pode ser observado no Acórdão proferido no RHC nº 4.788/SP, de relatoria do Min. Jesus Costa Lima, no qual registra [...] ‘*Reconheço que, se poderia caminhar com o emprego da informática para agilizar o andamento processual, utilizando-se a teleconferência para se interrogar réus e testemunhas residentes em outras comarcas, com o que se evitaria, no caso dos réus, as comuns fugas*’ [...] (grifos do autor).

A partir de então, a videoconferência foi utilizada nos mais diversos Estados brasileiros e cada vez com mais frequência²⁶.

Ainda sem Legislação Federal sobre a videoconferência, aos poucos foram surgindo normatizações para reger a matéria, sendo a mais conhecida delas a Lei Estadual nº 11.819, de 2005, do Estado de São Paulo²⁷, que assim dispõe em seu primeiro dispositivo:

Art. 1º Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais.

26 Em 2007, havia regular utilização da videoconferência nos Estados de Brasília, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

27 BRASIL, Lei Nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005 do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei%20n.11.819,%20de%2005.01.2005.htm>>. Acesso em: 20 set. 2011.

Em 2006, como vimos, a Lei nº 11.419, de 2006, permitiu a criação do processo judicial eletrônico (ou virtual), no qual a prática de atos processuais é feita mediante um sistema eletrônico de postulação e tramitação processual e, apesar de não disciplinar explicitamente o uso da videoconferência, sinaliza para um novo paradigma de atuação judicial mais aberto aos novos ares de modernidade.

Com o incremento da prática da videoconferência em alguns Estados, surgiram divergências quanto à nulidade do uso da videoconferência para a realização do interrogatório do acusado, com isso, a questão foi apresentada perante o Poder Judiciário. Para pacificar a questão, a matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio do HC 88.914/SP, tendo sido decidido em 14/08/2007 que tal forma de interrogatório, não prevista no ordenamento federal, violava a publicidade dos atos processuais causando prejuízo e afetaria o direito à autodefesa, razão pela qual sua validade foi recusada. “Não bastando o afastamento do uso da videoconferência, a Excelsa Corte anulou todos os atos processuais praticados a partir do interrogatório”²⁸.

Além disto, de acordo com Ferreira²⁹:

[...] a doutrina e a jurisprudência nunca viram com bons olhos a disposição de matéria processual através de lei estadual, vindo tal discussão a ser pacificada em 30/10/2008 mediante o julgamento do HC 90.900/SP, sendo o entendimento adotado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de declarar a citada lei paulista inconstitucional em razão de vício formal por violação ao art. 22, I, da Constituição Federal de 1988, que aponta ser competência privativa da União legislar sobre direito processual.

Especificamente no Código de Processo Penal - CPP, a primeira previsão legal de um ato processual realizado por videoconferência foi introduzida com a Lei nº 11.690, de 2008, que alterou o art. 217 do CPP e estabeleceu que, caso a presença do réu na sala de audiências gere constrangimento à vítima ou testemunha, de forma que prejudique a verdade do depoimento, o juiz poderá ordenar que a testemunha saia do recinto e seu depoimento seja colhido por videoconferência, de forma que o réu possa permanecer na sala de audiências e participar do ato processual³⁰.

28 FERREIRA, 2011, p. 2.

29 Idem.

30 FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Lei nº 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1821, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/>>

Finalmente, em 08/01/2009, o Congresso Nacional promulgou a Lei Ordinária nº 11.900, de 2009, inserindo no bojo do Código de Processo Penal - CPP disposição expressa acerca da videoconferência, regulamentando o interrogatório e depoimento por videoconferência, em situações excepcionais. A referida Lei deu nova redação aos parágrafos 1º e 2º do art. 185 do CPP, permitindo a utilização da videoconferência. A regra geral continua sendo a realização do interrogatório no estabelecimento prisional, porém, será cabível excepcionalmente, o uso da videoconferência, desde que caracterizada uma das situações dos incisos do § 2º ³¹. Porém, é bom salientar que, apesar do uso de tecnologia, a Lei garante o contato entre o advogado e o réu, de forma privada, a fim de evitar qualquer prejuízo ou cerceamento da defesa.

A reforma decorrente da Lei nº 11.900, de 2009 representa uma mudança de paradigmas rumo à efetividade do processo. Embora ainda exista grande resistência à admissibilidade do interrogatório por videoconferência, a nova legislação permite sua realização de forma excepcional às situações que enumera. Entendemos que não há violação a direitos fundamentais na realização do interrogatório por videoconferência, desde que resguardadas as garantias que a nova legislação previu de forma satisfatória e, portanto, não iremos aqui analisar as controvérsias sobre o assunto.

Assim, no rumo do nosso objetivo de examinar as possibilidades de extensão do uso da sistemática aos PAD, iremos observar a praxe forense nos Estados Unidos e no Brasil buscando demonstrar que se trata de uma prática legítima, que permite uma comunicação efetiva entre juiz, partes e réu, que acelera a prestação jurisdicional e permite maior efetividade do processo, possibilitando ainda que, num futuro próximo, se alarguem as hipóteses de admissibilidade do interrogatório por videoconferência às demais hipóteses de interrogatórios.

texto/11430> Acesso em: 19 set. 2011.

31 Admitido o uso da videoconferência, desde que caracterizada uma das situações dos incisos do § 2º, nas seguintes hipóteses:

I - prevenção à segurança pública (fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento);

II - quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência;

IV - gravíssima questão de ordem pública.

3 AS CULTURAS JURÍDICAS EXISTENTES NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

Como vimos, investigando o uso desse instrumento no direito comparado, constatamos que foi nos Estados Unidos da América onde primeiro se utilizou a videoconferência no âmbito criminal, sendo que, hoje, o sistema tem previsão legal tanto em âmbito federal quanto em muitos dos estados federados, de maneira a permitir, além da coleta de depoimentos, a prática do interrogatório.

Todavia, no Brasil, de modo diferente dos Estados Unidos, a realização de audiências por videoconferência surgiu mais pela necessidade operacional dos Estados, como resposta ao crescimento de gastos com transferências de presos e da mobilização de verdadeiros exércitos de policiais, face ao aumento do risco da segurança, principalmente pelas tentativas de resgate de presos pelo crime organizado. Porém, estas tímidas iniciativas só puderam acontecer através de mecanismos legais, que foram sendo aprovadas por nossos Juízes, tendo sido mantidas por nossos Tribunais.

Uma necessidade, até secundária se comparada com a segurança, foi a da agilização do processo diante das dificuldades instrumentais, para a oitiva de réus presos e de suas testemunhas. Com a promulgação da Lei Ordinária nº 11.900, de 2009, inserindo no bojo do Código de Processo Penal - CPP disposição expressa acerca da videoconferência foi regulamentando o interrogatório e depoimento por videoconferência. Entretanto, embora não conste deste estudo, ao efetuarmos nossas pesquisas, foi possível constatar que, apesar da recente normatização federal que aborda este tema de forma expressa e clara, permanece ranço doutrinário de desconfiança quanto à constitucionalidade de sua principal aplicação: o interrogatório do réu. Contudo, o posicionamento da sociedade é favorável, dada a representatividade conferida ao Poder Legislativo, inexistindo os vícios outrora encontrados pelos Tribunais Superiores, razão pela qual, respeitadas as disposições normativas, tal instrumento só tem a agregar à constante evolução do sistema processual penal, devendo, por analogia, ser incluído no PAD.

A análise comparativa das culturas jurídicas do nosso sistema com o desenvolvido nos Estados Unidos evidencia que, naquele país, o Direito oriundo da tradição do povo anglo-saxão, está fincado na idéia dos precedentes (*Common Law*), que dá ênfase à lei não escrita e direito jurisprudencial, diversamente do Civil Law adotado no Brasil, de

origem romanística, que demonstra apego à lei codificada e ao direito positivo³².

Também está claro que uma das grandes diferenças entre o sistema judiciário do Brasil e dos Estados Unidos decorre da formação histórica de governo: ao contrário do federalismo brasileiro, criado por imposição do governo provisório da república (1889), transformando o Estado unitário imperial (dividido em províncias) em Estado Federal (dividido em estados), o norte-americano nasceu a partir da decisão política das treze colônias, que precisavam se unir para obter a independência em relação à Coroa Britânica. Essa origem histórica dos Estados Unidos se refletiu acentuadamente na maneira como o Poder Judiciário restou estruturado: os estados federados continuam a gozar de uma expressiva autonomia, em proporções desconhecidas em outras federações, como a brasileira³³.

Nesse contexto, a Constituição Federal americana dedica apenas um artigo para estabelecer a estrutura básica do Poder Judiciário da União. Nada impõe aos Judiciários Estaduais, os quais são organizados de acordo com as Constituições dos Estados. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi desde logo instituída pela Constituição de 1787 como o órgão máximo do Poder Judiciário. Atualmente a Suprema Corte considera somente os processos de importância geral e seleciona aqueles que envolvem princípios de amplo interesse público e nacional. Já a organização judiciária dos Estados Unidos comporta dois tipos de jurisdição: uma federal e outra estadual. Em função da autonomia dos Estados em relação à União, característica do federalismo norte-americano, pode-se afirmar que cada estado possui um Poder Judiciário diferente, com organização própria, muito embora algumas características sejam semelhantes às do sistema judiciário federal. É na Justiça dos estados que se concentra a maior parte dos processos judiciais, dada a competência estadual para o julgamento da maioria das relações privadas, baseadas na legislação civil e penal de cada ente federado³⁴.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 é a atual lei fundamental e suprema, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do

32 FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. *Common Law em Relação ao Direito Brasileiro*. Iniciação Científica CESUMAR - Jan./Jun. 2006, v. 08, n.01, p. 25-34. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/view/120/58>>. Acesso em: 19 set. 2011.

33 ATAÍDE JR. Vicente de Paula. O Sistema Judiciário e a Administração da Justiça dos Estados Unidos da América. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, 2006. p. 36-42. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/712/892>>.

34 Ibid., 2006. p.36

ordenamento jurídico, sendo que, nos seus artigos 92 a 126, regula o Poder Judiciário do Brasil e fixa regras de jurisdição e competência, de forma genérica, delimitando o campo de atuação de cada juízo ou tribunal³⁵. A Constituição autoriza cada Estado membro, a fixar normas para o exercício da jurisdição, que é una e indivisível na sua essência, pois é derivada do Poder Federativo. Através de leis estaduais os Estados podem partilhar a competência, para as diversas questões em litígio. Os órgãos e organismos judiciários brasileiros estendem-se e distribuem-se no plano vertical e no horizontal, diferenciando-se entre si pela constituição interna inerente a cada um, pelo grau de jurisdição ou pelo agrupamento de causas que lhes são afetas - mas todos unificados pela função a exercer, que é sempre a jurisdição. As competências jurisdicionais atribuídas aos Estados integram-se na fórmula federativa brasileira. No plano vertical, o Supremo Tribunal Federal - STF sobrepõe-se a todas as Justiças e, como ápice do Poder Judiciário, está no mesmo nível político da Presidência da República e do Congresso Nacional. É a mais alta instância do poder judiciário e acumula competências típicas de Suprema Corte (tribunal de última instância) e Tribunal Constitucional (que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos)³⁶.

Nos Estados Unidos, de maneira geral, as justiças estaduais apresentam três ou quatro instâncias: cortes de jurisdição limitada, cortes de jurisdição geral, cortes intermediárias de apelação e cortes supremas. Entretanto nem todos os estados possuem cortes intermediárias e, nesse caso, a corte suprema figura como corte de apelações. As cortes de jurisdição limitada congregam a grande parte das causas nas justiças estaduais e são competentes para julgar ações cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, tal qual os juizados especiais brasileiros³⁷.

Além disso, o acesso à Justiça nos Estados Unidos da América não tem a dimensão que se observa no Brasil. Não há um direito quase ilimitado de acesso. São poucos os que, tendo potenciais ou reais litígios, chegam a um processo judicial. O ingresso de qualquer ação é questão muito repetida, pois os custos do processo são elevados. Não há incentivo para litigar. Depois de instaurado o litígio, o juiz poderá recomendar

35 _____. Supremo Tribunal Federal. Wikipédia a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Supremo_Tribunal_Federal>. Acesso em: 19 set. 2011.

36 PEREIRA, Clovis Brasil – *Organização Judiciária* (Resumo de aula). PROLEGIS 041: Organização Judiciária no Brasil. 12/05/2008 Disponível em: <<http://prolegis.com.br/index.php?cont=19&id=2157>>. Acesso em: 19 set. 2011.

37 ATAÍDE JR., 2006. p.36

que as partes se submetam à mediação, indicando desde já um escritório advocatício especializado. “A prática não seria bem compreendida no nosso sistema. Na realidade os altos custos da demanda judicial desencorajam os possíveis litigantes. Pode-se afirmar que a condução do processo até o julgamento é um fenômeno quase residual. Aproximadamente 75% das ações são resolvidas pelas formas alternativas de composição de litígios”³⁸.

Outra diferença marcante nos dois sistemas decorre da interpretação dada ao direito de recorrer a mais alta instância dos dois países. Na Suprema Corte dos Estados Unidos a competência recursal é discricionária, o direito de recorrer americano decorre de questão de direito ou da discricção da instância superior que é a predominante e a responsável pelo ‘reduzido’ número de recursos julgados pela Suprema Corte americana – se comparado com o número de julgamentos proferidos pela mais alta corte brasileira, por exemplo. No Brasil, a competência recursal é obrigatória, – pois, quando um recurso chega ao STF ele necessariamente aguarda julgamento. Assim, enquanto que em 2009, por exemplo, o STF recebeu mais de 84.000 ações e recursos e proferiu quase 121.000 decisões, anualmente, chegam à Suprema Corte Americana cerca de 10.000 ações, sendo 8.000 pedidos de recursos dos quais são selecionadas cerca de 100 para serem julgados com base no critério de relevância da ação para o país ou para a população em geral³⁹.

Assim, podemos dizer que, nos Estados Unidos, a morosidade no andamento do processo não pode ser imputada ao Juiz, uma vez que a fase processual mais complexa e demorada, que é a instrutória, que no Brasil sempre dependente de vaga na pauta de audiências ou de realização de perícia técnica, lá não se desenvolve em juízo. Cabe aos advogados, extrajudicialmente, a colheita integral da prova e somente após o término da instrução, já munidos das provas coletadas, é que se apresentam ao Tribunal, manifestando, na ocasião, sua opção pelo julgamento pelo Júri ou pelo Juiz singular. “A pesquisa da verdade real não é incumbência do Juiz, o que, sem dúvida, contribui para afastar do Judiciário americano a pecha de moroso. Também não se lhe imputa o alto custo do acesso à Justiça, pois o custeio da colheita da prova, que onera sobremaneira o feito, é suportado pelas partes, na fase que se desenvolve fora dos tribunais.”⁴⁰

38 TESSLER, Marga Inge Barth - *Relatório: visita técnica aos Estados Unidos da América – um resumo*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Vol. 1, n. 1. Porto Alegre: O Tribunal, 1990. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev78.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2011

39 FONSECA, Luciana Carvalho. *Os pedidos de recursos não julgados pela Suprema Corte - Migalaw English – 2011*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI108277,101048->>. Acesso em: 19 set. 2011.

40 ANDRIGHI, Fátima Nancy, *Estrutura e Dinâmica do Poder Judiciário Norte-Americano*- BDJur Biblioteca Digital Jurídica-STJ, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1538>. Acesso em: 11 out. 2011.p.3

Portanto, há maior passividade do Juiz no sistema norte-americano, bem diverso do nosso, que investe seu órgão jurisdicional de amplos poderes em busca da verdade real presidindo a instrução, como condutor do processo. Por outro lado, essa atitude passiva diante do litígio vem sendo questionada pelos próprios Juízes americanos, que, aos poucos, mais especificamente nos litígios complexos, estão tentando ampliar sua participação na *Discovery*⁴¹, supervisionando a conduta das partes desde o início do processo.

A maior presteza da Justiça americana ainda pode ser atribuída à adoção de outras formas de solução de conflitos, como a arbitragem, a mediação e o sistema do *rent-a-judge*⁴². O aperfeiçoamento dessas formas alternativas de solução de litígios vem sendo objeto de constantes estudos, como meios eficazes de desobstrução das vias judiciais.

A adoção dessas formas alternativas de composição de litígios, em um país que adota o sistema da *common law*, explica-se pelas características peculiares da formação essencialmente prática de juristas e juízes: a preocupação primeira é com o restabelecimento da ordem social perturbada pelo litígio e não com a aplicação de regras abstratas

41 *Discovery* - fase do processo judicial que se desenvolve com o emprego de quatro etapas desenvolvidas pelos advogados, na atividade instrutória. O primeiro é o do depoimento, que envolve a coleta de informações de qualquer pessoa que tenha conhecimento dos fatos. O segundo é o interrogatório das partes, as quais são sempre compromissadas. O terceiro é a prova documental, referente a qualquer documento, apresentado por uma parte ou solicitado de outra. Por último, adota-se o exame físico e mental das partes, que sempre se opera fora do juízo, por expert nomeado pela Corte. Por vezes, faz-se necessária a intimação da parte, obrigando-a a submeter-se ao exame médico. De posse de toda a prova, as partes comunicam ao Juiz que se encontram preparadas e lhe pedem o julgamento. Segue-se a conferência do pré-julgamento pré-trial, oportunidade em que as partes esclarecem o Juiz sobre suas reais posições, fixando os pontos controvertidos e os não controvertidos. O Juiz indaga sobre a prova documental e testemunhal, convidando as partes a um acordo. Nesta fase do processo, na Justiça de competência federal, o índice de aceitação de acordo foi, no ano de 1991, na ordem de 90% (noventa por cento) e na Justiça estadual, de 75% (setenta e cinco por cento). Fonte: ANDRIGHI 2009.p.4

42 *rent-a-judge* - inovação americana de tradução literal "alugue um juiz". Nesse caso, "o juiz, a pedido das partes, poderá nomear indivíduo, apontado por ele mesmo ou pelos próprios peticionantes, para compor a lide. Em geral, trata-se de juiz aposentado ou advogado de boa reputação, recebendo estes os mesmos poderes do juiz, limitados, entretanto, à demanda. Ocorre, na realidade, transferência de poderes jurisdicionais, do juiz ao árbitro. Este poderá ordenar condução forçada de testemunhas, marcar audiências, determinar produção de provas, praticar, enfim, todos os atos que ao juiz caberia praticar na condução do processo. De sua decisão cabe recurso, como em qualquer processo normal. O *rent-a-judge* distancia-se um pouco da arbitragem, com ela se parecendo, porém. É, na verdade, delegação de competência, inconcebível, de *lege data*, em nosso Direito, por demais rígido em suas estruturas. A delegação de competência só é admitida, enquanto instrumento de descentralização de poder, em raríssimos casos, e, assim mesmo, para a prática de atos e decisões administrativas, como regra, dentro da própria esfera da Administração." MONTGOMERY, Joseph B. Stulberg e B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.2 Cap. 10. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/>. Acessado em; 10.10.2011.

de conduta ao caso concreto que contemplam. Essa última concepção aparece mais mitigada nos países que perfilham o sistema da *civil law*, como o nosso, que integra a família de direito romano-germânica, onde a preocupação mais imediata é com a intelecção das regras de conduta, em estreita ligação com os ideais da justiça e moral. A questão da aplicação do Direito tende a considerar um aspecto de ordem prática, que fica em segundo lugar no plano das prioridades estabelecidas⁴³.

Na área penal, nos Estados Unidos, há uma forte presença do Tribunal do Júri, característica mais comum a todos os países do sistema romano-germânico desde a Idade Média. Porém, nos Estados Unidos da América, há um sistema bastante diferente do sistema brasileiro. Lá existem o *Grand Jury* e o *Petit Jury*⁴⁴. No Brasil apenas os crimes dolosos contra a vida são julgados por esse órgão especial⁴⁵.

A Instituição do Júri nos Estados Unidos teve enorme significação em toda sua história, em busca da defesa e preservação das liberdades e direitos fundamentais. Os princípios constantes da Sexta Emenda são os que orientam todo o procedimento do Júri. A Sétima Emenda trata do Júri na área cível, o que não existe no Brasil e que, nos Estados Unidos, reflete, ainda, com maior clareza, a proposta de justiça comunitária tão difundida naquele país. A 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana confere, ainda, ao réu o direito de não produzir prova em seu desfavor, tal possibilidade acontece quando do interrogatório policial e em juízo⁴⁶.

Outra importante diferença entre os dois países é o grau de informatização das cortes judiciárias. Nos Estados Unidos esse grau

43 ANDRIGHI, 2009, p.5.

44 o "grand jury" é composto por, em regra, 23 membros reunidos em segredo. Tem a função de, em diversas oportunidades, durante determinado espaço de tempo (por um mês), apreciar as provas apresentadas apenas pela acusação, sem a presença das partes, e decidir se há indícios suficientes de que o suspeito tenha praticado um crime. Se a decisão for afirmativa, ela é expressa por escrito em um instrumento chamado "true Bill". Como resultado, de suspeito, o indivíduo passa a réu e é levado à presença de um juiz durante uma audiência denominada "arraignment" para declarar-se culpado ou inocente. Dependendo da resposta o acusado é levado a julgamento por júri. O julgamento é realizado por um corpo de jurados menor, normalmente, por 6 a 12 jurados, que compõem o que nós chamamos de "petit jury", perante o qual, ao contrário do que ocorre no grand jury, comparecem ambas as partes e seus respectivos representantes. In. BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. Painel Sistema Jurídico Norte Americano - Amistad, CENAJUS - Centro Nacional de Cultura da Justiça. 2010. Disponível em: <http://www.cenajus.org/moodle/mod/forum/discuss.php?d=295&parent=2488>. Acesso em: 20.10.2011.

45 SILVA SOARES, Guido Fernando. *Common Law*. Introdução ao Direito dos EUA. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1999, p. 120

46 MOREIRA, José Carlos Barbosa (2000). O Processo Penal Norte-Americano e sua influência. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, abr./mai, p. 9.

varia entre a Justiça Federal e as justiças estaduais, bem como, nesta última, de estado para estado.

Nos Estados Unidos, a agilidade proporcionada pela informatização processual é acompanhada do indispensável apego à oralidade nos procedimentos judiciais. O processo civil americano nas cortes de primeira instância é essencialmente oral, não obstante se recorra à documentação de atos processuais, hoje quase que totalmente realizada por meios eletrônicos. Grande parte dos processos judiciais tem tramitação digital e as partes e seus advogados podem acompanhar o processo por meios eletrônicos, reduzindo, significativamente, a utilização de papel. As cortes de julgamento (*Trial courts*) concentram vários equipamentos que auxiliam na parte documental e na *exposição dos argumentos das partes*, como monitores de vídeo, câmeras que reproduzem documentos em vídeo, equipamentos de áudio etc., elevando a qualidade técnica dos julgamentos⁴⁷.

No Brasil, de apego à escrita nos procedimentos judiciais, a exemplo dos Estados Unidos, boa parte dos processos judiciais já tem tramitação digital, mas com relação à exposição dos argumentos das partes e testemunhos dos réus, caminha de maneira mais lenta na implantação da informatização processual. Como vimos, com a Lei nº 11.900, de 2009 está regulamentado o interrogatório e depoimento por videoconferência do réu preso em situações pré-determinadas pela lei. Todavia, comungamos com a visão de Ávila⁴⁸ de que:

[...] é lamentável que o legislativo não tenha tornado a possibilidade desse método de colheita da autodefesa ou da prova uma regra geral, o que traria significativa economia de recursos públicos, evitando-se a dispendiosa escolta de réus presos, agilizaria o processo ao evitar adiamentos desnecessários de audiências decorrentes da falta de pessoal para a escolta de réus, permitiria atos processuais mais seguros sem o risco de eventual tentativa de fuga, tudo se preservando os direitos constitucionais do preso.

Em relação ao funcionalismo público nos Estados Unidos e no Brasil, temos que, de acordo com Rodrigues⁴⁹, naquele país, sua

47 ATAÍDE JR. 2006 p.57

48 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2022, 13 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12197>>. Acesso em: 16 set. 2011.

49 RODRIGUES, Ricardo José Pereira – Regime Jurídico do Servidor Público nos Estados Unidos. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1995. Disponível em : <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em: 19 set. 2011.

regulamentação não é objeto de uma única lei, válida para todos os níveis do Serviço Público. Municípios, Estados e União adotam legislação própria para reger suas relações com servidores públicos e garantir a eficácia de seus respectivos aparelhos administrativos.

No nível federal, o sistema de pessoal do Governo norte americano é regido por uma lei que data do século passado. Trata-se do *Civil Service Act*, conhecida também por *Lei Pendleton*, promulgada em janeiro de 1883. Todos os funcionários civis da União encontram-se sob a tutela do *Civil Service Act*. Os benefícios desta lei atingem não apenas os funcionários de carreira, mas também o pessoal indicado para preencher cargos de confiança. Da legislação estão excluídos, contudo, os integrantes das forças armadas e os ocupantes de cargos eletivos⁵⁰.

O regime jurídico dos servidores públicos federais norte-americanos é fundamentado no conceito de mérito, mas a legislação norte-americana do funcionalismo não inclui em seus estatutos um dispositivo de estabilidade como ocorre no Brasil. O direito de manutenção no emprego, ou *tenure*, de fato existe, mas seu uso é flexível, permitindo ao Governo dispensar funcionários tanto por razões disciplinares quanto por razões não-disciplinares, como cortes orçamentários e reestruturação de agências ou serviços. Mesmo depois de efetivado, o funcionário não goza de uma garantia contra demissões, sobretudo se seu desempenho for considerado fraco para os padrões do sistema. Com base em razões disciplinares, o Governo tem o amparo da lei para dispensar indivíduos cuja demissão “promoverá a eficiência no serviço”. Para esses casos, o processo administrativo é conduzido de forma a não proteger os inaptos, mas também a evitar arbitrariedades e injustiças. Como explica o manual sobre o sistema de pessoal norte-americano, se por um lado, “nenhum servidor federal tem o direito de propriedade sobre o cargo que ocupa”, por outro lado, “seria um péssimo negócio dispensar funcionários competentes e com experiência por motivos triviais.”⁵¹

No Brasil, o PAD é bem mais abrangente, envolvendo a apuração de todo e qualquer delito na esfera do funcionalismo público. Não se restringe à eficiência do desempenho. É um instrumento pelo qual a administração pública exerce seu *poder-dever* para apurar as infrações funcionais e aplicar penalidades aos seus agentes públicos e àqueles que possuem uma relação jurídica com a administração. É destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. O PAD não tem por finalidade apenas apurar

50 SHAFRITZ, Jay M. *Dictionary of American government and politics*. Chicago: Dorsey Press, 1988, p. 103.

51 In RODRIGUES, 1995 p.25.

a culpabilidade do servidor acusado de falta, mas, também, oferecer-lhe oportunidade de provar sua inocência.

No Brasil, os funcionários públicos que tenham conduta em desacordo com a lei do funcionalismo público, também podem ser dispensados, apenas após a realização do PAD. Assim, o relatório final da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar - CPAD será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, devendo ser remetido à autoridade competente para julgamento a ser proferido no prazo de 20 (vinte) dias. Se a penalidade a ser aplicada for a de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o julgamento caberá ao Presidente da República e, quando a infração estiver enquadrada como crime, o PAD será remetido ao Ministério Público para instauração de ação penal.

4 APLICAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA NO PAD

Antes de iniciarmos a abordagem sobre os efeitos da aplicação prática da videoconferência no PAD, faz-se necessário registrar que o Departamento de Consultoria da PGF, perfilhando a corrente que advoga em prol do “PAD À DISTÂNCIA”, especialmente na figura de sua Procuradora Dra. Desirée Fátima de Oliveira⁵², autora de excelente e inédito trabalho que, com maestria, demonstra a imprescindibilidade de se promover a efetiva integração do Direito com a inovação tecnológica que promoverá uma justiça mais célere e sintonizada com a implantação do “Processo Administrativo Disciplinar à Distância”. Utilizando-se de metodologia assentada em ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o trabalho vem estruturado em capítulos, que vão desde a parte histórica, passando pelo mérito (constitucionalidade do interrogatório e da oitiva de testemunhas à distância) da efetiva constitucionalidade da videoconferência no PAD, sua repercussão prática e o substrato normativo para implementação do mencionado procedimento atado à tecnologia, arrematando-se com a forte convicção da prescindibilidade de autorização legislativa específica. Nas palavras da autora “Sem deixar de enfrentar os argumentos dos oponentes, discorre-se sobre os fatores basilares deste procedimento, com a oferta de entendimentos e opiniões que possam emprestar subsídios concretos ao convencimento de sua viabilização” no PAD.

52 ÔLIVEIRA, Desirée Fátima de. Processo Administrativo Disciplinar (PAD) à Distância. Parecer da Advocacia Geral da União . Procuradoria-Geral Federal. Adjuntoria de Consultoria. 2010. Inédito.

4.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROCESSO DISCIPLINAR

A Administração Pública tem diversas atribuições, desde o exercício de atividades rotineiras até o exercício de funções tão essenciais ao pleno bem-estar da coletividade. As atividades ou funções estatais são estabelecidas de acordo com as necessidades da coletividade, na medida em que, para exercer seu poder e atingir seu fim, qual seja, o bem-estar social, a Administração Pública precisa agir.

Dentre as funções essenciais da Administração Pública, está a função disciplinar. Essa função indica que a autoridade competente, ao tomar conhecimento de alguma irregularidade no serviço público, deve agir em busca da verdade real dos fatos. É poder-dever da Administração Pública para com a sociedade a instauração de procedimentos disciplinares necessários à verificação de supostas irregularidades. É direito do servidor público a instauração de um rito disciplinar próprio, não se admitindo a aplicação de uma penalidade sem base no Devido Processo Legal.

Todavia, o PAD não se encerra em si mesmo. Para que tenha eficácia, é necessário que seja concluído dentro de um prazo razoável, sob pena de que a possível penalidade a ser aplicada seja atingida pela prescrição. Portanto, não basta apenas que a Administração Pública preste a tutela administrativa demandada; é preciso que a preste com humanidade e respeito, vislumbrando a necessidade do envolvido e da sociedade de obter uma resposta justa, pontual, célere e, conseqüentemente, eficaz. O PAD, para ser completo, deve surtir todos os seus efeitos, pondo fim, de fato e de direito, à questão disciplinar levantada.

Há tempos a sociedade brasileira vem discutindo a morosidade dos procedimentos administrativos, sendo tal questão algo que foi gradualmente minimizada, à medida que o nosso país evoluía, já que, junto com essa evolução, também ia nascendo nos cidadãos a necessidade de respeito, por parte da Administração Pública, aos seus direitos.

4.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O PAD é o instrumento que permite à Administração Pública resolver os conflitos disciplinares de sua competência. Nas palavras de Érika Lôbo⁵³:

53 LÔBO, Érika Lemância Santos, O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar. *Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União*. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011. p. 129-139. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/RevistaCgu/Arquivos/edicao-especial.pdf>. Acesso em: 19 set. 2011.

[...] Um processo que se mantém indefinidamente no tempo mantém também o ânimo belicoso existente entre os envolvidos que são partes do conflito. Por sua vez, quando o processo é célere, a Administração Pública define o direito que cabe a cada um, e, enfim, a paz é restaurada. Além disso, a demora no desenrolar do processo disciplinar beneficia, quase sempre, o servidor que não tem razão. Sabemos que, na maioria dos casos, o servidor culpado sabe da sua culpa e, por isso, não tem interesse em colaborar com o bom andamento do processo, visando se beneficiar de possível prescrição. Dessa forma, o processo disciplinar tem-se transformado, em muitas situações, em instrumento de impunidade – tudo isso ocasionado pela lentidão na entrega da prestação administrativa.

Ainda no entendimento da autora:

O que o servidor culpado deseja é apenas se favorecer do tempo despendido no decorrer do processo para manter o bem (cargo) em seu poder, sem que contra essa situação a Administração possa intervir. É comum comemorarem o “sucesso” do processo, tendo em vista a prescrição que já se sucedera ou que se configurará com “anos-luz” de antecedência do julgamento final. Ao servidor inocente envolvido em processo administrativo disciplinar, tem-se que a demora na prestação administrativa ocasiona um dano irreparável na sua vida profissional e social. E toda e qualquer atitude (ou não atitude) que surja com outra finalidade que não a paz social e o bem-estar da coletividade é uma afronta aos direitos mais fundamentais do ser humano. Não podemos hoje acreditar em aforismos como a Justiça tarda, mas não falha. A justiça que tarda falha, sim. E falha exatamente porque tarda. [...] Além disso, um processo administrativo lento acarreta um custo desnecessário de recursos humanos e materiais, sem falar na prescrição, que pode colocar a perder todo o trabalho feito. Isso gera insegurança e descrédito por parte da coletividade, além de ofensa a toda uma ordem jurídica.⁵⁴

4.3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A VIDEOCONFERÊNCIA

Conforme observa a Dra. Desirée Fátima de Oliveira:

[...] com o surgimento da Lei nº 11.900/2009, que autorizou, ainda que em caráter de excepcionalidade, a inserção da videoconferência no

⁵⁴ op. cit.

processo penal, surgiram esperanças, assentadas na possibilidade de, por analogia, utilizar esse avanço tecnológico na seara administrativa [...] eis que inesgotáveis e substanciais os benefícios que poderão advir, não apenas para a Administração Pública, como também para o servidor possivelmente transgressor, que será investigado com agilidade, evitando-se a ele a angústia e a ansiedade da demora.⁵⁵

Em termos práticos, podem-se enumerar rapidamente vários benefícios advindos do uso da videoconferência no PAD: evitar deslocamentos dos servidores envolvidos, de testemunhas e peritos, com grande economia de tempo e de recursos materiais; eliminar a expedição de cartas precatórias, cartas de ordem e cartas rogatórias, agilizar o trâmite processual; otimizar o tempo de advogados, defensores, membros da CPAD; gerar economia para o servidor, que não precisará despende tempo e recursos materiais para acompanhar oitivas de testemunhas, evitando ainda as despesas de deslocamento do seu procurador.

Todavia, além das vantagens práticas enumeradas entendemos importante delinear sucintamente os benefícios da utilização da videoconferência no que se refere aos princípios que norteiam a Administração Pública.

4.3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁶, através do princípio da legalidade a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, todos os atos do administrador dependem da lei e a Administração Pública não pode, através de ato administrativo, “conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados”. Assim, “a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei”.

No entender de Emerson Garcia⁵⁷, o princípio da legalidade “deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal”, “porque dele não mais defluíam a totalidade das regras e princípios que a norteavam”, ou seja, a atividade administrativa baseia-se em mais fundamentos do que apenas a lei, que é abarcada pelo princípio da legalidade. Assim, é a lei fundamento de todo ato administrativo, que porém, não

⁵⁵ OLIVEIRA, op. cit.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 67-68.

⁵⁷ GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>> Acesso em 30/08/2011. p. 1.

se adstringe à mera legalidade. Gustavo Binzenbojm⁵⁸ bem aponta que a Administração é vinculada a um bloco de legalidade, sendo esse bloco o ordenamento jurídico como um todo sistêmico, ou seja, a juridicidade. No entender de Germana de Oliveira Moraes⁵⁹: “A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição».

Com base em tais entendimentos, podemos dizer que, agora, já não basta a legalidade formal, uma vez que esta oferece apenas segurança jurídica, o que se busca com a ampliação desse conceito é a justiça material, em que a legitimidade se dá pelo conteúdo, não pela forma da lei. Portanto, o Direito Administrativo não deve mais se restringir apenas aos ditames da lei em sentido estrito, mas ao Direito. E não podia ser diferente: a sociedade procura a materialização da justiça, segundo seus imperativos e anseios. Com isso, a Administração Pública, antes de se submeter à lei, deve obediência a todo o ordenamento jurídico. Não se pode pensar o Direito em partes, mas sempre como conjunto harmônico de regras e princípios em busca de justiça. E são esses princípios que embasam determinadas condutas do Administrador Público, ainda que não previstas em lei.

4.3.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência, previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, é princípio geral da Administração Pública e de observância obrigatória para o administrador público. A Administração pública não pode ficar alheia aos avanços tecnológicos disponíveis, às facilidades que a informática tem proporcionado. Nesse sentido a videoconferência é procedimento capaz auxiliar na prestação administrativa justa, célere, efetiva, com o menor dispêndio possível.

4.3.3 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

É dever da Administração Pública gerir bem os seus recursos, tanto humanos quanto materiais. Faz-se necessário obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual. “Pode-se resumir o princípio da economia processual em duas palavras: justiça

58 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137-139.

59 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 24. In: GARCIA, Emerson. op. cit. p. 1.

rápida e barata. Significa deixar de lado diligências e procedimentos inúteis, que em nada favoreçam a busca da verdade real.”⁶⁰

4.3.4 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

O princípio da efetividade implica a busca pela finalidade da lei. “A Administração Pública, na busca pela consecução dos seus objetivos, deve sempre buscar a real finalidade do legislador quando da confecção da lei, não se satisfazendo apenas em cumprir os seus mandamentos.” Aplicando esse princípio no Direito Administrativo Disciplinar, temos que todos os servidores têm direito a um processo administrativo disciplinar imparcial, justo, em que o real objetivo seja a busca da verdade material, sem a preocupação de punir ou absolver os envolvidos. “Com isso, embora não expressamente autorizado o uso da videoconferência no PAD, defende-se ser plenamente desejável e lícito, uma vez que o uso desse instrumental se coaduna com os ditames da efetividade administrativa, em que não mais se justifica o uso indevido de tempo e recursos.”⁶¹

4.3.5 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A morosidade, na prestação administrativa, é equivalente à ineficácia ou inutilidade da própria prestação. No caso do PAD, essa morosidade na sua conclusão pode acarretar uma possível prescrição da pretensão punitiva administrativa, impossibilitando assim a aplicação de penalidades. Ocorrendo isso, terá havido um gasto desnecessário e ineficaz. É preciso que a Administração Pública adote medidas de ordem prática, que concretizem e garantam, de forma real, um processo disciplinar mais efetivo, ágil. Nesse contexto, faz-se imprescindível o uso da videoconferência, como forma de dar efetividade às disposições do texto constitucional. “A celeridade não é apenas um direito do servidor envolvido em processo disciplinar de ter uma resposta em tempo hábil, célere; é também um dever da Administração Pública de zelar por um processo mais efetivo e menos dispendioso de tempo.”⁶²

4.3.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório, juntamente com a garantia da ampla defesa, encontra-se disciplinado na Constituição Federal pátria

⁶⁰ LÔBO, 2011, p.134

⁶¹ LÔBO, 2011, p.134

⁶² LÔBO, p.134-135.

no art. 5º, LV. Assim, de acordo com nosso ordenamento jurídico impõe que ninguém seja acusado sem antes lhe ter sido dada oportunidade de defesa. É um direito constitucional ser ouvido, é um direito participar concretamente na formação da decisão, atuando ativamente no processo, com absoluta liberdade para trazer elementos que melhor conduzam ao entendimento da CPAD.

Dessa forma, a decisão final é resultado da participação de todos os envolvidos, e não apenas dos membros da CPAD. A Administração Pública tem o dever de dar uma resposta concreta aos anseios da sociedade, combatendo, efetivamente, as irregularidades no serviço público. Não basta apenas a instauração da sede disciplinar, faz-se necessário que, ao final, se possa aplicar, se for o caso, a penalidade, sem que esta tenha sido prescrita. “Portanto, uma vez que o uso desse mecanismo tecnológico vem justamente como forma de garantir um processo administrativo com base nos comandos do nosso ordenamento jurídico, defende-se o seu uso na instrução processual, sem que estejamos diante de uma inconstitucionalidade.”⁶³

Não é cabível, portanto, a afirmação de que o uso do sistema de videoconferência, em PAD, afrontaria princípios fundamentais como o da ampla defesa, do contraditório e do Devido Processo Legal. Pelo contrário, os sistemas informatizados de comunicação ao vivo e em tempo real ajudam a concretizar a ampla defesa no PAD. Tanto é assim que esses sistemas facilitam o acompanhamento de todos os atos processuais, sem maiores desperdícios de tempo e de recursos materiais. Ademais, com a realidade da administração pública federal onde ocorre, com frequência, mudança de lotação e exercícios de seus servidores, o uso da videoconferência só irá contribuir com o exercício da ampla defesa e contraditório, trazendo real benefício a todos os envolvidos no processo, com expressiva economia ao erário.

4.3.7 PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

Esse princípio defende que a Administração Pública não deve se ater a formas rígidas, a rigorismos formais que dificultem a defesa do servidor e o bom andamento processual. O princípio do formalismo moderado significa, no PAD, a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (art. 2º, par. único, IX, Lei Federal nº 9.784, de 1999), de maneira que o conteúdo deve prevalecer sobre o formalismo extremo, cumpridas as formalidades

63 LÔBO, p. 136

essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, par. único, VIII, Lei Federal 9.784, de 1999). Então, respeitadas as garantias e os direitos fundamentais do servidor, é lícito à Administração Pública usar de mecanismos que acelerem o trâmite processual, chegando assim a um resultado em tempo hábil. “Essa decisão efetiva, célere, é benéfica tanto para o servidor, que deixa de ter essa pendência na sua vida profissional, quanto para a sociedade, que, caso aquele seja considerado culpado, possa-lhe ser aplicada a penalidade devida.”⁶⁴

4.3.8 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Para Érika Lôbo⁶⁵ existe uma estreita vinculação do princípio do Devido Processo Legal com a noção de razoabilidade, uma vez que o Devido Processo Legal tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais “contra condutas irrazoáveis, desproporcionais e arbitrárias eventualmente praticadas pelo Poder Público”. No que se refere ao princípio da proporcionalidade, ensina a autora que as competências administrativas somente poderão ser exercidas na proporção adequada para que se atinja a finalidade pública a que se destinam, ou seja, “[...] ao se usar a competência administrativa de forma não proporcional, não atingindo a finalidade legal a que se destina, há o descumprimento de uma norma jurídica, ou seja, ocorre uma ilegalidade.” Assim, a atuação da CPAD, guiando-se por esses princípios, “estará primando pela efetividade e eficiência no serviço público, com redução de custos e tempo, bem como garantindo aos envolvidos a certeza de participarem de um processo com base do Devido Processo Legal, ao fim do qual será exarada uma decisão final justa, célere e efetiva.”

5 CONCLUSÃO

Da análise dos aspectos históricos ligados à utilização da videoconferência no Brasil, percebemos que o aperfeiçoamento da dinâmica judicial vem sendo uma constante preocupação de muitos juízes brasileiros, sempre operando em um quadro de dificuldades crônicas, a ponto de, a partir de 1996, ousarem o uso deste novo mecanismo telemático a fim de imprimir agilidade e rapidez na condução dos julgamentos.

Tais iniciativas isoladas encontraram apoio operacional nas novas possibilidades disponibilizadas pela informática e, provavelmente,

⁶⁴ LÔBO, p.137

⁶⁵ LÔBO, p. 137.

foram motivadas pelo conhecimento quanto ao uso cada vez maior e resultados da aplicação da videoconferência em outros países. Nesse sentido, do levantamento do uso da videoconferência no direito comparado, pudemos perceber que cada país possui um direito que lhe é próprio, que acompanha as evoluções tecnológicas de forma diferente, no tempo e no espaço.

O direito realmente concretiza-se de maneiras distintas numa época e num dado país. Contudo, o fenômeno jurídico é muito mais complexo. Nesse sentido, assim como evoluem as sociedades e as organizações, as regras do direito também precisam evoluir.

Então, de forma bastante simplista podemos afirmar que o direito vigente no Brasil baseia-se em regras genéricas, compiladas em leis e códigos, e aplicadas posteriormente pelos tribunais. A legislação tem papel fundamental e é a principal fonte jurídica, sendo cada vez maior o reconhecimento de que a doutrina e a jurisprudência possuem grande importância para a evolução de um sistema jurídico proposto a regular a vida em sociedade e solucionar conflitos de forma eficaz. Nos países influenciados pela *Common Law*, a importância da lei escrita de certa forma é minimizada. Nos Estados Unidos, a principal fonte do Direito são os fatos levados a julgamento perante um tribunal. Apesar da existência de leis escritas contendo princípios gerais o sistema desenvolve-se principalmente a partir das sentenças dos juízes na análise de casos concretos.

A evolução dos sistemas jurídicos ocorre principalmente devido as mudanças sociais em cada período histórico. Múltiplos fatores contribuem na evolução do Direito ao longo do tempo, principalmente a mutação dos costumes e as novas condições de vida proporcionadas. Qualquer que seja a forma de estruturação do Direito aplicado, o importante é notar que sua evolução é lenta e gradual, sendo que na maioria das vezes ocorre após um clamor social ou a formação de uma nova conjuntura política. Assim também, o impacto do avanço tecnológico no campo jurídico ocorre de forma gradual e progressiva. Nem sempre a disponibilização de um novo recurso tecnológico reflete imediatamente no Direito, embora a rapidez com que isso ocorre esteja aumentando. Além disso, o grau com que o progresso tecnológico consegue penetrar no âmbito jurídico varia conforme algumas situações.

Na comparação dos processos jurídicos utilizados nos Estados Unidos e no Brasil, parece ser consenso que a utilização da tecnologia é fator vantajoso, pois possibilita criar maior proximidade entre a justiça e os cidadãos. Além disso, contribui para aumentar a celeridade da Justiça, um anseio e uma necessidade da sociedade moderna. Ainda

assim, os artefatos tecnológicos nem sempre caminharam em conjunto com o mundo jurídico desses dois países.

Especificamente quanto à utilização da videoconferência nos processos judiciais, percebemos certo descompasso. Seria de se esperar que nos Estados Unidos, a exemplo do que ocorre no âmbito da informática e das telecomunicações com efeitos observados na organização das empresas, nos métodos de produção, nas relações de trabalho e na política financeira do seu governo, toda a gama de possibilidades que a moderna tecnologia oferece também tivesse utilização em grande escala nas lides jurídicas. Ocorre que, por tradição cultural, o processo civil americano nas cortes de primeira instância é essencialmente oral, não obstante se recorra à documentação de atos processuais, hoje quase que totalmente realizada por meios eletrônicos. Grande parte dos processos judiciais tem tramitação digital e as partes e seus advogados podem acompanhar o processo por meios eletrônicos, reduzindo, significativamente, a utilização de papel. Entretanto, as cortes de julgamento, ainda que disponham de todo aparato que permitiria a tomada de depoimentos à distância, não abre mão da exposição oral dos argumentos das partes frente ao juiz, parte do espetáculo americano imortalizado em livros e filmes. Já, no Brasil, mais recentemente, talvez pressionado pela necessidade de segurança e de agilidade no judiciário, o mundo jurídico passou a “aceitar” o uso desses recursos, como o uso de videoconferência para ouvir partes e testemunhas e a apresentação de processos em meio eletrônico. De forma ainda tímida, parece que o desenvolvimento tecnológico começa a acelerar o desenvolvimento do sistema jurídico vigente.

Além disso, o conhecimento de alguns aspectos do funcionamento do Judiciário norte-americano e das alternativas encontradas para a solução dos litígios no âmbito extrajudicial naquele país também pode inspirar o meio jurídico administrativo nacional ao implemento de um trabalho de conscientização para o acolhimento desses meios, a fim de propiciar maior desafogo das vias judiciais e presteza na dinâmica da Administração Pública.

O uso do sistema de videoconferência em sede disciplinar se faz indispensável, pois otimiza e acelera a prestação administrativa, ocasionando economia de tempo e de dinheiro. Não fazer uso desse arsenal tecnológico seria ir contra os mandamentos constitucionais vigentes para a boa gestão pública atual. A efetividade, a eficiência, a celeridade e a economia processual não podem ficar apenas no corpo da nossa constituição federal; devem ser efetivadas, concretizadas. E é com base nesses mandamentos que a Administração Pública deve embasar a sua atuação, para que esta seja legítima.

É preciso entender que o meio utilizado para determinado ato processual não contamina nem desnatura o ato. O que pode nulificar o ato processual, trazendo nulidade a todo o processo daí para frente, é não assegurar ao servidor envolvido os direitos que lhes são outorgados, como o de ser acompanhado pelo seu defensor, o de falar e ser ouvido, o de produzir provas, o de permanecer em silêncio, se assim desejar, dentre outros.

A experiência internacional demonstra e a lógica evidencia: a adoção do sistema de videoconferência para a coleta de provas otimiza e acelera a prestação jurisdicional. A videoconferência é um instrumento, e não o objeto da prova processual. Ou seja, o juízo obterá a prova testemunhal ou pericial através do sistema audiovisual.

Enfim, o sistema de videoconferência, utilizado para o interrogatório on-line, além de não prejudicar nenhum direito do réu, facilita a vida de juízes, advogados, membros do Ministério Público, vítimas, testemunhas e peritos e mesmo de acusados que não residam no foro onde deverá ocorrer o ato de instrução processual tanto do direito penal quanto administrativo, redundando em economia de recursos financeiros, públicos e privado.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Estrutura e Dinâmica do Poder Judiciário Norte-Americano*, BDJur Biblioteca Digital Jurídica-STJ, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1538>>. Acesso em: 11 out. 2011.

ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 585, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6311>>. Acesso em: 3 out. 2011.

ATAÍDE JR. Vicente de Paula. O Sistema Judiciário e a Administração da Justiça dos Estados Unidos da América. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, 2006. p. 36-42. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/712/892>>.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2022, 13 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12197>>. Acesso em: 16 set. 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Penal Norte-Americano e Sua Influência*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. nº 4. Out 2000.

BARROS, Marco Antonio de. *Arquitetura preambular do processo judicial eletrônico*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7313>. Acesso em: 07/10/2011.

BARROS, Marco Antonio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 116-125, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/707/887>>. Acesso em: 10 set. 2011

BERMAN, Haroldo J. *O fundamento histórico do direito americano*. Aspectos do Direito Americano. Tradução de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BEZERRA, Ana Cláudia da Silva. *Interrogatório on-line e a ampla defesa*. ADV. 2005. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/anaclaudiadasilvabezerra/interrogatorio-online.htm>>. Acesso em: 19 set. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. *Painel Sistema Jurídico Norte Americano* - Amistad, CENAJUS - Centro Nacional de Cultura da Justiça. 2010. Disponível em: <<http://www.cenajus.org/moodle/mod/forum/discuss.php?d=295&parent=2488>>. Acessado em: 20.10.2011.

BRASIL, *Lei Nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005* do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei%20n.11.819,%20de%2005.01.2005.htm>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BUNA, Themis Alessandra Santos Bezerra. Aproximações legais e doutrinárias ao júri popular no Brasil e nos Estados Unidos. *Jus Navigandi*,

Teresina, ano 10, n. 685, 21 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6754>>. Acesso em: 23 set. 2011.

CARRAVETA, Luiza Maria, *Técnicas de Apresentação para Teleconferências*. Disponível em: <<http://www.pead.faced.ufrgs.br/twiki/pub/Teleducacao/video8/TecnicaApresentTeleconferencia.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo Administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 6. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAWSON, John P. *Funções do Juiz. Aspectos do Direito Americano*. Tradução de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. *Common Law em Relação ao Direito Brasileiro*. Iniciação Científica CESUMAR - jan./jun. 2006, v. 08, n.01, p. 25-34. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/view/120/58>>. Acesso em: 19 set. 2011.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Eddington Rocha Alves dos Santos, *A videoconferência como meio de aplicação do princípio da eficiência no processo penal*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/autor/eddingtion-rocha-alves-dos-santos-ferreira>>. Acesso em: 3 nov. 2011

FIGLIOLA, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007.

FONSECA, Luciana Carvalho. *Os pedidos de recursos não julgados pela Suprema Corte* - Migalaw English – 2011. Disponível em : <<http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI108277,101048-Os+pedidos+de+recursos+nao+julgados+pela+Suprema+Corte>>. Acesso em: 19 set. 2011.

FREUND, Paul. *A Corte Suprema. Aspectos do Direito Americano*. Tradução de Janine Yvonne Ramos Pères e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Lei nº. 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1821, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11430>>. Acesso em: 19 set. 2011.

FULLER, Lon L. *Sistemática das Partes Contrárias*. Aspectos do Direito Americano. Tradução de Janine Yvonne Ramos Pères e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963,

GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>> Acesso em: 30/08/2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito penal nos Estados Unidos*. *Navigandi Jus*, Teresina, ano 12, n. 1481, 22 de julho 2007. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/10179> > . >. Acesso em: 19 set. 2011. Acesso em: 19 set. 2011

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo : Malheiros, 1993.

HALL, Livingston. *Os direitos dos réus nas ações criminais*. Aspectos do Direito Americano. Tradução de Janine Yvonne Ramos Pères e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 50-61.

KAPLAN, Benjamim. *Do julgamento pelo Júri*. Aspectos do Direito Americano. Tradução de Janine Yvonne Ramos Pères e Arlete Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963

LÓBO, Érika Lemância Santos, O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar. *Revista da CGU Edição Especial*, Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011. P. 129-139. Disponível em : <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/RevistaCgu/Arquivos/edicao-especial.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTGOMERY, Joseph B. Stulberg e B. Ruth. *Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores*. In Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.2 Cap. 10. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/>>. Acesso em: 10.10.2011

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua influência*. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre: Síntese, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Primeiras considerações sobre a utilização da videoconferência no processo penal brasileiro*. Goiás: Ministério Público do Estado de Goiás. 2009. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/primeiras_consideracoes_sobre_a_utilizacao_da_videoconferencia_no_processo_penal_brasileiro_-_guilherme_de_souza_nucci.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

OLIVEIRA, Desirée Fátima de. *Processo Administrativo Disciplinar (PAD) à Distância*. Parecer da Advocacia Geral da União . Procuradoria-Geral Federal. Adjuntoria de Consultoria. 2010. Inédito.

PAZ, Carlos Eduardo Barbosa, *Interrogatório on line. Uma análise principiológica* - Revista Âmbito Jurídico. 2005 Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=268>. Acesso em: 19 set 2011.

PEREIRA, Clovis Brasil, *Organização Judiciária* (Resumo de aula) .
PROLEGIS 041: Organização Judiciária no Brasil. 12/05/2008. Disponível em: <<http://prolegis.com.br/index.php?cont=19&id=2157>>. Acesso em: 19 set. 2011.

PINHO, Débora - *O uso da tecnologia para interrogar e administrar*. Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-15/justube-tribunais-usam-videoconferencia-interrogar-administrar>>. Acesso em: 23 set 2011

PIRES, Ariosvaldo de Campos. *A Problemática do Júri*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia. Uberlândia: Faculdade de Direito, v. 6, nº 1, 1997.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Interrogatório à distância*. In Boletim do IBCCRIM. São Paulo: v. 8, n. 93, agosto/2000, p. 01-02.

PLANO, Jack C., GREENBERG, Milton. *The American political dictionary*. Hinsdale, Illinois: Dryden Press, 1976.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REIS, Apody dos . *O Tribunal do Júri*. Revista do Departamento e Ciências Jurídicas. Rio Grande do Sul, v. 2, n. 5, 1980.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira – *Regime Jurídico do Servidor Público nos Estados Unidos*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1995. Disponível em : <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 19 set. 2011.

ROSA, Paulo (Ed.). *Brasil já é o sexto maior usuário da internet no mundo - 2007*. Disponível em: <<http://www.adnews.com.br/tecnologia.php?id=57963>>. Acesso em: 23 set 2011.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. Dunod, Paris: Landy, 1999.

SHAFRITZ, Jay M. *Dictionary of American government and politics*. Chicago: Dorsey Press, 1988.

SILVA SOARES, Guido Fernando. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1999.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de; CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira – O interrogatório e o Interrogatório on-line. MundoJuridico. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 set. 2011.

TESSLER, Marga Inge Barth - *Relatório: visita técnica aos Estados Unidos da América* – um resumo - Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. v. 1, n. 1. Porto Alegre: O Tribunal, 1990. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev78.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2011

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Recentes Reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. *História da Internet* »a partir de Kioskea net. Disponível em: <http://pt.kioskea.net/contents/histoire/internet.php3>. Acesso em: 3 nov. 2011.

_____. *Poder Judiciário do Brasil*. Wikipédia, a enciclopédia livre Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Poder_Judici%C3%A1rio_do_Brasil >. Acesso em: 19 set. 2011.

_____. *Portal do STF*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 19 set. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Wikipédia, a enciclopédia livre.. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Supremo_Tribunal_Federal>. Acesso em: 19 set. 2011.

O PENSAMENTO ECONÔMICO COMO VETOR DA EFICIÊNCIA DA COMMON LAW

*THE ECONOMIC THOUGHT AS A VECTOR OF EFFICIENCY OF THE
COMMON LAW*

*Ana Flávia Lopes Braga
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Common Law e Civil Law;
2 Definições; 2.1 Escassez; 2.2 Maximização racional;
2.3 Incentivos; 2.4 Eficiência; 3 O Pensamento
Econômico no Direito; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com base nos Relatórios anuais *Doing Business*, o Banco Mundial sustenta que a *common law* é um sistema que produz normas mais eficientes, em comparação com o sistema da *civil law*. *A Análise Econômica do Direito – AED*, cuja origem vem dos países de tradição jurídica na *common law*, é um meio de se compreender e aplicar o Direito baseado na eficiência. O presente trabalho pretende fazer uma breve apresentação dos conceitos desse pensamento econômico que vem crescendo em importância mundial.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Consuetudinário e Eficiência. Análise Econômica Do Direito.

ABSTRACT: The Word Bank, based on the *Doing Business* annual reports, argues that the *common law* system produces more efficient laws than the *civil law* one. The *Economic Analysis of Law – EAL*, whose origin comes from countries with common law legal systems, is a path to comprehend and to apply the Law based on efficiency. This paper intends to make a brief presentation of the concepts of this economic thought which has been growing more and more worldwide.

KEYWORDS: Common Law and Efficiency. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a eficiência econômica do Direito vem ganhando energia fora do ambiente acadêmico desde a divulgação do primeiro relatório *Doing Business* do Banco Mundial, intitulado *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*.

Doing Business é o resultado de um estudo promovido pelo Banco Mundial que avalia a infraestrutura econômica de um país com base nas condições legais e institucionais para o desenvolvimento de uma atividade econômica. Por meio de critérios bastante objetivos, o estudo mostra que o desenvolvimento de um país não pode ser medido apenas com a análise do PIB, ou do superávit primário. Para que o desenvolvimento seja sustentável, há necessidade de instituições e leis sólidas.¹

Instituições e leis que, no Brasil, estão longe de ajudar àqueles que desejam produzir riqueza por meio da criação de uma empresa. Na versão 2011, o Brasil foi classificado na 127ª posição, considerado como detentor de um dos sistemas jurídicos menos condutivos ao crescimento econômico sólidos.²

1 Os relatórios *Doing Business* são baseados em informações fáticas com relação às leis e a regulação jurídica vigente. Eles lidam com tópicos tais como o tempo e o custo para o cumprimento das exigências regulatórias para o registro de uma empresa, rigidez das leis trabalhistas e procedimentos para assegurar a execução contratual. Eles também investigam a eficiência de instituições governamentais, incluindo Juntas Comerciais e Tribunais. A metodologia baseia-se em informações detalhadas sobre regulações que são consideradas relevantes para identificar problemas específicos e projetar reformas. Desde 2004, os indicadores têm sido examinados e modificados, mas o objetivo geral ainda é o mesmo. O projeto visa motivar as reformas através de índices nacionais. O relatório de 2004 foi a primeira publicação de uma série anual que estuda as determinantes do desenvolvimento do setor privado. As apostas são altas: esses relatórios, lidos no mundo todo, desfrutaram de grande sucesso e têm sido utilizados como modelos para outros relatórios, bem como para reformas legislativas e, presumivelmente, para decisões sobre investimentos. (FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUEL, Anne-Julia *O Direito é uma disputa econômica? As reações francesas ao relatório Doing Business do Banco Mundial e à Análise Econômica do Direito* Publicado originalmente com o título "Is Law an Economic Contest? French Reactions to the *Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*" in: Georgetown Law and Economics Research Paper n.10-10, Junho de 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/372>. Traduzido para a língua portuguesa, com a permissão expressa das autoras, por Rafael A. F. Zanatta, Disponível em: <<http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/436346/>>

2 Neste estudo, comparou-se a eficiência de 183 diferentes países em relação a nove aspectos: abertura de empresas, obtenção de alvarás de construção, registro de propriedades, obtenção de crédito, proteção de investidores, pagamento de impostos, comércio entre fronteiras, cumprimento de contratos e fechamento de empresas. Os relatórios do Banco Mundial Business pressupõem que a qualidade das leis e regulações que regem o mercado desempenham um papel decisivo no crescimento econômico. Baseado na observação da atuação de diversos sistemas jurídicos, eles objetivam demonstrar que as regulações mais rígidas produzem os piores resultados, porque são geralmente associados com a ineficiência dentro das instituições públicas, altos custos de formalidades administrativas, longos atrasos para alcançar uma

Ao mesmo tempo, o estudo aponta para uma eficiência econômica maior nos países da tradição consuetudinária (*common law*) em comparação com os países da tradição estatutária (*civil law*). O Banco Mundial vem, então, aplicando políticas de fomentação da Análise Econômica do Direito – que permeia a cultura da *common law* – nos países em desenvolvimento.³

Mas, afinal, existe um fundamento filosófico por trás da tradição da *common law* que a torna jurisdicionalmente eficiente? É o que esse trabalho pretende tratar.

O presente artigo não entrará nos meandros da Reforma do Poder Judiciário Brasileiro, nem, tampouco, descerá às minúcias do sistema da *common law*. Ambos os sistemas jurídicos aqui retratados possuem falhas que atualmente procuram ser supridas pela adoção de institutos que constituem o cerne do outro sistema. Os Estados Unidos da América atualmente passam por um movimento crescente de codificação das suas normas, em aproximação ao fundamento típicos da *civil law*, enquanto o Brasil espelha-se no modelo *stare decisis*, que é um desdobramento intrínseco à *common law*, para desenvolver o conceito da obrigatoriedade de submissão das decisões judiciais aos entendimentos dos Tribunais Superiores, como ocorre no caso das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e a lei de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, inseridos na história recente do país.

Esse trabalho analisa o pensamento jurídico econômico que permeia o direito americano, na racionalidade consequencialista das decisões judiciais; sua aplicação pragmática.

1 COMMON LAW E CIVIL LAW

A abordagem das diferenças e aproximações entre os ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro deve levar em conta o sistema ou a família ao qual pertence cada um.

É de se notar que os vários ordenamentos existentes formulam as normas de modo diferente porque as estruturas sociais e, bem assim, os valores sobre as quais se fundam, são diferentes. Desse modo, não há fina correspondência entre as noções e categorias jurídicas de um ordenamento para outro, contudo é possível perceber elementos

decisão judicial, mais corrupção, menor investimento, pouca produtividade e maior desemprego (DOING BUSINESS: *Measuring Business Regulations*. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/>>).

3 SANTOS, Alvaro. *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.) *The New Law and Economic Development*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 253-298.

comuns que possibilitam o seu agrupamento em famílias, facilitando a comparação com os demais.

Fala-se em família de Direito quando se identifica nos ordenamentos jurídicos traços constantes, comuns a uns e diferentes de outros, que possibilitam seu estudo conjunto. Costuma-se apontar, na doutrina do Direito, três grandes famílias: a de base romano-germânica (*civil law*), a da *common law* e a dos direitos socialistas, que indicam diferentes modelos de organização social.⁴

O Brasil, ao sofrer colonização portuguesa, recepcionou a tradição do direito romano-germânico, disseminada na Europa continental (*civil law*).

A *civil law* cresceu com o direito civilista romano, sofreu influencia do direito canônico e, posteriormente, dos povos bárbaros que se espalharam pelo continente europeu. Os princípios informadores desses direitos são concebidos como regras de conduta presas a noções de moral e justiça. Os sistemas jurídicos que seguem esse modelo são protagonizados pela lei codificada.

Os códigos são conjuntos de normas jurídicas sistematizadas de forma harmônica, que disciplinam as relações intersubjetivas.

O direito romano-germânico descreve, a si próprio, como ideal, independente das outras disciplinas. As regras são comandos gerais e abstratos que tipificam condutas ideais e prescrevem punições pela sua inobservância, descrevem a forma dos negócios jurídicos e prevêm nulidades na sua falta. O prejuízo advindo da conduta alheia irregular é compensado pela reparação civil.

Os Estados Unidos, por sua vez, assimilaram os direitos da família *common law*, que têm como base o modelo originado na Inglaterra (King's Court).⁵

A *common law*, ou direito consuetudinário, foi se formando pelo conjunto das decisões dadas pelos juízes. Os juízes, após viajar pelo país decidindo principalmente questões de propriedade, conversavam entre si sobre suas decisões, para avaliar se as regras que faziam tinham consistência com as outras.⁶

4 STAJAIN, Rachel; GORGA, Érica. *Tradições do Direito*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 137-196

5 Salvo o Estado da Louisiana, que, ao ser colonizado pela França, incorporou o sistema romano-germânico. [Os Estados Unidos compraram a Louisiana à França por 15 milhões de dólares em 30 de abril de 1803. LOUISIANA. History.com. Disponível em: <<http://www.history.com/this-day-in-history/louisiana-purchase-concluded>>.

6 Anotações das aulas ministradas pelo professor THOMAS GOLDEN, na Thomas Jefferson Scholl of Law, durante o Legal Education Exchange Program – Fundamentals of U.S. Law – 2011, *passim*.

Uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o Direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o Direito, estabelecendo um precedente, mas essa decisão será formada de acordo com o raciocínio jurídico empregado nas decisões anteriores.

No cerne do sistema está o *stare decisis*, que é o reflexo da *common law* que lhe dá unidade. A doutrina do *stare decisis* é definida como a regra de que as Cortes devem ser fiéis aos precedentes estabelecidos.

Trata-se do desejo por consistência, justiça e previsão. Se o indivíduo se comporta de determinada maneira, sabe que consequências seu comportamento deve causar. Isso significa que se uma Corte julga um caso de determinada forma, quando estiver diante de outro caso semelhante, julgará da mesma forma.

Essa família de direitos se caracteriza por ser menos abstrata do que as normas dos sistemas de base romano-germânica.

Observa-se um pensamento prático, atento mais às consequências do resultado da decisão para a conformação das relações intersubjetivas diante de um fato imprevisto do que para a punição da desconformidade da conduta ideal e recomposição do *status quo ante*.

2 DEFINIÇÕES

Embora o conceito popular de economia esteja tradicionalmente ligado ao estudo da inflação, do desemprego, dos ciclos comerciais e outros mistérios macroeconômicos distantes do dia-a-dia concernente ao sistema legal, o domínio econômico é muito maior. A Economia é concebida como a ciência das escolhas racionais no mundo - no nosso mundo - em que os recursos são limitados em relação aos desejos humanos.⁷

Além de uma teoria científica do comportamento, a Economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o Direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos técnicos; são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para COOTER e ULEN, a Economia é a parte da ciência comportamental mais útil para o Direito:

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos

7 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York. 6. ed. Aspen Publishers, 2003, p.3. Tradução livre.

preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento.

[...]

Generalizando, podemos dizer que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis.⁸

2.1 ESCASSEZ

A escassez é o ponto de partida da análise econômica⁹. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”.¹⁰

A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”.¹¹

Todas as escolhas têm custos de oportunidade, pois nem tudo pode ser feito ou produzido. O investimento feito em uma determinada atividade deixa de ser feito em outras.

A noção de escassez traz uma série de implicações para o Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, ou os direitos são custosos, ou não têm sentido prático. O direito à propriedade *só tem sentido prático se o Estado for capaz de assegurá-la*; o direito à saúde só tem sentido prático na medida em que a sociedade possa dispor dos recursos necessários para prover hospitais, alimentação, higiene e etc.; e assim por diante.¹²

8 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25-27

9 SALAMA, Bruno M. O Que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos de Direito GV*, Caderno 22, v. 5, n. 2, março 2008.

10 ROBBINS, *apud* SALAMA, op. cit

11 SALAMA, op. cit

12 Ibid.

2.2 MAXIMIZAÇÃO RACIONAL

A tarefa da Economia é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de suas finalidades, suas satisfações, seu interesse pessoal.¹³ Isso quer dizer que os indivíduos buscaram os maiores benefícios aos menores custos.¹⁴

Para SALAMA¹⁵, a premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note-se que a idéia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar¹⁶ e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades:

Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei. Claro que no cálculo de maximização entram os custos e benefícios monetários e também aqueles não monetários (tais como poder, prestígio, sensação do dever moral cumprido, etc.).

A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório.

SALAMA destaca que o papel das premissas é provavelmente o aspecto metodológico do Direito e Economia que traz maiores dificuldades aos profissionais do Direito. Os economistas tentam captar grande parcela da dinâmica comportamental das pessoas com a menor quantidade possível de premissas. A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (ela é obviamente imperfeita), mas sim se essa premissa consegue captar o suficiente para tornar inteligível e previsível uma realidade complexa. Isso significa que a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado:

13 POSNER, op. cit. p.3.Tradução livre.

14 COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. New Haven: Journal of Law and Economics and Organization, v. 4, n.1, 1988, p.33-47. Tradução livre.

15 SALAMA, op. cit.

16 Com exceção dos mentalmente incapazes.

A força da aplicação da Teoria dos Preços às questões jurídicas decorre justamente da quantidade de hipóteses que podem ser formuladas a partir de premissas comportamentais tão simples. Quando se aceita que, de um modo geral, a demanda (isto é, a procura) diminui quando o preço aumenta, há muitas idéias que podem fazer sentido: se a fiscalização é eficiente, o “custo” de se falar ao celular ao dirigir aumenta (e a “procura” pela atividade de se falar ao celular ao dirigir cai); se a palavra dada em contrato vai ser rapidamente executada em juízo, o custo de agir oportunisticamente aumenta (e sua “procura” cai); e assim por diante.

Com essas considerações, tem-se que a premissa da racionalidade é instrumental. A idéia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões. Por exemplo, ao invés de se testar se os mutuários individualmente tomados se comportam racionalmente, deve-se testar se uma mudança da legislação que torne a execução de garantias mais rápida e eficaz causará diminuição das quebras de contratos (ou se causará queda nas taxas de juros). Um mercado pode comportar-se racionalmente (e, portanto, as “leis” de oferta e procura são úteis para prever consequências) mesmo que boa parte dos compradores e vendedores, individualmente tomados, tenha sua racionalidade bastante limitada.¹⁷

2.3 INCENTIVOS

Nessa seara, a previsão de que os indivíduos agirão como maximizadores racionais (que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis), sugere que os indivíduos responderão a incentivos. Assim, por exemplo, no caso de um motorista que sopesa o benefício auferido com o aumento da velocidade além do legalmente permitido com o custo da multa ponderado pela probabilidade de que haja autuação, os incentivos legais para a conduta desejada corresponderão à *imposição do* limite de velocidade, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.

2.4 EFICIÊNCIA

O termo eficiência nesse trabalho é empregado na acepção de maximização da riqueza e do bem-estar a partir da minimização de custos sociais.

¹⁷ SALAMA, op. cit.

3 O PENSAMENTO ECONÔMICO NO DIREITO

Retomemos a definição de economia atrelada à eficiência na aplicação dos recursos:

A economia é a ciência das escolhas racionais, orientada para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é um maximizador de utilização racional. As satisfações são aumentadas na medida em que comportamentos são alterados. Custos informam as opções, os custos sociais diminuem a riqueza da sociedade, os custos privados promovem uma realocação desses recursos. Quem encontra um tesouro não aumenta a riqueza da sociedade (POSNER, 2003). Valor, utilidade e eficiência norteiam escolhas. Quando percebemos decisões jurídicas ou métodos normativos como escolhas, do juiz ou do legislador, conclui-se que essas decisões poderiam se orientar pelos cânones de valor, utilidade e eficiência, que se distanciam de concepções de justiça, teóricas e contemplativas. Admite-se também, bem entendido, que o alcance da economia é limitado, dado que se centra em valor, utilidade e eficiência. Essa conclusão comprova que o pragmatismo é ponto comum na relação entre direito e economia.

A racionalidade (instrumental e convencional) instruiria as relações entre direito e economia. A chamada habilidade para uso do raciocínio como instrumento para resolução dos problemas da vida formataria os eixos epistemológicos de uma convergência conceitual e discursiva entre direito e economia. Porém Posner reconhece que nem sempre as escolhas racionais informam a economia. A randomização ronda as opções humanas. Decorre dessa aceitação olímpica o interesse de Richard Posner pela teoria dos jogos.

Posner ilustra com a *game theory* algumas orientações normativas que não promovem a eficiência. Por exemplo. No direito norte-americano, a lei relativiza a necessidade de autorização do estudante para que suas notas sejam reveladas por um empregador interessado em contratá-lo. Supõe-se que os alunos que não autorizam que as faculdades revelem seus boletins tenham notas abaixo da média. Por conta dessa presunção, não são contratados. Ou ainda, ao imaginarmos alguém com um revólver carregado com seis tiros, a enfrentar assaltantes, tem-se certeza que o primeiro que avançar

corre o risco de ser atingido. Qualquer norma incidente sobre o fato seria desnecessária e pouco eficiente (POSNER, 2003).¹⁸

A interação do Direito com a Economia busca analisar os estímulos legais no comportamento humano, fornecendo aos juristas uma ferramenta útil para atribuir ao Direito a função de tornar eficientes as relações sociais.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito (AED) é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos.¹⁹

Com efeito, ao propor a utilização de postulados da Economia ao Direito, ou seja, uma análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva econômica, a Análise Econômica do Direito (AED) permeia de objetividade a atividade do intérprete da norma.

O diálogo entre Direito e Economia é tão antigo quanto esta última. No século XVIII, Adam Smith, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas já demonstrava a importância da análise interdisciplinar. Contudo, é a partir dos anos 60 que se iniciou o desenvolvimento da área de *Law and Economics*, que vem se fortalecendo na pesquisa acadêmica.²⁰

Por sua vez, a disciplina denominada Análise Econômica do Direito (AED) teve início com BECCARIA e BENTHAM, cujas obras introduziram as noções de desincentivos comportamentais e de utilitarismo, respectivamente.²¹

18 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: introdução ao movimento law and economics. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10255>>

19 GICO Jr., Ivo T. *Introdução à Análise Econômica do Direito*. In RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord). *O Que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011, p. 17-26.

20 STAJAIN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 74-83

21 BARBOSA, Louise Maria Barros. Colisão de Princípios Jurídicos: Uma Solução pela Análise Econômica do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2454, 21 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14505>> A autora fundamenta os dados nas obras de BECCARIA, Cesar. *On crime and punishment*. Indiana: Hackett Publishing, 1986, e BENTHAM, Jeremy. *The principles of moral and legislation*. New York: Prometheus Books, 1988. Cf. CARVALHO, Cristiano. *A Análise Econômica do Direito Tributário*. In: "Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

O movimento remonta à obra de COASE intitulada *The Problem of Social Cost*²² que, ao tratar da aplicação da teoria do custo-benefício na tomada de decisões jurídicas, como forma de obter uma maior eficiência na solução dos conflitos, trouxe para ao Direito a possibilidade de aplicação direta dos princípios da microeconomia. O fortalecimento desse moderno método de análise do fenômeno jurídico é concomitante ao crescimento do chamado realismo jurídico, cujo desenvolvimento é fruto do descontentamento generalizado, mormente de juristas americanos, com o mecanicismo na aplicação da lei caracterizava o positivismo jurídico dominante.²³

POSNER, na sua obra *Economic Analysis of Law*²⁴, teve o mérito de sistematizar a aplicação dos postulados econômicos a todos os ramos do conhecimento jurídico.²⁵

POSNER foi o grande defensor da tese da superioridade da *common law* sobre a *civil law* no que concerne ao critério de eficiência econômica. O autor não considera que toda doutrina ou decisão de direito consuetudinário seja eficiente, mas que, em geral, a sua evolução é mais bem explicada a partir de sua tendência a promover a eficiência econômica, o que não aconteceria no âmbito da tradição do direito codificado.²⁶

POSNER sustenta sua tese com base nas diferenças dos processos judicial e legislativo pelos quais as regras jurídicas são formuladas nas duas tradições. No processo jurisdicional da tradição de direito consuetudinário, pelas regras processuais, os juízes não podem conhecer *ex ante* as partes do litígio *sub judice*, sendo, por isso, difícil a manifestação de grupos de interesse no processo judicial. O mesmo não ocorre no processo legislativo pelo qual as regras jurídicas dos sistemas de direito românico são criadas, já que o processo eleitoral para a escolha dos legisladores criaria um mercado no qual eles “vendem” legislação protetiva para aqueles que os ajudaram com votos ou no financiamento da campanha. O argumento tem base na literatura da Escolha Pública (*Public Choice*).²⁷

O processo legislativo, em suma, não é disciplinado como o judicial. Os legisladores podem levar em conta as vontades de partes que serão afetadas diretamente pela legislação. Quando são os juízes que fazem as leis substantivas, as regras tendem a ser consistentes com os ditames da

22 COASE, Ronald. 1960. Prêmio Nobel de Economia em 1991.

23 SALZBERGER, apud BARBOSA, op. cit.

24 POSNEY, 1993.

25 BARBOSA, Louise Maria Barros. op. cit.

26 SZTAJN; GORGA op. cit.

27 Ibid.

eficiência, pois, mesmo que os juízes sejam alheios a questões de eficiência, tenderão a basear suas decisões em intuições econômicas.²⁸

Em Análise Econômica do Direito, POSNER afirma que apesar dos campos do direito terem sua própria história, vocabulário e regras específicas, na *common law* tudo pode ser reiniciado em termos econômicos que explicam as principais doutrinas, tanto substantivas como corretivas. As doutrinas de cada campo formariam um sistema que induz as pessoas a se comportarem de maneira eficiente, não apenas em mercados explícitos, mas em toda gama de interações sociais.

Nas situações em que o custo de transações voluntárias é baixo, como a negociação em torno da propriedade, por exemplo, a *common law* cria incentivos para as pessoas transacionarem, criando direitos de propriedade e de proteção para prevenir transferências coercitivas; remédios como injunções, direito de restituição, punição de danos e punição criminal. Nesse sentido, há maximização do valor da propriedade pelos direitos de proteção conferidos.

Nas situações em que o custo transacional é proibitivamente alto, como quando falamos de danos corporais, o preço do comportamento imita o mercado. A negligência é coibida com a punição dos danos causados pelo comportamento culposos.

Desse modo, explica POSNER, a análise econômica não se aplica apenas dentro dos campos do direito da *common law*, mas entre eles. Assim, quase todos os problemas de danos (*torts*) podem ser resolvidos como um problema contratual, verificando-se se as pessoas envolvidas no acidente adoraram, com relação às medidas de segurança, a postura que seria acordada caso um acordo fosse possível.

Da mesma forma, quase todo problema contratual pode ser resolvido com um problema de dano (*tort problem*), verificando se a sanção é necessária para se impedir a conduta socialmente negligente, como obter vantagem da vulnerabilidade alheia por quebra do contrato para negociação do objeto com outra parte.

Bem assim, problemas de danos e contratuais podem ser emoldurados nos contornos do direito de propriedade. Por exemplo, a lei de negligência pode ser tomada por empréstimo para se definir o direito de termos segurança pessoal em nossos corpos físicos, contra ferimentos acidentais. A definição de direito de propriedade poderia, dessa forma, ser vista como um processo de descobrir que medidas as partes concordaram em ter, a fim de criar incentivos para evitar desperdício de recursos valorados.

28 SZTAJN; GORGA op. cit.

Nessa seara, a *common law* configura um corpo unificado de doutrinas, informado pelas mesmas políticas fundamentais, então se espera que casos similares sejam decididos na mesma forma, ainda que surjam em diferentes campos jurídicos.

Dessa arte, segundo POSNER, a *common law* é economicamente sensível por senso comum. As atividades doutrinárias em termos econômicos, apesar de estarem além da capacidade dos juízes e advogados, seriam intuitivamente sentidos. O que Adam Smith se referiu como riqueza da nação, o que designamos por eficiência e o que um leigo pode chamar de “fatia da torta”, sempre tem importante valor social. Daí não é surpresa que integre as decisões judiciais. Valores sociais concorrentes, todavia, são controversos e mais difícil de efetivar do que permitem as ferramentas à disposição dos juízes. Valores sociais tem a ver com idéias sobre justiça, distribuição de renda e riquezas, onde nenhum consenso é formado²⁹.

POSNER explica que, tendo em vista que efetivas políticas redistributivas requerem taxações e poderes de ordenação de despesas que os juízes não têm e, ainda, que os juízes não podem alterar os pedaços da torta que os vários grupos da sociedade têm, eles se concentram em aumentar o tamanho da torta. Os doutrinadores tradicionais da *common law* não defendem que os juízes devem “negociar” com metas sociais, eles pensam que os juízes devem aplicar os princípios de justiça, mas a inspeção desses princípios normalmente revela uma característica funcional ou instrumental: ser, de fato, uma versão de eficiência e política redistributiva³⁰.

Com efeito, a fruição dos direitos fundamentais depende que o país tenha recursos econômicos para efetivar os investimentos necessários ao desenvolvimento das diversas áreas sociais. De nada adianta o indivíduo ter direito à habitação se não possui meios de adquiri-la; ter direito à saúde se o esgotamento da rede médico-hospitalar é ineficiente para atendê-lo a tempo e modo necessários; ter direito à educação se esta é insuficiente para prepará-lo para o mercado de trabalho e etc.

A eficiência é altamente controvertida quando vista como único valor que as instituições públicas sociais devem perseguir, mas muito menos controvertida quando vista como apenas um dos valores a ser perseguido.

A análise econômica do direito visa identificar a lógica e os efeitos econômicos das doutrinas e instituições e orienta juízes e outros definidores de políticas públicas sobre os métodos mais eficientes de regular condutas por meio do direito.

29 POSNER, op. cit. p.249-253. Tradução livre.

30 Ibid.

[...] Explorando os avanços na economia de comportamento extramercado, a análise econômica do direito se expandiu muito além de seu foco original em defesa da concorrência, tributação, normatização de serviços públicos, finanças empresariais e outras áreas de normatização explicitamente econômica; enquanto, dentro desse universo, ela se expandiu para incluir áreas como direito das coisas e direito contratual, direito previdenciário, transações garantidas e direito falimentar e, notadamente, direito de propriedade intelectual, uma área em especial, com rápido crescimento e significado econômico.

A “nova” análise econômica do direito inclui áreas do direito que são extramercado ou quase extramercado, como responsabilidade civil, direito de família, direito penal, liberdade de expressão, processo e prova, legislação, direito internacional público, direito da privacidade, as normas que regem o processo de julgamento e recurso, direito ambiental, o processo administrativo, a regulamentação de saúde e segurança, as leis que proíbem a discriminação no trabalho e normas sociais vistas como fontes, obstáculos e substitutas do direito formal.

Também inclui o estudo das principais instituições jurídicas, incluindo o juiz e o júri, agências reguladoras e membros do poder legislativo. Os economistas são amplamente solicitados a atuar como peritos em áreas como a normatização da defesa da concorrência e garantias, bem como em todos os tipos de caso – lesão pessoal ou casos comerciais – em que é preciso calcular indenização ou outra forma de reparação aplicável.

Embora a análise econômica do direito tenha o seu maior impacto prático nas áreas de normatização econômica explícita, como normatização de defesa da concorrência e serviços públicos, na qual analistas econômicos sempre desempenharam um papel significativo na condução do direito americano em direção a um livre mercado, cada vez mais sua marca se faz sentir em outras áreas do direito, como o direito ambiental; em que os direitos negociáveis de emissão são um marco da abordagem econômica em relação ao meio ambiente; o direito do domínio iminente, no qual a crescente preocupação judicial com desapropriações “reguladoras” traz a característica dos analistas econômicos do direito; e o direito do divórcio, em que as percepções feminista e econômica se uniram para enfatizar a dimensão econômica da produção doméstica, resultando na adoção de novos métodos para dividir o patrimônio e calcular alimentos em casos de divórcio pelos

tribunais. No entanto, os recentes escândalos financeiros nos Estados Unidos deverão redirecionar o foco da análise econômica do direito para uma de suas preocupações essenciais, o problema dos “custos de representação” no domínio corporativo, isto é, o problema de alinhar os incentivos de gerentes corporativos com os de proprietários dispersos da empresa, os acionistas, que podem ter pouco incentivo ou informações para monitorar o comportamento de seus representantes (nominais), os gerentes.³¹

Com essas considerações, verificamos que a análise econômica traz um fator de eficiência importante para o Direito, uma vez que a construção normativa não pode estar isolada de suas conseqüências práticas, muito embora a eficiência não possa ser considerada o único fator a ser perseguido.

A Análise Econômica do Direito é hoje um movimento mundial.

A França foi a mais rápida na reação ao relatório Doing Business do Banco Mundial. A comunidade francesa, fortemente embasada em suas tradições jurídicas, foi classificada na 44ª posição na primeira versão. “O direito francês foi então brutalmente lembrado da exigência da eficiência pelas escolas americanas de análises econômicas dos fatores de desenvolvimento” ³².

Entre as reações que os relatórios do Banco Mundial provocaram na França, está o lançamento, pelo antigo Ministro da Justiça Dominique Perben, de um grupo de pesquisa internacional, chamado *The Economic Attractiveness of Law* (Atratividade Econômica do Direito), bem como o estabelecimento da Fundação para o Direito Continental, que adotou um novo programa com objetivos similares assim que o mandato para o primeiro grupo expirou.

O *Economics Attractiveness of Law* foi um programa de pesquisa designado para demonstrar a efetividade de certos instrumentos legais criados pelo direito positivo (leis), em particular na tradição do sistema jurídico francês. Para esse propósito, objetivava demonstrar que a diversidade dos instrumentos legais disponíveis para o setor econômico poderia levar à maior eficiência, desde que aqueles instrumentos fossem designados a garantir uma sólida segurança jurídica, para que possam ser mais favoráveis

31 POSNER, Richard A. Direito e Economia na Common law, Civil law e Nações em Desenvolvimento. Tradução de ARNOLD, Carla. *Revistas da Faculdade de Direito Uniritter*, Porto Alegre, 2009. n. 10, p. 119-136.

32 FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, op. cit.

às transações econômicas do que uma padronização apressada. Este programa mobilizou por volta de cem juristas e economistas trabalhando em aproximadamente dez projetos e criou uma nova dinâmica de projetos de pesquisa interdisciplinares investigando a relação entre economia, direito e as instituições. O coordenador científico e chefe do projeto era Bertrand du Marais, membro do *Conseil d'Etat*. O programa foi supervisionado por um conselho científico de trinta renomados cientistas, juristas e economistas internacionais, os quais tinham a tarefa de conferir a coerência dos projetos e a qualidade científica dos resultados. Dentro os livros e artigos que foram publicados, um é intitulado “Indicadores a fim de medir o Direito? Os limites metodológicos dos relatórios Doing Business”. Ele examina a confiabilidade dos indicadores utilizados para analisar a atratividade econômica do direito e tece uma análise crítica aos indicadores específicos utilizados nos relatórios Doing Business. Também contém comentários sobre o desenvolvimento e utilização de questionários, com sugestões para melhoria.

A *Foundation pour le droit continental* foi lançada em 2005 pelo Ministro da Justiça da França parcialmente como uma reação aos relatórios Doing Business do Banco Mundial. Os órgãos de regulamentação das profissões jurídicas francesas, junto com instituições públicas, apoiaram a Fundação. Acadêmicos de todo o mundo (até mesmo de países da *common law*, como os Estados Unidos, Canadá e Austrália) estão envolvidos como membros do conselho científico. Com o apoio desta Fundação, os juristas organizaram uma conferência internacional intitulada “*Continental Law and Global Financial Crisis – Contributions Towards a Better Regulation*”, em Maio de 2009. Ela ocorreu no próprio Banco Mundial, em Washington, para introduzir conhecimentos da profissão jurídica francesa para uma audiência de americanos. Um segundo dia foi dedicado a tópicos específicos, tal como a gerência de parcerias “público-privado” e a posição dos juristas continentais com relação aos relatórios Doing Business do Banco Mundial³³.

O tema não é novo. Os acadêmicos concordam que os aspectos econômicos não devem ser subestimados ao se analisar o direito como um instrumento de moldagem da vida econômica e social. Entretanto, a forma com que o Banco Mundial tem recorrido a instrumentos de análise econômica, a fim de avaliar e classificar os diferentes sistemas jurídicos,

33 FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, op. cit.

promoveu um novo tipo de debate. Desde então, a classificação da França nos relatórios Doing Business tem aumentado sensivelmente³⁴.

No Brasil, a compreensão da relação entre justiça e eficiência vai se tornando cada vez mais premente. A agenda microeconômica adotada pelo Governo Federal revela a importância do programa de pesquisa da interdisciplinaridade em Direito e Economia no contexto do desenvolvimento do país. Reformas institucionais associadas à Lei de Falências, Reforma do Judiciário, respeito a contratos, dentre outros temas, formam o alicerce sem o qual dificilmente teremos a tão decantada sustentabilidade do desenvolvimento brasileiro. Isto é, incentivos a investimentos produtivos de longo prazo, que criam empregos e geram renda, vão muito além das grandes variáveis macroeconômicas e exigem dos formuladores de política crescente compreensão dessa área do conhecimento.³⁵

Nos processos judiciais que tratam de matérias de direito tributário, embora não exclusivamente neles, existem sempre, e de maneira muito proeminente, ao lado dos aspectos passíveis de serem representados por meio de categorias analíticas mais convencionais do direito, outros aspectos que são compreendidos e avaliados em suas consequências práticas, por meio de uma perspectiva especificamente econômica.³⁶

A mesma constatação – de que as questões referentes à existência e cobrança de tributos adquirem sentidos jurídicos e também outros – pode ser feita em relação aos termos do debate sobre as propostas de reforma tributária consideradas pela sociedade e pelos governos há vários anos no Brasil. Um histórico desse debate aponta que, em comparação com o conjunto das leis tributárias vigentes nas primeiras décadas do século XX, a reforma tributária instituída em 1966 tornou o aparato de arrecadação “sistematizado, com menores distorções e ineficiências”. E isto porque, segundo descreve VIOL, os tributaristas que atuaram na reforma de 1966 “colocaram em primeiro plano o fator econômico”, cuidando para que a tributação passasse a incidir “sobre bases econômicas” e abandonando a prática de “tributar meras definições jurídicas”.³⁷

BARBOSA³⁸ propõe que a análise econômica do direito seja eleita como critério objetivo – sendo objetiva como, de fato, é – no

34 FAUVARQUE-COSSON; KERHUEL, op. cit.

35 FARINA, Elizabeth M.M.Q. *Prefácio*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

36 CASTRO, Marcus. *Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica*. Brasília, Revista da PGFN, vol. 1, nº 2, julho 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1925432>

37 Ibid.

38 BARBOSA, op. cit.

enfrentamento de questões em que colidem os princípios informadores do nosso sistema constitucional, a fim de propiciar a solução do conflito com base nas vicissitudes do próprio caso, mas sem perder de vista a eficácia e a aplicabilidade de decisão.

A autora expõe que, em se tratando de normas de conteúdo programático ou finalístico, os postulados principiológicos têm a função de nortear a aplicação das regras, auxiliando o intérprete na escolha do enunciado prescritivo que deverá incidir sobre o comportamento ocorrido. Quando não há regra específica regulando determinada conduta, ou ainda, quando a regra existente não se coaduna com o conteúdo finalístico veiculado pelo princípio jurídico informador, o intérprete deverá aplicar postulados principiológicos diretamente ao caso posto a deslinde. Nas duas situações são percebidas possibilidades de conflito entre princípios, tanto na sua função interpretativa quanto na aplicação direta aos casos concretos, pois mais de um princípio possa ser aplicável em ambas as situações.

Nesse contexto, a partir da premissa de que os princípios jurídicos são dotados do mesmo valor, ou seja, não há escalonamento hierárquico entre esses postulados, quando dois ou mais princípios podem nortear a solução do litígio, somente mediante a ponderação dos enunciados é que o intérprete será capaz de decidir qual, e em que medida, deverá ser aplicado. O critério que deverá orientar a ponderação de enunciados é o princípio da proporcionalidade, pelas suas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Se, contudo, ainda assim, não for possível definir qual princípio deverá ser aplicado, caberá ao intérprete, analisando a argumentação apresentada e mediante decisão fundamentada, fazer sua escolha.

Uma vez que tal escolha fica relegada, quando ultimado o processo de ponderação sem resultado, ao subjetivismo do aplicador da norma, o intérprete da norma deverá utilizar-se das ferramentas fornecidas pela análise econômica do direito para auxiliá-lo a formular a solução mais eficiente, tendo em vista que a AED fixa critérios mais objetivos para a tomada de decisões.

Há que se mencionar, ainda, em Análise Jurídica do Pensamento Econômico (AJPE), que se articula no Brasil com base na preocupação de que o sistema de política econômica como um todo deve ser subordinado à finalidade de assegurar a fruição empírica de direitos subjetivos, especialmente os direitos fundamentais e direitos humanos.³⁹

39 CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, nº 1, junho 2009, p. 17-70.

No entanto, nossa familiaridade com a AED é recente e incipiente, ao contrário da tradição americana.

Nos Estados Unidos, cada uma das principais faculdades de direito tem um ou mais economistas com PhD em seu corpo docente; fora isso os professores nos cursos normais de direito frequentemente incluem a perspectiva econômica em sua disciplina. A maioria dos juízes federais e muitos estaduais dos Estados Unidos frequentaram programas de treinamento sobre a Análise Econômica do Direito. Muitos juízes federais de segunda instância (dentre os quais se encontram Guido Calabresi, Frank Easterbrook, Douglas Ginsburg, Stephen Williams, Ralph Winter e Richard Posner) e um juiz da Suprema Corte (Stephen Breyer) foram especialistas em Direito e Economia.⁴⁰

Anthony Kronman, reitor da Faculdade de Direito de Yale, um crítico do movimento de Direito e Economia, ainda assim o define como “uma enorme força animadora do pensamento jurídico americano” e diz que “continua a ser a escola mais influente da ciência do direito neste país”.⁴¹

4 CONCLUSÃO

Apura-se que a *common law* foi pioneira na adoção dos fundamentos econômicos como ferramentas a serem empregadas, por meio do Direito, em benefício da promoção da eficiência nas relações sociais.

A análise comportamental econômica aplicada ao direito é estudada pela Análise Econômica do Direito (AED) como um método que busca dotar o Direito de praticidade.

A AED encontra campo mais fértil no campo da *common law* do que no campo da *civil law*, devido à tradição de concepção jurídica que se desenvolveu naquela cultura, bem como em virtude da multidisciplinaridade que ela promove, muito menos idealizada e sistematizada do que a codificação romano-germânica.

Entretanto, o raciocínio econômico deve informar o nosso sistema jurisdicional sempre que possível. Embora a eficiência não possa ser considerada o único fator a ser perseguido pelo Direito, o desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 3º da Constituição Federal.

⁴⁰ POSNER, Richard A., 2009. op. cit.

⁴¹ Ibid.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Louise Maria Barros. Colisão de Princípios Jurídicos: Uma Solução pela Análise Econômica do Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2454, 21 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14505>>
- CASTRO, Marcus Faro de. Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. Brasília: *Revista da PGFN*, v. 1, n. 2, julho 2011.
- CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. Brasília: *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 1, junho 2009.
- COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. New Haven: Journal of Law and Economics and Organization, v. 4, n. 1, 1988.
- COOTER, Robert. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FARINA, Elizabeth M.M.Q. *Prefácio*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUEL, Anne-Julia *O Direito é uma Disputa Econômica? As Reações Francesas ao Relatório Doing Business do Banco Mundial e à Análise Econômica do Direito*. Publicado originalmente com o título *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law* in: Georgetown Law and Economics Research Paper n.10-10, Junho de 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/372>>. Traduzido para a língua portuguesa, com a permissão expressa das autoras, por Rafael A. F. Zanatta. Disponível em: <<http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/436346>>
- GICO Jr., Ivo T. *Introdução à Análise Econômica do Direito*. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (orgs.). *O Que é Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: Introdução ao Movimento Law and Economics. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10255>>

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. *Common Law, Civil Law e Análise Econômica do Direito*. In Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2109.pdf>

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. *Direito e Economia na Common law, Civil law e Nações em Desenvolvimento*. Tradução de ARNOLD, Carla. Porto Alegre: Revistas da Faculdade de Direito Uniritter, n. 10, 2009.

SANTOS, Alvaro. *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*. TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (orgs.) *The New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SALAMA, Bruno M. *O Que é Pesquisa em Direito e Economia?* São Paulo: Cadernos de Direito GV, Caderno 22, v. 5, n. 2, março 2008.

STAJAIN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STAJAIN, Rachel e GORGA, Érica. *Tradições do Direito*. In: ZULBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (orgs.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

A CLASS ACTION NORTE-AMERICANA E O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

*THE NORTH-AMERICAN CLASS ACTION AND THE BRAZILIAN
COLLECTIVE PROCESS*

Ana Luiza Mendonça Soares

Advogada da União, Especialista em Direito Processual Civil.

Naiara Rodrigues Rezende

Procuradora Federal, Especialista em Direito Público.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Class Action Norte-Americana; 1.1 Breve Evolução do Instituto; 1.2 Os Tipos de Class Action; 1.3 Os Requisitos para a Certificação de uma ação como Class Action; 2 Contraponto com o Processo Coletivo Brasileiro; 2.1 O Processo Coletivo no Brasil; 2.2 Os Direitos Passíveis de Tutela Coletiva e os Meios de sua Realização; 2.3 A Legitimidade Ativa e as Questões dela Decorrentes; 2.4 A Notificação dos Interessados e a Coisa Julgada; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao estudo comparado da *class action* norte-americana e do processo coletivo brasileiro, tal como hoje regulado e tendo em vista o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, em trâmite no Congresso Nacional. Para tanto, buscou-se, em um primeiro momento, relatar a evolução da *class action* nos Estados Unidos, seus tipos e requisitos. A partir dessas informações e fixados os marcos legislativos do processo coletivo no Brasil, bem como os direitos passíveis de tutela coletiva e os meios de sua realização, foram analisadas algumas questões atinentes à legitimidade ativa, notificação dos interessados e coisa julgada.

PALAVRAS-CHAVE: *Class Action*. Processo Coletivo brasileiro. Estudo comparado.

ABSTRACT: This paper intended for a comparative study of American class action and the collective process in Brazil, as now regulated, and in view of Bill nº 5.139, of 2009, now pending in Congress. To this end, was sought, at first, to report the evolution of class action in the United States, their types and requirements. From this information and after setting the legislative frameworks of the collective process in Brazil, as well as the rights capable of collective protection and means of its realization, we analyzed some issues related to the legitimacy active, notification of interested parties and *res judicata*.

KEYWORDS: Class Action. Brazilian Collective Process. Comparative study.

INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos, por se tratar de um país submetido ao sistema do common law, no qual os precedentes judiciais podem criar o direito e estabelecer normas que vinculam os demais julgados, apresentam diferenças em relação ao direito brasileiro no histórico do direito coletivo e na sua evolução, conforme serão explicitados nos tópicos seguintes.

Algumas características são típicas daquele sistema e o distinguem do brasileiro até hoje. Como exemplo de dificuldades por eles enfrentadas, podemos citar a ampla margem de apreciação judicial e a linguagem bastante ampla das normas processuais, bem como a existência de sistema federal (direito processual e substantivo) e um sistema estadual com ampla autonomia. Além disso, as consequências sociais e econômicas dos julgados afetam a propositura de futuras ações, funcionando com caráter educacional e punitivo, desestimulando a ocorrência de novas práticas coletivas ilícitas.

A seguir serão abordadas as principais características do sistema coletivo norte-americano e brasileiro e as inovações da proposta em discussão atualmente em nosso Poder Legislativo.

1 A CLASS ACTION NORTE-AMERICANA

1.1 BREVE EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A *class action* norte-americana tem raízes no direito inglês. A primeira norma federal que disciplinou o instituto nos Estados Unidos surgiu em 1842, com a *Equity Rule* 48, cuja etiologia é atribuída à teorização proposta por Joseph Story, juiz da Suprema Corte. Esta codificação previa a numerosidade de partes e a presença de membros suficientes na ação para representar os interesses de toda a classe, sendo que a sentença seria proferida sem prejuízo dos direitos e pretensões dos interessados ausentes¹.

No julgamento do caso *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. (16 How.) 288 (1853), a Suprema Corte chegou ao entendimento de que a eficácia do julgado estender-se-ia também aos que não tivessem integrado a lide, mas que tivessem tido adequada representação no processo². Assim, a *Equity Rule* 48 foi superada, sendo mais tarde substituída pela *Equity Rule* 38, de 1912, que estabeleceu que os julgamentos nas *class actions* poderiam vincular os sujeitos porventura

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

2 Ibid., p. 33

*ausentes do pleito, desde que atendidos certos requisitos, a saber: adequação da representatividade daquele membro da classe que participa diretamente da relação processual e presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros da classe. A redação da regra de representação era simples e, sobre ela, abriu-se a possibilidade de interpretação judicial, bem como sobre o tratamento da extensão da coisa julgada a terceiros na class action*³.

*Em 1938, foram editadas as Federal Rules of Civil Procedure*⁴, que, em sua Regra 23 disponibilizou a class action para legal e equitable proceeding. Esta regra trouxe três subtipos de class action: true, hybrid e spurious (autênticas, híbridas e espúrias). O primeiro subtipo versava sobre interesses comuns a todos os membros da classe; o segundo, sobre sujeitos com posições distintas e não ligadas entre si, mas cujo resultado afetaria todos, como no concurso de créditos; o terceiro, sobre sujeitos não ligados, mas circunstancialmente com posições individuais que se prendiam a um ponto de fato ou de direito comum a todos, recomendando-se a demanda coletiva, como um “convite a um litisconsórcio, já que o autor representava os demais que expressamente consentissem com essa representação (regra opt-in)”⁵. Somente no último caso, não haveria vinculação de toda a classe, apenas dos membros que participaram do processo. Esse modelo mostrou-se incerto e obscuro, já que para este último subtipo somente os participantes do processo sofreriam os efeitos da coisa julgada.

*A Regra 23 foi revista e alterada em 1966, e novamente em 1998, 2003 e 2005, e está até hoje em vigor. Desde 1966, gerou grandes discussões, críticas e elogios, em razão do “poder político que o instrumento encerra, da sua ampla utilização no meio jurídico americano, da alteração de comportamentos sociais e das astronômicas somas em dinheiro que as ações coletivas movimentam”*⁶.

A jurisdição federal é o fórum natural da class action nos Estados Unidos. Entretanto, em casos como Eisen, Snyder v. Harris e Zahn v. International Paper Co., a Suprema Corte decidiu que não se poderia agregar os danos de cada membro da classe para se atingir o requisito da alçada federal (US\$ 10.000,00), de forma que cada membro deveria ter sofrido dano suficiente para atender a esta alçada. Diante disso, cresceu a importância dos foros estaduais no julgamento

3 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 152.

4 Que constituem um “conjunto de normas (rules) emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de delegação do Poder Legislativo americano”, operada por meio do Rules Enabling Act de 1934 (cfr. GIDI apud TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, janeiro/março, 2010).

5 LEAL, op. cit., p. 154.

6 Ibid., p. 154.

das ações coletivas no direito norte-americano. A grande maioria dos Estados, contudo, seguem regras semelhantes ou idênticas à Regra 23⁷.

Com o advento do Class Action Fairness Act, de 2005, o número de ações de classe estaduais foi reduzido, aumentando-se significativamente a competência federal. Esta lei, de caráter declaradamente restritivo, instituiu regras de limitação ao recebimento de honorários em determinados tipos de acordos (coupon settlements), de proteção contra perdas pelos membros da classe e contra discriminação em razão do Estado ou domicílio, além de exigir a notificação de autoridades estaduais e federais de qualquer acordo proposto⁸.

1.2 OS TIPOS DE CLASS ACTION

A Regra 23, superando a distinção entre *true*, *hibrid* e *spurious*, prevê atualmente uma só demanda coletiva com o conteúdo formado por interesses: (i) ligados ou comuns; (ii) em face da classe, tomando natureza declaratória; (iii) referentes a sujeitos coalizados entre si de maneira uniforme, em virtude de uma conduta da parte constante do pólo passivo⁹. *A ação pode ser coletiva tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo¹⁰.*

A alínea (b) da Regra 23 estabelece três requisitos para prosseguimento da class action, que podem ensejar três subtipos de ações¹¹:

1) Regra 23 (b) (1) - Aplicável quando a propositura de ações individuais poderia criar o risco de: a) decisões contraditórias, como quando em relação a uma fábrica poluente várias ações peçam providências contraditórias, como o fechamento da fábrica, o atendimento de alguns padrões de emissão ou providências de outra natureza; b) afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe. Nesse caso, a determinação judicial positiva ou negativa pode afetar o cumprimento de obrigações relacionadas a outras pessoas, configurando, assim, caráter obrigatório para a ação coletiva. Pode-se citar, como exemplo, evitar que os recursos disponíveis sejam inteiramente direcionados para aqueles membros individuais da classe que obtiveram um julgamento favorável¹².

Neste caso, não há possibilidade de opt out, isto é, de eximir-se dos efeitos do julgado. A vinculação dos membros de classe à decisão coletiva é

7 LEAL, op. cit., p. 166.

8 BARROSO, op. cit., p. 151.

9 MANCUSO, op. cit., p. 37.

10 LEAL, op. cit., p. 155.

11 BARROSO, op. cit., p. 148/149.

12 SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions*: algumas premissas para comparação. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 174, p. 229, agosto, 2009.

*absoluta. A previsão tem origem em uma regra típica da equity denominada necessary parties e aproxima-se à figura do litisconsórcio unitário no direito brasileiro. O caso típico seria aquele em que o tribunal requer o litisconsórcio necessário, mas as partes são muito numerosas para figurarem todas no pólo da ação, de maneira que a solução é a fórmula representativa da ação coletiva, dispensando-se o consentimento dos que não fizerem parte formalmente do processo. A necessidade de coerência do julgamento é que demanda que a ação seja coletiva, e não a congruência de interesses dos membros da classe. O tribunal tem o poder de tornar o autor individual adequado representante. Na prática, poucos casos são processados nessa categoria*¹³.

2) Regra 23 (b) (2) - *Aplicável em situações nas quais alguém age ou deixa de agir de maneira adequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em uma obrigação de fazer ou não fazer (medidas de caráter mandamental ou declaratório)*¹⁴. Cita-se como exemplo casos relacionados com *civil rights* ou direitos constitucionais fundamentais, nos quais uma classe alega discriminação, como no caso de pedido de estabelecimento de quota de matrícula para uma minoria racial segregada.

Nesse subtipo de ação não cabe pedido indenizatório; a decisão judicial será uma declaração, proibição ou imposição de determinada conduta (*injunction* ou *declaratory relief*)¹⁵. *Ações dessa espécie decorrem de um direito difuso (transindividualidade material) ou de um direito individual tratado coletivamente (transindividualidade processual) e, portanto, indivisível, sendo que, necessariamente, a decisão judicial e a coisa julgada servirão para todos os membros da classe. Por isso, não se exige a notificação dos membros da classe para que exerçam o opt out, uma vez que este seria inócuo. São conhecidas como public law litigation ou social reform litigation, uma vez que são utilizadas para concretização de determinadas políticas públicas do tipo ação afirmativa*¹⁶.

3) Regra 23 (b) (3) - *Regula a chamada class action for damages, utilizada por classes com pedido condenatório por danos materiais individualmente sofridos com tratamento coletivo, fundamentado em responsabilidade civil*¹⁷. É a mais comum no Direito Americano. Apropriada quando há conflito coletivo, mas dispersão de sujeitos, visando a evitar a pulverização de ações individuais.

É cabível quando as questões de direito ou de fato comum à classe predominam sobre as individuais e a class action for um método superior a

13 LEAL, op. cit., p. 156.

14 SALLES, op. cit., p. 229.

15 LEAL, op. cit., p.157.

16 Ibid, p. 158.

17 Ibid., p. 159.

outros judiciais. Os requisitos são estabelecidos de forma genérica em termos de equidade e eficiência¹⁸.

De início, somente se admitia a ação decorrente de fato único (*single-event mass-disaster*). No entanto, a jurisprudência evoluiu para admitir também os *mass tort cases*, nos quais os fatos geradores da responsabilidade civil atingiram os indivíduos em grande escala em eventos ocorridos em datas e lugares diferentes. Pode-se citar como exemplos, os casos de danos causados pela exposição ao amianto (asbestos), danos causados à saúde das vítimas dos implantes de silicone em gel, danos por dependência em nicotina, etc.¹⁹

Neste tipo de ação, por se tratar de posições individuais divisíveis, a vinculação ao julgamento depende que tenha sido feita notificação aos membros da classe com “razoável esforço”, para que exerçam seu direito de *opt out*. Não há coisa julgada para aqueles que não tenham sido notificados (conforme julgado do caso *Appleton Elec. Co. vs. Advance United Expressways*)²⁰. No caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, a regra da notificação individual foi ratificada pela Suprema Corte e entendeu-se inaceitável a notificação por amostragem de classe (anúncios em jornais e notificação de dois milhões de investidores em um universo de seis milhões)²¹. O único caso em que se admite contornar a necessidade de notificação de todos seria quando uma entidade pública é autora, oportunidade em que se presumiria a adequada representatividade do autor²².

1.3 OS REQUISITOS PARA A CERTIFICAÇÃO DE UMA AÇÃO COMO CLASS ACTION

A Regra 23 estabelece como pré-requisitos para o cabimento de qualquer *class action*^{23, 24}:

- 1) Numerosidade e inviabilidade de litisconsórcio: a classe deve ser numerosa, sendo inviável a reunião de todos os seus membros. Não se exige a demonstração da impraticabilidade, mas somente a sua inconveniência ou extrema dificuldade;

18 SALLÉS, op. cit., p. 229.

19 LEAL, op. cit., p. 159/160.

20 MANCUSO, op. cit., p. 40.

21 LEAL, op. cit., p. 161.

22 Ibid., p. 161.

23 BARROSO, op. cit., p. 151.

24 MANCUSO, op. cit., p. 37.

- 2) Existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe. Deve ser conjugada com a predominância das questões comuns e superioridade da defesa coletiva sobre a individual;
- 3) Identidade de pretensões ou defesas: as teses jurídicas defendidas devem ser típicas aos interesses de toda a classe;
- 4) Representatividade adequada e justa por parte dos representantes da classe em relação aos interesses desta. Pressupõe-se que o membro da classe, por possuir interesse pessoal e direto na ação, estará apto a empreender esforços para obter os objetivos do grupo. A falta deste ponto pode ensejar a inadmissibilidade da ação ou a sua subdivisão, como ocorreu no caso *La Mar v. H & B. Novelty & Loan Co*;
- 5) O membro representativo da classe deve integrá-la, delinear os contornos da classe e fornecer elementos, de modo que o juiz possa verificar se determinados indivíduos podem ou não ser considerados membros da classe²⁵.

Além desses requisitos gerais, em uma *class action for damages* deve haver²⁶:

- 6) Predominância das questões comuns: as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros deverão predominar sobre as questões que afetam os membros apenas individualmente;
- 7) Superioridade da tutela por ação de classe: a ação de classe deve ser mais adequada que outros mecanismos disponíveis, para o julgamento justo e eficiente da controvérsia.

Todos estes requisitos são tidos como de “certificação” (*certification*), o que pode ser entendido como o momento processual no qual o juiz analisará, após o início da ação, se a classe deve ser mantida, ou seja, se o processo deve continuar como *class action*. Caso se entenda que não se trata de ação de classe, a ação poderá continuar apenas pelos representantes presentes, a título individual²⁷.

²⁵ Ibid, p. 37

²⁶ BARROSO, op. cit., p. 149.

²⁷ Ibid., p. 150.

2 CONTRAPONTO COM O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

2.1 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

No Brasil, o processo coletivo ganha contornos mais nítidos a partir da década de 70, sob a influência da doutrina italiana²⁸, cuja inspiração teria partido do estudo das class actions norte-americanas.

Dentre os atos legislativos que mais contribuíram para o desenvolvimento e evolução do tema entre nós, cumpre-nos referir à Lei de Ação Civil Pública - LACP (Lei nº 7.347, de 1985) e ao Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078, de 1990), que, juntos, compõem o que a doutrina convencionou chamar de “microssistema de processos coletivos”.

A par desses dois diplomas, de se registrar a existência do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, elaborado com vistas à readequação e modernização da tutela coletiva, projeto hoje em trâmite na Câmara dos Deputados.

2.2 OS DIREITOS PASSÍVEIS DE TUTELA COLETIVA E OS MEIOS DE SUA REALIZAÇÃO

No Brasil, assume especial relevo a distinção dos direitos passíveis de tutela coletiva, empreendida pelo parágrafo único do art. 81 do CDC. Por esse regramento, a tutela coletiva pode se prestar à defesa de direitos:

- 1) Difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- 2) Coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e
- 3) Individuais Homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

De se notar que, por vezes, uma única conduta pode violar mais de um tipo de direito, como na hipótese de realização de uma publicidade enganosa ou de um dano ambiental, que repercute na população ribeirinha.

28 TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, janeiro/março, 2010.

Observe-se, ainda, que a tutela coletiva pode ser dar por meio de diferentes mecanismos: controle abstrato de constitucionalidade (que, embora não se destine de forma imediata à proteção de direitos subjetivos, a ela se presta mediatemente), representação prevista no art. 5º, XXI da Constituição, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública, também referida como ação coletiva²⁹.

Nos itens que se seguem, partindo do regramento da class action no direito norte-americano, analisaremos alguns aspectos da ação coletiva³⁰, na forma como hoje regulada, bem como na prevista no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009.

Ante disso, porem, cumpre-nos referir à nova definição de direitos individuais homogêneos, trazida pelo art. 2º, III do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, segundo o qual devem ser eles entendidos como “aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio”.

A regra projetada parece querer positivar o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, desenvolvido a partir do estudo comparado da ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos e da class action for damages norte-americana, que lhe serviu de inspiração³¹.

De acordo com a professora, tal qual ocorre no direito norte-americano, a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos só seria cabível quando presentes os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos, a saber: a) a origem comum, cuja caracterização prescinde de uma unidade factual e temporal, e que pode ser de fato ou de direito, próxima ou remota (hipótese em que será improvável a presença do segundo requisito³²); b) a homogeneidade,

29 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 136/141.

30 O termo “ação coletiva” aqui é utilizado em termo lato, para abranger tanto a ação civil pública disciplinada pela LACP, quanto a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 91 e seguintes do CDC.

31 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira*: os Requisitos de Admissibilidade. Revista de Processo, São Paulo, vol. 101, p. 11, janeiro, 2001.

32 Conforme GRINOVER (op. cit.), “a origem comum – sobretudo a remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. No consumo de um produto potencialmente nocivo, não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam um dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente”.

aferida pela predominância das questões comuns sobre as individuais; e c) a utilidade/adequação da tutela coletiva no caso concreto.

Quanto a esse último requisito, que, ao mesmo em parte, parece ter norteado a regra em comento, dignos de nota os seguintes escólios da eminente processualista:

[...] mesmo no Brasil, não se poderá dar preferência aos processos coletivos se estes não se revestirem de eficácia, no mínimo, igual à que pode ser alcançada por processos individuais. Se uma sentença coletiva não servir para facilitar o acesso à justiça, se os indivíduos forem obrigados a exercer, num processo de liquidação, as mesmas atividades processuais que teriam que desenvolver numa ação condenatória de caráter individual, o provimento jurisdicional terá sido inútil e ineficaz, não representando qualquer ganho para o povo.

Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. [...] admitir ações civis públicas inidôneas para gerar provimentos jurisdicionais efetivamente úteis, só pode levar ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores de justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário³³.

Com a devida vênia, mesmo nesses casos, o provimento jurisdicional nos parece útil e eficaz. Com efeito, o tratamento molecular do litígio realiza o princípio da isonomia material, evitando decisões contraditórias, estas sim causadoras do desprestígio do Poder Judiciário.

2.3 A LEGITIMIDADE ATIVA E AS QUESTÕES DELA DECORRENTES

Os Estados Unidos adotam um modelo jurisdicional que pode ser caracterizado como privado, uma vez que baseado na iniciativa individual do interessado³⁴. *Naquele sistema, a ação é proposta por uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas que atuam em juízo na qualidade de representantes de um grupo maior, em razão de compartilharem um interesse comum*³⁵.

Já no Brasil, a legitimação individual não foi admitida. Com efeito, preferiu o legislador brasileiro adotar um esquema de legitimação estatal/organizacional, por meio do qual são considerados legitimados

33 GRINOVER, op. cit..

34 SALLES, op. cit., p. 222.

35 BARROSO, op. cit., p. 148.

à propositura de uma ação coletiva o Ministério Público, entidades estatais e organizações não governamentais³⁶, *mecanismo mantido no Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, que apenas amplia o rol de legitimados, para abarcar a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive suas seções e subseções, as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, quando da defesa de direitos ligados à categoria, e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito da demanda.*

Nos Estados Unidos, como visto, cabe ao juiz definir se o processo deve prosseguir como uma class action, por meio da chamada class certification, que averiguará, dentre outros pontos, a representatividade adequada (adequacy of representation) do autor ou réu coletivos³⁷.

No Brasil, costuma-se dizer que a representatividade adequada foi verificada previamente pelo legislador (ope legis). Recentemente, contudo, uma parcela da doutrina passou a defender a instituição ou mesmo a existência lógica e pressuposta no sistema do controle judicial da atuação adequada (controle ope iudicis)³⁸.

O fundamento para esse controle judicial residiria no princípio do devido processo legal, expressamente previsto no art. 5º, LIV da Constituição de 1988. Com efeito, a má atuação de um substituto processual violaria a garantia da coletividade de manifestar-se adequadamente no processo por meio do substituto³⁹. A contrapartida dessa tese seria a de que, no sistema hoje em vigor, nenhum prejuízo pode advir àqueles indivíduos que não participaram, diretamente, da relação processual (v. art. 103, §§ 1º e 2º do CDC)⁴⁰, razão pela qual não haveria que se falar em desrespeito ao princípio do devido processo legal.

A legislação projetada não resolve esta celeuma. Embora traga inovações no regime da coisa julgada, como se verá mais adiante, ela se omite quanto à possibilidade de controle da atuação adequada ope iudicis.

Talvez por esse mesmo motivo, ela também se omite quanto à admissibilidade da ação coletiva passiva, que, sem embargo, vez por outra tem sido admitida pelo Poder Judiciário brasileiro, como no caso da ação movida pelo Ministério Público paulistano em face de torcidas organizadas.

36 SALLES, op. cit., p. 233.

37 Recorde-se que o sistema norte-americano expressamente admite a chamada *defendant class action* (ação coletiva passiva).

38 CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequado no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, abril/junho, 2009.

39 Ibid.

40 BUENO, Cássio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para um reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 82, p. 92, abril, 1996.

Uma inovação trazida pelo Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, provavelmente por inspiração do sistema norte-americano, é a possibilidade de uma ação ser dividida em subclasses (v. art. 7º, § 3º).

2.4 A NOTIFICAÇÃO DOS INTERESSADOS E A COISA JULGADA

No sistema norte-americano, após a certificação de uma ação como class action, deve o juízo proceder à notificação dos membros da classe, que, quando se tratar de ação intentada com base na Regra 23(b)(3) (class action for damages), deve ser realizada individualmente a todos os interessados, pelo correio e às expensas dos autores da ação⁴¹. Nesse caso, a notificação deve prever, entre outros elementos, a possibilidade de o interessado exercer o direito de exclusão da demanda (opt out), sob pena de, não o fazendo, restar vinculado ao quanto decidido, independentemente do resultado da ação.

De se notar, entretanto, que, nos Estados Unidos, mesmo havendo a chamada fair notice, a decisão não valerá para o interessado que não for adequadamente representado, como no caso em que o representante não defende da melhor maneira possível os interesses de toda a classe, mas somente os seus⁴².

No Brasil, a notificação dos interessados só é exigida na ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, e, ainda assim, se realiza por simples publicação de edital em órgão oficial (art. 94 do CDC), o que, nas palavras de Barroso, “simplifica o procedimento, mas transforma a efetiva tutela ciência dos potenciais interessados em uma relativa ficção”⁴³.

O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 também exige a notificação dos interessados apenas na ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, mas inova o sistema atual ao prever expressamente que o objetivo dessa notificação é facultar o exercício do direito de exclusão da demanda, e não apenas a intervenção no processo como litisconsortes. E mais: prevê a regra projetada (art. 13, p. único) que a comunicação dos interessados

poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados

41 BARROSO, op. cit., p. 151.

42 BUENO, op. cit..

43 BARROSO, op. cit., p. 145.

interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Como se pode observar, o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 aproxima ainda mais o processo coletivo brasileiro do sistema norte-americano, com vistas, sobretudo, à alteração do regime da coisa julgada hoje existente.

Com efeito, em razão da mencionada ficção de notificação que a simples publicação de edital representa, e para assegurar o devido processo legal, a legislação brasileira atual confere um tratamento singular aos efeitos subjetivos da coisa julgada na ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos⁴⁴.

Deveras, nos termos do art. 103, III do CDC, nesse tipo de ação, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes* apenas na hipótese em que o pedido for julgado procedente (coisa julgada *secundum eventum litis*). Em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação individual (art. 103, § 2º do CDC), não sendo alcançados pelos efeitos da coisa julgada.

No que toca às ações coletivas para a defesa de direitos difusos e coletivos, estabeleceu o legislador o regime da coisa julgada *secundum eventus probationis*, pelo qual, nos casos em que o pedido é julgado improcedente por insuficiência de provas, admite-se a propositura de outra ação por qualquer legitimado, com base em prova nova (art. 16 da LACP c/c art. 103, I e II, *in fine* do CDC).

Observe-se, contudo, que mesmo nesses dois tipos de ação, os efeitos da coisa julgada não prejudicam os direitos individuais eventualmente existentes (v. art. 103, § 1º do CDC). Por outro lado, na hipótese de procedência do pedido, admite-se chamado transporte *in utilibus* da coisa julgada (art. 103, § 3º do CDC), desde que os autores individuais requeiram a suspensão de seus processos, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 do CDC). Assim é que, e.g., acolhido, em ação coletiva, o pedido de paralisação de certa indústria, cujos dejetos estavam contaminando um rio, poderão os prejudicados se valer desta decisão *incontinenti* (sem necessidade de nova sentença condenatória).

Pois bem. O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 propõe o seguinte regramento da coisa julgada nas ações coletivas:

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

⁴⁴ Ibid., p. 145/147.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Manutenção do regime da coisa julgada *secundum eventos probationis*)

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela. (Aparente manutenção do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, excepcionado, entretanto, pelas regras a seguir)

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados. § 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no caput e no § 6º do art. 37 (a ação será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo).

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

[...]

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido. (Manutenção do regime da coisa julgada *in utilibus*) (Grifos e Comentários nossos)

Embora a regra do art. 34, § 3º supra represente nítida tentativa de aproximação do sistema norte-americano (no qual a *fair notice* e

o exercício do direito de exclusão têm fundamental importância para a definição do regime da coisa julgada), preferiram os autores do Projeto de Lei nº 5.139 não adotar a chamada coisa julgada *pro et contra* existente naquele sistema, prevendo um intrincado regime pelo qual, nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes* a depender não apenas do acolhimento ou não do pedido, mas também da natureza causa de pedir discutida nos autos.

Com efeito, provavelmente por não terem previsto o controle da atuação adequada do autor coletivo, os idealizadores do Projeto de Lei nº 5.139 fizeram a opção de ficar no meio do caminho entre o sistema brasileiro atual e o norte-americano. Mas seria essa realmente a melhor opção?

A solução desse questionamento passa pela definição de qual instituto é “menos oneroso ao processo e, de outro lado, mais benéfico à efetividade da tutela coletiva”⁴⁵.

Para tanto, necessário seria um levantamento comparativo dos custos e da eficácia da tutela coletiva nos sistemas brasileiro e estadunidense, o que ultrapassa em muito os objetivos desse trabalho.

De se registrar apenas a dificuldade de verificação da efetividade do processo coletivo nos Estados Unidos, onde a maioria das demandas não chega ao trial, sendo resolvidas por acordos, muitas vezes fomentados pelos altos custos do processo judicial, já que no sistema norte-americano não existe regra semelhante à do sistema brasileiro, no qual não se exige o adiantamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem há possibilidade de condenação da parte autora em honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má fé (v. art. 18 da LACP e art. 87 do CDC).

Em relação aos acordos celebrados no bojo de uma class action, tem-se, atualmente, a necessidade de sua submissão à prévia apreciação da Corte. De acordo com a Regra 23(e) da Federal Rules of Civil Procedure, nas hipóteses em que a classe já tenha sido certificada, deverá ser efetivada uma fair notice da proposta de acordo. Caso ainda não tenha havido a certificação da classe, ainda assim será possível o acordo, que, no entanto, valerá apenas para os interessados que ingressaram no feito (aplicação da regra do right to opt in)⁴⁶.

Nos casos em que não celebrado acordo, deve a Corte especificar a classe ou os seus membros afetados pela coisa julgada.

⁴⁵ CERQUEIRA, op. cit.

⁴⁶ BUENO, op. cit.

3 CONCLUSÃO

Do quanto sobredito, conclui-se pela crescente influência do direito norte-americano no desenvolvimento do processo coletivo brasileiro. Institutos próprios da class action, como a adequacy of representation e a fair notice, têm sido progressivamente incorporados ao nosso sistema, por meio de incansável trabalho dos processualistas pátrios, que têm como bandeira atual a aprovação de um Código de Processos Coletivos, que aperfeiçoe ainda mais a tutela coletiva de direitos.

A par disso, não podemos deixar de reverenciar nossa legislação atual, que se destaca entre os países de civil law e desponta na garantia do acesso à justiça por meio do processo coletivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class action Norte-Americana*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 101, n. 381, p. 103-120, setembro/outubro, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para um reflexão conjunta*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 82, p. 92, abril, 1996.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *O controle judicial da atuação adequado no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, abril/junho, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 101, p. 11, janeiro, 2001.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 174, p. 215-237, agosto, 2009.

TORRES, Artur Luis Pereira. *Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, janeiro/março, 2010.

ANEXO (REGRA 23 DO FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE⁴⁷)

Rule 23. Class Actions

(A) PREREQUISITES

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,
- (2) there are questions of law or fact common to the class,
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(B) TYPES OF CLASS ACTIONS

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
 - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

47 Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 04/10/2011.

- (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
- (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
- (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
- (D) the likely difficulties in managing a class action.

(C) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.

(1) CERTIFICATION ORDER

- (A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.
- (B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).
- (C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) NOTICE

- (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.
- (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:
 - (i) the nature of the action;
 - (ii) the definition of the class certified;
 - (iii) the class claims, issues, or defenses;
 - (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
 - (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
 - (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
 - (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) JUDGMENT

Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

- (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and
- (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) PARTICULAR ISSUES

When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) SUBCLASSES.

When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(D) CONDUCTING THE ACTION

(1) IN GENERAL

In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

- (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;
- (B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of:
 - (i) any step in the action;
 - (ii) the proposed extent of the judgment; or
 - (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;
- (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;
- (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or
- (E) deal with similar procedural matters.

(2) COMBINING AND AMENDING ORDERS

An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(E) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

- (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.*
- (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.*
- (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.*
- (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.*
- (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(F) APPEALS

A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(G) CLASS COUNSEL

(1) APPOINTING CLASS COUNSEL

Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

- (A) must consider:
 - (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;
 - (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;
 - (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and
 - (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

- (B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;
- (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;
- (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and
- (E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) STANDARD FOR APPOINTING CLASS COUNSEL

When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) INTERIM COUNSEL

The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) DUTY OF CLASS COUNSEL

Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(H) ATTORNEY'S FEES AND NONTAXABLE COSTS

In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

- (1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.
- (2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.
- (3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).
- (4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: UMA ABORDAGEM SOCIAL, ECONÔMICA, POLÍTICA, JURÍDICA E DOS ASPECTOS RELEVANTES DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

*PREVIOUS ADMINISTRATIVE PETITION IN SUITS AGAINST THE
SOCIAL SECURITY SERVICE: SOCIAL, ECONOMIC, POLITICAL AND
LEGAL APPROACH AND RELEVANT ASPECTS OF THE NORTH
AMERICAN EXPERIENCE*

Bárbara Malta Araújo Gimenez

*Procuradora Federal lotada na PFE-INSS de Pouso Alegre – MG, pós-graduanda em
Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp.*

Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt

Procuradora Federal lotada na Procuradoria-Seccional Federal em Campinas - SP.

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a exigência do prévio requerimento administrativo como requisito para a propositura de demandas judiciais previdenciárias no Brasil.

Inúmeras ações têm sido propostas em face do Instituto Nacional do Seguro Social, principal cliente da Justiça Federal (em especial dos Juizados Especiais Federais) sem que este tenha a oportunidade de analisar a questão no âmbito administrativo.

Uma abordagem social e econômica demonstra que a provocação prévia do Instituto Nacional do Seguro Social favorece o segurado, na medida em que lhe poupa tempo e recursos materiais. Sob o ponto de vista jurídico, trata-se de condição da ação, indispensável para a configuração do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, além de evitar afronta aos princípios da separação dos poderes e da eficiência administrativa.

Finalmente, em comparação com o sistema norte-americano, serão feitas considerações acerca dos fundamentos e teorias que sustentam a rígida exigência na comprovação não apenas da provocação administrativa, mas da exaustão dessa via como condição indispensável para o ingresso na via judicial nos Estados Unidos.

PALAVRAS-CHAVE: Prévio requerimento administrativo. Demanda Previdenciária. Necessidade. Finalidade.

ABSTRACT: The purpose of this work is to reflect upon the requirement of previous administrative petition as a requisite for bringing suits against the Social Security System in Brazil.

Numerous suits have been brought against the Instituto Nacional do Seguro Social (National Institute of Social Security), main client of the Federal Justice Department (especially of the Small Claims Courts) without offering the Institute the opportunity to analyze this issue in the administrative realm.

A social and economic approach demonstrates that previous provocation of the Instituto Nacional do Seguro Social favors the insured persons, to the extent that it saves them time and material resources. From the legal point of view, this is a condition of the suit, indispensable to characterize the conflict of interests, qualified by an opposed issue, avoiding also the affront to the principles of separation of powers and administrative efficiency.

Finally, in comparison to the North American system, considerations will be made regarding the fundamentals and the theories that sustain the rigid requirement of proving not only the administrative provocation, but the exhaustion of this channel as indispensable condition for entering the judicial realm in the United States.

KEYWORDS: Previous Administrative Petition. Suits Against Social Security. Need. Finality..

O Poder Judiciário só deverá ser provocado a dirimir conflitos na seara previdenciária após ter havido o indeferimento do benefício ou prestação na via administrativa, configurando-se a pretensão resistida.¹

A jurisprudência, entretanto, tem dispensado tal requisito, essencial para a configuração das condições da ação, como veremos adiante.

Primeiramente, abordaremos o tema sob o aspecto histórico, a fim de possibilitar sua correta compreensão e demonstrar a evolução jurisprudencial sobre o assunto.

A Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967, integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social, dispondo, por intermédio do art. 16, §2º, a necessidade de utilização da via recursal administrativa antes do ingresso em juízo:

Art. 16. Os juízes federais são competentes para julgar os dissídios decorrentes da aplicação desta Lei.

§1º Quando não houver juiz federal no foro do acidente nem no da residência do acidentado, será competente a justiça ordinária local.

§2º O disposto neste artigo não exclui a utilização da via recursal da previdência social.

A Constituição Federal de 1967, por sua vez, dispunha o seguinte: “Art. 153. [...] §4º A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Devido aos questionamentos judiciais quanto à recepção do art. 16, §2º, da Lei nº 5.316/67 frente ao comando constitucional então vigente, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, reiteradamente², entendeu compatível à Constituição a exigência do esgotamento dos recursos administrativos antes do ingresso da pretensão no Poder Judiciário, dando ensejo à Súmula 552: “Com a regulamentação do art. 15, da Lei 5.316/67, pelo Decreto 71.037/72, tornou-se exequível a exigência da exaustão da via administrativa antes do início da ação de acidente do trabalho.”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, o parágrafo 4º do art. 153 passou a ter a seguinte redação:

1 ROCHA, Daniel Machado da. *Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. (Coord). FREITAS, Wladimir Passos de. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 70.

2 RE 0078806 ANO: 74 UF: SP, RTJ VOL: 00073-01, PG: 00257; RE 0079650 ANO: 75 UF: SP, RE 0080699 ANO: 75 UF: SP

Art. 153. [...]

§4º A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida a garantia de estância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Referida Emenda Constitucional condicionou o acesso da via judicial à apreciação prévia, em todas as instâncias administrativas, do pleito do administrado, constitucionalizando-se a figura do “administrativo forçado”.

No entanto, tal entendimento sucumbiu diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reviu a Súmula nº 552 e, no mesmo sentido, o extinto Tribunal Federal de Recursos, que editou a Súmula nº 213, desautorizando a imposição do administrativo forçado nos pleitos previdenciários: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também rejeitou o esgotamento prévio da via administrativa, para fins de ingresso em juízo, por intermédio da Súmula nº 89: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais, igualmente, editaram suas próprias súmulas, seguindo a mesma linha de pensamento.

Do teor das súmulas acima transcritas, verifica-se que não é possível exigir do autor o exaurimento da via administrativa, permanecendo, no entanto, a necessidade de demonstração do interesse processual de estar em juízo, uma condição da ação que deve estar presente no momento do ajuizamento da demanda, consoante o disposto nos artigos 3º, 267, inciso VI, 295, inciso III e 329, todos do Estatuto Processual Civil.

Ocorre que a errônea compreensão do teor das Súmulas gerou um desvirtuamento da matéria. Impera no âmbito dos Tribunais Federais e Estaduais a equiparação do termo “exaurimento” com “prévio requerimento administrativo” (interesse de agir), juridicizando-se o processo administrativo de concessão.³

O que se vê atualmente, portanto, é o Poder Judiciário substituindo a atividade administrativa de conferência de recolhimento de contribuições, cálculo do tempo de serviço, avaliação da capacidade laborativa, entre outros.

3 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*: temas integrais revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis especiais e gerais. 4. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2009. p. 644.

O descalabro gerado pela assunção, por parte do Poder Judiciário, da atividade administrativa nas ações previdenciárias ajuizadas sem prévio requerimento administrativo, é retratada pelo seguinte julgado do TRF da 3ª Região:

O Direito é realidade cultural e, portanto, não se esgota em seu sentido normativo, estando sujeito também a considerações de ordem axiológica e sociológica. O que justificou o entendimento, dominante, de que é dispensável a prévia postulação administrativa, como condição para a propositura de ação previdenciária, foi a notória precariedade do serviço previdenciário, em passado próximo, que impunha autêntico calvário aos segurados, quase sempre com resultado negativo. Melhoria dos serviços, nos últimos tempos, que afasta aquela premissa. Por outro lado, há que se reconhecer o caos que vem sendo gerado pela facilidade de acesso ao Poder Judiciário, o que tem resultado em abuso do direito de ação e no descaso das partes autoras ao invocar a tutela jurisdicional, não raro com processos mal instruídos e desordenados, prejudicando a segurança do magistrado para pronunciar seu julgamento. Circunstâncias que autorizam a não observância da jurisprudência que vem predominando. Apelação a que se nega provimento.⁴

A relevância desta matéria e a problemática gerada pelo entendimento jurisprudencial dominante pode ser avaliada sob quatro aspectos: social, econômico, político e jurídico.

Verifica-se, sob o aspecto social, que o prévio requerimento administrativo reduziria consideravelmente o número de demandas judiciais, pois apenas os segurados que tivessem seus benefícios indeferidos, ou que tivessem o acesso aos seus direitos perante o INSS obstados de alguma forma, recorreriam ao Poder Judiciário.

Nesse diapasão, confira-se a doutrina de Hermes Arrais Alencar⁵:

A Lei de Benefícios fixa o prazo de 45⁶ dias para análise do benefício pleiteado pelo segurado, transcorrido esse prazo, três rumos são

4 TRF da 3ª Região: PROC: 1999.03.99.073903-4; AC 517065 ORIG: 32/99 SP – APTE: Amoracir Aparecido Pedegoni – APDO: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – Relator: Juiz Federal Conv. Rubens Calixto/Segundo Turma.

5 In: ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*: temas integrais revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis especiais e gerais. 4. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito. 2009. p. 643.

6 Art. 41 - § 6º “O primeiro pagamento de renda mensal do benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão”. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 8.444, de 20.7.92)

possíveis. O primeiro: defere-se o benefício, hipótese na qual não haverá precatório, e livre estará o segurado de desembolsar valores em prol de advogados para propositura de ação. As duas outras possibilidades são: não oferta a autarquia resposta dentro dos 45 dias, ou então nega o pedido. Nesse momento está presente o interesse processual, a pretensão foi “resistida” pela autarquia. A quem interessa, portanto, o ingresso prematuro da ação? A busca pelo benefício previdenciário em juízo é fato mais benéfico ao segurado? Interesse processual confunde-se com esgotamento da via administrativa? Não se pode olvidar que a grande gama dos casos que chegam ao conhecimento do Instituto são resolvidos em sede administrativa, obtendo o segurado o amparo que lhe é devido. O deslocamento de todos os segurados para as portas do Judiciário, ao invés de primeiro ir até ao órgão competente para resolução de seu problema, não pode ser endossado como o melhor proceder, pois a pretensão não foi resistida pela parte ex adversa.

Como bem exposto pelo ilustre autor, milhares de segurados estão deixando parte do dinheiro proveniente de seus direitos com advogados, a título de honorários advocatícios contratuais, quando poderiam recebê-los integralmente, de maneira mais célere, sem nenhum custo adicional.

Temos por certo que inexiste qualquer vantagem para as partes envolvidas numa ação previdenciária sem prévio requerimento administrativo, sendo que o abuso do direito de ação nestes casos privilegia apenas alguns advogados interessados em auferir ganho financeiro, com a chancela do entendimento jurisprudencial dominante.

E justamente visando evitar situações como esta e aperfeiçoar a qualidade das decisões administrativas do INSS para se evitar ações judiciais, o Ministério da Previdência Social e a Advocacia-Geral da União criaram o Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS, instituído pela Portaria Interministerial AGU/MPS nº 08/2008, que se encontra em plena execução de forma coordenada e estruturada.

O desenvolvimento do Programa compreende a identificação de conflitos jurídicos, em sede administrativa ou judicial, geradores de demandas judiciais, e sua solução através de alteração normativa ou procedimental; encaminhamento de recomendações pela Comissão Executiva do Programa para resolução administrativa das divergências; atuação conjunta e integrada da Procuradoria e dos servidores da Previdência Social em Agências do INSS para diagnóstico dos problemas locais e soluções possíveis; edição de súmulas pela Advocacia-Geral da União, entre outras.

Criou-se um indicador gerencial de resultados: Índice de Concessão e Reativação em Grau de Recurso Administrativo ou Ação Judicial – ICRJ. Evolução do ICJ – Índice de Concessões Judiciais, a metodologia do ICRJ foi desenvolvida para dar ao indicador maior grau de confiabilidade, com informações mais completas, incluindo, além das concessões, também as reativações judiciais e as concessões decorrentes de recurso administrativo.

De acordo com dados para o ano de 2010 estimados pela Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS⁷ sem considerar a repercussão das ações do Programa, a evolução do ICRJ no Brasil retrata o aumento considerável, ao longo dos anos, das concessões judiciais de benefícios previdenciários, sendo que no ano de 2004 estava na ordem de 2,66% e no ano de 2010, alcançou os 9,76%.

Importante ressaltar que um dos grandes entraves para a maior evolução dos resultados do Programa de Redução de Demandas tem sido justamente a prática de ingresso direto com pedido perante o Judiciário, sem que o Poder Executivo tenha a possibilidade de exercer, de forma eficiente, a sua missão institucional.

No tocante ao aspecto econômico deve-se ressaltar que o INSS e a Advocacia-Geral da União tem de despendar elevados recursos materiais e pessoais para acompanhamento do processo judicial, em situações em que, de maneira mais eficiente – em alguns casos até com o reconhecimento imediato do direito, inclusive para trabalhadores rurais, nos termos da Lei Complementar 128/2008, poderiam ser de pronto resolvidas no âmbito da própria Administração. Aqui é importante fazer referir o princípio da eficiência, previsto no art. 37, da CF/88, na medida em que, levando em consideração o tempo e o custo de um processo judicial, se comparado ao processo previdenciário, verifica-se facilmente que o Estado está despendendo elevadas quantias de tempo e de dinheiro desnecessariamente.

Sob o ponto de vista político, importante mencionar o II Pacto Republicano de Estado, por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, assinado pelos representantes máximos das três esferas de poder da União, que prevê como um de seus compromissos, especificamente em relação à Previdência Social, “incrementar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento aos direitos do cidadão, em especial a concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais.”

A discussão sobre a matéria envolve tanto a questão processual, como o interesse de agir, quanto questões constitucionais relevantes,

7 Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, localizada no Edifício Sede do INSS – Direção Central: Setor Bancário Norte, Quadra 02, Bloco E, Lote 15, Sala 1001. Brasília-DF – CEP 70040-912.

atinentes ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e da própria repartição de Poderes da União (art. 2º, da CF/88), na medida em que o Poder Judiciário usurpa uma função que é tipicamente do Poder Executivo, sem que tenha havido qualquer “lesão ou ameaça a direito”.

Na seara dos Juizados Especiais Federais, há entendimentos conflitantes. A Turma Nacional de Uniformização - TNU dos Juizados Especiais Federais, na sessão de julgamento realizada no dia 24 de abril de 2009, reviu o entendimento até então vigente sobre a desnecessidade da existência de prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ações contra o INSS buscando a concessão de benefícios previdenciários. O julgamento proferido nos autos do processo nº 2006.72.95.020532-9/SC⁸ revisou a posição até então vigente na TNU, formando precedente que vem sendo aplicado para exigir o requerimento administrativo por parte do segurado perante o INSS, ou a apresentação de contestação da Autarquia quanto ao mérito do litígio no decorrer da ação judicial, para configuração do interesse de agir.⁹

A decisão da TNU afirmou que o entendimento do STJ (Súmula nº 89) “não poderia prevalecer”, no que diz respeito à questão da necessidade de prévio requerimento administrativo. “Sendo a presente demanda inerente ao sistema processual diferenciado dos Juizados Especiais Federais, tal particularidade retira das causas em análise a necessária semelhança fático-jurídica em relação aos julgados da Corte Superior”.

O Superior Tribunal de Justiça, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 3ª Seção, admitiu um incidente de uniformização de jurisprudência que vai decidir se o prévio requerimento administrativo do benefício é necessário para a propositura da ação previdenciária. Ao admitir o incidente de uniformização, a ministra Maria Thereza

8 TNU: PROC: PEDILEF 2006.72.95.020532-9/SC – REQTE: Tito Carlos da Rosa – REQDO: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – Relatora: Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva.

9 No entanto, este entendimento não tem sido aplicado em todo o país. O Enunciado número 77 do 2º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) preceituava o seguinte: “O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo.” O Enunciado número 40 da Súmula da Jurisprudência Dominante da Segunda Turma dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, hoje já superada, temperava, por sua vez, a referida exigência, dispensando-a em determinadas situações: “Não cabe a exigência de prévio requerimento administrativo nos feitos previdenciários e assistenciais quando houver recusa notória em pretensões da mesma espécie, quando a demanda for ajuizada perante Juizado Itinerante ou quando houver, por qualquer meio processual, resistência à pretensão deduzida pelo autor.” Atualmente, as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais de Minas Gerais têm dispensado a prévia provocação do INSS nas demandas previdenciárias, no sentido da jurisprudência mencionada do TRF 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, consolidando o entendimento no Enunciado Unificado de número 29 da Jurisprudência das Turmas Recursais mineiras: “É desnecessário o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de demanda na qual se pleiteia a concessão de benefício previdenciário ou assistencial.”

reconheceu a divergência sobre o tema entre a decisão da Turma Nacional de Uniformização e julgados do STJ e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹⁰

No Supremo Tribunal Federal está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário nº 549.621/SP, de relatoria do i. Ministro Dias Tófolli, que trata especificamente do tema. A Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Osasco entendeu por bem negar provimento ao recurso interposto pela autora contra sentença que indeferiu a petição inicial da ação e extinguiu o processo sem resolução de mérito, tendo em vista a ausência de prévio requerimento administrativo. Irresignada, a autora interpôs recurso extraordinário, em que alega ofensa ao art. 5º, XXXV da Constituição, ao fundamento, em suma, de que o prévio requerimento não é condição específica da ação.

Assim, da postulação da necessidade do prévio requerimento, a jurisprudência rumou para sua flexibilização, e total dispensa, devendo tal tendência ser revertida a bem do próprio segurado e jurisdicionado, que poderá ver seu direito observado, muitas vezes, de forma ágil e sem os custos visíveis e invisíveis que a demanda judicial provoca, no caso de se valer primeiramente da via administrativa.

Observados os aspectos de ordem política, econômica e social que justificam a exigibilidade da provocação da via administrativa prévia à propositura de demandas judiciais contra o INSS, necessário se faz, também, perquirir os motivos jurídicos de tal requisito.

A comprovação do prévio requerimento administrativo se impõe pela necessidade de demonstração da existência de lide, isto é, de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, nos termos da conhecida doutrina de Enrico Tullio Liebman¹¹. A função jurisdicional tem por objetivo direto a aplicação da lei ao caso concreto, mas, indiretamente, visa assegurar a paz na sociedade¹². Ora, se não há litígio, a intervenção do Estado Juiz não se justifica.

Assim, se a autarquia previdenciária não é provocada a conceder a prestação ou serviço buscado, não se configura um conflito de interesses, não há pretensão resistida, e não haverá necessidade na

10 Revista Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2011.

11 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

12 “A terceira é a *jurisdição*, que incumbe ao Poder Judiciário, e que vem a ser a missão pacificadora do Estado, exercida diante das situações litigiosas. Através dela, o Estado dá solução às *lides* ou *litígios*, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como *objetivo imediato* a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão *mediata* “restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade””. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, Rio de Janeiro, Forense. 2006. p. 6.

tutela jurisdicional. Nesse ponto, deve-se esclarecer que resta ausente uma das condições da ação, a saber, o interesse de agir.

Na doutrina de Fredie Didier Júnior, o nosso diploma processual civil “adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento de mérito da causa”¹³. Assim, para que haja provimento jurisdicional que contenha pronunciamento sobre o direito subjetivo invocado, devem-se verificar, no caso concreto, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte e o interesse de agir.

Este último corresponde ao binômio utilidade-necessidade, isto é, o processo deve ser o meio apto a conceder ao jurisdicionado o resultado a que visa, e a jurisdição deve ser o remédio necessário diante da lesão ou ameaça de lesão a direito, consoante o art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República:

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial.¹⁴

Ora, a concessão de benefícios previdenciários não se enquadra nas hipóteses de ações constitutivas necessárias, pelo que a parte contrária, a saber, o INSS, deve ter se negado previamente a satisfazer o interesse do demandante. Além disso, se a autarquia não se recusa a conceder a prestação, não há lesão ou ameaça de lesão a direito a ser apreciada pelo Poder Judiciário, nos termos do citado dispositivo constitucional.

O que se percebe, todavia, é que os tribunais pátrios têm afastado a possibilidade de indeferimento liminar da exordial ou a posterior extinção do feito sem resolução de mérito por carência de ação sob o fundamento de que a tese ora sustentada, caso acolhida, culminaria em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e ofenderia a garantia constitucional do direito de ação.

Nesse sentido, o seguinte aresto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

13 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Salvador: JusPodivm. 2009. p. 179.

14 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 269.

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. SUSPEITA DE INCAPACIDADE. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. NULIDADE DO PROCESSO.

[...]

Consoante entendimento firmado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no que foi seguido por este Tribunal, é desnecessário o prévio requerimento administrativo para a propositura de ação que visa a percepção de benefício previdenciário. Precedentes.

O direito de ação é um direito público subjetivo constitucionalmente assegurado, e o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna) não pode ser condicionado à prévia postulação administrativa. Precedentes. [...] (AC 2004.01.00.051921-4/MA, Rel. Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros (conv.), Segunda Turma, DJ p. 148 de 22/05/2006).

O argumento segundo o qual a exigência do prévio requerimento administrativo ocasionaria afronta à garantia do direito de ação é facilmente afastado pelo já exposto, uma vez que não é razoável mesclar o direito de ação, que consiste no direito a um julgamento de mérito, com o direito de demandar, nos termos do voto da lavra do eminente Juiz Federal Alexandre Miguel, o qual foi citado nos memoriais apresentados pelo INSS no RE 549.621/SP:

Ocorre que não se pode confundir o direito de demandar com direito de ação. O primeiro realmente não pode encontrar qualquer limite. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, tem o direito assegurado pela Constituição Federal de levar suas pretensões para o Poder Judiciário. Já o direito de ação é condicionado. É preciso interesse de agir. Esta última condição da ação, por sua vez, se desdobra nos requisitos da necessidade/utilidade de buscar o Poder Judiciário para satisfação da pretensão do autor e na adequação da via processual eleita para tal satisfação. Ou seja, é necessária a existência prévia de lide, entendida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Deve-se ressaltar que, mesmo que o pronunciamento jurisdicional se resume a declarar a carência de ação, e o processo seja extinto sem resolução de mérito, ainda assim houve a prestação de jurisdição, apesar de não ter ocorrido a tutela jurisdicional do resultado buscado pelo demandante.¹⁵ Logo, em tendo havido um ato de jurisdição, houve o exercício do direito de ação e da função jurisdicional, pelo que não há que se falar em ofensa ao princípio do amplo acesso à justiça.

Saliente-se, novamente, que não se está a defender a tese do esgotamento de toda a instância administrativa, mas sua mera provocação inicial.

Ocorrerá, todavia, violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição da República), como já indicado, no caso de o Judiciário se manifestar sobre o direito subjetivo do autor na seara previdenciária, adentrando o mérito da questão, sem que o INSS o faça primeiro. O Poder Judiciário, já assoberbado pelas inúmeras contendas legítimas diante das quais deve aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, irá, nesta hipótese, usurpar função que a Carta reserva ao Poder Executivo, invadindo o âmbito de atribuição de competência que cabe precipuamente às agências da Previdência Social, tendo-se em vista não haver lide. Assim, mais do que evitar o acionamento desnecessário e oneroso do aparato estatal, a exigência da prévia postulação administrativa consagra a democrática garantia da separação dos poderes, na medida em que cada órgão do Estado irá cumprir a função que lhe cabe constitucionalmente.

Nos Estados Unidos, a apreciação de uma “ação administrativa” pelo Poder Judiciário envolve determinados pressupostos, dentre eles, o conceito de “ripeness”, o qual em muito se assemelha à já explorada condição da ação consubstanciada no interesse de agir.

Por este instituto, pressupõe-se a existência de um caso ou controvérsia, consoante determina o Art. III, parágrafo 2º da Constituição Norte-americana:

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e consules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; as controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as

15 “Distingue-se, portanto, a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 61.

controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Observe-se que tais requisitos são constitucionalmente preceituados, o que lhes confere uma exigibilidade inquestionável perante o ordenamento jurídico, tendo-se em vista o princípio da supremacia da Constituição. Desse modo, a parte deve demonstrar, para ajuizar a demanda, uma controvérsia existente e seu impacto imediato em sua esfera jurídica.

A noção de controvérsia pressupõe, claramente, a de provocação da agência a fim de que se manifeste sobre a questão ou direito do requerente e a de negativa da pretensão deste.

Além disso, exige-se que a decisão tomada pela agência seja final (*finality*), isto é, a administração deve ter se manifestado de forma decisiva sobre a questão, alcançando uma conclusão.

Assim, não basta apenas provocar a administração, é necessária sua manifestação. Esta, por si só, também não é considerada suficiente para justificar a ação judicial se não se revestir do aspecto da finalidade, isto é, se a decisão administrativa não for conclusiva sobre a questão.

Neste ponto, podemos citar como exemplo o caso *Goldwater v. Carter* (1979)¹⁶, que envolvia o então Presidente Carter. A corte determinou que se manifestaria apenas no momento em que um impasse constitucional fosse alcançado. Considerou-se que o caso não estava pronto para o litígio, uma vez que a controvérsia poderia ser resolvida através do processo político normal, pelo que não se justificaria a apreciação do conflito pelo Judiciário. Percebe-se, portanto, que a demanda é tida por prematura quando não resta caracterizado o que se conhece no Brasil por interesse processual, tendo-se em vista o fato de que, se a questão pode ser resolvida fora do âmbito da corte, não há demonstração de necessidade na busca do provimento jurisdicional.

Em *Reno v. Catholic Social Services Inc.*, um grupo de imigrantes ilegais propôs uma demanda coletiva desafiando os regulamentos do Serviço de Imigração e Naturalização (*Immigration and Naturalization Service – INS*) que interpretavam o estatuto referente à anistia. A demanda foi considerada imatura para julgamento judicial, uma vez que

16 Ver *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996, 997, 100 S.Ct. 533, 534, 62 L.Ed.2d 428 (1979) (petition for certiorari) (Powell J., concurring).

os imigrantes não tinham requerido a referida anistia e, até que isso ocorresse, e que o INS negasse o pedido, não haveria efetiva oposição ao direito dos autores.

Além da demonstração da existência de controvérsia, do impacto direto em seu âmbito de interesses, bem como da “finalidade” da decisão administrativa, o autor deve, ainda, promover a exaustão de todos os “remédios” administrativos antes de buscar a revisão judicial do ato.

Um dos fundamentos deste requisito é o fato de que a exaustão da via administrativa concretiza o propósito da lei de conferir autoridade à agência. O desprezo ao procedimento administrativo através da declaração de sua desnecessidade como requisito para o ajuizamento de uma demanda poderia encorajar a sociedade a ignorar por completo o referido procedimento, esvaziando o conteúdo legislativo, por não promover sua eficácia, e por desprestigiar o princípio da separação dos poderes.

Além disso, a doutrina da exaustão consagra o princípio da autotutela inerente à Administração Pública, conferindo à agência oportunidade de realizar suas atribuições, exercitar sua discricionariedade onde for cabível e corrigir eventuais equívocos.

Não bastassem tais argumentos, tem-se que a experiência da administração irá contribuir, de alguma forma, no processo de tomada da decisão judicial. Nos Estados Unidos há uma grande especialização das agências no tocante às matérias que lhes são afetas. Esse conhecimento e prática serão de grande valia no processo judicial, facilitando a análise do direito, bem como a fixação dos pontos controvertidos em relação a eventual discordância quanto à matéria fática.

Finalmente, a exaustão da via administrativa promove economia judicial, pois evita desnecessária provocação do Judiciário no caso de as partes conseguirem chegar a um consenso extrajudicialmente.

Outro conceito que favorece o prévio requerimento administrativo nos Estados Unidos é o de jurisdição primária, o qual, assemelhando-se à doutrina da exaustão, estipula que as questões devem ser resolvidas de modo uniforme por um tomador de decisão, a saber, a agência.

Ora, se a administração detém a jurisdição primária em determinados assuntos que lhe são afetos, promove-se a isonomia, na medida em que as conclusões são tomadas de forma homogênea por um órgão, ao invés de espalhá-las por diversas cortes¹⁷.

17 “The Supreme Court originated and defined the concept of primary jurisdiction in *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, the main issue in the case was the reasonableness of freight rates charged by rail companies and approved by the ICC. The railroad responded by stating that its rates to be reasonable, a federal court could not rule otherwise. The Act, the Court found, established the ICC, and granted it the power, though rate approvals, investigations, cease and desist orders, etc., to

Assim, a jurisdição primária diz respeito a questões em que o Judiciário e as agências tem “jurisdição” equivalente, porém, em alguns aspectos, a autoridade da agência é primária, de tal forma que, em determinadas ocasiões, não se abre espaço para o controle jurisdicional.

Diante do propósito do presente trabalho, porém, deve-se enfocar o conceito de exaustão, que preceitua que a administração resolverá a controvérsia e, uma vez completada essa tarefa, a parte insatisfeita poderá recorrer ao Judiciário.

É inegável o fato de que a experiência americana impõe exigências árduas à propositura de uma ação, ainda que não seja para demandar o Estado, diante, por exemplo, do custo econômico que a demanda judicial lá representa. No Brasil, a concessão do benefício da Justiça gratuita permite uma enorme acessibilidade do jurisdicionado ao Poder Judiciário, tendo-se em vista a desnecessidade de dispêndio de recursos para figurar-se como autor em uma demanda.

A própria doutrina da exaustão institui um caminho longo antes de o segurado se valer da via judiciária e, tendo-se em vista a realidade brasileira, em que o julgamento dos recursos administrativos pode levar alguns meses (em determinados casos, até mesmo anos), não seria razoável ressuscitar tal requisito no País.

A tese da necessidade da prévia postulação administrativa, defendida atualmente pelo INSS perante o Supremo Tribunal Federal, não se confunde, definitivamente, com o exaurimento da instância administrativa. Exige-se tão-somente a provocação da autarquia previdenciária a fim de que tenha a oportunidade de analisar o pedido antes da judicialização do conflito.

Os argumentos que sustentam o prévio requerimento administrativo (como elemento indispensável à configuração do interesse de agir) são, entretanto, os mesmos delineados pela doutrina e jurisprudência norte-americanas para fundamentar a exaustão dos remédios administrativos, a saber, o respeito à missão institucional do órgão do Executivo demandado (e, conseqüentemente, a proteção ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea de nossa Carta), a observância dos princípios da eficiência e da autotutela, a praticidade na fixação dos pontos controvertidos após o ajuizamento da demanda, e a economia judicial.

Outro aspecto interessante é o conceito de *finality*, o qual, caso aplicado às lides previdenciárias no Brasil, promoveria o princípio da pacificação social. O cotidiano dos advogados públicos que lidam com a matéria previdenciária

maintain uniform rates.” *Lawsuits Against the Government*; Chapter 92, Threshold Limitations on Judicial Review, § 8227 - Primary Jurisdiction, page 585, *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426, 27 S. Ct. 350 51 L.Ed. 553 (1907)

em primeiro grau de jurisdição revela que alguns magistrados, já convencidos do acerto da tese defendida pelo INSS, têm exigido a provocação da autarquia para o reconhecimento das condições da ação.

Ocorre, porém, que não poucos advogados, diante da suspensão do processo judicial pela determinação de postulação administrativa, orientam seus clientes a se dirigirem ao INSS sem portar as provas carreadas aos autos judiciais (alguns deles sequer apresentam seus documentos pessoais). Em outras palavras, tem havido a provocação meramente formal da autarquia, de modo a ocasionar o indeferimento da pretensão na esfera administrativa de modo postposita.

O objetivo que permeia este procedimento é a possibilidade que os patronos têm de auferir honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais na esfera judicial com maior facilidade.

Não obstante tal conduta seja indubitavelmente temerária por concretizar a má-fé na provocação do Poder Judiciário, pela movimentação leviana de uma máquina já assoberbada de conflitos legítimos, a mera aplicação do conceito da finalidade da decisão administrativa resolveria tais questões, pois o autor teria o ônus de demonstrar que a decisão administrativa é final, isto é, que a administração resolveu a questão de modo conclusivo.

Assim, uma vez que o juiz verificasse que o benefício foi indeferido pelo fato de o segurado não ter cumprido providência que lhe cabia, como, por exemplo, apresentar, no mínimo, as mesmas provas carreadas aos autos judiciais, o feito seria extinto, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir.

Diante do exposto, nota-se a premente necessidade de o Poder Judiciário se manifestar decisivamente sobre a questão, reconhecendo o prévio requerimento administrativo na seara previdenciária como elemento configurador do interesse de agir, tendo-se em vista o fato de sua ausência configurar inexistência de lide e afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

A necessidade de exigir-se a provocação administrativa prévia se justifica, ainda, pelo fato de o ingresso direto na via judicial ocasionar desnecessário ônus ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, uma vez que muitas das demandas seriam abortadas pela satisfação da pretensão autoral através da concessão administrativa do benefício ou prestação. Além disso, trata-se de conduta que promove a economia de tempo e dinheiro do segurado, bem como economia processual ao facilitar, nos casos em que não ocorrer a concessão pelo INSS, a delimitação dos pontos controvertidos de futura demanda.

Analisando o sistema norte-americano, percebemos que o rigor na exigência de comprovação do esgotamento da via administrativa

para a propositura de demandas previdenciárias realiza o princípio da separação dos poderes, consagra os postulados da autotutela e da eficiência e promove a economia judicial. Não obstante seja inegável o fato de que não é desejável a rigidez do esgotamento dos remédios administrativos observada nos Estados Unidos, tendo-se em vista as dificuldades encontradas na estrutura recursal administrativa brasileira, pode-se depreender que, caso a jurisprudência reconheça o acerto da tese ora defendida, aplicando-se o conceito de *finality* às demandas previdenciárias, todos esses valores serão concretizados, coibindo-se o abuso do direito de ação e promovendo-se a pacificação social.

REFERENCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*: temas integrais revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 4. ed. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Salvador: JusPodivm, 2009.

F. FUNK, William et al. *Administrative Procedure and Practice*. Fourth, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

Revista Consultor Jurídico, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-17/stj-uniformizar-jurisprudencia-requisito-acao-previdenciaria>>. Acesso em: 17 de agosto de 2011.

ROCHA, Daniel Machado da. *Direito Previdenciário*: aspectos materiais, processuais e penais. (Coord). FREITAS, Wladimir Passos de. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO SISTEMA ADMINISTRATIVO NORTE-AMERICANO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LÍTIGIOS

*ADMINISTRATIVE PROCEDURES OF ENVIRONMENTAL VIOLATIONS
IN BRAZIL: AN APPROACH IN LIGHT OF THE NORTH AMERICAN
ADMINISTRATIVE SYSTEM OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

*Cid Arruda Aragão
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos Métodos Alternativos de Resoluções de Litígios no Sistema Jurídico Norte-Americano; 2 Do Processo Administrativo de Apuração de Infrações Ambientais; 3 Da Possibilidade de Aplicação da Arbitragem Nos Processos Administrativo de Apuração de Infrações Ambientais em Face dos Princípios da Indisponibilidade do Interesse Público e da Ordem Constitucional Brasileira; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem no âmbito dos processos administrativos de apuração de infrações ambientais, tendo por base a sistemática normativa norte-americana de uso administrativo de meios alternativos de resolução de litígio. A partir de pesquisa na legislação e doutrina norte-americanas, fez-se exposição sobre as normas gerais dos EUA que regulam a arbitragem e os meios alternativos de resolução de litígio no âmbito administrativo. Em seguida, abordou-se o processo administrativo-ambiental brasileiro e a possibilidade jurídica de incluir a arbitragem em seu procedimento, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público e a ordem constitucional vigente, concluindo-se, ao final, de forma positiva.

PALAVRAS-CHAVE: métodos alternativos de resolução de conflito, arbitragem, estados unidos, processo administrativo, infração ambiental, princípio da indisponibilidade do interesse público

ABSTRACT: This paper discusses the possibility of application of arbitration under the administrative procedures for investigation of environmental violations, based on the rules of the American administrative use of alternative dispute resolution. By researching the American law and doctrine, it was made an exposition on the U.S. general rules governing the arbitration and the alternative dispute resolution at the administrative level. Then, it was broached the brazilian environmental administrative process and the legal possibility to include the arbitration in its procedure, with reference to the principle of the unavailability of the public interest and the current constitutional order, concluding in the end, in a positive way.

KEYWORDS: alternative dispute resolution, adra, arbitration, administrative procedure, environmental violation, principle of the unavailability of the public interest,

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de aplicação da arbitragem ao processo administrativo de apuração de infrações ambientais no Brasil, tomando-se como paradigma as regras previstas no sistema norte-americano referentes à arbitragem e à resolução alternativa de litígios em processos administrativos.

De início, será feita uma exposição sobre as regras que regem o tema no ordenamento jurídico norte-americano, originadas do *Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)*, que alterou e acrescentou regras ao *The Code of Laws of the United States of America* – mais conhecido como *U.S. Code*.

Em seguida, abordar-se-á o procedimento administrativo brasileiro de apuração de infrações ambientais, tendo por base a legislação de regência.

Será, então, analisada a possibilidade e conveniência de utilização da arbitragem, nos moldes estadunidenses, no âmbito do processo administrativos brasileiro de apuração de infração ambiental, tendo em vista a ordem constitucional nacional e os princípios da indisponibilidade do interesse público e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conclui-se, ao final, pela compatibilidade do uso da arbitragem no âmbito dos processos administrativos ambientais com a ordem constitucional brasileira e por ser meio conveniente a melhor garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÕES DE LITÍGIOS NO SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO

No final dos anos 80, o Congresso Norte-Americano percebeu que¹:

- a) os procedimentos administrativos tinham-se tornado cada vez mais formais, dispendiosos e demorados, resultando em gastos desnecessários de tempo e em uma menor probabilidade de alcançar a resolução consensual de litígios;
- b) meios alternativos de resolução de conflitos estavam sendo utilizados no setor privado já há muitos anos e, em circunstâncias adequadas, rendiam decisões mais céleres, menos caras e menos contenciosas;

1 Consoante disposto no ADRA. Disponível em: <<http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>>. Acesso em: 2.10.2011.

- c) tais formas alternativas conduziam a resultados mais criativos, eficientes e sensíveis;
- d) tais meios alternativos podiam ser utilizados vantajosamente em uma ampla variedade de programas administrativos;
- e) as agências federais podem não só receber o benefício das técnicas que foram desenvolvidas no setor privado, como também podem assumir a liderança no desenvolvimento e aperfeiçoamento de tais técnicas; e
- f) a disponibilidade de uma ampla gama de procedimentos de resolução de disputas e o aumento da compreensão do uso mais eficaz de tais procedimentos melhorariam o funcionamento do Governo e serviriam melhor ao público.

Com essas considerações foi que, em 1990, se editou, nos EUA, o *Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)*², renovado em 1996, que passou a expressamente autorizar e incentivar as agências federais desse país a fazer uso dos meios de Resolução Alternativa de Litígios³ ou, no inglês, *Alternative Dispute Resolution – ADR*, adicionando todo um subcapítulo com disposições sobre ADR ao Capítulo 5 do Título 5 do *U.S. Code*.

Embora algumas agências governamentais, incluindo a Agência de Proteção Ambiental⁴ e o Corpo de Engenheiros do Exército⁵, já houvessem sido autorizadas a utilizar, por vários anos, métodos alternativos como a mediação e os mini-julgamentos⁶, até o advento do ADRA, não existia uma regulamentação uniforme nem diretrizes sobre como empregar as técnicas de resolução alternativa de litígios⁷.

Na realidade norte-americana, conforme definido no ADRA⁸, ADR significa qualquer procedimento utilizado para resolver litígios que inclua – de modo não exaustivo – ouvidorias, conciliação, facilitação, mediação,

² Em tradução livre, Ato de Resolução de Disputas Administrativas.

³ Neste artigo, utilizar-se-á indistintamente as expressões Resolução Alternativa de Litígios, Resolução Alternativa de Conflitos ou Resolução Alternativa de Disputas.

⁴ Environmental Protection Agency (EPA).

⁵ Army Corps of Engineers (ACE).

⁶ *Mini-trials*.

⁷ Nesse sentido, PHILLIPS, Barbara Ashley. *The Mediation Field Guide*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2001 e WARE, Stephen. *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul, MN: West, 2001.

⁸ *U.S. Code, Title 5, Section 571*.

averiguação⁹, mini-julgamentos, arbitragem, ou qualquer combinação dessas técnicas, sendo conduzido por uma pessoa neutra indicada pelas partes.

Os meios de resolução de disputas previstos no ADRA possuem caráter suplementar, no sentido de que não impedem que se estabeleçam outros meios de ADR no âmbito de cada agência¹⁰.

Segundo o Regulamento de Aquisição Federal dos EUA¹¹, são elementos essenciais do ADR:

- 1) Existência de uma questão em controvérsia;
- 2) A eleição voluntária de ambas as partes a participar do processo ADR;
- 3) Um acordo sobre procedimentos alternativos e termos a serem usados em lugar de litígio formal; e
- 4) Participação no processo por funcionários de ambas as partes que têm a autoridade para resolver a questão em controvérsia.

O ADRA¹² dispõe que cada agência deve adotar uma política que aborde o uso de meios alternativos de resolução de conflitos e gerenciamento de casos. O desenvolvimento dessa política deverá adequar-se às características dos procedimentos de cada agência.

O chefe da agência deve designar um alto funcionário a ser o especialista em resolução de disputas da agência, que é o responsável pela implementação das disposições e das alterações introduzidas pelo ADRA e da política específica de ADR desenvolvida pela agência.

A agência deve fornecer treinamento regular de resolução de disputadas ao especialista da agência e aos outros funcionários envolvidos na implementação da política desenvolvida pelo ente, que deve abranger a teoria e a prática da negociação, mediação, arbitragem ou técnicas relacionadas.

Nos processos administrativos dos EUA, as agências podem realizar audiências, nas quais se permite tomar juramentos, aplicar subpenas autorizadas em lei, autorizar produção de provas, receber evidências, tomar depoimentos etc. A partir do ADRA, quando da realização das audiências, as partes interessadas devem ser informadas quanto à disponibilidade de

⁹ *Fact-finding*.

¹⁰ *U.S. Code, Title 5, § 572*.

¹¹ *Federal Acquisition Regulation (FAR), Part 33, Subpart 33.2, 33.214 Alternative dispute resolution (ADR)*.

¹² Disponível em: <<http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>>. Acesso em: 2.10.2011.

um ou mais meios alternativos de resolução de disputas, para o que deve participar representante com poder para negociar.¹³

O ADRA aponta situações em que se deve considerar a possibilidade de não fazer uso da ADR, nos casos de a questão em controvérsia estar relacionada a programa administrativo, quais sejam¹⁴:

- 1) quando a decisão sobre o caso tiver um valor importante como precedente e se julgar que o uso da ADR inviabilizaria tal precedente;
- 2) quando a matéria envolver ou suscitar questões de política de governo que requeiram procedimentos adicionais antes que a resolução final do conflito deva acontecer, e o procedimento da ADR não for adequado para desenvolver a recomendada política para a agência;
- 3) quando a manutenção de políticas estabelecidas tem importância especial, de modo que o uso do procedimento de ADR não possa alcançar resultados consistentes nas decisões individuais;
- 4) quando a matéria discutida afetar significativamente pessoas ou organizações que não são parte no processo;
- 5) quando um registro completamente público do processo for importante, e o procedimento de ADR não puder proporcionar tal registro; e
- 6) quando a agência deva manter jurisdição contínua sobre o assunto com autoridade para alterar a disposição da matéria à luz das novas circunstâncias, e um processo de ADR possa interferir no cumprimento dessa exigência.

O “neutro” é a pessoa que desempenha o papel de conciliador, mediador ou facilitador que coordena os trabalhos na ADR. Pode ser um funcionário permanente ou temporário do Governo Federal ou qualquer indivíduo aceito pelas partes para conduzir o processo de resolução do litígio. Ele não pode ter qualquer conflito de interesse oficial, financeiro ou pessoal com a questão em controvérsia, a menos

¹³ U.S. Code, Title 5, § 556.

¹⁴ U.S. Code, Title 5, § 572.

que referido interesse seja totalmente revelado por escrito às partes, e todas elas admitam o neutro¹⁵.

Nos EUA, o Presidente da República deve designar uma agência ou comitê inter-agências para facilitar e incentivar o uso de ADR, inclusive desenvolvendo procedimentos que permitam às agências obter os serviços de neutros de uma forma mais célere¹⁶.

Uma agência pode utilizar os serviços de um ou mais funcionários de outras agências para servir como neutros em processos de resolução de disputas. As agências podem entrar em um acordo interinstitucional, prevendo o reembolso pelo órgão do usuário ou as partes do custo total ou parcial dos serviços de tal empregado¹⁷.

Qualquer agência pode celebrar um contrato com qualquer pessoa para realizar serviços como neutro, sendo que as partes num processo de resolução de disputas devem acordar sobre a compensação para o neutro, que seja justa e razoável para o Governo¹⁸.

O sistema norte-americano estabelece uma série de regras que dispõem sobre o sigilo nos processos de ADR, que devem ser seguidas pelas partes e pelo neutro, não podendo ser admitida, em qualquer tipo de procedimento, informação decorrente de eventual violação às regras sobre sigilo¹⁹.

Muito embora as agências sejam livres para dispor sobre várias formas de ADR, o ADRA tratou de forma específica apenas da arbitragem²⁰.

A arbitragem pode ser usada como um meio alternativo de resolução de disputas, sempre que houver o consentimento das partes, que pode ser obtido antes ou após o surgimento da controvérsia.

A parte tem a prerrogativa de submeter à arbitragem apenas algumas questões da controvérsia e de admitir a arbitragem apenas na condição de que o conteúdo da sentença esteja dentro de um âmbito de possíveis resultados.

A convenção de arbitragem, que estabelece o assunto submetido ao árbitro, deverá ser feita por escrito. Cada convenção de arbitragem deve especificar os limites máximos da sentença e outras condições que limitem o alcance dos possíveis resultados.

15 *U.S. Code, Title 5, § 573.*

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *U.S. Code, Title 5, § 574.*

20 *U.S. Code, Title 5, § 575-580.*

Uma agência não pode exigir o consentimento à arbitragem como condição para a celebração de um contrato ou a obtenção de um benefício.

A convenção de arbitragem é executável, podendo a parte prejudicada, por suposta falha, negligência ou recusa da outra parte de se submeter à arbitragem, peticionar em juízo requerendo que tal arbitragem seja realizada conforme acordado.

São atribuições do árbitro: a) regular o curso e a condução das audiências arbitrais; b) administrar juramentos e alegações; c) impor a presença de testemunhas e a produção de provas em audiências, até o limite em que a agência é obrigada por lei a tanto; e d) aplicar a sentença.

As partes serão notificadas do lugar e do horário das audiências, com antecedência mínima de 5 dias. Podem obter sua gravação, desde que se responsabilizem por sua preparação e por seus custos, da referida preparação notifiquem as partes e o árbitro, e a eles forneçam cópia da gravação.

As partes têm o direito de serem ouvidas, de apresentar elementos de prova para a controvérsia e de interrogar testemunhas convocadas para a audiência.

O árbitro pode, com o consentimento das partes, realizar a totalidade ou parte da audiência por telefone, televisão, computador ou outros meios eletrônicos que permitam que todas as partes tenham a oportunidade de participar.

Segundo o ADRA, a audiência deve ser realizada rapidamente e de maneira informal.

O árbitro pode receber qualquer prova oral ou documental. A prova irrelevante, imaterial, indevidamente repetitiva ou obtida de forma privilegiada pode não ser admitida pelo árbitro.

O árbitro deverá interpretar e aplicar normas legais e regulamentares relevantes, precedentes legais e diretrizes políticas.

Nenhuma parte interessada pode encaminhar ao árbitro uma comunicação/petição relevante ao mérito da causa, sem o consentimento da outra parte, a menos que isso tenha sido acordado diversamente. Do contrário, o árbitro deve fazer a comunicação ser juntada aos autos e dar a outra parte a oportunidade de a ela se contrapor.

O árbitro deverá sentenciar no prazo de 30 dias após a audiência ou da data em que forem apresentadas petições por ele autorizadas, se esta data for posterior, a menos que as partes concordem com outro prazo ou haja regra no âmbito da agência em sentido diverso.

Inexistindo na agência regra em sentido contrário, a sentença arbitral deve incluir apenas uma breve e informal motivação sobre a

base legal e factual para a decisão, mas não serão exigidas conclusões formais sobre os fatos e sobre as regras legais aplicáveis.

A sentença vincula todas as partes que participaram do processo de arbitragem e pode ser executada na corte especificada pelas partes ou, se não tiver havido escolha nesse sentido, na corte local competente.

Sem prejuízo de outras normas legais, uma pessoa afetada ou prejudicada pela sentença arbitral pode mover uma ação para revê-la.

A decisão da agência de optar ou não pelo procedimento arbitral não está sujeita à revisão judicial.

Por fim, o ADRA estabelece que uma agência pode usar, com ou sem reembolso, os serviços e instalações de outros órgãos federais, estaduais ou municipais, de organizações públicas ou privadas e de indivíduos particulares, desde que com o seu consentimento, bem como aceitar serviços voluntários e sem remuneração para a realização de procedimentos de resolução alternativa de litígios²¹.

2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS

A temática ambiental nunca havia sido tratada de modo substancial na ordem constitucional brasileira²², até o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e bem de uso comum do povo. Impôs, ainda, ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações²³.

Para garantia desse direito, o Constituinte de 1988 estabeleceu que

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções

21 U.S. Code, Title 5, § 583.

22 Segundo Paulo de Bessa Antunes, *um balanço geral das competências constitucionais em matéria ambiental demonstra que o tema, até a Constituição de 1988, mereceu tratamento apenas tangencial e que a principal preocupação do constituinte sempre foi com a infra-estrutura para o desenvolvimento econômico. O aspecto que foi privilegiado, desde que o tema passou a integrar a ordem jurídica constitucional, foi o de meio de produção* (Direito Ambiental. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62).

Para Édís Milaré, jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas, sim, dele cuidou de maneira diluída e casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (água, florestas, minérios, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade) (Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 184).

23 Art. 225, *caput*, da CF/88.

penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados²⁴.

A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, trouxe, de forma compilada, a previsão legal da responsabilização administrativa pela prática de infrações ambientais, as quais definiu como *toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*.

Os ilícitos ambientais são apurados mediante processo administrativo próprio, em que se assegura o direito de ampla defesa e o contraditório²⁵, podendo-se aplicar ao infrator as sanções previstas no art. 72 da Lei²⁶.

O Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008²⁷, regulamentando a Lei n.º 9.605/1998, dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração dessas infrações.

Registre-se que as disposições da Lei n.º 9.605/1998 e do Decreto n.º 6.514/2008, no que dizem respeito às regras procedimentais para apuração de infração ambiental²⁸, só se aplicam à Administração Pública Federal, já que a organização administrativa dos Estados e dos Municípios é matéria de sua competência privativa²⁹.

Aqui se abordará tão-somente as normas procedimentais de aplicação da esfera federal, a fim de delimitar o estudo.

24 Art. 225, §3º, da CF/88.

25 Art. 70, §4º, da Lei n.º 9.605/1998.

26 Art. 72. *As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:*

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X - (VETADO)

XI - restritiva de direitos. [...] (Lei n.º 9.605/1988)

27 Revogou o Decreto n.º 3.179, de 21 de setembro de 1999.

28 Contidas no art. 71 da Lei e no art. 94 e seguintes do Decreto.

29 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 1218.

Incurso em uma das infrações administrativo-ambientais previstas no Decreto n.º 6.514/2008, o infrator se sujeita às sanções cabíveis, o que se dá pela lavratura de auto de infração (AI)³⁰. Tem-se início aí o procedimento de apuração de infrações ambientais.

O infrator, em seguida, é notificado, podendo, no prazo de 20 dias, oferecer defesa contra o auto lavrado³¹. Segue-se, então, a instrução do feito, apresentação de alegações finais e julgamento do auto de infração, quando a autoridade competente se posiciona pela manutenção ou não das penalidades aplicadas³². Dá decisão cabe, por fim, recurso do autuado, que será apreciado por autoridade superior³³.

Sem dúvida, a multa simples e o embargo de atividades são as sanções administrativas mais importantes, por serem aplicadas em número largamente superior às outras infrações, sendo que, para cada infração prevista, o Decreto n.º 6.514/2008 dispõe sobre uma multa correspondente a ser aplicada, que pode chegar a dezenas de milhões de reais.

O embargo é aplicado sempre que a atividade realizada estiver em desacordo com as normas ambientais^{34 35}, a fim de *impedir a continuidade do dano ambiental, propiciar a regeneração do meio ambiente e dar viabilidade à recuperação da área degradada*³⁶. Assim, ainda que o infrator pague a multa, o embargo só deverá ser levantado se for regularizada sua atividade, se isso for possível.

O Decreto, para algumas situações, prevê possibilidade de conversão de multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, que deve ser requerida pelo autuado quando da apresentação da defesa.

30 Art. 4º, *caput*, do Decreto n.º 6.514/2008.

31 Art. 96, *caput*, e 113, *caput*, do Decreto n.º 6.514/2008.

32 Consoante as Seções III e IV do Decreto n.º 6.514/2008.

33 Art. 127 do Decreto n.º 6.514/2008.

34 Nesse sentido, confira-se TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente: multas, sanções e processo administrativo: comentários ao Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 121.

35 Édis Milaré conceitua embargo como “o impedimento temporário ou definitivo, determinado pela Administração no início ou continuação de obra que não disponha das devidas licenças ou autorizações, extrapole os limites dos atos administrativos, ou de algum modo represente efetivo ou potencial risco de dano à saúde ou ao meio ambiente” (*Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1208/1209).

36 Art. 108 do decreto n.º 6.514/2008.

3 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público são considerados as pedras angulares do Direito Administrativo³⁷.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

o Direito Administrativo se erige no binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrativos”. É o entrosamento destes dois termos que lhe delineia a fisionomia. Sua compostura, pois, irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos³⁸.

Aqui se pretende analisar a possibilidade de se estabelecer a arbitragem nos procedimentos administrativos brasileiros de apuração de sanções administrativas, nos moldes previstos no ADRA, a partir da compreensão da feição do ordenamento jurídico-administrativo brasileiro. Para tanto, é importante ter por norte o princípio da indisponibilidade do interesse público – que, no caso, é mais significativo do que o princípio da supremacia do interesse público – em cotejo com as normas contidas na Constituição Federal de 1988.

O ponto nodal é saber se a resolução de um litígio (no que se inclui uma cobrança resistida de sanção) em âmbito administrativo, por meio de sentença arbitral – por meio da qual se poderia, inclusive, diminuir o valor da multa simples aplicada ao infrator –, ofende o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Segundo Bandeira de Mello,

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.

38 Ibid.

incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*³⁹.

Essa noção está em conformidade com o entendimento de Lucas Rocha Furtado, quando diz:

O conceito de interesse público não é *metajurídico*. Não é possível admitir a existência de interesses públicos previamente definidos fora da ordem jurídica, ordem jurídica que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, fonte de inspiração para a elaboração de inúmeras regras e princípios constitucionais. O interesse público está concretizado por meio do processo de elaboração do Direito Positivo. Cabe à Constituição Federal, como principal fonte do Direito Administrativa, e à lei identificarem o que é o interesse público, definir como se deve proceder para dar a ele executoriedade e quem possui legitimidade para, em seu nome, exercer alguma prerrogativa⁴⁰.

Dessa forma, o interesse público é extraído da ordem jurídica, e a *intentio legis* é o substrato normativo do interesse público, em respeito do qual se erige o princípio da indisponibilidade.

No caso em exame, há que se identificar qual é a *intentio legis* que fundamenta a instituição da sanção ambiental. Se ela for compatível com a aplicação da arbitragem no procedimento administrativo de apuração da sanção ambiental, autorizado estará o uso desse meio alternativo de resolução na situação.

Conforme exposto no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, dispôs sobre a imposição ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações⁴¹.

39 op. cit., p. 62-63.

40 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 82.

41 Registre-se, como observa José Rubens Morato Leite (*DANO AMBIENTAL: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 86-87), que, com base na doutrina de CANOTILHO, pode-se dizer que o art. 225 da CF/88 tem conteúdo de direito fundamental.

Para CANOTILHO (*apud* LEITE, José Rubens Morato. Ob. Cit), o “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado é um verdadeiro direito fundamental, formal e materialmente constitucional”, sendo que, como registra Morato Leite, “a Constituição da República portuguesa, tal qual a Constituição brasileira, inseriu o capítulo do meio ambiente dentro do título Da Ordem Social”.

Esse entendimento não se distancia da visão de José Afonso da Silva, para quem “a *proteção ambiental*, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade*

É sob essa premissa que se firmou a sujeição dos infratores que realizem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente às sanções administrativas cabíveis, conforme previsto no artigo 225, §3º, da Carta Magna. O interesse público na imposição das sanções administrativas, dessa feita, consubstancia-se normativamente no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴².

A lógica constitucional – ou *intentio legis* – é que a cominação da sanção administrativa, para além do efeito punitivo, ocasione um efeito preventivo, tanto específico – referente ao infrator, para que não torne a violar a legislação ambiental –, quanto geral – a fim de desestimular a prática de infrações ambientais por toda sociedade. Espera-se, nesse sentido, que a imposição da sanção administrativa repercuta positivamente na garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que, se a aplicação da sanção ambiental não for levada a efeito, a lógica constitucional é invertida, porquanto não se operam os seus efeitos, mas, pelo contrário, se reforça o sentimento de impunidade pela prática de infrações ambientais, o que estimula a prática de ilícitos e, por conseguinte, põe em risco a proteção do meio ambiente nacional.

Em análise das contas do último exercício financeiro do Governo Federal, o Tribunal de Contas da União produziu relatório referente à arrecadação de multas administrativas⁴³, no qual o Ibama⁴⁴ aparece como ente que apresentou o montante pecuniário mais elevado de multas aplicadas. Entretanto, a autarquia foi a que menos arrecadou.

Em números, as multas que aplicou de 2008 a 2010 superam o montante de 10 bilhões de reais. Entretanto, apenas por volta de 36 milhões e 700 mil reais foram arrecadados, o que corresponde a 0,3% das multas aplicadas.

de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana” (Direito ambiental constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.).

42 Aqui vale destacar que Lucas Rocha Furtado registra que “a definição do interesse público decorre, em primeiro lugar, da realização dos *direitos fundamentais* concretizados em qualquer texto constitucional moderno, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988”. Para o autor, “interesse público é aquele que realiza direito fundamental” (Ob.cit, p. 82). Assim, a legislação que dá concretude ao interesse público deve necessariamente estar pautada no texto constitucional e em seus direitos fundamentais.

A instituição da sanção administrativo-ambiental, por ter previsão constitucional e basear-se em direito fundamental contido no art. 225 (conforme nota de rodapé anterior), está incontestavelmente pautada no interesse público.

43 Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/index.html>. Acesso em: 2.10.2011.

44 O Ibama é uma das autarquias federais responsáveis por aplicar e apurar as sanções administrativas a que se refere o art. 225, §3º, da CF/88 – autorização que lhe foi dada pelo art. 2º, inciso I, da Lei n.º 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a qual lhe incumbiu do exercício do poder de polícia ambiental.

Percebe-se, assim, que o interesse público consubstanciado na garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio de aplicação de sanções administrativas não está, nem de longe, sendo atendido. A aplicação de multas como forma de sanção não faz sentido se, de fato, não for sentida no “bolso” do infrator.

A baixa arrecadação das multas demonstra a ineficácia do processo de cobrança, que precisa sofrer profunda transformação, cenário no qual o uso da arbitragem é uma opção que deve ser considerada.

Assim como nos EUA, a arbitragem seria capaz de reduzir de modo bastante significativo o tempo de tramitação dos processos administrativos ambientais. Realizada a convenção de arbitragem, o trâmite procedimental se resumiria substancialmente a uma audiência e à sentença arbitral, que possui força executória e da qual, via de regra, não cabe recurso.

Mesmo que, no âmbito individual, se pudesse por meio da arbitragem negociar a diminuição do valor da multa simples aplicada, em contrapartida, se garantiria com maior eficácia o pagamento, o qual o infrator passa a assumir o compromisso – judicialmente executável – de realizar. Ademais, seria possível também se reforçar a obrigação de reparar o dano e estipular-lhe a forma e os valores mínimos a serem nela investidos.

Dessa forma, o meio alternativo de resolução de litígio poderia repercutir positivamente no aumento de arrecadação geral das multas aplicadas e na efetiva reparação dos danos ambientais causados pelo infrator.

Nesse contexto, fica demonstrado que a manutenção da integralidade da multa simples aplicada não corresponde ao interesse público extraído da *intentio legis* que fundamentou a instituição da sanção administrativo-ambiental. Eventual sentença arbitral que reduza o valor da multa, por outro lado, não implica violação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Pelo contrário, se a arbitragem trouxer os resultados esperados, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado restaria melhor assegurado em comparação com a atual e morosa realidade dos processos administrativos de apuração de infrações ambientais. A sanção administrativa passaria a ter um sentido real, surtindo efetivamente seus efeitos punitivo e preventivo. A responsabilidade civil do infrator – da qual se extrai a obrigação de reparação do dano – também poderia ser beneficiada com o uso da arbitragem.

No que diz respeito às regras procedimentais de arbitragem estipuladas no direito norte-americano, certamente que haveria de se realizar a conformação necessária a que se compatibilizassem com o ordenamento jurídico brasileiro. Superado o ponto nodal de respeito à ordem constitucional brasileira e ao princípio da indisponibilidade do

interesse público, contudo, parece que referido ajuste não representaria entrave dos mais graves à sua implementação.

Vale registrar que, nos moldes norte-americanos, a legislação brasileira poderia definir quais questões estariam sujeitas à arbitragem e quais seriam os limites das concessões que poderiam ser feitas na sentença arbitral, a fim de adequar-lhe aos objetivos estratégicos de proteção do meio ambiente.

4 CONCLUSÃO

A efetivação da responsabilidade por dano praticado contra o meio ambiente – nas esferas civil, administrativa e penal – é meta que se impõe ao Poder Público, pelo comando de garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido em nossa Carta Magna.

Diante da ineficiência do procedimento de apuração das sanções administrativas impostas àqueles que praticam condutas lesivas ao meio ambiente, é importante se pensar em alternativas que possam melhorar esse quadro, sob pena de não se ver cumprida a norma constitucional e o interesse público que lhe é inerente.

A arbitragem é instrumento jurídico consolidado no âmbito dos processos administrativos norte-americanos e que pode trazer grande avanço no procedimento brasileiro de apuração de infrações ambientais, conferindo-lhe maior celeridade e eficácia.

Pela análise que aqui se fez, percebe-se ser possível sua aplicação nos processos administrativo-ambientais brasileiros, por ser compatível com a ordem constitucional vigente e com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim, referido meio de resolução alternativa de litígio deve ser considerado como forma de melhorar a sistemática brasileira de apuração da responsabilidade administrativo-ambiental, e o modelo norte-americano apresenta-se como importante ponto-de-partida para se pensar num modelo que se adéque às exigências nacionais de proteção ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 out. 2011.

BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 2 out. 2011.

BRASIL. *Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm>. Acesso em: 2 out. 2011.

EUA. *Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)*. Disponível em: <<http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>>. Acesso em: 2.10.2011.

EUA. *The Code of Laws of the United States of America – U.S. Code*. Disponível em: <www.law.cornell.edu/uscode>. Acesso em: 2.10.2011.

EUA. *Federal Acquisition Regulation (FAR)*. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/far/>>. Acesso em: 2.10.2011.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PHILLIPS, Barbara Ashley. *The Mediation Field Guide*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2001.

TCU. *Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República – Exercício de 2010*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/index.html>. Acesso em: 2 out. 2011.

TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente: multas, sanções e processo administrativo: comentários ao Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WARE, Stephen. *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul, MN: West, 2001.

NOÇÕES BÁSICAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

BASICS ON LIABILITY OF THE STATE

Cleide Siqueira Santos

*Formada pela Universidade Federal de Goiás Procuradora Federal
Departamento de Contencioso/PGF*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções de Responsabilidade Civil do Estado no Direito Comparado – Norte Americano; 2 Da Responsabilidade Civil do Estado no Direito Pátrio; 3 Das Modalidades de Responsabilidade Objetiva; 4 Das Excludentes de Responsabilidade; 5 Do Direito de Regresso; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Neste trabalho, tratamos de noções básicas que norteiam a responsabilidade civil extracontratual do Estado, a qual está inserida no art. 37, § 6º, da Carta da República de 88, e foi atribuída a todas as pessoas jurídicas de direito público, assim como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e às pessoas privadas delegadas a serviços públicos, não integrantes da Administração Pública. Responsabilidade objetiva e com culpa. Analisamos as suas premissas históricas, passando por sua evolução, até os dias atuais. Traçamos um paralelo com a noção de responsabilidade civil estatal no direito Norte Americano e, finalmente, apresentamos alguns posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Responsabilidade. Civil. Estado. Objetiva. Culpa. Norte-americano. Jurisprudência.

ABSTRACT: In this paper we address some basic guiding tort state, which is embodied in the art. 37, § 6 of the Charter of the Republic of 88, and was assigned to all legal persons of public law, as well as legal entities of private providers of public services and private persons delegated to public services, not members of the Public Administration. Strict liability and fault. Analyzed its historical premises, through its evolution to the present day. We draw a parallel with the notion of state liability in American law, and finally present some jurisprudential positions on the issue.

KEYWORDS: Right. Responsibility. Civil. State. Objective. Guilt. North American. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado tem como definição “*obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.*”¹

Segundo ensina Miguel Serpa Lopes, a noção de responsabilidade é antiga, e remonta a *jurisprudencia romana*, porém, a palavra tornou-se de uso corrente somente no século XIX. O vocábulo *responsabilidade* provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que significa *garantir, responder por alguém, prometer*.²

Ainda, naquela época, o devedor se obrigava perante o credor, nos contratos verbais, respondendo à sua indagação com a palavra *spondeo* (prometo). Responsável é a pessoa que se sujeita às conseqüências pelo descumprimento do dever; é a que deve garantir eventuais indenizações.

Porém, antes de adentrarmos ao tema em questão na legislação atual, faremos uma breve análise da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado.

Ao tratar do tema, Lucas Rocha Furtado ensina que, quando se fala em responsabilidade civil, não podemos identificar esta como decorrência necessária do Direito Civil.

Isto porque, “*A expressão responsabilidade civil indica tão-somente o dever de ressarcir prejuízos causados a terceiros, e a natureza das normas que definem esse dever pode variar em razão da pessoa que causa o prejuízo ou da natureza da atividade explorada.*”³

Ainda, segundo o mesmo doutrinador, se quem causar o dano for pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestador de serviço público, as regras de responsabilidade civil não se submetem, desde o advento da Constituição Federal brasileira de 1946, ao Direito Civil e, sim, ao Direito Administrativo.⁴

Num primeiro momento, tínhamos a teoria da irresponsabilidade civil do Estado, que excluía a responsabilidade civil deste, sob o fundamento da soberania do Estado. Posteriormente, evoluiu-se para a responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação de normas de direito privado, teoria da responsabilidade com culpa.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.596.

2 LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de direito civil*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 8. p. 550-551.

3 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

4 Ibid.

A noção de responsabilidade civil com culpa era subdividida na responsabilidade pelos atos de gestão e responsabilidade pelos atos de império. Nestes, devido à soberania do Estado, não se sujeitavam à responsabilização.

Mais tarde, evoluímos para a teoria da responsabilidade civil do Estado, a partir da aplicação das normas do Direito Público, das quais decorre a teoria da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.⁵

Para Lucas Furtado, *a superação da fase da irresponsabilidade civil do Estado e a adoção das teorias civilistas têm início com a aprovação do Código Civil francês e a previsão de que todo aquele que por ação ou omissão, por negligência, imperícia, imprudência ou dolo, cause prejuízo a terceiro é obrigado a ressarcir o dano causado*.⁶

José dos Santos Carvalho Filho, ensina-nos que “*a teoria da culpa administrativa foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que provocou*”.⁷

Tal doutrina foi denominada de culpa anônima ou falta do serviço.

1 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO COMPARADO – NORTE AMERICANO

Conforme lições retiradas da obra intitulada *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, do professor William Burnham, a imunidade governamental no direito norte-americano adveio da *common Law* inglesa e foi baseada na noção de que ‘o rei não pode errar’. Tanto nos Estados Unidos, quanto os governos estaduais gozavam de imunidade soberana na *common Law*.

Em 1946, no entanto, o Congresso aprovou o Federal Tort Claims Act (FTCA) excepcionando a imunidade de jurisdição para atos ilícitos intencionais. A imunidade do Estado se estende até os Municípios, pelo menos, na medida em que eles exerçam ações governamentais (em oposição às especialidades) funções. Atos governamentais incluem funções que são exclusivamente governamentais e não poderia ser fornecida por uma organização privada. Por exemplo, os departamentos de polícia e os bombeiros são exclusivamente governamentais e

5 ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*, v. 19. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

6 FURTADO, op. cit.

7 CARVALHO FILHO. José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

desfrutam de uma ampla gama de imunidade. Hospitais do condado ou aeroportos não são exclusivamente governamentais e não são, portanto, geralmente dotados de imunidade.

Com a introdução generalizada de seguro de responsabilidade civil, muitos Estados aboliram a imunidade de Estados e Municípios nos anos de 1960 e 1970.

Alguns viram isto como um passo positivo em relação fato de o governo de ser responsável pelos seus erros. No entanto, tem havido uma reação contra essa tendência e a imunidade reapareceu nos últimos anos. Mas afirmam que a imunidade governamental geralmente tem exceções para alguns dos tipos mais comuns de delitos, tais como danos pessoais causados por acidentes de trânsito envolvendo veículos de estado ou edifícios públicos, indevidamente mantidos. Além disso, muitos Estados não estenderam a imunidade a seus funcionários que podem ser pessoalmente responsável.⁸

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO PÁTRIO

No Brasil nunca foi adotada a teoria da irresponsabilidade, restando perquirir sobre a aplicação da responsabilidade subjetiva, consagrada no art. 15 do Código Civil de 1916⁹ ou da responsabilidade objetiva, prevista expressamente pela primeira vez no art. 194 da Constituição de 1946.

8 Governmental immunity came from English common Law and was based on the notion that "the king can do no wrong." Both the United States and state governments enjoy common Law sovereign immunity. In 1946, however, Congress enacted the Federal Tort Claims Act (FTCA) waiving federal sovereign immunity except for intentional torts. The state's immunity extends to local municipalities at least to the extent that they are exercising governmental (as opposed to proprietary) functions. Governmental acts include functions that are uniquely governmental and could not be provided by a private organization. For example, Police and fire departments are uniquely governmental and enjoy a wide range of immunity. County hospitals or airports, on the other hand, are not so uniquely governmental and are, therefore, not usually extended immunity. With widespread introduction of liability insurance, many states abolished state and municipality immunity in the 1960s and 1970s. Some saw this as a positive step toward government being accountable for its wrongs and as a proper application of the same loss-spreading and compensation policies applicable to private tortfeasors. However, there has been a backlash against this trend and immunity has reappeared in recent years. But states that have governmental immunity generally make exceptions for some of the most common kinds of torts, such as personal injuries caused by traffic accidents involving state vehicles or improperly maintained public buildings. In addition, many states do not extend their immunity to their employees who can be held personally liable. And in many situations where there is employee liability, the government routinely steps in to pay any judgment.

9 O antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 15 (art. 43 do novo Código), estatuiu que o Estado será civilmente responsável pelos atos ilícitos praticados por seus representantes, que nessa qualidade causarem danos a alguém

Nosso ordenamento jurídico foi acompanhando essa evolução, adotando as teorias predominantes em cada época, com exclusão da Teoria do Risco Integral, apesar de alguns autores sustentarem o contrário, divergindo da larga maioria da doutrina e da jurisprudência.

A Constituição Federal brasileira de 1946, no art. 194, *caput*, trouxe para o seu bojo o tratamento da responsabilidade civil do Estado dispondo que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

O parágrafo único do dispositivo preceituava “*cabere-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes*”.¹⁰

A responsabilidade civil alcança tanto as pessoas de Direito Público, quanto as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, conforme prevê a Constituição da República¹¹, que garante o direito de regresso contra o autor do ato praticado dolosa ou culposamente. Tal disposição é repetida no art. 43¹² do Código Civil.

O ordenamento jurídico brasileiro admite que o Estado pode causar prejuízos aos seus súditos por conta de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, o que resulta na obrigação de recompor tais danos. A responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, compatível com sua situação jurídica, pois detém certos poderes para proporcionar prejuízos macroscópicos. Já os seus súditos não têm poderes para diminuir a atuação do Estado no âmbito de seus direitos individuais.

Segundo Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt:

O Estado, como pessoa jurídica de direito público, pode ser responsabilizado extracontratualmente em virtude de prejuízo causado a terceiros por atos e omissões de seus agentes. Sendo assim, a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação do Poder Público recompor prejuízos em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes público no exercício de suas funções¹³

10 FURTADO, op. cit.

11 O art. 37, § 6º da Constituição Federal prevê que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

12 CC. Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

13 BITTENCOURT, M. V. C. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 165.

Para Lucas Rocha Furtado “a publicização das regras relativas à responsabilidade civil do Estado importou na superação da responsabilidade civil subjetiva e na adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado.”¹⁴

Segundo o mesmo doutrinador, na responsabilidade civil do Estado, o Direito Público abandonou a regra de que o ressarcimento dos prejuízos pelo poder público requer a demonstração de culpa. Foi superada a responsabilidade civil subjetiva, em que tem que haver culpa para poder se exigir o dever de indenizar, e se adotou a teoria objetiva, em que o risco assume posição decisiva para obrigar o estado a responder civilmente pelos danos causados no desempenho das atividades públicas.¹⁵

Assim, a responsabilidade civil do Estado prescinde da comprovação de culpa. Neste particular, houve uma evolução da responsabilidade civilista, que não prescinde da culpa subjetiva do agente, para a responsabilidade pública, ou seja, responsabilidade objetiva.

De acordo com Paulo Nader, no Brasil sempre se reconheceu a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público “as quais se sujeitam, como as de Direito Privado e os indivíduos em geral, às regras do Direito Civil, e seus litígios são submetidos ao judiciário”¹⁶. Nader aponta também que a doutrina moderna não diferencia os atos administrativos em atos de autoridade e atos de gestão. Os atos administrativos, sejam eles de qualquer natureza, são suscetíveis de responsabilidade do Estado.

O agente público é o servidor vinculado a uma das pessoas jurídicas, na qual a conduta comissiva ou omissiva pode causar danos a alguém. Nader aponta também que “A responsabilidade do Estado se efetiva com a conduta do agente, que se vale da condição ou vínculo com a pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público, para causar dano a outrem, culposamente ou não”¹⁷.

A responsabilidade objetiva do Estado baseia-se em dois fundamentos jurídicos irretocáveis, previstos no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Primeiro, que a administração submete seus agentes e também o particular a vários riscos ao atuar e intervir nos diversos setores da vida social. Segundo, o risco administrativo acontece a partir de uma atividade lícita e regular da atividade administrativa.

Assim, conforme lições de Rocha Furtado:

14 FURTADO, op. cit.

15 Ibid.

16 NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, v. 7, responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 323.

17 NADER, Idem.

A adoção da responsabilidade civil objetiva importa em superar a necessidade de comprovação da culpa como requisito à imputação da responsabilidade civil, isto é, a adoção da teoria objetiva da responsabilidade civil prescinde da demonstração de culpa por parte daquele contra quem se requer a indenização.

Deste modo, para o particular pleitear indenização não terá que demonstrar a culpa do poder público, sendo necessário demonstrar apenas que:

- 1) Houve o dano sofrido e
- 2) O nexo de causalidade entre a conduta do agente público e mencionado dano.

Assim, tem entendido o e. STF, sobre os requisitos da responsabilidade civil do Estado:

RE 481110 AgR-ED / PE - PERNAMBUCO

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. [...] - O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado ou das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, embora objetiva, por efeito de previsão constitucional (CF, art. 37, § 6º), não afasta a necessidade de comprovação do nexo de causalidade material entre o comportamento - positivo (ação) ou negativo (omissão) - imputado aos agentes de referidas pessoas jurídicas, de um lado, e o evento danoso infligido a terceiros, de outro. Doutrina. Precedentes. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público ou da entidade de direito privado prestadora de serviços públicos, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público (ou a agente vinculado a entidade privada prestadora de serviços públicos), que tenha, nessa condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente de sua

licitude, ou não (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.¹⁸

Ainda, conforme precedente do STF, trazido por Rocha Furtado, no julgamento do RE n. 217.389-7 – São Paulo, a questão da demonstração de culpa é desprezada na hora de se avaliar a responsabilidade estatal. Vejamos:

A prova pericial é conclusiva de que a cirurgia foi realizada segundo as regras técnicas existentes para esse tipo de procedimento cirúrgico, não sendo possível concluir-se que as sequelas de que é portadora tenham sido causadas por imperícia médica, ou o exercício de prática não adotada para esse tipo de tratamento, devendo antes ser debitada a seqüela a um infortúnio imprevisível, para o qual ainda se buscou outra cirurgia, sem se conseguir o resultado esperado pelos médicos [...]

Vemos, assim, que basta a existência do dano e o nexo de causalidade existente entre o ato do agente do poder público, independentemente de culpa, para aferir-se a responsabilidade pelo evento danoso.

3 DAS MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A teoria objetiva se baseia na existência de risco. Ou seja, abandona a verificação de existir ou não culpa, para avaliar se o ato do Poder Público criou um risco para os administrados.

É conforme lecionado por Rocha Furtado, *“O dever de ressarcir prejuízos sofridos pelos particulares é atribuído ‘às pessoas de direito público ou de Direito Privado prestadoras de serviços públicos’ em razão das atividades que desempenham serem potencialmente lesivas, sujeitando os particulares a risco[...]”*¹⁹

Ou seja, independe da avaliação de culpa do Poder Público, mas, sim, em razão do risco da atividade que desempenha.

A teoria do risco admite duas modalidades: o risco administrativo e o risco integral.

Segundo Elias Rosa, na teoria do risco administrativo, temos que:

Para a responsabilização basta a ocorrência do dano causado por ato ‘lesivo e injusto’, não importando a culpa do Estado ou de seus agentes. Funda-se no risco que a atividade administrativa gera

¹⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=247244>>

¹⁹ FURTADO, op. cit.

necessariamente, sendo seus pressupostos: a) a existência de um ato ou fato administrativo; b) a existência de dano; c) a ausência de culpa da vítima; d) o nexo de causalidade. Demonstrada a culpa da vítima, ou a ausência de nexo de causalidade, exclui-se a responsabilidade do Estado. O risco administrativo não autoriza o reconhecimento inexorável da responsabilidade civil do Estado admitindo formas de exclusão (culpa da vítima, ausência de nexo de causalidade, força maior), ao contrário da teoria do risco integral [...].²⁰

Já na teoria do risco integral, *a Administração responde invariavelmente pelo dano suportado por terceiro, ainda que decorrente de culpa exclusiva deste, ou, até mesmo de dolo. É a exacerbação da teoria do risco administrativo que conduz ao abuso e à iniquidade social, como bem lembrado por Hely Lopes Meirelles na obra retro citada.*²¹

A referida teoria nunca foi aceita em nossa doutrina e jurisprudência, visto que acarretaria a responsabilidade do Estado, mesmo nos casos em que a culpa fosse exclusiva da vítima. Por isso, nunca foi abarcada por nenhuma de nossas Cartas Políticas.

4 DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Na teoria do risco administrativo, admite-se a existência de excludentes da responsabilidade civil do Estado, o que não acontece no risco integral, o qual não admite a existência de exclusão da responsabilidade, devendo o Estado ser responsabilizado sempre que houver prejuízo causado a terceiros por atos ou fatos administrativos.

Na teoria do risco administrativo, são admitidas algumas excludentes de responsabilidades, quais sejam: a) a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, b) o caso fortuito e a força maior.

Segundo lições de Carvalho Filho, para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que se verifique o comportamento do lesado na causação do dano.

No caso de culpa exclusiva da vítima, o Estado não será obrigado a reparar o dano sofrido. Alguns doutrinadores dizem que, nestes casos, a teoria do risco administrativo não abandonou definitivamente a teoria da culpa, bem como aduzem que há uma verdadeira inversão do ônus probatório.

²⁰ ROSA, op. cit.

²¹ HARADA. Kiyoshi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/491/responsabilidade-civil-do-estado>>. Acesso em: 11/10/2011.

Se o lesado em nada contribuiu para o evento danoso, o Estado responderá civilmente pelo evento. Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio infortúnio, caso que o Estado em nada será responsabilizado; se a culpa foi concorrente, do Estado e do particular, a indenização sofrida pelo Estado deverá ser proporcional à sua participação para o resultado danoso.

No caso do caso fortuito ou de força maior, adotando o conceito de que aquele é um evento da natureza, imprevisível e insuperável; este, um evento humano, encontraremos distinção quanto à responsabilidade do Estado.

Conforme nos ensina Lucas Rocha, *a distinção entre o caso fortuito e força maior é relevante porque, conforme já observamos, diante da omissão do Estado, o evento da natureza imprevisível, ou, ainda que previsível, insuperável, não exime a responsabilidade civil do poder público.*²²

Segundo o mesmo doutrinador, *o caso fortuito (evento da natureza) não é aceito como excludente da responsabilidade civil das pessoas de Direito Público ou de Direito Privado prestadoras de serviço público, caso tenha ocorrido omissão por parte destas pessoas.*

Assim, seria possível afirmar que se os danos sofridos pelos particulares decorrem de uma ação, são admitidos como excludentes da responsabilidade civil do Estado: a culpa exclusiva do particular ou de terceiro, a força maior e o caso fortuito.

Entretanto, se o particular sofrer dano em razão da omissão do Estado, somente são admitidos como excludentes da responsabilidade civil: a culpa exclusiva do particular e a força maior.²³

Os fatos de terceiros se assemelham aos fatos imprevisíveis, visto que não se pode imputar ao Estado a atuação de terceiros, nos casos em que não tenha havido conduta omissiva direta ao Estado. Somente nos casos em que se puder apurar a conduta omissa do Estado é que este poderá ser responsabilizado.

Carvalho Filho nos ensina que:

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir

²² FURTADO, op. cit.

²³ Ibid.

diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.²⁴

Deste modo, podemos concluir que, nos casos de conduta omissiva, há que se analisar a ocorrência de culpa, caracterizada pela ausência do dever legal de impedir o evento danoso.

5 DO DIREITO DE REGRESSO

O direito de regresso implica no direito de o Estado se voltar contra o agente público, responsável pelo dano, quando tenha este agido com culpa ou dolo.²⁵

De acordo com Nader “*A ação deve ser ajuizada em face da Fazenda Pública a que estiver subordinado o agente público. Se este pertencer à pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público, contra esta deverá ser proposta a ação*”²⁶ E não vai se sujeitar ao comando Constitucional, a pessoa jurídica que não presta serviço público mesmo que seja integrante da administração indireta com atividade econômica privada.

Isto porque, preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição Federal que “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]*.”

O fundamento jurídico para o direito de regresso, em face do agente, encontra-se na parte final do § 6º do artigo, supracitado, que preleciona no seguinte sentido “*assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

Assim, parece-nos que a ação deve ser intentada diretamente contra o Poder Público, conforme tem decidido o e. STF. Vejamos:

*RE 228977 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. NÉRIDA SILVEIRA
Julgamento: 05/03/2002 Órgão Julgador: Segunda Turma*

EMENTA: - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para

²⁴ CARVALHO FILHO. Idem

²⁵ Ibid.

²⁶ NADER. op. cit.

o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁷

6 CONCLUSÃO

Deste modo, temos que o tema responsabilidade civil do Estado é extracontratual e implica na obrigação deste de reparar o dano causado pelo próprio Estado ou por seus agentes, no exercício de suas funções.

Para tanto, faz-se necessária existência de um ato ou fato administrativo, um evento danoso, o nexo de causalidade, que não haja nenhuma excludente de culpabilidade que lhe retire a obrigação de indenizar e o nexo de causalidade.

Nosso direito não abarca a teoria do risco integral, que não admite qualquer forma de exclusão do dever de indenizar, posto que, não obstante a existência de dano, se restar provada a culpa exclusiva da vítima, o Poder Público não responderá pelo evento danoso, assegurado o direito de regresso contra o agente causador do dano, nos termos previstos pelo texto do art. 37, § 6º, da Carta da República.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 1.417.453 – RJ*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Agravante: Companhia Municipal de Limpeza Urbana. Agravado: Raunilta Pereira de Araújo. Interessado: Estado do Rio de Janeiro. Disponível em < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em 26 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 6417 P R (90.0012274-0)*. Relator: Sr Ministro Garcia Vieira. Recorrente: Dario Mery

²⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=responsabilidade+e+civil+e+estado+e+a%E7%E3o+e+regresso&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13.10.2011.

dos Santos. Recorrido: Estado do Paraná. Disponível em< <http://www.stj.jus.br>> Acesso em 26 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 1.103.154 - AM (2008/0240322-8)*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Agravante: Estado do Amazonas. Procurador: Virginia Nunes Bessa e Outro(s). Agravado: Ana Maria de Oliveira Almeida e Outro. Disponível em< <http://www.stj.jus.br>> Acesso em 26 set. 2011.

BITTENCOURT, M. V. C. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal system of the United States. USA*: Thompson/West, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade, Teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Responsabilidade Civil: aspectos processuais*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. v. 7. responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. v. 19. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

O DIREITO DE NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO E O CRIME DE PERJÚRIO

*THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND
THE PERJURY FELONY*

Cristiane Cantarelli Pouey

Procuradora Federal com atuação em matéria previdenciária.

Especialista em Direito Público

Reginaldo Roberto Albuquerque de Sá

Procurador Federal, Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de

Aviação Civil da Presidência da República

SUMÁRIO: 1 Considerações Introdutórias; 2 O Princípio da não Auto-Incriminação; 3 O Princípio da não Auto-Incriminação No Direito Norte-Americano. O Crime de Perjúrio; 4 O Princípio da não Auto-Incriminação No Brasil; 5 Considerações Finais; 6 Referências.

RESUMO: Uma das garantias de proteção ao acusado que decorre do princípio da não auto-incriminação é o direito ao silêncio, garantia reconhecida em nosso ordenamento e em convenções internacionais. Nos Estados Unidos, essa proteção também é constitucionalmente garantida, mas há uma diferença entre a concepção norte-americana e a brasileira. Lá, quem opta por abrir mão dessa prerrogativa, tem o compromisso de não prestar falsas declarações. O acusado pode calar; se falar, só pode falar a verdade, sob pena de, não o fazendo, cometer o crime de perjúrio. No Brasil, a ausência de previsão de cometimento de crime de perjúrio pelo réu, que não presta compromisso ao fazer declarações em juízo, permite que o acusado que abra mão do direito de permanecer em silêncio preste falso depoimento, sem que por isso seja punido, desde que tais declarações não prejudiquem terceiros ou a administração da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Não auto-incriminação. Garantia do acusado. Direito ao silêncio. Perjúrio. Brasil e Estados Unidos.

ABSTRACT: One of the protections to the accused which follows from the privilege against self-incrimination is the right to silence, which is recognized in internal law and in international conventions. In the United States, this protection is also constitutionally guaranteed, but there is a difference between the conception of it in U.S. and in Brazil. There, who chooses to forgo the right to remain in silence is committed to not give false testimony. The accused may remain silent; but if one chooses to speak, he can only speak the truth. Failing that, he commits the crime of perjury. In Brazil, the lack of a legal rule that incriminates on perjury the defendant, who pays no commitment to make statements in court, allows him to forgo the right to remain silent and to misrepresent at court, without being punished, on the condition that such statements do not offend other individuals or the justice administration.

KEYWORDS: Privilege against self-incrimination. Protections of the accused. Right to remain in silence. Perjury. Brazil and United States.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

“Você tem o direito de permanecer calado. Tudo o que disser poderá ser usado contra você no tribunal”. O uso obrigatório do hoje clichê cinematográfico, chamado Aviso de Miranda (Miranda Rights ou Miranda Warning) teve sua origem em uma ação movida pelo Estado do Arizona contra o contumaz criminoso Ernesto Arturo Miranda. Ernesto, enquanto sob custódia da polícia durante uma investigação, assinou uma confissão de crime de rapto e estupro de uma jovem de dezoito anos de idade com problemas mentais, sendo condenado a cinquenta anos de prisão (vinte anos pelo rapto e trinta anos pelo estupro) com base nesta evidência. Em apelação ao Tribunal do Estado do Arizona, a condenação foi mantida.

O advogado público que defendia Ernesto, então, recorreu à Suprema Corte e conseguiu anular a condenação, sob argumento de que Ernesto havia confessado o crime sem saber que podia contar com a presença de um advogado, bem como sem ter ciência de que estava protegido contra a auto-incriminação e que, portanto, teria a opção de não produzir provas que levassem à sua condenação. O voto vencedor da decisão, do Juiz Earl Warren, ex-promotor, tornou-se célebre ao estipular que a confissão do preso que antes não fora advertido do seu direito de permanecer em silêncio seria desconsiderada. Ainda, que o preso deveria estar ciente de que o que falasse poderia ser usado contra ele e, além disso, saber que poderia contar com um advogado.

Assim se firmou nos Estados Unidos o entendimento de que os depoimentos dos acusados, enquanto sob custódia da polícia, somente podem ser utilizados pelos Promotores se os policiais, antes, os avisaram dos seus direitos. Estabeleceu, ainda, a Suprema Corte, que todos os acusados têm o direito de permanecer em silêncio. Usando a famosa frase, desde então, os policiais garantem que as provas obtidas por confissão em seus interrogatórios não sejam perdidas. A decisão no caso Miranda procurou afastar a ignorância do suspeito como fator determinante na obtenção de confissões, muitas vezes involuntárias.

No caso de Miranda, a decisão apenas adiou o inevitável: ele retirou sua confissão, mas foi novamente julgado e condenado pelo estado do Arizona.

O “direito ao silêncio” é uma das faces do princípio da não auto-incriminação. Permanecer em silêncio é uma forma de o acusado não produzir prova que venha em seu prejuízo, ou seja, é uma garantia de não auto-incriminação. Assim, o acusado fica livre da obrigação de colaborar em procedimentos de produção de prova que possam culminar

com a sua condenação. A não auto-incriminação vem do direito romano (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur se ipsum accusare*), consagrada ainda pelo *bill of rights* do direito anglo-saxão, como *privilege against self-incrimination*.¹

Lucas reflete: “o princípio *nemo tenetur se detegere* tem origem nos princípios da dignidade humana, da ampla defesa e da presunção de inocência, residindo neste último, talvez, sua mais evidente fundamentação.”²

A diferença de aplicação do princípio da não auto-incriminação no Brasil e nos Estados Unidos, especificamente no que concerne ao direito de silêncio, será abordada nas linhas seguintes. A previsão norte-americana para o crime de perjúrio para aqueles acusados que optam por abrir mão da prerrogativa de manterem-se calados não é encontrada no direito brasileiro, e essa diferença de enfoque é o objeto do presente estudo.

2 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

O princípio da não auto-incriminação é uma conquista do indivíduo perante o poder investigativo do Estado. É uma proteção do sujeito à obrigação de produzir provas que o incriminem.³ É fundado no instinto natural de preservação e admite informações, declarações, dados ou objetos de prova que incriminem mesmo que indiretamente o sujeito apenas quando fornecidos voluntariamente. “O direito de não auto-incriminação, como se vê, integra a autodefesa, que faz parte da ampla defesa, que é uma das garantias do devido processo criminal”.⁴

Januário⁵, citando Zainagui, esclarece que alguns defendem que a origem do princípio estaria na cultura hebraica, segundo a qual não se admite em depoimento qualquer testemunho auto-incriminatório, mesmo (e especialmente) voluntário, já que o homem não poderia dispor

1 NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

2 LUCAS, Ana Cláudia. *Princípio de Não Auto-incriminação ou “Nemo tenetur se detegere”*. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/2009/09/principio-de-nao-auto-incriminacao-ou.html>> Acesso em: 12 set. 2011.

3 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

4 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 set. 2011.

5 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

da própria vida, que, segundo a cultura, pertence a Deus. Mas entende o autor que a atual concepção do princípio remete à diferente origem.

Conforme explica Gomes, a Inquisição, na Idade Média, permeada pelo absolutismo monárquico e pela igreja, incentivava a tortura como meio de alcançar a confissão, "rainha das provas" no período. Enquanto a monarquia européia adotava o sistema da prova tarifada, (sistema hoje repudiado, no qual cada prova tinha um valor estabelecido em uma tabela, com uma hierarquia entre estas), a igreja adotava o sistema inquisitório de perseguição criminal, tudo isso para buscar a verdade a qualquer custo (mesmo que confessada mediante tortura).⁶

Assim, durante toda a Idade Média os direitos do acusado restaram ofuscados por um procedimento secreto, que desrespeitava o sistema acusatório, dispensava a presença do advogado, obrigava a confissão e a entendia como forma de arrependimento e expiação. O sistema inquisitório, então vigente, começou a ser questionado e denunciado na Idade Moderna, tendo fim com o apogeu do Iluminismo. Cesare Beccaria e Pietro Verri trouxeram os enfoques iluministas ao processo penal, promovendo forte combate ao sistema inquisitório e alcançando o ressurgimento de um renovado sistema acusatório.⁷ Dessa forma, a tortura foi gradativamente sendo eliminada e, com a renovação do sistema acusatório o direito contra a auto-incriminação ganhou destaque. Porém, como esclarece Queijo⁸, o entendimento não era de que o acusado tinha direito ao silêncio, mas de que tinha oportunidade de falar no processo criminal. A mudança essencial foi transformar o interrogatório de meio de prova em meio de defesa – não deve visar à obtenção de confissão, mas sim dar oportunidade ao acusado de ser ouvido.

Assim, o investigado, que era um objeto de prova para o sistema inquisitório, passou a ser sujeito de direitos e, consagrada no artigo 9 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a presunção de inocência tomou força.

Gomes⁹ entende que o direito de não auto-incriminação compreende:

6 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 set. 2011.

7 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

8 Apud JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

9 GOMES, op. cit.

(1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

O autor admite ainda que apenas três dessas dimensões são expressamente contempladas em nosso direito (item 1) e em tratados internacionais (itens 3 e 4), sendo que as demais dimensões são fruto de construção jurisprudencial, a exemplo do STF, HC 96.219-SP, rel. Min. Celso de Mello. Assim, revela, existe corrente jurisprudencial (norte-americana) e doutrinária que preferem uma interpretação mais restritiva, ao reconhecer que o direito de não auto-incriminação apenas abrangia o silêncio e as declarações comunicativas do réu, sejam elas orais ou escritas.¹⁰ Nessa divergência de interpretação (restritiva ou ampliativa) está a diferença de tratamento dado ao instituto no nosso direito e no direito norte-americano.

3 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO. O CRIME DE PERJÚRIO.

“O direito de não se incriminar, que impõe ao silêncio o significado da não culpabilidade, tendo como correlata a obrigação de dizer a verdade – tudo o que todos dizem em juízo deve ser verdade, sob pena de cometerem o crime de *perjury*”.¹¹

Perjúrio vem do latim *perjurium* e significa prestar deliberadamente falso ou enganoso testemunho sob juramento. Seria como quebrar um juramento. Segundo Houaiss¹², perjúrio é o “crime de falso testemunho

10 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 25 set. 2011.

11 KANT DE LIMA, R. 1999. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público*. Revista de sociologia e política, Curitiba, n. 13, p. 23-38, novembro.

12 KOOGAN, A.; HOUAISS, A. (ed). *Enciclopédia e Dicionário Digital 98*. Direção geral de: André Koogan Breikman. São Paulo: Delta, 1998. 5 CD-ROM.

ou de falsa acusação; testemunho em que se afirma em prejuízo de outrem ou da justiça, algo que a testemunha sabe ser falso.”

Nos Estados Unidos o princípio da não auto-incriminação garante o direito ao silêncio do réu nos processos penais. No entanto, quando o réu opta por abrir mão desse direito, suas manifestações ficam sob o compromisso de dizer a verdade, podendo o réu ser punido pelo crime de perjúrio caso profira afirmações mentirosas. O U.S. Code, em seu título 18, parte 01 do capítulo 79, prevê, no parágrafo 1621, uma pena de até cinco anos para quem mente sob juramento:

U.S. Code, title 18, part 1, chapter 79

§ 1621. PERJURY GENERALLY Whoever—

(1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or

(2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true;

is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States.¹³

Assim, nos Estados Unidos, o princípio da não auto-incriminação é delimitado pelo livre arbítrio (nos Estados Unidos, cerca de 80% dos suspeitos abrem mão dos direitos ao silêncio e a um advogado e, estima-se que, atualmente, o percentual de confissões de crimes durante o interrogatório chegue a 55%).¹⁴

13 U.S. Code. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_18_00001621----000-.html> Acesso em: 25 set. 2011.

14 LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interrogatorios-eua.htm>> Acesso em: 25 set. 2011.

Noutros dizeres, ainda que o sistema anglo-saxão também preveja a garantia da não auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), incorporado em 1791 ao texto constitucional por intermédio da 5ª Emenda (que modificou o art. 7º), permite que o agente abra mão desta garantia e aceite prestar esclarecimentos despojado do manto protetivo desta prerrogativa. Nesta hipótese, se assim o fizer, ou seja, se concordar em prestar informações no seu interrogatório, sob juramento, sem invocar a imunidade consignada na 5ª Emenda, estaria sujeito a ser responsabilizado pelo delito de perjúrio.

Conduta caracterizada - neste contexto - como um atentado contra a dignidade e a administração da justiça (*contempt of court*), que pode ser entendido como sendo 'a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem'.¹⁵

Inclusive, Bill Clinton tornou-se o segundo presidente norte-americano a sofrer um processo de *impeachment*, como resultado de mentiras referente ao escândalo envolvendo a estagiária Monica Lewinsky, e isso se deu em decorrência das acusações de perjúrio e obstrução à justiça. Ele acabou sendo absolvido pelo Senado dessas imputações em 12 de fevereiro de 1999.

Apesar da atual concepção de garantias contra a auto-incriminação, tal proteção nem sempre foi respeitada nos Estados Unidos. A tortura e abusos físicos eram métodos entendidos aceitáveis e até lícitos de interrogatório e obtenção de confissão. Geralmente eram utilizadas técnicas de tortura que não deixavam marcas, e eram livremente aceitas em juízo, desde que o acusado assinasse um documento afirmando que a confissão havia sido voluntária. Foi assim até o início do século XX. E mesmo as confissões involuntárias havendo sido proibidas pela Suprema Corte em 1897, somente nas décadas de 30 a 60 que as restrições às táticas policiais se tornaram mais severas e acabaram por iniciar um processo de modificação das práticas dos interrogatórios. Em 1937, "no caso Brown x Mississippi, a Suprema Corte descartou uma confissão 'voluntária' obtida depois que policiais penduraram um suspeito em uma árvore e o chicotearam repetidas vezes".¹⁶

15 NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

16 LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interrogatorios-eua.htm>> Acesso em: 25 set. 2011.

Antes disso, lembra Gomes¹⁷, a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1774, já previa a não obrigação de o acusado produzir provas contra si. Tal previsão legislativa foi fonte da V Emenda à Constituição Norte-Americana (Fifth Amendment of the U.S. Constitution):

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.¹⁸

Esse direito foi ratificado em 1965, pelo caso *Griffin vs. California* (o direito ao silêncio não pode ser usado em prejuízo do réu) e, em seguida, *Miranda vs. Arizona* (abordado na primeira parte do trabalho), onde ficaram estabelecidos diversos limites ao poder investigativo do Estado em face do cidadão.

4 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO BRASIL.

A previsão constitucional do direito ao silêncio no Brasil veio expressa somente na carta de 1988, embora o caminho para a busca da verdade real no processo e a garantia dos direitos dos indivíduos tivesse dado passos incipientes muito antes disso. A Constituição de 1824 no art. 179, inciso XIX, dizia que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis”.

Mais um passo importante foi dado com as Constituições de 1891 (art. 72, § 16 que previram que “aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusado e das testemunhas”), bem como na Constituição de 1934 (art. 113, n. 24, que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”),

¹⁷ GOMES, op. cit.

¹⁸ U.S Constitution. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment> Acesso em: 25 set. 2011.

já que incorporada ao processo a figura da ampla defesa e os meios a ela necessários.

O direito ao contraditório, nas Constituições de 1937 e 1946, ajudou a complementar esse conceito processual de busca pela verdade. Em 1967 e 1969 a ampla defesa e o contraditório permanecem no texto constitucional, que não trouxe grandes novidades no ponto, e, então, a Constituição Federal de 1988 trouxe expresso o “direito ao silêncio”. Diz o inciso LXIII do artigo 5º: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O Código de Processo Penal, por sua vez, já continha previsão, desde 1941, dessa proteção, porém de forma mais branda, já que era expresso que, apesar de não ser obrigado a responder as perguntas, caso o réu optasse pelo silêncio, tal atitude poderia ser interpretada em prejuízo da defesa: “CPP art. 186: antes de começar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Era como uma advertência ao réu. O Supremo Tribunal Federal, no HC 80.949-9/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, declarou inconstitucional a segunda parte desse artigo, tanto que, tal artigo, teve a redação alterada pela Lei 10.792 em 2003, com a supressão desta última parte, o que fortaleceu o princípio constitucional.

Nos tratados internacionais também há essa garantia, já incorporada ao nosso direito antes da alteração do Código de Processo Penal. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966 (em vigor, no Brasil, pelo Decreto 592/1992) dispõe que, toda pessoa acusada de um delito terá direito a não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

Dita previsão também vem expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, (em vigor, no Brasil, pelo Decreto 678/1992) que, em seu artigo 8º, parágrafo 2º, g, assim prevê: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: ...g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado”¹⁹.

19 Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>
Acesso em: 12 set. 2011.

Januário lembra, ainda, que o Estatuto de Roma, em 1998, criou o Tribunal Penal Internacional, cujo objetivo é punir os crimes que afetem a comunidade internacional, e que também adotou expressamente a proteção contra a auto-incriminação.²⁰

No Entanto, ao assegurar constitucionalmente o direito de o acusado não se auto-incriminar (direito ao silêncio), não se criminaliza, como no direito anglo-americano, a mentira dita pelo réu em sua defesa, o que implica em não haver, no Brasil, a possibilidade de condenação por *perjury*, apenas por falso testemunho.²¹

Em nosso país, o réu não presta compromisso de dizer a verdade. Na crítica de Coelho²²,

no Brasil não existe o crime de perjúrio mas apenas o de falso testemunho, e este pode ser praticado apenas por testemunhas, peritos, tradutores ou intérpretes, mas não pelos acusados. Assim, estes têm o direito de falarem o que quiserem em juízo, por mais absurdo que seja e ainda assim não estarão praticando crime algum.

Em terras um pouco mais civilizadas que esta, como os Estados Unidos e a Inglaterra, o acusado que mentir em seu depoimento ou interrogatório responde por perjúrio, além do crime pelo qual já estava respondendo. O ex-presidente americano Bill Clinton quase sofreu impeachment por causa disso (e não por ter tido um caso extra-conjugal como a imprensa brasileira deu a entender). Jonathan Aitken, secretário do Tesouro inglês no governo de John Major foi condenado a uma pena de dezoito meses de prisão, dos quais cumpriu sete, por ter cometido o crime de perjúrio.

Segundo Mirabete,

sendo o interrogatório ao menos em parte, meio de defesa, o acusado pode mentir e negar a verdade. Não há um verdadeiro direito de

20 JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

21 KANT DE LIMA, R. 1999. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil*: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de sociologia e política, Curitiba, n. 13, p. 23-38, novembro.

22 COELHO, Marcelo Moura. *Perjúrio já!* Disponível em: <http://www.ubaweb.com/revista/g_mascara.php?grc=10577> Acesso em: 13 set. 2011.

mentir, tanto que as eventuais contradições em seu depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas. Mas o acusado, não presta compromisso de dizer a verdade, como testemunha, e sua mentira não constitui crime, não é ilícito. O réu é livre para mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção. Essa liberdade, porém, é concedida apenas em benefício de sua defesa, pois se ele atribui a si próprio crime inexistente ou praticado por outrem, comete o delito de auto-acusação falsa [...] ²³

O réu, no Brasil, não presta compromisso, não podendo, portanto, ser condenado por eventual mentira dita em depoimento em juízo. Inclusive a testemunha, que mente em juízo para não se incriminar, desde que não vise a prejudicar terceiros ou a administração da justiça, não comete crime de falso testemunho. Este é o entendimento do STJ, que define os limites para o exercício do direito à não auto-incriminação, revelando sua essência e consequências. Mas a testemunha, em regra, presta compromisso e está sujeita, sim, ao crime de falso testemunho. Tal construção decorre do fato de a testemunha não ser parte no processo não possuindo, em tese, interesse em seu resultado, de forma que sua função é apenas relatar verdadeiramente o que presenciou.

A nossa Jurisprudência também remete para tal entendimento, como pode se inferir dos excertos colacionados abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. FALSA IDENTIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. DIREITO AO SILÊNCIO: INAPLICABILIDADE DA GARANTIA. MOEDA FALSA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Habeas corpus impetrado visando trancamento da ação penal na qual se imputa à paciente a prática dos crimes tipificados nos artigos 307 e 289, § 1º, ambos do Código Penal. 2. A garantia insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, tem origens na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que estabelece que “no person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”, ou, em tradução livre, que “nenhuma pessoa será compelida, em nenhuma causa criminal, a ser testemunha contra si mesmo”. 3.

23 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processopenal*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. p. 282.

Referida garantia, conhecida na doutrina norte-americana como “privilege against self-incrimination”, ou privilégio contra auto-incriminação, não inclui, nos Estados Unidos da América, onde nasceu - como se entende por estas terras brasileiras - nem mesmo o direito do réu a mentir, ainda que sobre fatos relativos à acusação que lhe é feita, mas apenas e tão somente o direito de permanecer calado. 4. A garantia do direito ao silêncio não inclui o direito do réu de mentir sobre a sua própria identidade, mas diz respeito apenas e tão somente aos fatos com relação aos quais está sendo acusado. Precedentes do STF e desta Turma. 5. O entendimento de que o direito ao silêncio inclui o direito de mentir acerca de própria identidade coloca em risco a segurança do sistema jurídico-penal, bem como pode também - como no caso dos autos, em que a paciente declinou o nome de uma amiga - colocar pessoas inocentes diante de uma injusta perseguição penal. 6. A utilização de cédula espúria para a compra de mercadoria, ainda que se trate de uma única nota falsa, é conduta que amolda-se ao tipo previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal e possui potencialidade lesiva a bem jurídico tutelado. 7. O valor monetário representado pela cédula falsa, assim como a quantidade apreendida, não constituem elementos hábeis a mensurar a potencialidade da lesão causada à fé pública do Estado, e tampouco a excluir a tipicidade, sendo inaplicável o princípio da insignificância. Precedentes desta Turma. 8. Ordem denegada. (TRF 3ª, 1ª Turma, HC 26465, Rel. Juiz Márcio Mesquita, DJU 24.4.2007)

EMENTA: - “Habeas corpus”. Falsidade ideológica. - No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. «Habeas corpus» deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa. (STF, 1ª Turma, HC 75257, Rel. Ministro Moreira Alves, 17.6.97)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. IMPOSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL, COM A COLHEITA DE DEPOIMENTO DE CO-RÉU. 1. O testemunho

de acusado, como requerido por co-réu, não se mostra possível na ordem jurídica pátria vigente, ante a incompatibilidade manifesta entre aquele que presta testemunho de um fato e aquele que depõe sobre o mesmo, a supor admissível a atuação dissociada do depoente. 2. Os ônus que recaem sobre a testemunha não podem ser atribuídos ao acusado, que pode calar-se, omitir e até mentir sobre o fato investigado. 3. Patente, ainda, a inutilidade da colheita do testemunho do co-réu, visto que esse no curso da persecução penal é interrogado, momento em que pode ser perquirido sobre determinados fatos reputados relevantes pela defesa. 4. Ordem de habeas corpus denegada. (TRF 2ª, 2ª Turma Especializada, HC 5037, Rel. André Fontes, DJ 4.7.2007)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. SUSCITAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA, JÁ DECIDIDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO CASO CONCRETO. 1. Habeas Corpus impetrado contra ato que decretou a prisão preventiva do paciente, nos autos de ação penal em que se imputa ao paciente a prática do crime previsto no artigo 35, combinado com o artigo 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/06. 2. Não há suporte constitucional para a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, visando evitar o que a decisão atacada denominou de “concerto de depoimentos”. 3. A Constituição Federal de 1988 garante a qualquer acusado o direito ao silêncio, no qual se inclui o privilégio da não auto-incriminação, possibilitando a opção ao silêncio, sem que seja interpretado em prejuízo da defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LXIII. Assim, o réu na ação penal poderá silenciar sobre os questionamentos e até mentir em juízo, sem qualquer sanção. Ao juiz, no ato de sentenciar, caberá a valoração da prova. Precedentes do Supremo Tribunal Federa. 4. Se o réu pode silenciar em seu interrogatório, e pode mentir em seu interrogatório, a possibilidade de eventual “combinação” de depoimentos entre co-réus não pode servir de fundamento à decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. A prosperar tal tese, em toda ação penal decorrente de denúncia oferecida contra mais de um réu restaria de antemão justificada a decretação da prisão preventiva. 5. Não obstante, o preenchimento dos requisitos da materialidade e autoria delitiva imputadas aos pacientes pode ser extraído, *prima facie*, do recebimento da denúncia, e houve fundamentação suficiente

na decisão impugnada para a decretação da custódia cautelar, no sentido de que presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria imputada ao paciente, bem como presente a necessidade da custódia cautelar. (TRF 3ª, 1ª Turma, HC 34641, Rel. Juiz Márcio Mesquita, DJ 16.3.2009)

A não criminalização do perjúrio é justificada “...pelo reconhecimento de que não se afigura prudente exigir daquele que está sob suspeição, que contribua para a formação da sua própria culpa”.²⁴

Por fim, como bem adverte Iocohama²⁵,

No plano do Processo Civil tal regra não tem aplicação, pois não envolve a figura do preso e nem é tutelado o mesmo bem, pois o seu plano principal envolve patrimônio, distinto do processo penal onde se destaca a liberdade como bem jurídico principal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É uma espécie de antinomia. Se por um lado o instinto natural do homem de auto-preservação seria autorizador de um suposto direito de mentir, por outro lado a mentira não pode ser largamente tolerada, sob pena de distanciarmos-nos dos objetivos de justiça. Nossa legislação permite a mentira do réu desde que ela não prejudique terceiros ou a administração da justiça. Ora, qual mentira do réu não prejudica a administração da justiça? Nesse sentido, Iocohama:

Surge então a possibilidade de prejuízo para a parte contrária, quando poderá se ver tolhida de seu direito mediante a mentira da outra parte. Surge, ainda, a possibilidade de prejuízo para o Estado, seja na possibilidade de ser induzido em erro na formação de convencimento do juiz diante de alegações falsas, seja desperdiçando tempo estatal com atividades necessárias.²⁶

Iocohama, ao abordar a questão da verdade dos fatos para o juiz adverte ainda:

24 NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

25 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O dever de veracidade das partes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9645/o-dever-de-veracidade-das-partes>> Acesso em: 15 set. 2011.

26 Ibid.

Ao juiz há de se verificar a importância de se lhe formar o convencimento com fatos verdadeiros, capazes de gerar uma decisão justa. Assim, não poderá tolerar que seja enganado, pois isso prejudicará diretamente o seu trabalho e o resultado de sua atividade – e, por via de consequência, da própria função estatal.²⁷

Andrade complementa, dizendo que

Não só isso. Haveria também um impedimento às outras pessoas para a utilização da justiça. No momento em que um processo foi dilatado e demora mais que o normal, o acesso das outras pessoas à justiça se torna dificultoso e moroso, devido ao acúmulo de processos que ficam pendentes de resolução.²⁸

Essa antinomia é encontrada, inclusive, na obra de Beccaria, como bem destaca Queijo:

registra-se, dessa forma, verdadeiro contra-senso na obra de Beccaria, na medida em que sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à Justiça.²⁹

Não sejamos tão radicais como Beccaria, que entende deva ser punido o acusado silente, mas deve haver certo tempero ao direito contra a auto-incriminação. Entendemos que a proteção da legislação brasileira poderia ser menos extensa, deveria deixar de proteger a mentira, já que suficiente à auto-preservação garantir ao acusado proteção às condutas omissivas.

Andrade, por seu turno, não encontra em nossa legislação um permissivo para a mentira. Ela explica que “não existe um direito de mentir; existe uma construção doutrinária e jurisprudencial no sentido

27 IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O dever de veracidade das partes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9645/o-dever-de-veracidade-das-partes>> Acesso em: 15 set. 2011.

28 ANDRADE, Erica Isabel Dellatorre. *O direito constitucional ao silêncio e o ‘direito’ a mentir em âmbito processual*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf> Disponível em: 10 out. 2011.

29 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nem tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9.

de forçar uma interpretação favorável ao imputado, sem preocupar-se com a sociedade”³⁰

Sobre a questão, merece ainda destaque o escólio de Sérgio Luiz dos Santos, in *Do estelionato processual na Justiça do Trabalho: necessidade da caracterização doutrinária*:

“A atividade judicante se mostra, por vezes, ingrata, na medida em que não revela, nitidamente, soluções para questões que contribuiriam inexoravelmente para a celeridade e economia processuais, bem como para a melhoria na distribuição da Justiça. Uma dessas *quaestio juris* ainda não solucionadas, pelo menos no que tange à Jurisprudência em seara laboral, se refere à possibilidade de se punirem penalmente as partes litigantes pela conduta desleal de explicitamente estarem mentindo em juízo. Efetivamente, a lei processual já prevê sanções à litigância de má-fé (Art. 17 do CPC) que, no entanto, no nosso entender, não logram cumprir a função educativa a que se propõem. As partes continuam, deliberadamente, a assumir comportamento mendaz perante o órgão judiciário, sendo inclusive, muitas vezes, orientadas a tal fim com vistas ao lucro que podem auferir em detrimento do exercício escorreito da Jurisdição.

De há muito já se legislou a esse respeito no tocante aos depoimentos das testemunhas indicadas pelas partes e demais auxiliares da justiça, que podem incorrer, atualmente, nos crimes tipificados como “Falso Testemunho ou Falsa Perícia” pelo Código Penal pátrio (Arts. 342 e 343). Outrossim, já estão descritos crimes praticados pelos advogados (patrocínio infiel e tergiversação - Art. 355, *caput* e parágrafo único do CP), bem como por terceiros que, de algum modo, contribuem para a leviandade dos que prestam depoimento em audiência (Art. 343 do CP). A lei penal, por outro lado, prevê punição para atos materiais de alteração do estado das coisas (dos meios probatórios) a fim de se induzir o juízo a erro (Art. 347 do CP). Ainda assim, permanece silente - pelo menos não é explícita - a lei em relação aos litigantes, o que leva muitos magistrados a se resignarem com o ambiente teatral a que estão constantemente submetidos.”³¹

Verifica-se que no Sistema Norte Americano o réu tem o direito ao silêncio como permissivo constitucional, mas, ao recusar esta

30 ANDRADE, Erica Isabel Dellatorre. *O direito constitucional ao silêncio e o 'direito' a mentir em âmbito processual*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf> Disponível em: 10 out. 2011.

31 FILHO, Sérgio Luiz dos Santos. *Do estelionato processual na Justiça do Trabalho: necessidade da caracterização doutrinária*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22862-22864-1-PB.htm>> Acesso em: 10 out. 2011.

benefício, só pode fazê-lo para contribuir com a busca da verdade real no Processo, com as consequências penais de sua utilização diversa, *in casu*, o cometimento do crime de Perjúrio. Não se está aqui a defender que este sistema seja o ideal, nem mesmo se entende que seja melhor que o brasileiro. Poderiam ser enumeradas diversas críticas a um direito célere, eficaz, mas que, a custa disso, passa longe de ser justo e equânime (Kant de Lima, 1997). O que se defende é que pontos positivos podem ser tidos como exemplo, aperfeiçoando os métodos já aplicados em nosso ordenamento.

De toda razão, o que se observa basicamente é que o “direito ao silêncio” e, no Brasil, a decorrente construção doutrinária e jurisprudencial do “direito de mentir”, servem como uma proteção ao réu na ação penal, já que o mesmo pode utilizá-los em sua defesa a fim de evitar uma condenação criminal.

Embora se discorde da escolha do legislador em não punir, no Brasil, o perjúrio cometido pelo réu, não se pode dizer que seja uma opção legislativa de toda falha ou injustificada. Acreditamos que o crime de perjúrio deveria existir, sim, no Brasil, mas de forma temperada, adaptada à nossa realidade.

No sistema brasileiro, “O juiz, não mais o Estado, é visto como um ser superior, capaz de formular um julgamento racional, imparcial e neutro, que *descubra* não só a ‘verdade real’ dos fatos, mas as *verdadeiras intenções* dos agentes” (Kant de Lima, 1997). Ocorre que com o volume de processos a que estão submetidos os juizes, o trabalho meticuloso e dedicado de investigação pode acabar se tornando inviável e, até mesmo, impossível, de forma que, a mentira acaba muitas vezes passando despercebida pelo judiciário, que deixa de cumprir o seu papel constitucional de promover a justiça através do devido processo legal. Permitir que o réu possa se utilizar de artifícios para distorcer a verdade no processo, sem qualquer tipo de sanção, incentiva a parte a levar vantagens sobre a outra que, ao final, pode ter seu direito preterido (*in casu* a própria sociedade). Desta forma, se deixam de observar outras garantias como a igualdade e a boa-fé, culminando, por vezes com um devido processo legal parcial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE. Erica Isabel Dellatorre. *O direito constitucional ao silêncio e o ‘direito’ a mentir em âmbito processual*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

COELHO, Marcelo Moura. *Perjúrio já!* Disponível em: <http://www.ubaweb.com/revista/g_mascara.php?grc=10577> Acesso em: 13 set. 2011.

FILHO, Sérgio Luiz dos Santos. *Do estelionato processual na Justiça do Trabalho*: necessidade da caracterização doutrinária. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22862-22864-1-PB.htm>> Acesso em: 10 out. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> . Acesso em: 26 janeiro. 2010.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *O dever de veracidade das partes*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9645/o-dever-de-veracidade-das-partes>> Acesso em: 15 set. 2011.

JANUÁRIO, D. *A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro*. Rev. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

KANT DE LIMA, R. 1997. *Polícia e exclusão na cultura judiciária*. Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n.1, p. 169-183, maio.

KANT DE LIMA, R. 1999. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil*: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. Revista de sociologia e política, Curitiba, n. 13, p. 23-38, novembro.

KOOGAN, A.; HOUAISS, A. (ed). *Enciclopédia e Dicionário Digital 98*. Direção geral de: André Koogam Breikman. São Paulo: Delta, 1998. 5 CD-ROM.

LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/interrogatorios-eua.htm>> Acesso em: 25 set. 2011.

LUCAS, Ana Cláudia. *Princípio de Não Auto-incriminação ou “Nemo tenetur se detegere”*. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/2009/09/principio-de-nao-auto-incriminacao-ou.html>> Acesso em: 12 set. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processopenal*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. p. 282.

NETTO, Sergio de Oliveira. *Os limites ao direito do acusado de mentir*.

Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715174106325&mode=print> Acesso em: 24 set. 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nem tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9.

U.S. Code. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sec_18_00001621----000-.html> Acesso em: 25 set. 2011.

U.S Constitution. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment> Acesso em: 25 set. 2011.

A ADOÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E A INSPIRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

*THE ADOPTION OF REGULATORY AGENCIES IN BRAZIL AND THE
INSPIRATION IN THE FOREIGN LAW*

Fausto Bruno Menezes

*Advogado da União, graduado em direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro e pós-graduado em direito público pela Universidade Gama Filho.*

Guilherme Augusto Barbosa de Azevedo

*Advogado da União, graduado em direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 O MODELO NORTE-AMERICANO DE REGULAÇÃO ESTATAL; 3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO; 3.1 Dificuldades oriundas da recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras independentes; 3.2 Questionamentos quanto à autonomia reforçada das agências reguladoras no Brasil; 3.3 Autonomia reforçada; 3.4 Déficit Democrático; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O modelo brasileiro de regulação estatal tem forte inspiração no modelo de agências norte-americanas. Diante dos momentos históricos distintos em que se deu seu surgimento em cada um desses países e das diferenças existentes entre os modelos jurídicos adotados por cada um deles (*common law* nos Estados Unidos e romano-germânico no Brasil), uma série de questões são discutidas atualmente na doutrina pátria. O objetivo deste trabalho é, inicialmente, apresentar as características do surgimento e evolução das agências nos Estados Unidos e no Brasil, para depois adentrar nos pontos que geram discussões no âmbito doutrinário e dos Tribunais brasileiros.

The Brazilian model of state regulation has a strong inspiration in the model of U.S. agencies. Given the distinct historical moments in which they gave their introduction in each country and the differences between the legal models adopted by each of them (in the U.S. common law and Roman-Germanic in Brazil), a large number of issues are discussed today by the Brazilian legal doctrine. The main objective of this work is initially present the characteristics of the emergence and evolution of the agencies in the United States and Brazil, and then enter the points that generate discussions within the doctrinal and the Brazilian courts.

ABSTRACT: The Brazilian model of state regulation has a strong inspiration in the model of U.S. agencies. Given the distinct historical moments in which they gave their introduction in each country and the differences between the legal models adopted by each of them (in the U.S. common law and Roman-Germanic in Brazil), a large number of issues are discussed today by the Brazilian legal doctrine. The main objective of this work is initially present the characteristics of the emergence and evolution of the agencies in the United States and Brazil, and then enter the points that generate discussions within the doctrinal and the Brazilian courts.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Histórico. Modelo Norte-Americano. Recepção. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

KEYWORDS: Regulatory Agencies. Historical. American Model. Reception. Brazilian Legal System.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como se sabe, o direito administrativo brasileiro, não obstante sua origem romano-germânica, buscou nos Estados Unidos, país integrante do sistema da *common law*, o modelo de regulação estatal.

Com o objetivo de entendermos melhor como se deu essa recepção, o presente trabalho se dividirá em dois grandes tópicos. O primeiro sobre o modelo norte-americano de agências, onde, sob o prisma do sistema da *common law*, será analisado o momento histórico de seu surgimento e sua evolução ao longo dos anos.

O segundo, abordará o fenômeno da recepção do modelo de agências reguladoras pelo ordenamento jurídico pátrio, passando pelas polêmicas e dificuldades geradas em razão dos momentos distintos de criação dessas agências nos dois países e das diferenças entre os sistemas jurídicos da *common law*, adotado pelos Estados Unidos e romano-germânico, adotado pelo Brasil.

2 O MODELO NORTE-AMERICANO DE REGULAÇÃO ESTATAL

O sistema da *common law*, originalmente adotado pelos EUA, em razão das suas características inerentes, sempre constituiu um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo jurídico autônomo¹ naquele país.

De forma simplista, podemos dizer que nesse sistema o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nele, caso inexistente um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente². O conjunto desses é chamado de *common law* e vincula as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o

1 Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Bushatsky, 1972. p.92.

2 *Marbury v Madison*, 5 U.S. 137 (1803) ("It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.")

raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como “assunto de primeira impressão” (*matter of first impression*, em inglês). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*.

Diferentemente de países como a França, em que a Revolução Francesa de 1789 foi marcada por uma profunda desconfiança em relação aos juízes, gerando a criação de uma justiça especializada para a Administração Pública, o surgimento do direito administrativo nos EUA ocorreu basicamente em razão da necessidade de atuação crescente do Estado na área social e econômica, especialmente através da criação das agências. Daí, a expressão comumente utilizada ao se referir ao direito administrativo norte-americano como o “direito das agências”³.

De modo geral, a organização administrativa americana se resume às agências. Podemos dizer que este modelo organizativo teve início em 1887 com a criação da primeira agência reguladora independente nos EUA, a *Intersatate Commerce Commission*, que tinha por objeto a regulamentação, inicialmente, dos serviços interestaduais de transporte ferroviário.

Na lição de Cass Sustein, a “agência reguladora moderna foi o resultado em larga medida da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da common law e a distribuição original dos poderes institucionais”⁴.

A sociedade norte-americana questionava o caráter antidemocrático (contra-majoritário) da criação do direito pelos juízes, questão especialmente importante no sistema da common law, em que existe a força do precedente judicial. Aliado a isso, a Grande Depressão, iniciada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, causa grave crise na economia americana e coloca em cheque os ideais liberais do não-intervencionismo estatal. Fica clara, naquele momento, a incapacidade do mercado se reerguer sozinho, necessitando de medidas intervencionistas por parte do Estado, que o fez através do programa de governo denominado New Deal⁵.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999.

4 SUSTEIN, Cass R. O” constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 143.

5 O *New Deal* (cuja tradução literal em português seria “novo acordo” ou “novo trato”) foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir aos prejudicados pela Grande Depressão.

Como resultado do New Deal foram criadas nos Estados Unidos dezenas de agências federais (equivalentes às autarquias, no direito administrativo brasileiro), as quais receberam o apelido irônico de *alphabet agencies* (agências alfabéticas), devido à profusão das siglas com que eram designadas: CCC (Civilian Conservation Corps), TVA (Tennessee Valley Authority), AAA (Agricultural Adjustment Administration), PWA (Public Works Administration), FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), SEC (Securities and Exchange Commission), CWA (Civil Works Administration), SSB (Social Security Board), WPA (Works Progress Administration), NLRB (National Labor Relations Board). Foi nesse período que as agências reguladoras ganharam força e se proliferaram nos Estados Unidos.

O Estado utilizou-se desse modelo de agências reguladoras para promover uma forte intervenção na ordem econômica e social, corrigindo as falhas do mercado. Buscava-se, assim, além de especializar a atuação estatal através do reconhecimento de uma ampla discricionariedade técnica das agências e pouco controle judicial sobre seus atos, diminuir a influência política na regulação de setores sensíveis da ordem econômica e social.

A Lei de Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act – APA) promulgada em 1946, foi responsável pela uniformização do procedimento decisório, estabelecendo dois tipos: *rulemaking* (normas gerais editadas pela agências) e *adjudication* (atos individuais). Essa lei possibilitava que, caso desobedecida, os atos das agências fossem invalidados pelos Tribunais, fato que conferia uma maior garantia aos cidadãos.

Segundo Alexandre de Moraes⁶, “o grande número de agências norte-americanas criadas por diversas leis dificultava a padronização sobre seus procedimentos decisórios, dificultando, inclusive, a defesa dos particulares perante esses órgãos. Para solucionar esse problema, em 1946 foi editado o Administrative Procedure Act – Lei de Procedimento administrativo, que estabeleceu procedimentos uniformes para as diversas agências.”

O Administrative Procedure Act (APA) determinava, ainda, que a agência é a autoridade do governo federal distinta do Legislativo e do Judiciário, ou seja, que não faz parte da tripartição de poderes.

Elas tiveram seu auge na década de 30, durante o governo Roosevelt e sua justificativa centrava-se no fato de serem altamente especializadas em suas respectivas áreas de atuação e neutras com

6 MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 90, v. 791, p. 746, set, 2001. ISSN 0034-9275.

relação aos assuntos políticos: havia a crença de que elas estavam fora das influências políticas. Reconhecia-se, também, a elas largo grau de discricionariedade técnica, ou seja, uma esfera em que seus atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos, estavam fora do controle judicial.

A importância desse modelo de agências reguladoras reside no elevado grau de independência ao Executivo e aos demais Poderes. As agências possuíam algumas competências típicas dos três poderes institucionalmente constituídos: administrativas, “quase-judiciais” (resolução de conflitos de interesses entre os entes regulados) e “quase-legislativas” (poder de editar normas gerais).

De fato, a principal característica das agências reguladoras norte-americanas está no seu poder de intervir na atividade econômica por meio da sua função legislativa e executiva, além de certo grau de jurisdição.

Apesar de sua reconhecida importância naquele momento de crise em que passava a economia americana, o modelo de agências reguladoras nunca foi imune à críticas, que com o passar dos anos foram aumentando.

A principal delas centrava-se na chamada “teoria da captura”, que alertava para o risco de que a regulação fosse capturada pelos agentes privados (regulados), através de seu poder econômico, para a satisfação de interesses próprios.

Já na década de 40, também surgem críticas em relação ao enquadramento das agências no modelo tradicional de tripartição de poderes, já que em sua concepção clássica não havia a possibilidade da delegação de poderes de um Poder a outro. Da mesma forma, passou-se a criticar a ausência de responsabilidade eleitoral dos dirigentes das agências⁷.

Na década de 70 inicia-se nos EUA um amplo processo de desregulação da economia, com diminuição das restrições impostas a diversos setores da economia e redução da intervenção das agências sobre os entes privados⁸. Nesse momento, amplia-se, também, o controle exercido pelos poderes constituídos sobre os atos das agências.

O controle judicial foi ampliado através da *hard-look doctrine*⁹ que permitiu ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias. Assim, além do exame da legalidade do procedimento

7 SUSTEIN, op. cit., p. 151.

8 Exemplos de desregulação: Airline Desregulation Act – ADA (1978), Staggers Rail Act (1980) e Motor Carrier Act (1980).

9 Sobre o controle judicial os atos das agências reguladoras e a aplicação da “harder-look review”, vide: EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*. Yale University Press, 1990.

adotado, o Judiciário poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências.

Em 1980, durante o governo de Ronald Reagan, houve um avanço conservador e se intensificou o fenômeno da “desregulação”, que mitigava o poder de intervenção das agências. O Escritório de Orçamento e Execução (Office of Budget and Management - OMB), criado na mesma época, vinculado diretamente ao presidente, é responsável por adequar a atividade das agências à política presidencial, bem como por supervisionar as propostas orçamentárias das agências, visto que seu orçamento está sujeito à aprovação do Congresso Nacional¹⁰.

Diversas Ordens Executivas foram editadas com o intuito de restringir a autonomia das agências. Destacam-se as Executive Order nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan. Submetiam os atos das agências a prévia aprovação do OMB, diretamente vinculado ao presidente.

A Ordem Executiva nº 12.886/93 (*Regulatory Planing and Review*), emitida pelo presidente Clinton, criou procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem seus procedimentos regulatórios, uma comunicação da sua intenção de operacionalização deveria ser encaminhada a um órgão do governo, denominada de *Regulatory Working Group*. Este grupo teria a competência de alertá-las sobre “regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental”.¹¹

Quanto ao controle parlamentar, este foi fortalecido com a necessidade de aprovação pelo Congresso, a partir de 1993, dos projetos e atividades das agências. O Congresso exercia um duplo controle sobre os regulamentos emitidos pela agência: um prévio, para que essa espécie normativa respeitasse os fins consagrados em lei (rules review); e um posterior, que impedisse a força do regulamento (legislative veto)¹².

Em 1990 foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (Negotiated Rulemaking Act), permitindo que os próprios titulares de interesses afetados pelo regulamento participassem de sua elaboração.

Finalmente, em 1996, é promulgado o *Congressional Review Act* (CRA), possibilitando a revisão e desaprovação das regras emanadas

10 BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 141-177, jul/set, 2003.

11 ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 236.

12 o “veto legislativo” é instituído em 1996 através do Congressional Review Act – CRA. Uma resolução conjunta das duas Casas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada pela agência.

pelas agências federais, submetendo-as ao controle tanto do Congresso norte-americano, quanto do *Comptroller General*.

Em resumo, podemos afirmar que o que caracteriza o modelo de agência implementado nos EUA consiste na dimensão da autonomia concedida a elas.

De acordo com o Marçal Justen Filho¹³ a autonomia das agências reguladoras norte-americanas manifesta-se por várias formas, guardando, contudo, uma dependência com determinados órgãos do poder estatal. Haveria autonomia das agências em relação: (a) a condição jurídica dos administradores protegidos contra demissão arbitrária; (b) descoincidência entre os mandatos dos administradores; (c) possibilidade da escolha dos conselheiros recair sobre autoridades diferentes; (d) competência normativa (*rule making*); e (e) competência jurisdicional (*adjudication*).

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Conforme mencionado em passagem anterior deste artigo, enquanto nos E.U.A., a adoção do modelo de agências reguladoras independentes foi justificada pelo crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, na Europa Continental e na América Latina, em especial no Brasil, as agências foram criadas para a regulação das atividades desestatizadas.

A adoção das agências reguladoras ao quadro político-jurídico brasileiro foi iniciada apenas na década de 90, mais de um século após a criação da primeira agência reguladora independente nos Estados Unidos (*Interstate Commerce Comission*), em 1887. A criação dessas entidades se insere no cenário mais amplo de reformas do Estado da década de 1990. Sustentava-se, então, que o caminho rumo ao modelo gerencial de administração pública passava pela implantação de laboratórios, especialmente nas autarquias voltadas para as atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão.¹⁴

As agências brasileiras, criadas sob forte inspiração do modelo norte-americano (*independent regulatory agency*), foram implementadas em meio a um cenário que apresentava as condições adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 83-84.

14 Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRAE), p. 55.

A despeito da mencionada inspiração do modelo norte-americano, não se pode olvidar da influência européia, fundamentalmente da matriz francesa, na feição das agências reguladoras brasileiras. A título de exemplo, vale mencionar que a denominação das agências na França (*autorités administratives indépendantes*) foi consagrada no art. 9º da Lei nº 9.472/97 ao dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – atuará como “autoridade administrativa independente”.

No que pertine às referidas condições favoráveis à “agencificação” do Direito Administrativo brasileiro, do ponto de vista político, o quadro era propício em virtude das idéias liberalizantes da economia adotadas pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso.

Segundo o discurso que inspirou o Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRAE), de 1955, as agências reguladoras seriam instrumentos essenciais para diminuir os entraves burocráticos da atuação estatal em setores estratégicos da economia, haja vista que sua instituição implicaria a retirada da regulação desses setores do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República e de seus Ministros de Estado. À época, acreditava-se que essa pretensa despolitização seria um ponto fundamental para o sucesso do novo programa de privatização e desestatização de atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos. A atração de investidores privados, em especial o capital internacional, dependeria da criação de um ambiente regulatório seguro, não diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas sim, pautado por uma gestão imparcial e, sobretudo, técnica. Nesse contexto, a satisfação do interesse público, através da regulação de setores econômicos até então prestados diretamente pelo Estado, foi atribuída às agências reguladoras. A satisfação do interesse público estaria garantida pelo caráter técnico das decisões das agências, bem assim, pela independência dessas autarquias especiais em relação a interferências políticas de toda a sorte.

Percebe-se, destarte, que a independência decisória, delineada pela ausência de subordinação hierárquica das agências em relação aos órgãos do Poder Executivo, é de extrema relevância para o sucesso desse novo modelo regulatório iniciado na década de 1990 no Brasil. Nesse sentido, a garantia de que as decisões dessas entidades nas esferas normativa (poder “quase-legislativo”), executiva (poder “quase-regulamentar”) e judicante (poder “quase-judicial”) prevaleceriam, dependia diretamente da concessão de independência política para o desempenho de suas funções.

O fortalecimento dos ideais de liberalização da economia deve ser creditado, em grande parcela, à insatisfação social com a forma

ineficiente de atuação do Estado intervencionista e paternalista, que não conseguia reduzir as desigualdades sociais nem diminuir a crise econômica. Destarte, o que se pretendia era remodelar a feição do Estado, reduzindo-se o seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado. O objetivo principal era transformar um Estado paternalista e burocrata em um Estado regulador e eficiente. A diminuição do “peso sustentado pela máquina pública”, todavia, não significou um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois o Estado passou a exercer o seu papel normativo e regulador (art. 174, CRFB) através das agências.

A nova visão quanto ao papel que o Estado deve exercer na economia adota a descentralização como estratégia; impõe redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade.

No campo jurídico, a busca pela liberalização da economia, pela redução do inchaço do aparato público, e pela instituição de um Estado regulador foi concretizada por meio de diversas modificações na Constituição de 1988, bem como através de algumas alterações legislativas pontuais, a saber¹⁵:

- a. abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988: Emenda Constitucional nº 06/95 (suprimiu o art. 171 e alterou a redação do art. 176, §1º); Emenda Constitucional nº 07/95 (alterou o art. 178); Emenda Constitucional nº 36/02 (modificou o art. 222, §1º);
- b. atenuação dos monopólios estatais: Emenda Constitucional nº 05/95 (alterou a redação do art. 25, §2º da CRFB); Emenda Constitucional nº 08/95 (modificou o art. 21, XI da CRFB); Emenda Constitucional nº 09/95 (alterou o art. 177, §1º); Emenda Constitucional nº 49/06 (modificou o art. 177,V);
- c. Instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND): Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97.

15 Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: *Temas de Direito Constitucional - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271-306.

Como decorrência natural das medidas legislativas supracitadas verificou-se a diminuição do tamanho do Estado e a liberalização da economia. Contudo, como dito, não houve o regresso ao Estado Liberal, haja vista a adoção, pelo Governo à época, do modelo de agências reguladoras, como forma de implementar um novo modelo regulatório brasileiro.

A Constituição de 1988, em seu art. 174, já apontava expressamente que o Estado deveria atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica.¹⁶ Cumpre consignar, ainda, que por meio das referidas Emendas Constitucionais n.ºs. 8/95 e 09/95, respectivamente, foram previstas a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações (art. 21, XI da CRFB) e do petróleo (art. 177, §2º, III da CRFB).

Em que pese a Constituição não ter exigido ou optado expressamente pelo modelo norte-americano das agências reguladoras, parece ser incontroverso que deixou espaço para que o legislador adotasse essa possibilidade. Neste contexto, a partir de meados da década de 90, foram criadas as seguintes agências reguladoras: ANEEL (Lei n.º 9.427/97; ANATEL (Lei n.º 9.472/97); ANP (Lei n.º 9.478/97); ANVISA (Lei n.º 9.782/99); ANS (Lei n.º 9.961/00); ANA (Lei n.º 9.984/00); ANTT e ANTAQ (Lei n.º 10.233/01); ANCINE (Medida Provisória n.º 2.228-1/01 e Lei n.º 10.454/02).

Ante o cenário exposto, aponta a professora Di Pietro que a “agencificação” – outorga de função regulatória às agências reguladoras – é uma forte tendência atual do Direito Administrativo brasileiro.¹⁷

3.1 DIFICULDADES ORIUNDAS DA RECEPÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO DE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

Conforme verificado no ponto anterior, o legislador brasileiro optou pela recepção das agências reguladoras norte-americanas. O que se pretende expor a partir deste momento são as dificuldades inerentes a esta recepção, especialmente em razão dos momentos distintos de criação das agências nos dois países e das diferenças dos próprios sistemas jurídicos (*common law* e romano-germânico).

O fortalecimento das agências americanas, durante o *New Deal*, foi justificado, fundamentalmente, pela idéia do crescimento da

16 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 54.

regulação estatal e da produção legislativa, com o objetivo se superar a crise instalada especialmente com a Grande Depressão de 1929.

Se por um lado, os E.U.A. adotaram o modelo das agências reguladoras como uma das formas de superar a crise econômica, a solução escolhida pela Europa e pelos países da América Latina foi diversa. Preferiram estabelecer uma política estatizante que afastava a necessidade de criação de agências independentes, pois era o próprio Estado o executor dos serviços públicos e de diversas atividades econômicas.

Somente a partir do período de desestatização, com a transferência de inúmeras atividades econômicas à iniciativa privada, é que as agências reguladoras foram aderidas em larga escala pelo sistema jurídico brasileiro. Foi uma alternativa adotada para que a transferência para o setor privado fosse menos impactante e mais seguro para um Estado até então amplamente estatizado. Assim, tão logo as atividades estatais passaram ao âmbito da iniciativa privada, foram criadas as agências reguladoras, com o desiderato de fiscalizar e regular o exercício dessas atividades.¹⁸

Insta destacar, neste ponto, um aparente paradoxo constatado na história das agências reguladoras no mundo. Enquanto nos Estados Unidos, as agências se expandiram no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil, por outro lado, as agências foram instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal.

Em contrapartida, o ponto em comum dos dois processos regulatórios é a insatisfação com o modelo estatal adotado tanto nos Estados Unidos (modelo abstencionista) quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação através da regulação leve (*light intervention*).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a privatização ocorrida após a II Guerra Mundial com a crise do Estado do Bem-Estar Social “*deixaria de ser um tabu ideológico, abominado pelas radicalizações de esquerda*” e passaria a ser “*uma opção racional de política pública*”.¹⁹

Contudo, o referido paradoxo é apenas aparente. Segundo Alexandre Santos de Aragão, o processo de desestatização acarretou

18 Nas lições de Alexandre Santos de Aragão: “Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou através da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos públicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 226, nota 18.

19 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84.

uma aproximação das circunstâncias político-econômicas brasileiras e norte-americanas.²⁰

3.2 QUESTIONAMENTOS QUANTO À AUTONOMIA REFORÇADA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

É cediço que o termo “agências reguladoras” nada mais é do que uma nomenclatura para as autarquias (personalidade jurídica de direito público) em regime especial.²¹

Este tipo de autarquia especial tem funções normativas, administrativas (executivas) e quase-jurisdicionais ou judicantes, e relativa independência e autonomia quanto aos três poderes. A sua independência, todavia, deve ser compreendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. A competência do Poder Executivo sobre as agências é apenas político, no sentido de que poderá coordenar as diferentes ações públicas com a política desenvolvida pelo Governo.

A independência relativa das agências reguladoras, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, se dá com relação a quatro aspectos, quais sejam:

- 1º) independência política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo;
- 2º) independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios;
- 3º) independência normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e
- 4º) independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, inclusive com a atribuição legal de fonte de recursos próprios, como, por exemplo, as impropriamente denominadas taxas de

20 ARAGÃO, op. cit., p. 227.

21 O regime especial é caracterizado pela autonomia reforçada das agências, conforme se pode depreender, v.g., do art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL): “Art. 8º [...] §2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato.²²

Entretanto, não são poucas as oposições doutrinárias à autonomia reforçada das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo alguns autores, a autonomia reforçada violaria princípios constitucionais como a separação de poderes, a legalidade, a legitimidade, dentre outros. Contudo, não obstante se mostrar ainda embrionária a análise dessas questões pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já se pode afirmar que as agências representam uma realidade que tem desempenhado as suas tarefas com certo sucesso.

3.3 AUTONOMIA REFORÇADA

Oposições à parte, parece que a doutrina majoritária se mostra favorável ao regime especial de autonomia reforçada das agências reguladoras.

No que tange à autonomia normativa, a tese da deslegalização vem sendo aceita por diversos doutrinadores²³, desde que a lei deslegalizadora estabeleça os parâmetros (*standards*) e objetivos mínimos a serem alcançados pelas agências.

Hely Lopes Meirelles ensina o seguinte sobre o poder normativo das agências reguladoras:

Tem-se contestado o poder normativo conferido às agências, mas esse poder normativo há de se cingir aos termos de suas leis instituidoras e aos preceitos dos decretos regulamentadores expedidos pelo Executivo. Naquilo que extravasar desses parâmetros a norma expedida pela agência será inconstitucional.²⁴

Segundo as valiosas lições do ilustre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a deslegalização pode ser entendida como “*a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)*”.²⁵

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 148.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170 e segs.; ARAGÃO, op. cit., p. 418 e segs.; VILLELA SOUTO, Marcos Juruená. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48 e segs.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 370.

²⁵ MOREIRA NETO, op. cit., p. 122.

A deslegalização não deve ser interpretada como a superioridade hierárquica do regulamento das agências em detrimento da lei, mas sim, como uma opção legislativa em ampliar a margem de atuação normativa e da discricionariedade técnica das agências.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, em voto da lavra do Ministro Relator Ilmar Galvão, citando J.J. Gomes Canotilho, admitiu a tese da deslegalização.

Relativamente à autonomia administrativa, a doutrina, ao caracterizá-la, o faz sob dois enfoques. O primeiro enfoque refere-se à impossibilidade, via de regra, de interposição de recurso hierárquico impróprio. Este tipo de recurso administrativo é aquele dirigido a autoridade de outro órgão, não integrante da mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Por conseguinte, o principal efeito gerado por essa impossibilidade é a vedação do reexame das decisões da agência, tornando-a responsável pela última palavra na esfera administrativa. Cumpre esclarecer, no entanto, que essa vedação atinge tão-somente as matérias de mérito, isto é, de cunho estritamente técnico. Assim, considera-se viável, excepcionalmente, a interposição de recurso hierárquico impróprio quando fundamentado em ilegalidade praticada pela agência.

Um segundo enfoque possível da autonomia administrativa é referente à estabilidade dos dirigentes, nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pela respectiva Casa Legislativa. Trata-se, em verdade, de uma estabilidade diferenciada, cujas principais características são o exercício de mandato a termo (art. 6º da Lei nº 9.986/00), não coincidente com o mandato do agente político (art. 7º da Lei nº 9.986/00), bem como pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* (art. 9º da Lei nº 9.986/00).²⁶

A não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os mandatos dos Chefes do Executivo é fundamentada na discricionariedade técnica dessas autarquias especiais. Como se sabe, as agências, ao menos em tese, são compostas por especialistas do assunto a ser regulado. A elas são destinadas as decisões de caráter eminentemente técnico, o que permite um melhor atendimento do princípio da eficiência administrativa (art. 37, CRFB). Logo, os dirigentes são independentes e responsáveis não por decisões políticas, mas sim, técnicas. Marcos Juruena Villela Souto aponta que a legitimidade dessas entidades estaria

26 O STF, no julgamento da ADIN nº 1949/RS, asseverou que: “A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo”. STF, ADInMC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 25-11-2005.

garantida na medida em que seus órgãos colegiados são formados por “várias correntes de pensamento da sociedade”.²⁷

Contudo, não são poucas as críticas doutrinárias à previsão de não coincidência de mandatos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, essa previsão viola o princípio republicano que estabelece a temporariedade dos mandatos políticos. Segundo o renomado autor, os governantes derrotados nas urnas continuariam a exercer influência sobre o governo sucessor.²⁸ Tal entendimento, todavia, não parece refletir parcela majoritária da doutrina jurídica que se debruça sobre o tema.

Por derradeiro, no atinente à autonomia financeira das agências reguladoras, há que se destacar a possibilidade dessas entidades instituírem “taxas regulatórias” (v.g.: art. 47 da Lei nº 9.472/97) e de enviarem propostas orçamentárias ao Ministério ao qual estão vinculadas (v.g.: art. 49 da Lei nº 9.472/97).

A taxa regulatória terá natureza meramente contratual quando se tratar de agência reguladora de serviços públicos ou de exploração de atividade econômica monopolizada, haja vista inexistir, *in casu*, o efetivo exercício do poder de polícia. Por outro lado, terá natureza jurídica tributária quando se tratar de agência reguladora de atividades típicas da iniciativa privada, tendo em vista o exercício do poder de polícia (art. 145, II CRFB e art. 78 do Código Tributário Nacional).

3.4 DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Muito se tem questionado, no seio da comunidade jurídica, sobre a legitimidade democrática desse modelo institucional de agências reguladoras. De fato, a superação de seu aparente déficit democrático é um grande desafio para as agências. Como superar o fato de que agentes públicos tecnocratas, não eleitos pelo povo e sem responsabilidade política, possam decidir tantas questões de grande relevância social?

Para superar essa aparente dificuldade contra-majoritária, as agências têm permitido, em grande escala, a participação dos agentes regulados e dos administrados em geral na tomada de decisões administrativas das agências, bem assim na elaboração das normas regulatórias. Verifica-se, com frequência, a celebração de consultas e audiências públicas, como forma de legitimar a atuação das agências reguladoras, bem como deixar transparecer o caráter

²⁷ VILLELA SOUTO, op. cit., p. 128.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 153/154.

preponderantemente consensual. A legitimidade e a eficiência das decisões são garantidas, portanto, pela aplicação do Princípio da Participação Administrativa (v.g., art. 19, III; art. 89, II; art. 42; e art. 195, todas da Lei nº 9.472/97).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se concluir que o modelo de agências reguladoras brasileiras teve forte inspiração nas *independent regulatory agencies* norte-americanas. Não obstante ser possível identificar semelhanças com sistemas regulatórios europeus, notadamente o francês, não se pode negar que o modelo norte-americano foi adotado pelo Brasil em maior intensidade.

O escopo do presente artigo foi demonstrar a inspiração brasileira no modelo norte-americano de agências reguladoras, bem como apontar e enfrentar algumas dificuldades registradas pela doutrina na aclimação desse sistema.

Em que pese ser o Brasil adepto da tradição romano-germânica, a importação de modelos jurídicos de países da *common law* parece ser cada vez mais freqüente. O sentido inverso também é verídico. Trata-se de recente fenômeno jurídico, através do qual se verifica, a passos largos, a aproximação do direito anglo-saxônico com o sistema romano-germânico.

Na lição de Jean Rivero:

A tendência geral é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônicos e continentais. [...]

Nesse contexto de aproximação das famílias jurídicas americanas e européias, a doutrina assume papel fundamental: Os doutrinadores são, cada um a sua maneira, os responsáveis pela unidade dos direitos, os fatores determinantes dessa unidade.²⁹

A aproximação entre as famílias da *common law* e da tradição romano-germânica é uma atual tendência no mundo jurídico. Constatase, cada vez mais, um sensível aumento na produção legislativa de países anglo-saxões, como, por exemplo, nos Estados Unidos. Em contrapartida, é possível verificar países romano-germânicos

29 RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

concedendo crescente importância à jurisprudência e a instrumentos judiciais vinculativos, como a criação das súmulas vinculantes no Brasil.

Desse modo, aos doutrinadores fica o ônus de contribuir para a recepção mais harmoniosa possível desse modelo regulatório no ordenamento jurídico brasileiro; e ao Governo, cumpre utilizar o sistema de modo adequado, sem retirar o poder das agências através de subterfúgios, como, *v.g.*, a nomeação de dirigentes por razões políticas, sem a observância das qualificações técnicas.

Como visto, a implantação das agências reguladoras no Brasil é relativamente recente. Portanto, ainda são necessários mais alguns anos para que possa ser feito um diagnóstico mais concreto acerca do sucesso na sua adoção pelo Brasil. O certo é que, se utilizado adequadamente, o sistema pode contribuir muito para a evolução do modelo regulatório brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINEMNOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-82, 2006.

BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 141-177, jul/set, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*. Yale University Press, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 791, ano 90, set, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NEOLIBERALISMO E CRISE FINANCEIRA: A INFLUÊNCIA DOS PARAÍÇOS FISCAIS.

*NEOLIBERALISM AND FINANCIAL CRISIS: THE TAX HAVENS
INFLUENCE*

Francianna Barbosa de Araújo
Procuradora da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Neoliberalismo; 2
Paraísos Fiscais e a Crise Financeira; 3 Conclusão;
Referências.

RESUMO: O artigo jurídico tem por objeto um dos temas lecionados no curso *Legal Education Exchange Program - Fundamentals of U.S. Legal Systems*, realizado no mês de julho de 2011, na *Thomas Jefferson School of Law*, em San Diego/Califórnia, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União. Examina-se a influência da tributação internacional, mais especificamente, o problema da evasão fiscal que se supõe praticada nos paraísos fiscais, e sua repercussão quanto à crise financeira internacional, dentro do contexto do neoliberalismo no mundo globalizado. O sistema neoliberal, inicialmente implantado pelo presidente Ronald Reagan, nos Estados Unidos, a partir de 1980, teve como foco a desregulamentação da economia, e a redução da participação do Estado nas relações de mercado. Imaginava-se que a “mão invisível” lograria reger a política econômica, de forma a estimular a produtividade, sem descuidar das demandas próprias do bem-estar social. No entanto, a partir de 1990, começaram a surgir diversos sinais da insuficiência do modelo neoliberal. Nesse contexto, os paraísos fiscais, dadas suas peculiaridades, como o sigilo bancário, por exemplo, constituíram via de evasão fiscal, e práticas criminosas, acentuando problemas característicos do neoliberalismo, como a concentração de renda, o desequilíbrio orçamentário, a diminuição de arrecadação nos Estados afetados, e uma série de efeitos que comprovadamente agravaram o circuito da crise financeira.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Neoliberalismo. Soberania. Bem-Estar Social. Crise Financeira. Paraíso Fiscal. Sigilo. Evasão Fiscal.

ABSTRACT : The article's purpose is a legal subjects taught at the course “Legal Education Exchange Program - Fundamentals of U.S. Legal Systems”, held in July 2011, at Thomas Jefferson School of Law in San Diego / California, in partnership with the School of Attorney General of the Union/Brazil. It examines the influence of international taxation, more specifically, the problem of tax evasion which is supposed to be practiced in tax havens, and their impact on the international financial crisis, within the context of neoliberalism in a globalized world. The neoliberal system, originally implemented by President Ronald Reagan in the United States, from 1980, focused on the deregulation of the economy, and reducing state involvement in market relations. It was imagined that the “invisible hand” would manage the economic policies in order to boost productivity, while meeting the demands of the welfare state. However, since 1990, several signs of failure of the neoliberal model began to emerge. In

this context, tax havens, given its unique characteristics, such as bank secrecy, for example, formed tax evasion way, highlighting problems of neoliberalism, as the concentration of income, the budget imbalance, the decrease in collection affected states, and a series of proven effects that exacerbated the financial crisis.

KEYWORDS: Globalization. Neoliberalism. Sovereignty. Welfare State. Financial Crisis. Tax Haven. Confidentiality. Tax Evasion.

INTRODUÇÃO

No final do século XX, sobretudo a partir da década de 90, começaram a aparecer os sinais de dismantling do neoliberalismo e da promessa da “mão invisível” que regeria a economia internacional, elevando a produtividade, sem deixar marginalizados, empobrecidos e desempregados.

Infelizmente, no processo de globalização, houve globalizados e globalizadores. Não houve cooperação, mas sim confrontação¹, criando uma relação centro-periferia, mesmo dentro de um mundo pós-moderno que se considera globalista.

Vejo os homens se diferenciarem pelas classes sociais e sei que nada as justifica, a não ser a violência. Sonho ser acessível e desejável para todos uma vida simples e natural, de corpo e de espírito.²

1 O NEOLIBERALISMO

O neoliberalismo foi pensado pela primeira vez em 1947 por *Friedrich August von Hayek*. É um conjunto de idéias políticas e econômicas capitalistas que defende a não participação do Estado na economia. De acordo com esta doutrina, deve haver total liberdade de comércio (livre mercado), pois este princípio garante o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. O neoliberalismo foi aplicado inicialmente por Ronald Reagan (Presidente dos Estados Unidos), a partir dos anos 1980, e Margareth Thatcher (Ministra no Reino Unido em 1979). Hoje, é a tendência econômica vigente no mundo globalizado.³

1 ESTENSSORO, Luis. *Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina*. Tese de doutoramento em Sociologia. USP. p. 21.

2 EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 1981. p. 9.

3 PAREJO, Luiz Carlos. *Neoliberalismo. Entenda a doutrina econômica capitalista*. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/geografia/neoliberalismo.jhtm>. Acesso em 09/10/2011.

São princípios básicos da doutrina: mínima participação estatal nos rumos da economia de um país; pouca intervenção do governo no mercado de trabalho; política de privatização de empresas estatais; livre circulação de capitais internacionais e ênfase na globalização; abertura da economia para a entrada de multinacionais.

A dimensão político-ideológica deste momento do capitalismo é a associação do neoliberalismo à globalização, apresentada como a antessala da realização do sonho iluminista de uma sociedade harmônica e racional.⁴

A globalização ou processo de mundialização, de acordo com o entendimento majoritário dos autores contemporâneos, caracteriza-se pela ampla integração econômica, política, cultural entre as nações⁵, com a intensificação e generalização das forças produtivas. Reduziram-se barreiras - geográficas, políticas e econômicas - e modificaram-se as condições de alienação dos indivíduos.

Globalização é uma *nova configuração do capitalismo*, nascida da desregulamentação e liberalização do comércio internacional, dos investimentos diretos e dos fluxos financeiros, juntamente com a internacionalização da produção, circulação e consumo. Essa *nova configuração* culmina com a formação de um espaço econômico, político, estratégico, informacional cada vez mais global, único e múltiplo.⁶

A globalização também pode ser entendida como uma nova modalidade de acumulação de capital. No passado a principal estratégia de acumulação capitalista concentrava-se na extensão da produção de valor e de mais valia. Nesta nova modalidade da acumulação, a apropriação de riquezas é resultado, principalmente, de atividades especulativas do mercado financeiro.⁷ A aceleração da produção somada à agilização dos processos de comunicação, os quais afetam diretamente o mercado financeiro, permitem a troca não de mercadoria, nem de moeda-física, mas de informação. A nota característica do fenômeno globalizante é a revolução tecnológica informacional.

4 PIRES, Marília Freitas de Campos; REIS, José Roberto Tozoni. *Globalização, neoliberalismo e universidade: algumas considerações*. Disponível em: <<http://www.interface.org.br/revista4/ensaio2.pdf>>. Acesso em: 09/10/2011>.

5 SOUSA, Andréia Nádia Lima de. *Globalização: Origem e Evolução*. Disponível em: <<http://www.fae.edu.br/revista/Artigo%20Andreia%20Nadia%20Globalizacao%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 11/10/2011.

6 ESTENSSORO, Luiz. *Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina*. Tese de doutoramento em Sociologia. USP, p. 26

7 PIRES; REIS, op. cit.

Ocorre que este movimento extraordinário de expansão do capitalismo não esconde a sua incapacidade de prover o sustento da população mundial.

A doutrina neoliberalista invoca princípios liberdade individual, porém, ampara-se sobre mecanismos de concentração de renda que levam à pobreza massiva, desigualdade, bem como anulação de sujeitos coletivos nos espaços públicos. Luiz Estenssoro, aborda essa questão:

Dessa forma, impede-se a construção de um referencial público daquilo que é equânime, bem como a criação da noção de equidade coletiva na luta política dos movimentos sociais. Pelo contrário, as tecno-estruturas estão empenhadas em promover uma racionalização instrumental dos mecanismos de controle social. *A razão comunicativa e a democracia procedimental, conquistas da sociedade burguesa, são aniquiladas na sua universalidade quando se transforma a cidadania que é uma responsabilidade política individual e social numa 'sociabilidade do mercado capitalista' codificada e regulamentada de acordo com interesses de dominação e apropriação.*⁸ (grifo nosso)

Assim, o processo civilizatório capitalista, tal como instalado, produz o efeito inexorável de marginalização das populações que não têm suas necessidades básicas convertidas em demandas solventes. Essa exclusão é produto direto do regime de acumulação que deriva da desregulamentação da economia, e do desmantelo do sistema de produção como um todo.

Eis a crise.

Luiz Estenssoro explica que a crise econômica é uma crise de um sistema capitalista que não se sustenta enquanto sistema econômico capaz de garantir a reprodução social das sociedades do planeta, isto é, do conjunto de seus cidadãos.⁹

De fato, nas ultimas décadas a abertura dos mercados e a concentração do capital e do lucro geraram um grande problema de desemprego, e o aparecimento cada vez maior de bolsões de miséria. Aliás, uma das características mais sensíveis do mundo capitalista globalizado é o índice alarmante de desemprego,¹⁰ (desemprego

8 ESTENSSORO, Luiz. *Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina*. Tese de doutoramento em Sociologia. USP, São Paulo, 2003, p. 26.

9 Ibid., p. 51.

10 CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro. A questão do bem jurídico*. p. 108.

estrutural) e a formação de exércitos de reserva, intrinsecamente associada ao funcionamento econômico do sistema capitalista.

Imagina-se que somente o capital concentrado cria riquezas. A taxa natural de desemprego, que induz ao achatamento dos salários, garante maior taxa de lucro e, portanto, maior acumulação de capital. Explica-se. O desenvolvimento tecnológico que permitiria o aumento da produtividade sem diminuir o número de empregos não encontra espaço no processo de globalização capitaneado pelo neoliberalismo. A lógica da produção moderna, cujo objetivo principal é o lucro privado, cria uma situação paradoxal:¹¹ por conta da flexibilização do processo produtivo ocorre um rearranjo das forças de trabalho em função da capacidade profissional dos trabalhadores (vale dizer, grau de qualificação) surgindo uma classe que não encontra chances de se empregar. Esta subclasse se cristaliza como um segmento identificável na parte inferior da estrutura social e forma um *exercito industrial de reserva*. São pessoas que tendem a procurar a economia informal para sobreviver, ou até mesmo se envolvem na criminalidade.¹² A respeito, Karl Marx doutrinava:

A verdade é que a acumulação capitalista sempre produz, e na proporção da sua energia e de sua extensão, uma população trabalhadora supérflua [...] excedente. Por isso, uma população trabalhadora, ao produzir a acumulação de capital, produz, em proporções crescentes, os meios que fazem dela, relativamente supérflua [...] Ela se constitui um exercito industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta como se fosse criado por ele.¹³

Conclui afirmando que toda forma de movimento da produção moderna nasce, portanto, da transformação constante de uma parte da população trabalhadora em desempregados ou parcialmente empregados.¹⁴

A globalização da economia, sob o neoliberalismo, atualmente produz o terror pela ameaça do desemprego para os ainda empregados, e a crescente exclusão econômica e social da maioria da população.

11 PIRES; REIS, op. cit.

12 CASTELLAR, op. cit., p. 109.

13 MARX, Karl. *O Capital*. Tradução Reginaldo Sant'anna. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, Livro I, cap XXIII, p. 712.

14 Ibid.

Basta abrir os jornais para constatar a ressonância desse fenômeno atualmente, senão vejamos.

“As coisas que o mal começou, pelo mal se consolidam”¹⁵. Assim abre sua nota no *Correio Braziliense* de 11 de outubro de 2011¹⁶, o magistrado Lazaro Guimarães, Conselheiro Nacional do Ministério Público – CNMP – e professor da Universidade Católica de Pernambuco. Ali o magistrado denuncia a violação aos direitos humanos na Inglaterra, Estados Unidos e Austrália, em virtude do programa de privatização dos presídios:

Guiadas pela ansiedade do lucro, essas empresas mantém, segundo reportagem publicada no jornal *The New York Times*, *conjuntos de galpões insalubres nos quais se amontoam aos milhares os estrangeiros indesejados que acorrem ao primeiro mundo em busca de emprego, de uma vida melhor; e encontram a dura repressão, a exploração da sua força de trabalho e de sua liberdade.*

[...]

Os negócios desse ramo já somam centenas de milhões de dólares, e quanto mais tempo os imigrantes permanecem detidos a espera de uma decisão administrativa, maior o lucro dos seus carcereiros.

[...]

O mal e a intolerância não se sustentam por muito tempo. Um dia vira, como na floresta de indignados em avanço sobre as fortificações do tirano, de que fala Shakespeare ao final da tragédia, em que o clamor da multidão restabelecera a solidariedade, a paz e a justiça. *Ninguém imagine que a primavera Árabe seja um fenômeno isolado. As ruas de Nova York e de Londres já são palcos, também, de ruidosos protestos.* (grifo nosso)

A partir daí, temos reações em cadeia. Desemprego, economia informal, redução dos recursos destinados à prestação de serviços públicos, pobreza, criminalidade.

15 SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. *Correio Braziliense*. (n. 17673) Terça-feira, p. 15, 11 out. 2011, Opinião, Lazaro Guimarães.

16 *Correio Braziliense*. n. 17673, terça-feira, p. 15, 11 de out. 2011, Opinião, Lazaro Guimarães

De um lado tem-se a queda do rendimento do trabalho assalariado e a concentração da propriedade do capital financeiro. Por outro, e como reflexo, ocorre a queda na arrecadação de impostos diretos e indiretos, em função do desemprego estrutural (esse criado pelo ajuste neoliberal), bem como a queda no consumo. Surge o aumento do peso orçamentário do serviço da dívida pública em função da taxa de juros.

Todo esse concerto de mudanças vem sendo organizado por corporações transnacionais e organizações multilaterais que estruturam o processo de dominação política e de apropriação econômica.

Com efeito, uma vez que a economia encontra-se globalizada, os Estados nacionais perdem a capacidade de controlar as dinâmicas do mercado que excedam seus limites territoriais. Vale dizer: o poder do Estado é confrontado com o poder do mercado, a tal ponto que se torna inapto para garantir os direitos sociais e o exercício da cidadania por sua população.

Breton Woods (1944), por exemplo, foi o marco de criação da nova ordem econômica internacional, com a criação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial. Nessa conferência, ficou estabelecido que o dólar passaria a ser a principal moeda de reserva mundial, abandonando-se o padrão-ouro.

A desregulamentação da economia foi uma marcha seguida pelo mundo inteiro. Em 1981, a Holanda aboliu o controle das movimentações financeiras, seguida pela Alemanha, em 1982, e pelo Japão e o resto da Europa no final dos anos 1980. Os países periféricos, sobretudo na América Latina e no Médio Oriente, renderam-se facilmente a essa onda. Em 1990, foi a vez do depauperado bloco soviético, e, a partir de 1997, dos ex-tigres asiáticos.

No Brasil, o neoliberalismo foi adotado marcadamente nos governos de Fernando Collor de Melo (1990 - 1992) e Fernando Henrique Cardoso (1995 - 2003).

Outro exemplo. James A. Baker (Secretário do Tesouro que assumiu a pasta no início do segundo mandato Reagan, em 1985 e que mais tarde seria o Secretário de Estado na administração de George H. Bush), propôs um plano de desenvolvimento econômico ancorado nos seguintes princípios: desestatização da economia (através de arrojado programa de privatizações das empresas públicas) e reformas em prol do “livre-mercado”, tais como a concessão de incentivos fiscais para investimentos privados, e a desregulamentação da taxa cambial, além de propor também a redução das barreiras alfandegárias¹⁷.

17 CHAVES, André d'Almeida. *O Brasil e a Política Estratégica dos Estados Unidos: O Papel do Brasil no Hemisfério Ocidental na Perspectiva de Washington*. Mestrado em Relações Internacionais. São Paulo, 2007. p. 59.

Enfim, um *laissez-faire* econômico.

Não poderia deixar de citar trecho da entrevista dada por José Saramago a respeito do tema, dada a eminência, clareza e simplicidade de suas palavras, e considerada sua visão como cidadão atento ao movimento neoliberal, e sua repercussão na democracia:

Os organismos internacionais que determinam toda a economia de um país, que fazem o que querem não são democráticos. *Como é que podemos nos contentar, nos satisfazer com essa democracia política que só nos permite tirar um governo e por outro? Porque as pessoas não se dão conta disso?* E porque os políticos não têm a valentia de dizer: Caros cidadãos, venho aqui fazer uma confissão sincera: é que nós não governamos! Estamos aqui porque somos os representantes dos senhores acima que estão que têm nome tal e tal (uma série de nomes de grandes multinacionais)... Indiretamente, claro, não estou dizendo que eles estão dizendo que eles estão a serviço de todos eles, mas funciona dessa forma.

Se a condição para se manter no poder é obedecer, acatar, o que diz o empresariado, então eu diria que não vale a pena. É que o problema é este efetivamente: Cremos! Mas creia em outra coisa. Essa idéia de que cada vez que chega outra pessoa e parece que as coisas podem mudar ocorreu com Clinton, ocorreu com Kennedy, ocorreu inclusive com o Sr. Tonny Blair, ocorreu com Lula, com Chaves, imaginou-se que poderia ocorrer com Kirshner. E não quer dizer que cada um deles não fez o que podia. Mas o problema está aí. É o que significa: “o que se pode”. *Eu penso: ou os enfrentamos realmente, agüentando as conseqüências, pois não se pode compaginar e adequar tudo o que gostaríamos ou necessitaríamos às imposições de cima.*¹⁸ (grifo nosso)

É importante registrar a opinião de Theotônio dos Santos, em sua obra *Do Terror à Esperança*¹⁹, opinião à qual aderimos, de que as políticas neoliberais não seguem os próprios preceitos teóricos em que se baseiam e não visam realmente manter o caminho do mercado desregulado e da livre concorrência. Na verdade, são políticas que tendem a servir a grupos econômicos expressos dentro do capitalismo,

18 SARAMAGO, José. *Vozes contra a globalização*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/neoliberalismoeglobalizacao.htm>>. Acesso em: 17/10/2011.

19 SANTOS, Theotônio dos. *Do Terror à Esperança: auge e declínio do neoliberalismo*, Aparecida, São Paulo: Idéias & Letras, 2004.

especialmente o setor financeiro. Num primeiro momento, podem até aumentar a concorrência no setor, mas depois, com a competição levando à falência pequenas companhias ou à sua aquisição pelas grandes, acaba-se formando um novo núcleo oligopólio, que passa a dominar o setor, ou seja: substitui-se um monopólio por outro! Mas sempre, e em qualquer caso, está presente o intuito no sentido de diminuir a participação ou a regulação estatal e aumentar a influência do setor privado.

O fato é que, hoje, o poder soberano dos Estados cede lugar a atuação dos agentes privados e grandes blocos internacionais que controlam o movimento do capital no mercado financeiro.

Os recursos que transitam pelo mercado financeiro internacional, e que escapam ao poder de quaisquer autoridades monetárias, somam centenas de bilhões de dólares. Existe, portanto, uma esfera de decisões que não se confunde com os quadros institucionais controlados pelos Estados Nacionais[...] Em síntese: dentro do quadro institucional, os governos não têm a possibilidade de coordenar a ação que todo um conjunto de poderosos agentes exerce no sistema capitalista. Assim os focos de instabilidades urgem naquilo que chamamos de nova dimensão transnacional do sistema capitalista.⁴³ (grifo nosso)

Nessa revolução da tecnologia da informação, não há, a rigor, troca de mercadorias nem de papel moeda; há, sim, troca de informações sobre dinheiro, há troca de informações sobre papéis que significam dinheiro. Há uma grande abstração da troca. As novidades são inúmeras, sucessivas e, porque não, efêmeras. Apenas para ilustrar, citemos os *bitcoins*, a moeda virtual sem pátria:

[...] uma espécie de moeda virtual aceita por centenas de estabelecimento do mundo todo. E como o euro só vale para fazer compras na União Européia e a nakfa só é aceita nos armazéns da Eritreia, o bitcoin cria uma idéia relativamente inédita de país sem fronteira.

[...]

Pois que um grupo de nerds ligeiramente descontentes com esse sistema resolveu criar um outro, que anulasse integralmente a interferência dos bancos e governos [...] Para fazer isso eles desenvolveram uma economia completamente virtual.

[...]

Para funcionar como moeda, o bitcoin precisa obedecer a dois critérios básicos. O primeiro é ser algo que muita gente queira. Bom, como não faltou quem gostasse da idéia de brincar com uma moeda que não tem governo nenhum por trás, esse critério foi atendido.

[...]

Na época do lançamento, 1 BTC equivalia a poucos centavos de dólar. Em junho deste ano chegou a valer US\$ 30 – uma valorização de (pausa dramática) quase 30 000%. Quem tinha comprado US\$ 1 em bitcoins agora podia vender a mesma quantidade de BTCs por US\$ 3.000²⁰

A grande questão não é a desregulamentação em si, e por si mesma. O fato é que, reiterar-se, o neoliberalismo e suas propostas trouxeram consigo grandes injustiças sociais. Houve aumento da concentração de renda, elevação do índice de desemprego que levou a população à situação de pobreza e miséria, aumento da margem e da gravidade da criminalidade, e um sem número de reflexos encadeados.

É nesse cenário de desregulamentação da economia e descontrole que se inserem os paraísos fiscais: sigilo bancário, opacidade das transações, dificuldade de identificação dos agentes, facilitação do crime organizado, dentre outros fatores, como passamos a examinar doravante.

2 PARAÍÇOS FISCAIS E A CRISE FINANCEIRA

Vimos que a ideologia neoliberalista apresenta incoerências intrínsecas, na medida em que, a rigor, sequer aplica os próprios preceitos que defende. Não visa, realmente, manter o caminho do mercado desregulado e da livre concorrência. A experiência tem revelado que tal doutrina aproxima-se mais de uma retórica tendente a servir determinados grupos econômicos dentro do capitalismo, em especial o setor financeiro.

Nesse contexto, precisamos estudar alguns conceitos instrumentais antes de prosseguir na análise do tema, e, então, repassar

20 KIST, Cristine. O dinheiro do futuro. *Revista Super Interessante*, ed. 279, p. 79. nov. 2011.

à questão de como a crise financeira é afetada pela existência de paraísos fiscais, vale dizer, pela evasão fiscal aí praticada.

Como sabemos, o pacto social organiza o corpo político e dá legitimidade ao Estado Nacional para atuar em função dos representados, atendendo às necessidades destes. Estrutura-se, então, o sistema financeiro do Estado, e toda legislação subjacente, no sentido de disciplinar receitas, despesas, créditos e débitos públicos, suas fontes e destinos, respectivamente, no sentido de manter o equilíbrio orçamentário e projetar políticas públicas.

Nesse sistema, a arrecadação tributária gera as chamadas receitas derivadas, formando a maior parte do produto interno bruto brasileiro. É o principal meio de financiamento dos direitos fundamentais, a serem atendidos pelo poder público, por meio de políticas públicas. Portanto, o poder de tributar deve ser considerado não como mera expressão do poder estatal, mas como instrumento para a realização de direitos e princípios constitucionalmente previstos. Segundo a doutrina:

... a tributação significa o modo de financiamento dos direitos fundamentais e da busca dos recursos necessários à realização dos valores da liberdade e da igualdade. Trata-se de um instrumento para alcançar a justiça e não de um mecanismo a ser utilizado para opressão e manutenção da desigualdade social.²¹

A tributação, como mecanismo de promoção da justiça, tem a função regulatória de distribuição equânime da renda²². A função distributiva ou redistributiva dispõe que os tributos não devem prejudicar ou favorecer grupos específicos dentro da economia – devem ser neutros quanto a produtos de natureza similar, processos de produção, formas de empresas, evitando influenciar de forma negativa na concorrência. A tributação deve intervir para suprimir ou atenuar as imperfeições no sistema econômico.

O sistema tributário atua na distribuição de riquezas com o escopo de realizar os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, intrínsecos à noção de justiça. Também se deve mencionar a função estabilizadora. A política fiscal é um instrumento da política econômica, porque o pleno emprego e a estabilidade de preços não ocorrem automaticamente na economia.

21 CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

22 COSTA, Patricia Ayub da; SOUZA, Cristine Ferreira de. *Tributação, Política fiscal e desenvolvimento econômico*. <<http://www.idtl.com.br/artigos/294.pdf>>.

Mencionemos, ainda, o princípio da progressividade. Trata-se de um princípio que consagra o aumento da carga tributária pela majoração da alíquota, conforme se verifique o aumento da base de cálculo. A progressividade tributária busca a realização da justiça fiscal, por isso, está ligada aos princípios da capacidade contributiva e isonomia. Pode ser entendida como a tentativa de onerar mais gravosamente quem tem riqueza tributável maior.²³

Essas ferramentas são deixadas ao comando do Estado para bem regular o sistema financeiro e intervir na política econômica, a fim de zelar pela saúde dos diversos setores do sistema produtivo, manter o equilíbrio orçamentário, administrar o crescimento do país e o atendimento das demandas relacionadas com serviços públicos.

Observe-se que a função que inspirou a criação dessas regras e princípios tem um propósito de manutenção do equilíbrio de forças: liberdade econômica e controle estatal. O objetivo proporcionar a formação de estruturas bem consolidadas no Estado Democrático de Direito, sem tolher o desenvolvimento da economia, nem inibir a instalação do Estado do bem-estar social que não foi consolidado no Brasil.

Hoje, com a manifestação do Estado Neoliberal, houve uma minimização do Estado Social, em vista da globalização pós-moderna. Tal etapa para aqueles países que efetivamente passaram pelo *welfare* teve conseqüências diversas do que houve no Brasil. *Aqui, tendo em vista que não houve esta transição, já que o Estado Social jamais foi implantado efetivamente, a instalação da política neoliberal, trazendo a minimização do Estado anda na contramão do que pretende o Estado Democrático de Direito.* Não há como diminuir o que nunca foi suficientemente grande. A necessidade de políticas públicas no país aumenta a cada dia. Há necessidade de que sejam cumpridas as promessas da modernidade. Daí o papel do Direito, no sentido de efetivar as promessas de uma Constituição democrática.²⁴

23 ALMEIDA, Carolina Guerra de. *O princípio da progressividade no direito tributário brasileiro vigente*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1876>>

24 VIEGAS, Viviane Nery. *Justiça fiscal e igualdade tributária: a busca de um enfoque filosófico para a tensão entre poder de tributar e direito de tributar frente à modernidade tardia no Brasil*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/260/219>>.

Embora haja quem os defenda²⁵, e, inclusive, estimule, são muitas as evidências de que os paraísos fiscais são uma porta aberta à evasão fiscal.

Não existe uma definição precisa de um paraíso fiscal. A OCDE (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico) define inicialmente as seguintes características dos paraísos fiscais: impostos baixos ou inexistentes; ausência de troca de informações; falta de transparência; e inexistência de atividade substancial. O uso mais comum e relevante dos paraísos fiscais é a formação de uma empresa de base para receber rendimentos, colocando-os fora do alcance do país de residência. De acordo com Beauchamp:

um paraíso fiscal deve ser entendido como país ou território que dá benefícios fiscais a pessoas físicas ou empresas que lhes permite evitar a tributação em seu país de origem ou de beneficiar de um sistema fiscal mais favorável do que no país, principalmente em relação aos rendimentos e imposto sobre herança. Por isso, é claro que esta é, com efeito, um conceito relativo que qualquer país pode ser um paraíso fiscal em relação a outro se a sua estrutura orçamental é baseada em redução de impostos.²⁶

A partir de 1980, essa tendência aumentou, acompanhando a globalização capitalista. Os Estados Unidos e a Grã-Bretanha têm apoiado e fomentado a existência dessas áreas. Os paraísos fiscais cresceram de tal forma que as ilhas Caimão, por exemplo, tornaram-se um centro financeiro mundial: um pequeno território britânico com apenas 40.000 habitantes que é sede de 600 bancos, 500 companhias de seguros e 25.000 *trusts*.²⁷

Os paraísos fiscais são grande atração para fugir ao pagamento de impostos. Facilitam a fraude fiscal pelas multinacionais e pelos particulares ricos que escapam à tributação. Não se trata de planejamento tributário, mas de evidente evasão fiscal.

Esta fraude vai acrescentar lucros líquidos dos que a praticam, enquanto que as outras empresas e a grande maioria dos outros

25 Nesse sentido: LOOMER, Geoffrey and MAFFINI, Giorgia. Tax havens and the financial crisis. Research fellows, Oxford University centre for business taxation. Disponível em: <http://webcourses.lexisnexis.com/bbcswebdav/courses/ITX_657_FA11/TaxHavens%26theFinancialCrisis>.

26 Beauchamp A. *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*. Paris: Grasset, 1983.

27 *Antecedentes históricos dos paraísos fiscais*. Texto de Attac França. <<http://www.controversia.com.br/blog/?p=15316>>.

particulares vai ter de pagar mais impostos. Facilitando o desenvolvimento da fraude fiscal de alto grau, sendo portos de abrigo para os lucros que resultam de tráficos de todo o tipo e da corrupção extrema, os PFJ são, efectivamente, uma ferramenta que favorece a acentuação das desigualdades e da concentração de massas financeiras enormes, de todas as origens (por vezes legais, muitas vezes ilegais e criminosas).²⁸

Devido à sua pequena população, os paraísos fiscais podem executar taxas mínimas, enquanto outros países são obrigados a multiplicar as isenções fiscais para atrair empresas e capital. Assim, os paraísos fiscais levam à redução drástica das receitas fiscais nos Estados em geral e, portanto, ao desequilíbrio orçamentário.

Há também o problema do sigilo. Os paraísos fiscais e jurídicos são um instrumento de sigilo e opacidade dos sistemas financeiros internacionais. Isso dificulta o controle e gera dúvidas sobre os agentes envolvidos e sobre o número de investidores ou detentores de capitais. Os paraísos fiscais mitigam o formalismo das comunicações e reduzem o tempo de resposta. Dessa maneira, facilitam a rápida circulação do capital, sem qualquer controle, o que estimula a especulação, particularmente nas taxas de câmbio, e a fuga de capitais das economias emergentes, um fenómeno que contribuiu significativamente para a ocorrência de evasão fiscal e de crises financeiras.

Quanto à distribuição de renda, embora a desigualdade da distribuição da riqueza seja um problema muito anterior à existência de paraísos fiscais, a proliferação destes territórios teve uma estreita ligação com o crescimento das desigualdades constatado no interior dos Estados, bem como entre os Estados de um modo geral.

À medida que o problema se agrava, massas financeiras enormes de lucros são acumulados por pequenos grupos. Não há preocupação, nem interesse em investir nos setores produtivos, mas apenas migração de capitais com o intuito de gerar mais capital, ou seja, lucro sem base em produção. Investe-se nos mais diversos ramos, tais como obras de arte, imobiliário, atividades da Internet, o que gera especulação e falsa atratividade, formação de bolhas e sucessivas pequenas crises, concorrendo, gradativamente, para o agravamento de problemas financeiros mais drásticos.

Não é só. Além da evasão fiscal essas áreas tornam-se fundamentais para a prática de crimes como a lavagem de dinheiro e a corrupção,

28 Antecedentes históricos dos paraísos fiscais. <<http://www.controversia.com.br/blog/?p=15316>>.

afinal, perde-se a trilha do dinheiro, com o rigoroso sigilo bancário. Os paraísos fiscais são um lugar para misturar e conectar a economia legal e a economia criminosa. Vários estudos demonstram que cerca de 50% dos fluxos de capitais internacionais vão residir ou residem em paraísos fiscais. A falta de transparência e incapacidade de troca de informações por parte de algumas jurisdições pode proporcionar um ambiente que facilite evasão fiscal, fraude, lavagem de dinheiro e outras atividades ilegais.

Diante dessas evidências, fica claro que os paraísos fiscais facilitam a evasão fiscal e atuam no desequilíbrio do sistema financeiro, trazendo repercussões diretas no desencadeamento da crise financeira internacional.

3 CONCLUSÃO

Repor a ordem na economia passa pela luta contra a insegurança financeira: deve-se reforçar o arsenal legislativo de repressão, para criar uma verdadeira ordem pública econômica que disponha de sanções apropriadas. É imperativo restringir os instrumentos que permitem especular.

Os paraísos fiscais permitem opacidade às relações financeiras, regulamentos mínimos aos capitais, participando na criação e na concentração de massas financeiras enormes e de todas as origens, dando a estes capitais um ambiente aberto para a especulação. Concluimos, assim, que os paraísos fiscais são um fator de grande influência na condução do processo de financeira internacional.

Attac França afirma que se não existissem os paraísos fiscais, teria havido menos desigualdade no planeta:

Os PFJ são tanto mais portos de abrigo para muito tráfico e fraudes, entre as quais se contam fraudes fiscais praticadas contra os orçamentos e os cidadãos honestos dos outros Estados. O dumping das leis, e particularmente o dumping das leis fiscais e sociais, no qual participam amplamente os PFJ, teria sido de um nível generosamente menor. Quer isto dizer que os sistemas fiscais teriam sido postos menos em concorrência e que a fraude fiscal teria sido de menor amplitude; conseqüentemente, as desigualdades de fortunas e de rendimentos teriam sido ligeiramente menores.²⁹

29 *Antecedentes históricos dos paraísos fiscais. Texto de Attac França.* <<http://www.controversia.com.br/blog/?p=15316>>.

Para fazer desaparecer progressivamente os paraísos fiscais, é necessário agir em duas frentes: elaboração de normas preventivas e repressivas no âmbito internacional, e reconhecimento da nulidade das transações financeiras fraudulentas e abusivas por parte dos agentes que não se ajustarem às regras.

Iniciamos este estudo com um trecho do ilustre cientista Albert Einstein. Vale apenas finalizar com um pensamento seu, onde cita Schopenhauer: “O homem pode, é certo, fazer o que quer, mas não pode querer o que quer”; e hoje, diante do espetáculo aterrador das injustiças humanas esta moral me tranqüiliza e me educa. Aprendo a tolerar aquilo que me faz sofrer.³⁰

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carolina Guerra de. *O princípio da progressividade no direito tributário brasileiro vigente*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>>

BEUCHAMP A. *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*. Paris: Grasset, 1983.

CASALDÁGLIA, Pedro, Bispo, teólogo e poeta. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/neoliberalismoeglobalizacao.htm>>.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro. A questão do bem jurídico*.

CHAVES, André d'Almeida. *O Brasil e a Política Estratégica dos Estados Unidos: O Papel do Brasil no Hemisfério Ocidental na Perspectiva de Washington*. Mestrado em Relações Internacionais. São Paulo, 2007.

COSTA, Patricia Ayub da; SOUZA, Cristine Ferreira de. *Tributação, Política fiscal e desenvolvimento econômico*. <<http://www.idtl.com.br/artigos/294.pdf>>.

FRANÇA, Attac. *Antecedentes históricos dos paraísos fiscais*. <<http://www.controversia.com.br/blog/?p=15316>>.

30 EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 1981. p. 10.

EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira 1981.

ESTENSSORO, Luis. *Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina*. Tese de doutoramento em Sociologia. USP.

KIST, Cristine. O dinheiro do futuro. *Revista Super Interessante*, n. 279, nov. 2011.

LOOMER, Geoffrey; MAFFINI, Giorgia. *Tax havens and the financial crisis*. Research fellows, Oxford University centre for business taxation. <http://webcourses.lexisnexis.com/bbcswebdav/courses/ITX_657_FA11/TaxHavens%26theFinancialCrisis>.

MARX, Karl. *O Capital*. Tradução Reginaldo Sant'anna. 6. ed. livro I Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

PAREJO, Luiz Carlos. *Neoliberalismo. Entenda a doutrina econômica capitalista*. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/geografia/neoliberalismo.jhtm>>

PIRES, Marília Freitas de Campos; REIS José Roberto Tozoni. *Globalização, neoliberalismo e universidade: algumas considerações*. Disponível em: <<http://www.interface.org.br/revista4/ensaio2.pdf>>.

SANTOS, Theotônio dos. *Do Terror à Esperança: auge e declínio do neoliberalismo*, Aparecida, São Paulo: Idéias & Letras, 2004.

SARAMAGO, José. *Vozes contra a globalização*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/neoliberalismo/globalizacao.htm>>.

VIEGAS. Viviane Nery *Justiça fiscal e igualdade tributária: a busca de um enfoque filosófico para a tensão entre poder de tributar e direito de tributar frente à modernidade tardia no Brasil*. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/260/219>>.

O POVO E A JUSTIÇA: REFLEXÕES SOBRE O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E NOS EUA

*THE PEOPLE AND THE JUSTICE:
REFLECTIONS ON THE JUDICIAL POWER
IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES*

*Giorgia Sena Martins¹
Procuradora Federal atuante na Área Ambiental
da Procuradoria Federal em Santa Catarina*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Poder Judiciário E A Democracia: Uma Abordagem Crítica; 1.1 O Povo Conhece A Justiça?; 1.2 Edifícios, Templos, Castelos Ou Fortalezas? A Quem Se Destinam As Instalações Do Judiciário?; 1.3 Todos São Iguais Perante A Lei: Isonomia E Anacronismo; 1.4 Juízes Amados E Juízes Anônimos; 1.5 Hermetismo Ou Objetividade? A Quem Serve O Discurso Jurídico? 1.6 – Informatização; 1.7 Um Tribunal Constitucional: Por Que Não?; 1.8 Elitização E Politicidade: A Seleção Dos Juízes; 1.9 A Democracia Do Júri Versus O Voluntarismo Dos Juízes; 2 Considerações Finais; Referências.

¹ Representante do IBAMA na Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do Conselho Estadual do Meio Ambiente. Diretora do Instituto Brasileiro da Advocacia Pública - IBAP. Membro da Associação de Professores de Direito Ambiental do Brasil – APRODAB. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – área de concentração: Direito, Estado e Sociedade.

RESUMO: Este artigo traz reflexões, pautadas em exemplos práticos, sobre a democracia no Poder Judiciário brasileiro e o contato do povo com a Justiça, tomando como paradigma observações sobre o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América, resultantes de levantamento bibliográfico, aulas expositivas ministradas no curso Fundamentals of US Law (Thomas Jefferson School of Law, San Diego, CA, Julho/2011) e visitas a Cortes Estaduais e Federais Americanas, bem como a outras instituições públicas e privadas. Busca-se apresentar uma perspectiva crítica que possa inspirar novas e mais profundas reflexões, conducentes à aproximação entre o povo e a Justiça, na construção de uma sociedade mais justa e fraterna.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário Brasileiro. Poder Judiciário dos Estados Unidos da América. Democracia

ABSTRACT: This paper discusses the issue of democracy in the Brazilian Judicial Power through a comparative analysis with the United States Judicial Power. The comments on the American Courts are based on literature review, units of study undertaken for the course Fundamentals of US Law (Thomas Jefferson School of Law, San Diego, CA, in July 2011) and the author's visits to the US Federal and State courts and other public and private institutions. Furthermore, a critical perspective of the Brazilian community's contact with Justice is developed through the analysis on practical examples, aiming to inspire a new model to reduce the gap between People and Justice in Brazil and build a fairer and more fraternal society.

KEYWORDS: Brazilian Judicial Power. US Judicial Power. Democracy.

INTRODUÇÃO

O contato do Povo com a Justiça é a ideia que perpassa toda a temática deste artigo, que trata do espectro democrático do Poder Judiciário no Brasil a partir da experiência da autora nos Estados Unidos, no dia a dia, no contato com o povo americano, nas aulas, nas visitas a entidades públicas, privadas, bem como às cortes estaduais e federais.

Busca-se aqui oferecer uma contribuição original, por meio de exemplos, reflexões, questionamentos e provocações. A análise percorre os filmes e seriados americanos, os prédios e instalações do Judiciário, o uso de saias nas sessões dos tribunais, a postura dos magistrados, a influência política na formação das cortes, a informatização, a instituição do júri, a linguagem utilizada, dentre outros aspectos.

Este artigo não possui intenções propedêuticas, não pretende discorrer acerca dos fundamentos da democracia. Tampouco oferece uma abordagem ontológica acerca da legitimidade da jurisdição. Tais aspectos – relevantes e oportunos – extrapolariam o escopo e os limites do artigo, demandando uma abordagem mais demorada, apropriada em outros tipos de trabalho acadêmico.

O trabalho é resultado das inevitáveis comparações e exemplos práticos que vinham à mente da autora diariamente durante seu contato com o sistema judicial norte-americano, os quais ilustram as ideias apresentadas no decorrer do artigo, que se revestem de uma perspectiva crítica oriunda não somente dos estudos realizados, mas também da percepção da autora como operadora do Direito, com larga experiência de atuação contenciosa perante o Poder Judiciário.

Mantendo o foco na ideia de democracia e pluralismo e visando a engendrar uma contribuição mais ampla, a autora submeteu este artigo à crítica de diversos profissionais do mundo jurídico, assim como de outras áreas do conhecimento, de modo a angariar uma ampla gama de perspectivas e experiências² acerca da democracia no Poder Judiciário, o que resultou em importantes sugestões e críticas que aprimoraram o trabalho.

2 Registra aqui os agradecimentos a Graziella Tissiani (Delegada da Polícia Federal), Nadia Maia (Promotora de Justiça), Tasso de Castro Lugon (Juiz de Direito) Eduardo Fortunato Bim (Procurador Federal), Renata Cordeiro (Procuradora Federal) Miguel Teixeira Gomes Pacheco (Pesquisador, Doutorando UFSC), Mariana Salgado Castro (Acadêmica de Direito UFSC/Estagiária PF/SC), Patrick Seixas Lupinacci (Acadêmico de Direito da FMU/SP, que participou do curso *Fundamentals of US Law*), Marcel Soares (Pesquisador/Mestrando em Direito/UFSC), Benilda Sena (Psicóloga), Priscila Araújo (Técnica Judiciária), Adailton Pires Costa Costa (Pesquisador/Mestrando em Direito/UFSC), Henrique Bruggeman (Advogado/Mestrando em Direito UFSC). Elena Aydos (Pesquisadora/Doutoranda Universidade de Sydney).

1 O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Esta análise do espectro democrático do Poder Judiciário tem como recorte metodológico a abordagem crítica, tomando como referencial teórico (e inspiração) a obra de Dalmo de Abreu Dallari, jurista que se destacou na defesa dos Direitos Humanos nos tempos da ditadura militar brasileira, mantendo-se sempre coerente com o discurso crítico e humanista. A crítica que aqui se faz parte também de reflexões de origem empírica, em cotejo com a realidade estadunidense. Para iniciar, cabe o esclarecimento de Richard Quiney:

Eu começo com a afirmação de que nós não compreendemos adequadamente nossa existência contemporânea. Nossa compreensão do presente, assim como do passado, é mistificada por uma consciência que, unicamente, serve para manter a ordem existente. E se nós nos dispomos, de algum modo, a remover a opressão da época, devemos compreender criticamente o mundo ao nosso redor. Somente com uma nova consciência – uma filosofia crítica – podemos começar a realizar o mundo de que nós somos capazes. Minha posição é, assim, uma posição crítica: crítica não somente em uma avaliação de nossa condição presente, mas crítica em trabalhar em direção a uma nova existência.³

E a crítica que se pretende instigar tem por objeto o Poder Judiciário, a partir de uma série de questionamentos: como o povo enxerga o Poder Judiciário? Como entende o Poder Judiciário? Como se sente diante de um juiz? O povo acredita na Justiça? Busca traçar um diagnóstico.

Parte-se, desde logo, da hipótese de que legítimo, justo, acatado e aceito é um Poder Judiciário que se conecta com a sociedade, com seus anseios e seus ideais democráticos. O Judiciário não pode existir (ou se acreditar) fora ou acima da sociedade, em descompasso o ideal de Justiça socialmente aceito. Nesse sentido, Dallari acentua:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma

3 QUINEY apud WOLKMER. *Ideologia Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989. p. 6.

ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais. [...] Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, quem remunera o trabalho do juiz, o que acentua sua condição de agente do povo. [...] No momento em que foram superados o feudalismo e o absolutismo, os juízes deixaram de ser agentes do rei ou de aristocratas poderosos para se tornarem agentes do povo.*

Cabe, aqui, uma ressalva, a fim de que as reflexões que se seguem sejam contextualizadas e bem entendidas: utilizam-se alguns aspectos do modelo norte-americano para falar especificamente da *democracia no Judiciário*, vista sob as mais variadas formas e exteriorizada no *distanciamento entre o Judiciário e a sociedade brasileira*. Não se aborda, aqui, a técnica ou a justiça das decisões.

Sem olvidar valorosíssimos membros do Judiciário, desde os tantos abnegados e comprometidos que anonimamente desempenham suas funções, promovendo transformação social a heróis como o Fausto de Sanctis⁵ e Odilon de Oliveira⁶, ou mártires como Patrícia Accioly⁷, a crítica que aqui se faz tem escopo certo, delimitado, qual seja, *o ideal democrático*, e não pretende ser uma generalização, mas uma provocação sobre a realidade judiciária brasileira. Objetiva apontar aspectos que podem – e devem – ser aprimorados na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 91.

5 Que se notabilizou nacionalmente na condução das Operações Satiagraha e Castelo de Areia, sendo alvo de severas críticas do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal.

6 NUNES, Walter. O tráfico quer matar este juiz. *Revista Época*. ed. 523, de 26/05/2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG80482-6009,00-O+TRAFICO+QUER+MATAR+ESTE+JUIZ.html>>. Acesso em: 18.09.2011.

7 CRUZ, Adriana. Patrícia Accioli é morta a tiros em Piratininga. *O Dia Online*. 15.08.2011. Disponível em <http://odia.terra.com.br/portal/rio/html/2011/8/juiza_patricia_acioli_e_morta_a_tiros_em_piratininga_184305.html> Acesso em 18.09.2011

1.2 O POVO CONHECE A JUSTIÇA?

Nos Estados Unidos, há uma profusão de filmes⁸ e programas de televisão⁹ que têm por objeto julgamentos e processos judiciais (os chamados *TV Court's Shows*). Há grande interesse por parte da população no funcionamento das Cortes e em tudo aquilo que envolve o Poder Judiciário. Há, inclusive, programas televisivos que simulam julgamentos e os cidadãos exercem diferentes papéis: promotor, juiz, advogado, autor, réu ou jurado.

O programa de televisão “The People’s Court”¹⁰, surgido em 1981, que recria um tribunal de pequenas causas, foi o primeiro programa que, em vez de apresentar atores, fundava-se em casos reais, com personagens reais. Contudo, antes disso, já existiam programas como “Traffic Court” (1957) e “People’s Court of Small Claims” (1959), que recriavam casos ou apresentavam processos judiciais fictícios. Além disso, antes mesmos dos programas televisivos, proliferavam programas de rádio com a temática judicial. Segundo Godoy, nos Estados Unidos, “O direito é objeto de consumo, faz parte da cultura nacional. Há viciados em acompanhamento de julgamentos. Partidos, facções e grupos dividem-se nos vereditos, mania que a muitos contamina.”¹¹

Existem, inclusive, estudos nos meios acadêmicos americanos sobre a existência/impacto do chamado “*CSI effect*”, em alusão aos efeitos do programa CSI sobre as decisões dos jurados, que esperam, nos julgamentos, uma prova tão cientificamente consistente quanto aquela produzida no programa de televisão. Parte da doutrina acredita que essa alta expectativa leva, muitas vezes, a uma indevida absolvição¹².

8 Alguns exemplos dos chamados “filmes de tribunal”: O Júri (Runaway Jury, 2003), Advogado do Diabo (The Devil’s Advocate, 1997), Questão de Honra (A Few Good Men, 1992) AFirma (The Firm, 1993), Dossiê Pelicano (The Pelican Brief, 1993), “Tempo de Matar (A Time To Kill, de 1996), Filadélfia (Philadelphia, 1993), Erin Brockovich - Uma mulher de talento (Erin Brockovich, 2000), Código de Conduta (Law Abiding Citizen, 2009), Doze Homens e Uma Sentença (12 Angry Men, 1957 e 1997), O Julgamento de Nuremberg (Judgment at Nuremberg, 1961), Oleitor (The Reader, 2008) Jogada de Gênio (Flash of Genius, 2008), “O Sol é Para Todos” (To Kill a Mocking Bird, 1962), O Veredito (The Verdict, 1982). Listas completas podem ser obtidas na Internet, em sítios especializados.

9 Judge Jury, Judge Mathis, Judge Joe Brown, Judge Hatchett, Moral Court, Divorce Court, Texas Justice, Judge Wapner’s Animal court, Judge Mills Lane, Dominick Dunne’s Power, Privilege and Justice, I, Detective, Judge Maria Lopez, Justice etc.

10 THE PEOPLE’S Court. In: *Wikipedia: a enciclopedia livre*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/The_People%27s_Court> Acesso em 19.09.2011.

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 198.

12 CSI EFFECT. In: *Wikipedia: a enciclopedia livre*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/CSI_effect#cite_ref-Tyler_26-1>. Acesso em: 24.09.2011

Prova da popularidade e interesse da população americana nas questões relacionadas à Justiça é que a série *Law & Order*¹³ é atualmente a série de drama americana que está há mais tempo no ar (juntamente com *Gunsmoke*). De acordo com estimativas realizadas em 2005, a Franquia *Law & Order* gera em torno de US\$ 1 bilhão anuais para a Universal Media Studios e para os canais parceiros.

Esses programas permitem (e refletem) a familiarização da sociedade com os institutos jurídicos, terminologia, ritualística, procedimentos. Tornam o Judiciário parte da vida do americano comum. E esse interesse do americano pela Justiça não é recente: segundo Tocqueville, “Nos Estados Unidos da América do Norte, não há questão política que não se transforme, cedo ou tarde, em discussão judicial.”¹⁴

Fazendo um paralelo com a realidade brasileira, pergunta-se: quantos filmes brasileiros retratam julgamentos famosos (ou ficcionais)? Quantos programas de televisão retratam o Judiciário? Por conta disso, muitos brasileiros imaginam que a estrutura do seu Judiciário (inclusive em termos físicos, disposição das partes durante o julgamento, mobiliário, ordem de argumentação) é igual àquela existente nos EUA.

O que se pode constatar, de fato, é que no Brasil, o distanciamento entre o Poder Judiciário e a população torna o interesse pelas questões afetas à Justiça praticamente inexistente¹⁵. Os brasileiros – mesmo aqueles mais esclarecidos – não sabem como funciona seu Poder Judiciário, não conhecem a estrutura das cortes e somente se dirigem ao aparato estatal judiciário – com temor reverencial – quando são processados ou necessitam processar alguém.

Realizado entre, o estudo da consultoria GFK realizada entre 1º e 29 de março ouviu 18 mil pessoas maiores de 18 anos nos EUA, Europa, Brasil, Colômbia e Índia para verificar, dentre vinte profissões, aquelas de maior credibilidade¹⁶. No Brasil, os juízes ficaram em décimo lugar.

13 LAW and Order. In: Wikipedia: a enciclopedia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Law_%26_Order>. Acesso em 19.09.2011.

14 TOCQUEVILLE apud GODOY, 2004, p. 197.

15 Após ampla pesquisa, conseguimos localizar o documentário “Juízo”, que trata da realidade de uma Vara da Infância.

16 Brasileiro acredita mais em professores. Veja lista das profissões mais confiáveis. In: *Guia do Estudante*. 24/06/2010. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/vestibular-enem/brasileiro-acredita-mais-professores-menos-politicos-veja-ranking-profissoes-mais-confiaveis-572968.shtml>>. Acesso em: 19.09.2011.

Quanto à credibilidade do Judiciário, um aspecto contrastante entre o sistema brasileiro e o sistema americano, que passa necessariamente pelo viés democrático deste último, é a certeza de punição, independentemente do *status* social do indivíduo. Não é raro encontrar na imprensa mundial notícias relativas à prisão, nos Estados Unidos, de milionários, celebridades, políticos, filhos de políticos etc. No Brasil, ocorre o extremo oposto: a esse tipo de prisão, se segue uma imediata ordem de soltura. Na cultura americana, sabe-se que a uma infração sobrevém uma sanção. No sistema de compadrio que, muitas vezes, vige no Judiciário brasileiro, à prisão de alguém da elite se segue uma comoção generalizada por parte das altas instâncias do Judiciário e uma imediata reprimenda – pública – aos exageros da autoridade policial. Rico, no Brasil, não pode ser preso.

Quanto à postura dos magistrados, interessante citar a Ministra STJ Eliana Calmon, atual corregedora do Conselho Nacional de Justiça que, em entrevista à Revista Veja, faz uma autocrítica sincera do Poder a que pertence:

Nós, magistrados, temos tendência a ficar prepotentes e vaidosos. Isso faz com que o juiz se ache um super-homem decidindo a vida alheia. Nossa roupa tem renda, botão, cinturão, fivela, uma mangona, uma camisa por dentro com gola de ponta virada. Não pode. Essas togas, essas vestes talaes, essa prática de entrar em fila indiana, tudo isso faz com que a gente fique cada vez mais inflado. Precisamos ter cuidado para ter práticas de humildade dentro do Judiciário. É preciso acabar com essa doença que é a “juizite”.¹⁷

Enquanto nos EUA povo parece se aproximar da Justiça, no Brasil, o povo foge do Judiciário tanto quanto pode. O Judiciário, muitas vezes, toma ares aristocráticos e inacessíveis, a despeito das muitas iniciativas institucionais de democratização¹⁸, como a Justiça Itinerante, os Mutirões de Conciliação, a Pesquisa de Clima Organizacional e de Satisfação da Justiça Brasileira, os cursos de LIBRAS (Língua Brasileira de Sinais), o Espaço Cidadão,, o Boletim do Portal de Desenvolvimento da Justiça Federal, o Banco de Conteúdos, o JusQualitas, as Casas de Justiça e Cidadania, dentre outros projetos. Embora institucionalmente

17 SETTI, Ricardo. Entrevista Direta no Fígado. *Revista Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/se-voce-nao-leu-precisa-ler-essa-entrevista-incrivelmente-franca-da-nova-corregedora-do-conselho-nacional-de-justica/>> Acesso em 18.09.2011.

18 Os projetos citados podem ser acessados no Portal da Justiça Federal <<http://www.jf.jus.br/>> e Conselho Nacional de Justiça <<http://www.cnj.jus.br/>>.

o Judiciário busque a democratização, essa iniciativa parece encontrar óbice na postura pessoal adotada por muitos magistrados.

Um exemplo extremado, porém demonstrativo da postura pouco democrática adotada por alguns juízes é o caso do trabalhador rural Joanir Pereira, que foi impedido de participar de uma audiência por estar calçando sandálias. No termo de audiência dos autos nº 01468-2007-195-09-00-2¹⁹, o Juiz do Trabalho Bento Luiz de Azambuja Moreira, da 3ª Vara do Trabalho de Cascavel consignou que “O Juízo deixa registrado que não irá realizar esta audiência, tendo em vista que o reclamante compareceu em Juízo trajando chinelo de dedos, calçado incompatível com a dignidade do Poder Judiciário.”

O advogado Marcelo Picoli relata, ainda, que um homem de idade avançada teria se apoiado na mesa do mesmo magistrado para assinar uma ata e ele não teria admitido que o homem encostasse os braços no móvel. Ele entendeu que aquilo era um ato contra a dignidade do Poder Judiciário.²⁰

Evidentemente que essas condutas caricatas não representam a totalidade – sequer a maioria – do Judiciário Brasileiro mas, de certa maneira, demonstram uma racionalidade ainda existente entre juízes, facilmente perceptível em atitudes de soberba e arrogância daqueles que, em lugar de colocarem a serviço do povo e da democracia, colocam-se, muitas vezes, acima da lei e cegos à realidade social.

1.2 EDIFÍCIOS, TEMPLOS, CASTELOS OU FORTALEZAS? A QUEM SE DESTINAM AS INSTALAÇÕES DO JUDICIÁRIO?

Outro aspecto da postura pouco democrática do Poder Judiciário Brasileiro é verificado nas instalações físicas da primeira e da segunda instâncias, bem como dos Tribunais Superiores. Note-se, por exemplo, o tamanho das salas de audiência da primeira instância, que comportam poucas pessoas. Lopes vai além e acentua os casos em que “as salas de audiência são uma triste constatação da privacidade do processo: fisicamente não dispõem de um lugar para público, apenas para juiz, escrevente, partes e respectivos advogados.”²¹

19 Numeração única: 01468-2007-195-09-00-2 - Reclamante: Joanir Pereira -Reclamada: Madeiras J. Bresolin Ltda.

20 HAUPTMAN, Claudemir. Juiz que cancelou audiência com agricultor cria nova polêmica. In: *Gazeta do Povo*. Cascavel, 26.09.2006. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/parana/conteudo.phtml?bx=1&id=699478&tit=Juiz-que-cancelou-audiencia-com-agricultor-cria-nova-polemica>. Acesso em 15.09.2011>. Acesso em 15.09.2011.

21 LOPES apud DALLARI, 2008, p. 159.

A autora, na qualidade de procuradora federal atuante na área ambiental, pôde verificar em muitas ocasiões a restrição de acesso público em audiências de ações civis públicas de grande clamor social “por falta de espaço”. Na maioria das vezes, não há espaço para mais de meia dúzia de pessoas. Para Lopes, “é preciso abrir os recintos judiciais.”²²

Esse fato contrasta fortemente com as salas de audiência que a autora teve oportunidade de verificar nas visitas realizadas nos Estados Unidos. Naquele país, tanto na Justiça Federal, quanto Estadual, as salas comportam facilmente cerca de cinquenta ou mais pessoas. O processo é efetivamente público e o acesso é franqueado aos cidadãos.

Acerca dessa questão, Dallari conclui que “a importância das condições físicas, materiais, de funcionamento da primeira instância é muito grave, pois envolve princípios fundamentais e preceitos legais relativos ao Judiciário e seu modo de atuação.”

Além disso, também é importante considerar outro viés: o grande contraste entre as instalações suntuosas dos tribunais e as instalações da primeira instância. Gastos elevados e supérfluos são despendidos com luxo, enquanto pouco avanço se faz quanto ao aprimoramento da prestação jurisdicional propriamente dita²³.

Uma grande segregação social está subjacente: há um lugar para o povo e um lugar para os “nobres”. Os lugares frequentados pelo povo (ou seja, o primeiro grau), contrastam fortemente com as dependências dos tribunais, lugares em que, via de regra, o povo não vai. Aliás, o povo nem se atreve a pensar que sua presença é ali permitida, tamanha a pompa e circunstância que imperam naqueles ambientes. Até mesmo a arquitetura evidencia o *apartheid* que vigora no Judiciário.

Pouco republicanos são, ainda, os prédios em que existem elevadores privativos para juízes. Por que razão os juízes não podem compartilhar do mesmo espaço público dos outros cidadãos?

1.3 – TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI: ISONOMIA E ANACRONISMO

Nos Tribunais Superiores, a presença popular é ainda mais rara. A título de exemplo, cabe citar o tratamento conservador e nada isonômico conferido às mulheres. Somente após 04 de maio de 2000, as mulheres tiveram permissão para ingressar nas dependências do

²² LOPES apud DALLARI, 2008, p. 159.

²³ DALLARI, 2008, p. 158.

Supremo Tribunal Federal trajando calças compridas²⁴. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o uso foi liberado em 17/05/2000²⁵. Esses fatos demonstram o anacronismo com que se pauta o Judiciário brasileiro. Note-se que a decisão foi tomada em atendimento à proposição apresentada pelo então presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Reginaldo de Castro²⁶. Não partiu, por óbvio, das hostes do Judiciário.

E, a despeito da liberação das calças compridas no plenário do Supremo, o conservadorismo no âmbito interno do próprio Judiciário permaneceu até 2007, quando, em 15 de março daquele ano, a Ministra Carmen Lúcia “rompe a tradição e usa calças compridas²⁷”, fato que foi amplamente noticiado na imprensa especializada como ato de grande inovação, eis que a Ministra Ellen Grace, então presidente daquela Corte, até 2007, jamais havia trajado calças compridas.

Note-se, no entanto, que a despeito da liberação das calças compridas, ainda existe no Supremo um rígido controle sobre a forma de vestir das mulheres. Segundo noticiou o sítio Consultor Jurídico, “constantemente, os seguranças do plenário barram as visitantes que trajam calça do tipo corsário — um pouco mais curta que a normal — mesmo que acompanhada de blazer combinando. Casaquinhos de malha mais fina também não são permitidos. Hoje, comprimento, modelo dos trajes e até o penteado dos cabelos são alvos dos seguranças.”²⁸ Tudo isso ocorre dentro da corte encarregada de velar pelo cumprimento dos valores constitucionais, dentre os quais estão inseridos a isonomia, a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça. Essa postura totalitária e desarrazoada contrasta fortemente com a ideia de proteção aos Direitos Humanos propalada em algumas decisões.

Pergunta-se: qual a relação entre o uso das saias e a efetividade da prestação jurisdicional? Em termos práticos, que utilidade teve a

24 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Supremo libera o uso de calça comprida para mulheres. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=8916&AnoMes=19991>. Acesso em 14.09.2011.

25 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ libera uso de calças compridas por mulheres em suas sessões de julgamentos*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=66405>. Acesso em: 15.09.2011.

26 CONSULTOR JURÍDICO. OAB pede ao STF que permita entrada de mulheres e calça. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-mar-14/oab_questao_nao_assunto_irrelevante>. 14.03.2000. Acesso em 14.09.2011.

27 Idem. Carmen Lúcia rompe tradição e usa calça comprida no STF. 15.03.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-15/carmen_lucia_usa_calca_comprida_sessao_stf>. Acesso em 14.09.2011.

28 Ibid.

manutenção dessa proibição – cujo único efeito foi afastar as mulheres do âmbito dos tribunais, impondo-se um entrave inexistente para os homens.

A autora deste artigo, que tem hoje 37 anos, foi testemunha do descompasso do Judiciário com o seu tempo. Em 1998, por ocasião de sua primeira viagem de trabalho à capital federal, foi impedida de ingressar em sessão do Supremo Tribunal Federal por trajar calças compridas. Jamais imaginaria, aos 24 anos, a possibilidade de se deparar com uma postura tão retrógrada e tão pouco republicana no chamado Estado Democrático de Direito – que deveria influenciar, até mesmo, a sua forma de arrumar as malas.

1.4 JUÍZES AMADOS E JUÍZES ANÔNIMOS

Há, nos Estados Unidos, figuras de juízes que são cultuados como personagens destacados na história nacional, como os juízes Holmes, Marshall, Brandeis, dentre outros tantos, que marcaram a história norte-americana não como políticos de formação jurídica, mas como juristas que exerceram seu papel político para promover transformações sociais. Antes de tudo, eram juízes, juristas comprometidos com a sociedade. Até hoje, têm sua história estudada e conhecida pelos americanos desde os bancos escolares. Sua presença não se limita às faculdades de Direito.

Em estudo cuidadoso, Godoy traça de forma ampla e desapassionada (isenta) o perfil do Juiz Holmes, bem como sua contribuição ao pensamento jurídico. O trecho a seguir transcrito demonstra sua importância e penetração na sociedade americana:

Holmes é o herói do direito norte-americano (*the hero of American law*). Benjamin Cardozo o reputava de senhor de todo o direito e da filosofia do direito, o mais perfeito jurista de seu tempo. Felix Frankfurter teria dito que Holmes era o filósofo que se tornou rei. Frankfurter ainda dizia que por séculos homens que jamais teriam ouvido falar de Holmes estaria se movimentando na extensão de seu pensamento. Charles Wyzanski afirmara que como a estátua *A Vitória de Samotrácia*, Holmes era o ápice de cem anos de civilização. Thomas Grey afirmara que Holmes fora o maior oráculo do pensamento jurídico norte-americano. Karl Llewellyn tinha Holmes como a mente mais distinta de seu tempo. Morton Horwitz reputava Holmes o único pensador jurídico nos Estados Unidos. Para Richard Posner, Holmes é a mais ilustre figura do direito norte-americano. Para Harry Kalven e Hans Zeisel, Holmes seria o mais perfeito

ideal buscado por um advogado norte-americano. Declarou-se que a indústria automobilística teve Henry Ford, que o jazz contou com Louis Armstrong, que Hollywood teve Marilyn Monroe, que o baseball contou com Babe Ruth e que o direito orgulhava-se de Oliver Wendell Holmes Jr. (cf. ALSCHULER, 2000, p. 15). Holmes foi beatificado, o que ensejou questão intrigante. Afinal, como um homem brutalizado pela guerra civil tornou-se o grande oráculo do direito norte-americano? Sem dúvidas, ele era brilhante, trabalhava duro e com seriedade, escrevia prosa cativante e ao que consta era pessoa de charme extraordinário (cf. ALSCHULER, 2000, p. 181), um *causeur*. Para autora entusiasta, a história de Holmes confunde-se com a história dos Estados Unidos.²⁹

Oliver Wendell Holmes Jr., segundo Hoeflich³⁰, é o primeiro juiz moderno a adquirir o status de celebridade. Desde sua morte, Holmes tem sido festejado por muitos e condenados e criticado por outros tantos. Passado mais de meio século de sua morte, Holmes é ainda tema de biografias e estudos analíticos.”

Segundo o mesmo autor, citado por Godoy, Holmes é “indiscutivelmente o maior nome do pensamento jurídico norte-americano, ao qual imprimiu percepções e soluções práticas e pragmáticas, distanciando-se de problemas conceituais e metafísicos que marcaram (e marcam) o pensamento jurídico europeu.

Segundo Posner, citado por Godoy, o Juiz Holmes “não fora apenas um grande jurista; ele teria sido também um grande intelectual, uma grande pessoa, um grande americano, um homem de uma grande vida.”

Já a magistratura brasileira, marcada por sua apatia e pouco envolvimento com as questões sociais, não possui nomes que sejam festejados fora dos círculos estritamente jurídicos. Os magistrados, mesmo dentro dos cartórios, varas, salas de audiência, portam-se como se representantes do Rei o fossem. Evitam contato, projetam-se como figuras do Olimpo, tratam o povo com um misto de desdém e indisfarçado sentimento de superioridade. As partes não são, muitas vezes, tratadas com o respeito que a democracia impõe e delas se exige temor reverencial e adulação, o que se verifica desde o endereçamento

29 Cf. BOWEN apud GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos.html>>. Acesso em 15.09.2011.

30 Cf. HOEFlich apud GODOY. Op. Cit. Acesso em: 16.09.2011.

das petições: Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz... Nos Estados Unidos, são referidos como Justice Holmes, Justice Marshall...

Assim, como se poderia esperar, no Brasil, a população não rende qualquer culto à figura dos juízes. Talvez os setores mais esclarecidos da classe média e alta tenham uma vaga noção de quem seja Rui Barbosa (que não era juiz, mas é aqui citado por ser, muito provavelmente, a mais emblemática figura da história jurídica brasileira), mas muito provavelmente desconhecem seus feitos. Se essa enquete for feita de forma mais ampla, envolvendo a população como um todo, é certo que se constatará um desconhecimento quase que generalizado sobre aquele ou qualquer outro jurista brasileiro, do presente ou do passado.

É certo que as faculdades de Direito formam, no Brasil, um poder inteiro (o Judiciário) e participam fortemente da composição dos outros dois. Portanto, há muitos nomes, egressos das faculdades de Direito, que se tornaram políticos famosos. Contudo, é difícil localizar nomes que se notabilizaram – fora do meio jurídico – como operadores do Direito, mais especificamente, como juízes.

Não há, no Brasil, grandes nomes, do ponto de vista histórico, que personifiquem um ideal de Justiça porque o Judiciário mostra-se apático e desprestigiado e não parece, salvo melhor juízo, empreender muitos esforços – do ponto de vista individual – no sentido de mudar essa imagem.

1.5 HERMETISMO OU OBJETIVIDADE? A QUEM SERVE O DISCURSO JURÍDICO?

Conhecidos por seu pragmatismo e objetividade, os estadunidenses pautam a análise jurídica por meio de uma equação simples que busca trazer clareza e simplicidade ao sistema. Trata-se da fórmula “IRAC”³¹ (e suas variações³²). IRAC é um acrônimo que significa *Issue, Rule, Analysis, Conclusion*. *Issue* é a questão, ou seja, quais fatos e circunstâncias trouxeram as partes à corte? Qual é o problema? *Rule* é a regra, a norma aplicável à questão. Qual é a norma? *Analysis* é a análise, a subsunção do

31 LAWNERDS. *The IRAC form*. Disponível em: <<http://www.lawnerds.com/guide/irac.html>>. Acesso em 17.09.2011.

32 Há diversas variações da fórmula IRAC, porém todas mantêm uma estrutura lógica e clara, de fácil compreensão: MIRAT (Material Facts, Issues, Rules, Application, Tentative Conclusion). IDAR (Issues, Doctrine, Application, Result). CRAAC (Conclusion, Rules, Analogous Case (if applicable), Application, Conclusion). This is mostly used for writing assignments. CREAC (Conclusion, Rules, Explanation, Application, Conclusion). TRIAccC (Topic, Rule, Issues, Analysis [cases, conclusion], Conclusion), entre outras.

fato à norma. A norma se aplica ao caso concreto? Por fim, *Conclusion*, ou seja, a solução da controvérsia. Simples assim.

Esse pragmatismo norte-americano foi influenciado, dentre outras fontes, pelo pensamento do Juiz Holmes, para quem, segundo Godoy

a advocacia seria um ofício prático, como outro qualquer; nada de ciência, de epistemologia, de problematizações metafísicas, de cogitações transcendentais, de lógica binária, de conjuntos aporéticos (cf. POSNER, in HOLMES, 1992, p. xi). Holmes rejeitava a lógica e a história, porque ambas forneciam apenas disfarces retóricos para as decisões jurídicas (cf. SEIPP, 1997, p. 517).³³

Sem aderir ao pensamento americano³⁴, o que se pode constatar é que no Judiciário brasileiro, muitas vezes, o que ocorre é justamente o contrário. Linguajar antiquado, barroco, rebuscado, incompreensível ao comum dos mortais (e muitas vezes, até mesmo, aos jovens advogados). Decisões que se perdem em desnecessárias filigranas. Por vezes, uma sofisticada ginástica interpretativa conducente a uma solução que afronta o bom senso, mas que somente pode ser prolatada após uma demorada digressão que busque justificar o injustificável.

Nesse sentido, voltando ao Juiz Holmes, no caso *Northern Securities Company v. United States* (193 U.S. 197- 1904), citado por Godoy:

[...] *Grandes questões e questões complicadas fazem um péssimo direito.* Porque os grandes julgamentos são chamados de grandes, não tanto pela importância que têm em delinear a jurisprudência a ser seguida, mas prioritariamente porque um acidente qualquer provocou um demasiado interesse no caso, apelando para sentimentos que distorcem o julgamento. *Interesses imediatos exercem uma pressão hidráulica no julgador, fazendo aquilo que era claro parecer duvidoso (...)* (HOLMES, 1992, p. 130). (grifos da autora)

Em outras circunstâncias, pode-se, ainda, constatar a desnecessária e descabida demonstração de erudição por meio de longas citações em língua estrangeira, contrariando, inclusive, o ordenamento jurídico pátrio, que estatui a necessidade de uso da língua vernácula.

33 GODOY, op. cit. Acesso em: 15.09.2011.

34 Nem tanto ao mar, nem tanto à terra...

No texto “Simplificar sem vulgarizar”, publicado no sítio do Conselho da Justiça Federal, o Juiz Federal Novély Vilanova da Silva Reis afirma:

A Justiça parece que ainda não acordou da letargia profunda no que diz respeito aos seus procedimentos processuais. É claro que isso também contribui para a lentidão da prestação jurisdicional. Infelizmente ainda se lê editais redigidos com a desnecessária introdução “o doutor Fulano de Tal, juiz de direito, nomeado na forma da lei, faz saber...” (se não fosse nomeado na forma da lei não estaria exercendo a magistratura!). É preciso mudar esse estado de coisas... Cartas rogatória e precatória, termos, editais e mandados devem conter somente o essencial previsto em lei assim apresentados de forma direta e objetiva para a fácil compreensão por todos.

Para Holmes, *até cachorros sabem diferença entre tropeçar e levar um chute* (cf. HOLMES, 1991, p.2, citado por GODOY)

No sistema americano, o jurisdicionado sabe o que foi decidido, entende a decisão, a estrutura lógica do que foi decidido e pode, assim, conformar-se ou não com a justiça da decisão, eis que compreendeu o respectivo teor. Além disso, o sistema americano, devido à sua estrutura, acaba por seguir as orientações do Juiz Holmes, segundo o qual “um bom juiz inconscientemente julgava de acordo com os padrões médios da sociedade em que vivia.”³⁵ Além disso, outro aspecto importante mencionado por Godoy: “Holmes rejeitava também o jargão dos especialistas, escrevendo do modo menos formal possível.”³⁶

No Brasil, a fundamentação, sob os olhares do povo – destinatário da prestação jurisdicional – é muitas vezes um mistério, hermético, enigmático, barroco e incompreensível. A quem serve esse hermetismo? Estará aí contemplado o acesso à Justiça?

1.6 INFORMATIZAÇÃO

Cabe, ainda, uma nota quanto Judiciário Federal da 4ª Região (que corresponde aos três estados do sul do Brasil: Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul) no que concerne à informatização, o chamado sistema V2 de processo eletrônico. As demandas, hoje em dia, são todas informatizadas. E mesmo muitas das demandas pretéritas vêm sendo

³⁵ GODOY, op. cit. Acesso em 15.09.2011.

³⁶ Cf. Bowen, 1994, p. 274, apud GODOY, op. cit. Acesso em 15.09.2011.

objeto de digitalização. É certo que a informatização facilita o acesso das partes aos autos e dá celeridade e transparência ao Judiciário, cujos processos e decisões passam a ser franqueados a todos os cidadãos. Na prática, implica economia de tempo, de recursos materiais e de pessoal e facilita a comunicação entre todos aqueles que intervêm no processo.

A despeito de todas as vantagens evidentes da informatização, aí também se pode verificar um déficit democrático: a implantação do processo eletrônico na Justiça Federal da 4ª Região foi imposta a todos os jurisdicionados sem tempo para adaptação, compra de equipamentos, treinamento. Houve a necessidade de imediata inserção no sistema, sob pena de frustração da prestação jurisdicional, perda de prazos etc. Para a autora, membro da Advocacia-Geral da União, essa inserção foi tranquila, haja vista a facilidade de acesso a scanners potentes, pessoal para digitalizar as peças, internet de alta velocidade. No entanto, pergunta-se: e o advogado em início de carreira, com poucos recursos? E aqueles cuja familiarização com os meios digitais ainda não ocorreu? E os que não possuem internet rápida ou computadores compatíveis com o sistema? Estarão todos impedidos de advogar? E os clientes? E as pequenas procuradorias municipais? Como fica o acesso à Justiça? Essa postura foi democrática?

Há que se ressaltar, ainda, que a informatização deve vir acompanhada de uma mudança de mentalidade, sob pena de cancelar apenas “o advento de uma era de injustiças informatizadas”³⁷. Conforme bem acentua Dallari, corre-se o risco de uma “informatização sem prévia racionalização e, pior do que isso, mantendo-se a mentalidade antiga no tocante às concepções relevantes para a justiça e ao conteúdo das decisões.”³⁸

1.7 UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: POR QUE NÃO?

Importante, também, fazer um paralelo entre a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que apresentam algumas semelhanças e gritantes diferenças, sobretudo no que concerne à efetividade da prestação jurisdicional.

Criada em 1789 e implementada em 1790, a Suprema Corte Americana é formada por nove juízes, sendo um deles o presidente (*the Chief Justice of the United States*). Atualmente, na composição da Suprema Corte há três mulheres (duas delas indicadas por Barack

37 DALLARI, 2008, p. 159.

38 Ibid., p. 159.

Obama), um negro e cinco homens brancos. Quem indica os juízes da Suprema Corte é o presidente da república, com a aprovação do Senado. Diferentemente do que costuma acontecer no Brasil, nem sempre o Senado Americano é unânime na aprovação dos juízes da Suprema Corte. A título de exemplo, os juízes Clarence Thomas e Samuel Alito, ambos indicados por George W. Bush, obtiveram apertada votação no Senado: 52–48 votos. Da mesma forma, as juízas Sonia Sotomayor e Elena Kagan (atualmente, a mais jovem juíza da Suprema Corte), obtiveram no senado a votação de 68–31 e 63–37 respectivamente.

Criado em 1891, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, indicados pelo Presidente da República entre cidadãos brasileiros maiores de 35 anos com notório saber jurídico e reputação ilibada. Estão sujeitos, assim como nos EUA, à sabatina do Senado. Contudo, contrariamente ao que acontece nos EUA, no Brasil a aprovação do nome indicado pelo Presidente da República é certa, constituindo mera formalidade a sabatina.

A Suprema Corte Americana é precipuamente um tribunal constitucional, enquanto o Supremo Tribunal Federal exerce competências exageradamente amplas, tornando-o um tribunal sobrecarregado, conforme acentua Dallari (2008, p. 113):

O exame de suas atribuições demonstra que ele exerce o papel de tribunal constitucional, mas também o de solucionador de conflitos entre tribunais superiores, além de atuar como instância de apelação ou unificador da jurisprudência em determinados casos. O Supremo Tribunal Federal tem ainda algumas competências originárias, para decidir sobre matérias expressamente enumeradas na Constituição, como nos casos de conflitos que envolvem autoridades federais de alto nível e naqueles em que há litígio entre entidade federativa brasileira e um Estado estrangeiro ou organismo internacional. Além disso, pela Emenda Constitucional n. 45, o Supremo Tribunal recebeu competência para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público.

Já a Suprema Corte Americana (US SUPREME COURT, 2011) tem como principal atribuição a função de tribunal constitucional, o que garante maior eficácia na guarda da Constituição. Embora sua jurisdição seja ampla e abrangente, por exemplo, casos envolvendo embaixadores, ministros, cônsules, casos em que os EUA sejam parte, controvérsias entre dois ou mais estados ou entre um

estado e cidadãos de outro estado, entre cidadãos de diferentes estados etc.³⁹, os critérios de admissibilidade são restritos,

Por ocasião da elaboração da Constituição brasileira de 1988, surgiu a ideia da criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, o que garantiria melhor controle da constitucionalidade das leis e dos atos das autoridades públicas, assim como a responsabilização daqueles que praticassem atos contrários à Constituição. No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal fez oposição cerrada a essa ideia, por entender que assim perderia atribuições e parte do seu prestígio (DALLARI, 2008)

No Brasil, a situação dá-se de maneira oposta. O STF encontra-se assoberbado de atribuições e a qualidade de tribunal constitucional é apenas uma dessas atribuições. Assim sendo, o controle de constitucionalidade perde parte da sua força e efetividade. Exemplo disso é a ADI 4252, protocolizada em 16/06/2009 a ação está há mais de dois anos aguardando a análise. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade questiona o Código Ambiental Catarinense – lei flagrantemente contrária à Constituição da República e que representa um enorme retrocesso ambiental – proposta há mais de um ano, não teve sequer o pedido liminar analisado!

1.8 – ELITIZAÇÃO E POLITICIDADE: A SELEÇÃO DOS JUÍZES

Segundo Godoy, “No modelo norte-americano, não há concursos para o recrutamento de juízes. Trata-se de indicação política. Juízes estaduais são apontados pelos governadores. Juízes federais e de tribunais federais superiores, a exemplo da Suprema Corte, são indicados pelo presidente da república e posteriormente sabatinados pelo senado.”⁴⁰

No Brasil, a existência de concursos públicos para o provimento dos cargos de juiz é considerada uma conquista democrática, mas esse

39 *Jurisdiction*. According to the Constitution (Art. III, §2): “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;-to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;-to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;-to Controversies to which the United States shall be a Party;-to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;-between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects. “In all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.”

40 GODOY, op. cit. Acesso em 15.09.201.

espectro tão festejadamente democrático não resiste a uma análise mais aprofundada. Hoje em dia, nos termos da Constituição, três anos de prática jurídica são condição de elegibilidade para o concurso. Essa prática jurídica pode ser substituída por cursos de pós-graduação. Assim, o que se verifica é que muitos daqueles que ingressam no Judiciário provêm diretamente da “indústria dos cursos preparatórios”. Há, portanto, uma elitização já na forma de ingresso, haja vista a disparidade competitiva entre aqueles que podem permanecer estudando três anos após a faculdade e aqueles que precisam trabalhar para prover o próprio sustento.

Outro aspecto importante do Judiciário brasileiro que contrasta com o modelo americano é a idade com que se ingressa na magistratura. Não é incomum, no Brasil, o ingresso de juízes com idade entre 25-30 anos, tecnicamente preparados mas com pouca vivência e maturidade emocional. Julgam situações a que nunca foram submetidos. O sistema brasileiro permite, inclusive, que a judicatura seja a primeira experiência profissional do indivíduo – contrariamente ao sistema americano, que exige experiência como operador do Direito. No caso brasileiro, o juiz avalia situações com as quais teve contato apenas nos livros. Nessa situação, alteridade e empatia são condições praticamente inexistentes. A frieza dos livros não consegue fazer frente à dinâmica da vida.

Enquanto, no sistema americano, por conta das eleições a que se submetem, a população do condado pode analisar quem é a pessoa, seus valores, seu discurso, suas ideias sobre justiça. No sistema brasileiro, o concurso público dá um cheque em branco ao futuro magistrado.

É comum a crítica ao sistema de seleção dos juízes nos Estados Unidos, dada a politicidade evidente das escolhas que lá ocorrem. No Brasil, acredita-se, o concurso público faz com que essa politicidade seja minimizada, garantindo-se a neutralidade e a imparcialidade dos magistrados. Esse raciocínio é aceito por todos sem muitos questionamentos, dado o caráter democrático dos concursos públicos, a que todos podem aceder.

Contudo, essa análise é reducionista e deixa escapar aspectos importantes relativo à politicidade dos juízes que, na qualidade de cidadãos, exercem seu direito de voto e têm, assim, suas preferências políticas, ainda que impedidos de exercer a atividade político-partidária. Conforme acentua Dallari:

[...] o juiz é cidadão e nessa condição exerce o direito de votar. [...] Ele deve querer, como é óbvio, que sejam vencedores o candidato e o partido de sua preferencia. Quem lembrar esse ponto e considerá-lo

objetivamente deverá reconhecer, forçosamente, que o juiz participa das disputas políticas e é, inevitavelmente, influenciado por tal circunstância. Entretanto, isso não é levado em conta quando se discute a condição social do juiz, as influências que possam resultar de sua condição social e, de outro lado, a possibilidade de que ele exerça influência sobre as atividades e decisões políticas. É muito comum argumentar-se como se o juiz existisse fora da realidade e não fosse influenciado por ela.

E ainda que a escolha dos juízes de primeiro grau seja feita por meio de concurso público, é fato que a palavra final dos rumos da jurisprudência brasileira é dada pelos Tribunais, cuja composição tem forte influência política, haja vista a forma de provimento dos cargos.

Eliana Calmon, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, em entrevista à Revista Veja, deixou claro o que todos já sabiam. Contudo, o relato assumiu força e importância porque partiu de dentro do próprio Poder Judiciário, da Ministra Corregedora do Conselho Nacional de Justiça. Na entrevista, a juíza associou, inclusive, a corrupção no Judiciário à troca de favores:

Durante anos, ninguém tomou conta dos juízes, pouco se fiscalizou. A corrupção começa embaixo. Não é incomum um desembargador corrupto usar o juiz de primeira instância como escudo para suas ações. Ele telefona para o juiz e lhe pede uma liminar, um *habeas corpus* ou uma sentença. Os juízes que se sujeitam a isso são candidatos naturais a futuras promoções. Os que se negam a fazer esse tipo de coisa, os corretos, ficam onde estão.

E quanto ao provimento dos cargos nos Tribunais, a Ministra deixou claro que as questões políticas tomam o lugar do mérito, que deveria ser o verdadeiro critério de seleção dos juízes:

O ideal seria que as promoções acontecessem por mérito. Hoje é a política que define o preenchimento de vagas nos tribunais superiores, por exemplo. Os piores magistrados terminam sendo os mais louvados. O ignorante, o despreparado, não cria problema com ninguém porque sabe que num embate ele levará a pior. Esse chegará ao topo do Judiciário.

[...]

Esse problema atinge também os tribunais superiores, onde as nomeações são feitas pelo presidente da República? Estamos falando de outra questão muito séria. É como o braço político se infiltra no Poder Judiciário. [...] Há uma mistura e uma intimidade indecente com o poder.

Existe essa relação de subserviência da Justiça ao mundo da política?

Para ascender na carreira, o juiz precisa dos políticos. Nos tribunais superiores, o critério é única e exclusivamente político.

Mas a senhora, como todos os demais ministros, chegou ao STJ por meio desse mecanismo. Certa vez me perguntaram se eu tinha padrinhos políticos. Eu disse: “Claro, se não tivesse, não estaria aqui”. Eu sou fruto de um sistema. Para entrar num tribunal como o STJ, seu nome tem de primeiro passar pelo crivo dos ministros, depois do presidente da República e ainda do Senado. O ministro escolhido sai devendo a todo mundo.

A comparação entre o sistema americano e o sistema brasileiro leva ao inevitável contraste entre as relações públicas com o poder e relações espúrias com o poder. Mas, mesmo abstraindo as relações espúrias e a troca de favores, o fato é que, “os juízes fazem suas opções político-eleitorais, sendo preferível reconhecer isso do que fingir neutralidade absoluta”, conforme acentua Dallari⁴¹. Esse entendimento era, também, acentuado pelo Juiz Holmes, que “pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deviam ser claramente identificadas.”⁴²

Fica, portanto, a dúvida: qual é mais “político” (no sentido político-partidário): a Justiça Brasileira ou a Justiça dos EUA? Talvez nos EUA as regras estejam mais claras. Talvez a diferença resida no fato de que lá se saiba exatamente com quem os juízes estão comprometidos, facilitando a fiscalização e auditamento de suas condutas.

1.9 A DEMOCRACIA DO JÚRI VERSUS O VOLUNTARISMO DOS JUÍZES

Enquanto no sistema brasileiro apenas crimes dolosos contra a vida são submetidos ao júri, nos EUA tanto processos cíveis quanto criminais podem ser levados à apreciação popular⁴³.

41 DALLARI, 2008, p. 91.

42 SEIPP *apud* GODOY, op cit. Acesso em 18.09.2011.

43 Nos EUA, o direito a um julgamento pelo júri é garantido pela 7ª Emenda para os casos cíveis e pelo Art. III da 6ª Emenda pra os casos criminais.

As origens do júri são obscuras, mas muitos consideram que advêm do reinado de Luís I, o Piedoso (também conhecido como Luís, o Belo), cerca de 829 d.C., na França. Foi importado para a Inglaterra pelos normandos após a invasão de 1066 e ficou firmemente estabelecido como parte do processo inglês a partir do século XII, provavelmente como reação ao declínio dos procedimentos medievais, como as batalhas, apostas e ordálias. Pelos idos de 1400, o júri ganhou suas feições modernas de julgador passivo e imparcial dos fatos. Já em 1670, tornou-se uma instituição independente do rei, quando se decidiu que um jurado não poderia ser multado ou preso por absolver um réu. A última das características do júri moderno, a necessidade de decidir um caso baseado somente nas provas produzidas e não em conhecimento extrajudicial foi consolidada nos anos 1700. A instituição do júri foi exportada para os EUA pelos colonizadores ingleses e se mantém até hoje como parte fundamental do direito americano, embora esteja em declínio na Inglaterra.⁴⁴

Embora alguns países europeus usem, em maior ou menor grau, a instituição do júri, em poucos sistemas os juízes leigos têm o grau de independência da tradição anglo-americana, em que os jurados são escolhidos aleatoriamente para um único caso, deliberam separadamente e em segredo e não precisam justificar suas decisões⁴⁵. No caso americano, os jurados decidem as questões de fato e o juiz decide as questões de direito e, exceto nos casos de absolvição – em que a decisão do júri é absolutamente soberana – o juiz ou o tribunal podem afastar o veredito do júri se não houver prova substancial que o respalde.

A ideia que subjaz ao júri, em muitos países, é que o uso de juízes leigos *aumenta a diversidade de pontos de vista* na solução apropriada dos casos, pulverizando a enorme responsabilidade pelo ato de julgar e *trazendo um senso comum de justiça para o sistema legal*.⁴⁶

Nesse sentido, Sílvio Dobrowolski, que além de destacado professor, foi membro da Magistratura Federal, ressalta

O derradeiro óbice diz com a legitimação democrática dos membros do Judiciário. Levados aos cargos que ocupam, mediante concurso, carreira e nomeação, é de indagar qual o fundamento com que se

44 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2006, p. 86.

45 Ibid., p. 86.

46 Ibid..

dispõem a controlar os outros poderes, compostos de eleitos pelo povo. Por isso, *alguma autocontenção se recomenda aos Juízes*. Têm de submeter-se às opções exercidas pelos demais poderes, quando não ofendam a Constituição e as leis. Ademais, é perfeitamente possível aumentar a legitimação democrática dos magistrados, através da abertura do Judiciário à crítica da sociedade, *e a participação popular nas decisões, criando novas hipóteses de julgamento pelo júri ou órgãos semelhantes*.⁴⁷ (grifos da autora)

Decisões como aquela que anulou um julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Laranjal Paulista (SP), por ter havido abuso na utilização de algemas (HC 91.952-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.08) provavelmente não passariam pelo crivo de um júri popular. Da mesma forma, não parece encontrar eco nos anseios da sociedade a Súmula Vinculante 11, do STF, que restringiu o uso de algemas, colocando em risco não somente a vida dos policiais, mas também a segurança dos próprios presos, eis que a reação de alguém na iminência de ser preso afigura-se imprevisível. O fato é que as questões relativas ao uso de algemas costumam voltar à discussão quando o preso pertence às elites, como aconteceu no em presos da Operação Voucher, da Polícia Federal, criticada pelo Ministro Marco Aurélio Mello: “Os jornais de hoje mostraram fotos dos presos algemados. Existem regras rigorosas do uso da algema. Determinei ao diretor -geral da PF que me esclarecesse o uso das algemas.”⁴⁸

E aqui Calamandrei arremata

Conheci um químico que, quando no seu laboratório destilava venenos, acordava as noites em sobressalto, recordando com pavor que um miligrama daquela substância bastava para matar um homem. Como poderá dormir tranquilamente o juiz que sabe possuir, num alambique secreto, aquele tóxico sutil que se chama injustiça e do qual uma ligeira fuga pode bastar, não só para tirar a vida mas, o que é mais horrível, para dar a uma vida inteira indelével sabor amargo, que doçura alguma jamais poderá consolar?⁴⁹

47 DOBROWOLSKI, Sílvio. A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo. In: *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 31, Florianópolis: UFSC, 1995. p. 96.

48 SANTOS, Débora. Ministro do STF critica o uso de algemas em prisões no Turismo. *G1*. Brasília, 10/08/2011. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/08/ministro-do-stf-critica-uso-de-algemas-em-prisoas-no-turismo.html> >. Acesso em: 16.09.2011.

49 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

Por fim, fica o alerta de Dobrowolski, que experimentou o exercício da judicatura: “Sem se considerar como corpo fora da sociedade ou predestinado tutor dos destinos dela, mas por ela habilitado, através da constituição, para ser seu servidor, o Judiciário precisa assumir essa tarefa na condição específica de um dos três poderes do Estado”⁵⁰.

Mudança de mentalidade é o que, enfim, se busca. Quando a magistratura se der conta de que faz parte do povo, mais próximas estarão as possibilidades do uso do Direito como instrumento de transformação social.

Indaga Arruda⁵¹ “Qual o caminho fora da democracia, a não ser a sua radicalização, generalizando-a, universalizando-a?” Essa é a indagação final.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da comparação entre o Poder Judiciário brasileiro e o Poder Judiciário dos Estados Unidos, pode-se constatar a existência de um enorme déficit democrático na magistratura brasileira, que se afasta do ideário republicano, mantendo uma postura aristocrática e inacessível.

Contudo, isso não equivale a afirmar que o Judiciário norte-americano seja efetivamente democrático, constatação esta que dependeria, é certo, de mais estudos e de maior inserção e aprofundamento naquele sistema. Não significa, igualmente, qualquer adesão ideológica aos Estados Unidos ou, mais modernamente, às ideias do *Law and Economics* ou ao pragmatismo capitaneado por Posner. A abordagem deste artigo tem um recorte específico, qual seja, a relação entre o Povo e a Justiça, a partir de constatações e comparações de base empírica que permitem a abertura do debate.

A conclusão a que se chega é que o Judiciário brasileiro mantém, majoritariamente, ranços do Brasil colonial, patrimonialista, escravocrata (marcadamente hierarquizado), permeado de relações de compadrio. Distante, pois, do povo e dos ideais democráticos, o que se pode verificar nas instalações físicas suntuosas dos tribunais, contrastando com a falta de lugar para o público nas salas de audiência; no linguajar barroco adotado nas decisões, na ausência de magistrados no panteão de heróis nacionais; no desconhecimento da população acerca do funcionamento e estrutura do Judiciário; das decisões que afrontam o bom senso para manter privilégios e impunidades; no anacronismo que permeia a postura

50 DOBROWOLSKI, op. cit. p. 96

51 Em entrevista a Katie Arguello. In: ARGUELLO, Katie. *Direito e Democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 41.

de muitos juízes e tribunais; nas trocas de favores, na politicidade obscura para o provimento de cargos em tribunais superiores; na existência, dentre outros privilégios nada republicanos, de elevadores privativos para juízes, que reafirmam a vontade preordenada de distanciamento entre o Poder Judiciário e os cidadãos brasileiros.

O objetivo, aqui, foi traçar um breve diagnóstico, descrevendo fatos e atitudes de afronta ao Estado Democrático de Direito. A partir desse diagnóstico, novos estudos podem e devem ser realizados, buscando uma postura propositiva, que apresente novos caminhos e possíveis soluções. No entanto, o ponto de partida para a democratização do Judiciário não é outro senão uma radical mudança de mentalidade.

Por fim, este artigo terá cumprido amplamente o seu objetivo se houver instigado o leitor às suas próprias (e mais profundas) reflexões, que substituam a aceitação passiva do que está posto e permitam a construção de um Judiciário melhor e mais comprometido com a sociedade e com o ideal de Justiça.

REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Katie. *Direito e Democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

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

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 19.09.2011.

CONSULTOR JURÍDICO. *OAB pede ao STF que permita entrada de mulheres e calça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-mar-14/oab_questao_nao_assunto_irrelevante>. 14.03.2000. Acesso em: 14.09.2011.

_____. *Carmen Lúcia rompe tradição e usa calça comprida no STF*. 15.03.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-15/carmen_lucia_usa_calca_comprida_sessao_stf>. Acesso em: 14.09.2011.

CRUZ, Adriana. Patrícia Acioli é morta a tiros em Piratininga. *O Dia Online*. 15.08.2011. Disponível em <<http://odia.terra.com.br/>>

portal/rio/html/2011/8/juiza_patricia_acioli_e_morta_a_tiros_em_piratinunga_184305.html > Acesso em: 18.09.2011

CSI EFFECT. In: *Wikipedia: a enciclopedia livre*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/CSI_effect#cite_ref-Tyler_26-1> Acesso em: 24.09.2011

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo. In: *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 31, Florianópolis: UFSC, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos.html>> Acesso em: 15.09.2011.

GUIA DO ESTUDANTE. Brasileiro acredita mais em professores. *Veja* lista das profissões mais confiáveis. 24/06/2010. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/vestibular-enem/brasileiro-acredita-mais-professores-menos-politicos-veja-ranking-profissoes-mais-confiaveis-572968.shtml>>. Acesso em 19.09.2011.

HAUPTMAN, Claudemir. Juiz que cancelou audiência com agricultor cria nova polêmica. In: *Gazeta do Povo*. Cascavel, 26.09.2006. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/parana/conteudo.phtml?bx=1&id=699478&tit=Juiz-que-cancelou-audiencia-com-agricultor-cria-nova-polemica>>. Acesso em: 15.09.2011.

LAWNERDS. *The IRAC form*. Disponível em: <<http://www.lawnerds.com/guide/irac.html>>. Acesso em 17.09.2011.

LAW and Order. In: *Wikipedia: a enciclopedia livre*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Law_%26_Order>. Acesso em: 19.09.2011.

MICELLI, Sylvio. *CJF reúne em site soluções tecnológicas para a Justiça*. Disponível em: <<http://www.servidorpublico.net/noticias/2008/06/03/cjf-reune-em-site-solucoes-tecnologicas-para-a-justica>>. Acesso em 19.09.2011.

NUNES, Walter. O tráfico quer matar este juiz. *Revista Época*. ed. 523, de 26/05/2008. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG80482-6009,00-O+TRAFICO+QUER+MATAR+ESTE+JUIZ.html>>. Acesso em 18.09.2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Supremo libera o uso de calça comprida para mulheres*. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=8916&AnoMes=19991>. Acesso em: 14.09.2011.

REIHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading and Vocabulary Development*. University of Michigan Press, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Débora. *Ministro do STF critica o uso de algemas em prisões no Turismo*. G1. Brasília, 10/08/2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/08/ministro-do-stf-critica-uso-de-algemas-em-prisoas-no-turismo.html>>. Acesso em: 16.09.2011.

SETTI, Ricardo. Entrevista Direta no Fígado. *Revista Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/se-voce-nao-leu-precisa-ler-essa-entrevista-incrivelmente-franca-da-nova-corregedora-do-conselho-nacional-de-justica/>> Acesso em 18.09.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ libera uso de calças compridas por mulheres em suas sessões de julgamentos*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=66405> Acesso em: 15.09.2011.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *A Brief Overview of the Supreme Court*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx>>. Acesso em: 18.09.2011.

THE PEOPLE'S Court. In: *Wikipedia: a enciclopedia livre*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/The_People%27s_Court>. Acesso em: 19.09.2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO À EDUCAÇÃO: BREVE DESCRIÇÃO DE CASOS EMBLEMÁTICOS APRECIADOS PELA SUPREMA CORTE AMERICANA

*RACIAL DISCRIMINATION AND AFFIRMATIVE ACTION IN THE
ACCESS TO EDUCATION: A BRIEF PRESENTATION OF U.S. SUPREME
COURT DECISIONS IN SOME EMBLEMATIC CASES*

*Gustavo Caldas Guimarães de Campos
Procurador da Fazenda Nacional
Mestre pela Universidade de Coimbra*

SUMÁRIO: Introdução; PARTE I – DISCRIMINAÇÃO RACIAL E SEGREGAÇÃO; 1 Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537) - 1896; 1.1 Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte; 1.2 O caso Plessy e a doutrina Jim Crow; 2 Brown v. Board of Education of Topeka (347 U.S. 483) - 1954; 2.1 A importância do caso Brown; PARTE II – AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO À EDUCAÇÃO; 3.1 Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte; 3 Regents of the University of California v. Bakke (438 U.S. 265) – 1978; 3.2 Os parâmetros estabelecidos no caso Bakke; 4. Grutter v. Bollinger et al. (539 U.S. 306, 328) - 2003; 4.1 Os fundamentos utilizados

pela Suprema Corte; 5 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* (n.º 05-908) – 2007; e *Meredith, Custodial Parent and Next Friend of McDonald v. Jefferson County Board of Education et al* (n.º 05-915); 5.1 Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte; 6 Ações afirmativas como medidas compensatórias; 7 Conclusão; Referências

RESUMO: O artigo descreve algumas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América a respeito de discriminação racial e ações afirmativas no acesso à educação. Foram analisados os seguintes casos emblemáticos: *Plessy v. Ferguson*, de 1896; *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954; *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978; *Grutter v. Bollinger et al.*, de 2003; e *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, de 2007. A apresentação dos precedentes em ordem cronológica permite a análise da evolução do pensamento da Suprema Corte, que inicia com a consagração da doutrina “separados, mas iguais”, em *Plessy*, passa pela consciência de que a segregação, em si, tinha um efeito nocivo sobre as crianças negras, sendo interpretada como inferioridade racial, em *Brown*, até estabelecer os limites da utilização da raça como critério para admissão ou transferência de alunos em escolas e universidades.

ABSTRACT: The article describes some of the U.S Supreme Court decisions regarding affirmative action and racial discrimination in the access to education. The following emblematic cases were analyzed: *Plessy v. Ferguson*, 1896; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954; *Regents of the University of California v. Bakke*, 1978; *Grutter v. Bollinger et al.* 2003; and *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, 2007. The chronological presentation of precedents allows the analysis of the evolution of thought of the Supreme Court, which begins with the statement of the doctrine of “separate but equal” in *Plessy*; passes through the awareness that segregation itself had harmful effects on black children, being interpreted as racially inferior, in *Brown*; and finally sets the limits on the use of race as a criterion for admission or transfer students in schools and universities.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação Racial. Ações Afirmativas. Precedentes. Suprema Corte. Estados Unidos.

KEYWORDS: Racial Discrimination. Affirmative Action. U.S. Supreme Court decisions.

INTRODUÇÃO

Esse artigo descreve alguns julgamentos emblemáticos da Suprema Corte Americana sobre discriminação racial e ações afirmativas. A escolha dos precedentes levou em consideração a relevância e a possibilidade de, a partir deles, entender a jurisprudência americana sobre o tema.

Por questões metodológicas ou opção do autor, deixaram de ser abordados diversos outros julgamento relevantes em matéria de discriminação racial. Os casos selecionados, contudo, permitem a análise da evolução da jurisprudência da Suprema Corte nas questões raciais, especialmente quando envolvem acesso à educação pública.

O artigo inicia pelo célebre caso *Plessy v. Ferguson* (de 1896), passa pelo não menos famoso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), continua com *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), em seguida passa por *Grutter v. Bollinger et al.* (2003); e termina com *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* (2007).

A apresentação dos precedentes em ordem cronológica permite a análise da evolução jurisprudencial, desde a consagração da doutrina “separados, mas iguais” até a discussão sobre a legitimidade das ações afirmativas e os limites da utilização da raça como critério para admissão ou transferência de alunos em escolas e universidades.

PARTE I – DISCRIMINAÇÃO RACIAL E SEGREGAÇÃO

PLESSY V. FERGUSON (163 U.S. 537) - 1896

Em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, a Suprema Corte analisou a validade de lei do Estado da Louisiana, de 1890, que exigia que as empresas ferroviárias de transporte de passageiros providessem acomodações iguais, mas separadas, para brancos e não-brancos. A lei previa a imposição de multa e de pena de prisão, por até 20 dias, aos passageiros que insistissem em permanecer em vagão ou compartimento diverso daquele destinado à sua raça.

O autor da ação, *Plessy*, era cidadão americano de ascendência mista (branca e negra) e, por ocupar assento em vagão reservado a brancos, foi expulso do trem e conduzido à prisão.

Ao ser processado, *Plessy* alegou a inconstitucionalidade da lei estadual que impunha acomodações separadas para brancos e

não-brancos, por ofensa à 13^a Emenda, que veda a escravidão¹, e à 14^a, que reconhece os direitos à igual proteção da lei e ao devido processo legal².

1.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

O Juiz Henry Billings Brown afastou a alegação de afronta à 13^a Emenda, pois, no caso em debate, não se tratava de escravidão, ou seja, de servidão involuntária a um senhor, de um direito de propriedade exercido por uma pessoa sobre outra. De acordo com Brown, uma lei que estabelecesse uma distinção entre brancos e não-brancos (*colored races*) não destruiria a igualdade entre as duas raças, nem restabeleceria um estado de escravidão.

Em relação à 14^a Emenda, o Juiz Brown, apesar de ter reconhecido que ela impunha a igualdade entre as raças, afirmou que não teria sido abolida a distinção baseada na cor. Segundo Brown, as leis que instituíam a separação das raças não implicariam necessariamente a inferioridade de uma em relação a outra. Citou como exemplo as leis que estabeleciam escolas separadas para crianças brancas e não-brancas, que à época eram consideradas válidas inclusive pelas Cortes de estados que mais reconheciam os direitos dos negros.

Trecho do voto proferido pelo Juiz Brown denota a ideologia predominante na Suprema Corte da época, que conferia enorme peso à liberdade contratual, ao passo que demonstrava pouca preocupação com a igualdade racial. De fato, o juiz afirmou que se poderia considerar que as leis que proibiam o casamento inter-racial³ interferiam na liberdade de contratar, mas, ainda assim, essas normas estavam sendo

1 "Amendment XIII - Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction."

2 "Amendment XIV- Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

3 Roberta Fragoso Kaufmann transcreve ementa de lei do Estado da Florida que proibia o casamento inter-racial: "Casamentos entre Raças – Todos os casamentos entre uma pessoa branca e um negro ou então entre uma pessoa branca e um negro descendente até a quarta geração, inclusive, são por meio desta lei para sempre proibidos" (*Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138).

universalmente reconhecidas como válidas, por estarem dentro da autonomia legislativa dos estados⁴.

A proteção conferida pela Suprema Corte à liberdade contratual, em detrimento de outros valores, ficaria ainda mais clara em 1905, quando o Juiz Brown acompanhou a maioria no emblemático caso *Lochner v. New York*, em que se decidiu que a liberdade contratual impediria que um estado (no caso, Nova Iorque) editasse leis limitando a jornada de trabalho⁵.

Por outro lado, deve ser destacada a manifestação do Juiz Jonh Maeshall Harlan, que partia de premissas absolutamente distintas das de seu colega Brown. O voto divergente, com base na 13^a, na 14^a e na 15^a Emendas⁶, afirmava que a Constituição Americana não reconhecia nenhuma raça como superior ou dominante e que impunha a igualdade de todos os cidadãos perante a lei⁷.

Prevaleceu o entendimento do Juiz Brown, que consagraria a doutrina “separados, mas iguais”. A essa altura (1896), portanto, a Suprema Corte reconhecia a igual proteção da lei a brancos e não-brancos, mas entendia que a Constituição não teria abolido a distinção baseada na cor da pele⁸. Assim, declarou constitucional a lei da Louisiana,

4 Transcrevo a passagem do voto: “Laws forbidding the intermarriage of the two races may be said in a technical sense to interfere with the freedom of contract, and yet have been universally recognized as within the police power of the State. *State v. Gibson*, 36 Indiana 389.”

5 198 U.S. 45. Extraí-se da decisão: “Section 110 of the labor law of the State of New York, providing that no employes shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week, or ten hours a day, is not a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution.”

6 A 15^a Emenda garantia o direito de voto, independentemente de raça, cor ou anterior estado de servidão.

7 Confira-se trecho do voto divergente: “The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is in prestige, in achievements, in education, in wealth and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time if it remains true to its great heritage and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved. It is therefore to be regretted that this high tribunal, the final expositor of the fundamental law of the land, has reached the conclusion that it is competent for a State to regulate the enjoyment by citizens of their civil rights solely upon the basis of race.”

8 De acordo com Brown, “The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring,

por entender que brancos e negros tinham acesso ao mesmo tipo de acomodação nos trens (às mesmas “facilidades”), ainda que tivessem que utilizá-las separadamente.

1.2 O CASO PLESSY E A DOUTRINA JIM CROW

À época do julgamento do caso Plessy, 1896, a segregação entre negros e brancos estava institucionalizada em diversos estados americanos, notadamente os do sul. Os negros eram impedidos de votar, de ter propriedades, de testemunhar, de frequentar as mesmas escolas e restaurantes dos brancos⁹. De acordo com Burnham¹⁰:

Especially in the Southern states, laws and a multitude of customary practices that accompanied them operated to perpetuate an entire separate system of inferior schools, housing, churches, business, transportation, and hotels. A black person seeking to find a place to eat would have to find a “black” eating place. Public restrooms were divided into “Men”, “Women”, and “Colored”.

Essa política segregacionista recebeu o nome de “sistema Jim Crow”, numa referência a um personagem criado por um artista branco, pintado de preto, que imitava, de forma caricatural e depreciativa, os negros do sul¹¹.

Foi nesse contexto de verdadeiro *apartheid* que a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que impunha acomodações iguais, mas separadas, para brancos e negros nos transportes ferroviários de passageiros.

Na análise de Cass Sustein¹², a Suprema Corte teria interpretado que a igualdade de que trata a 14ª Emenda não atingiria a esfera social

their separation in places where they are liable to be brought into contact do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which has been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of States where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced.”

9 Cfr. Kaufmann, Roberta Fragoso, *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 136 e ss..

10 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. Fourth Edition, Thomson/West, 2006. p. 347.

11 Cf. Sarmiento, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 157.

12 SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 51 e ss.

(educação, transportes etc.), que seria autônoma ou imune à lei. A decisão, portanto, refletiria a ideia de que “a esfera social é a arena da interação voluntária e da livre escolha”¹³ e que a segregação racial seria neutra, não representando um agir estatal. No mesmo sentido, Bruce Ackerman destaca que o Juiz Brown “parece negar que a lei contribua para a construção da realidade social”¹⁴.

A decisão da Suprema Corte acabou por legitimar não só a segregação nos trens, como em todos os demais espaços públicos, consolidando o sistema Jim Crow.

2 BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA (347 U.S. 483) - 1954

O caso chegou à Suprema Corte a partir de decisões dos Estados de Kansas, Carolina do Sul, Virginia e Delaware, que, apesar de suas peculiaridades, traziam um pleito comum: a minoria negra tentava ser admitida, de modo não-segregado, em escolas públicas de suas comunidades. Nas instâncias de origem, o acesso às escolas dirigidas às crianças brancas lhes foi negado, em virtude de leis estaduais que impunham ou permitiam a separação das crianças por raça.

Os autores alegavam que esse tipo de segregação violava o direito à igual proteção da lei, garantido pela 14^a Emenda. Todavia, os Tribunais locais aplicaram a doutrina “separados, mas iguais”, consolidada pela Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson*. No caso de Delaware, a Corte Estadual, a despeito de aplicar essa doutrina, ordenou que os autores fossem admitidos em escolas para brancos, por constatar que essas tinham qualidade superior à das escolas para negros.

Em seu voto, o Juiz Earl Warren, Presidente da Suprema Corte, destacou que a doutrina “separados, mas iguais” vigorou por mais de meio século. De acordo com ele, a decisão não deveria levar em conta apenas uma comparação entre a qualidade das escolas oferecidas a brancos e negros, mas aos efeitos da segregação na educação pública.

Warren afastou a interpretação “originalista”¹⁵ e afirmou que, para resolver a controvérsia, não se deve voltar a 1868, quando a 14^a Emenda foi promulgada, ou a 1896, quando *Plessy v. Ferguson* foi

13 Sustein, op. cit., p. 52.

14 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 205.

15 Como ensina Burnhan, “originalists argue that it is illegitimate to go beyond the ‘original intent’ of the Framers of the Constitution. Similar to originalists are ‘strict interpretivists’. Both argue that referring to the text and intent of the Framers is logical, since that is the approach courts use in interpreting statutes. Moreover, they assert, once text and original intent are abandoned, there are no limits to what

julgado. Segundo Warren, o caso deveria ser apreciado considerando o desenvolvimento da educação pública naquele momento (1954), pois só assim seria possível determinar se a segregação retirava dos autores o direito à igual proteção da lei.

Warren considerou que a segregação, em si, tinha um efeito nocivo sobre as crianças negras, sendo interpretada como inferioridade racial. Esse senso de inferioridade afetava a motivação dos alunos para aprender, o que poderia retardar o desenvolvimento mental e educacional dos alunos segregados. Concluiu, ao final, que a doutrina “separados, mas iguais” não poderia ser aplicada no campo da educação pública, pois haveria violação do direito de igual proteção da lei (14ª Emenda).

2.1 A IMPORTÂNCIA DO CASO BROWN

O caso Brown é considerado por muitos como um dos mais importantes já julgados pela Suprema Corte Americana¹⁶. De fato, a decisão é emblemática sob diversos aspectos.

Primeiro, porque rompeu com a doutrina “separados, mas iguais”, que vigorara por mais de cinquenta anos, ainda que não o tenha feito expressamente. Com efeito, o Juiz Warren esforçou-se em limitar a discussão: não afirmou que a doutrina reconhecida como legítima em Plessy estaria superada, mas apenas que não se aplicaria à educação pública¹⁷.

Depois, porque, na época em que foi julgado o caso, a segregação racial não estava no centro do debate da política nos Estados Unidos¹⁸ e a decisão de “dessegregar” possivelmente teria sido rejeitada pelo povo norte-americano¹⁹. Assim, a decisão adquire ares “proféticos”, na expressão de Bruce Ackerman, que critica fortemente a ideia de juízes conduzirem o povo na direção de novos e mais elevados valores, pois isso enfraqueceria a democracia²⁰.

values judges could ascribe to constitutional provisions. Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Fourth Edition, Thomson/West, 2006, pp. 322-323.

16 Nesse sentido, ver Bruce Ackerman, para quem o caso Brown é “a decisão singular mais importante da era moderna”. Ackerman, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183.

17 Idem, p. 199 e ss.

18 Idem, p. 189.

19 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 462.

20 Ackerman, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 195. Para o autor, “o dispositivo *Brown* trata-se de uma tentativa jurídica para “esfriar” o debate, e não uma tentativa populista ou profética para “aquecê-lo”. Ele não convida a nação a se engajar em nova

Por último, porque a implementação da decisão exigiu uma mudança significativa na atuação do Judiciário. Como lembra Dworkin²¹, diversos juízes federais passaram a intervir na administração das escolas públicas, exigindo alterações estruturais, traçando planos ou criando programas para transportar crianças negras para escolas localizadas em bairros predominantemente ocupados por brancos. Essas atividades “trouxeram os juízes para muito mais perto dos domínios convencionais das autoridades executivas eleitas”²².

Enfim, se o caso Brown é indiscutivelmente digno de elogios quanto ao conteúdo – afinal, reverteu a jurisprudência da Suprema Corte em matéria de igualdade racial –, é extremamente polêmico quanto ao papel exercido pelo Poder Judiciário, não só no afastamento de legislação que obtinha certa anuência da sociedade da época, como na intervenção judicial na execução da política pública, substituindo-se ao Executivo.

PARTE II – AÇÕES AFIRMATIVAS NO ACESSO À EDUCAÇÃO

O termo “políticas de ação afirmativa” pode ser assim definido²³:

Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social.

3 REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE (438 U.S. 265) – 1978

No caso *Bakke* estava em discussão sistema de seleção de candidatos implementado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis), que estabelecia dois tipos de programa de admissão: o regular e o especial. O programa especial era destinado a alunos que se declarassem em desvantagem econômica ou educacional e a membros de grupos minoritários (negros, latinos, asiáticos e índios americanos).

fase da política constitucional, mas simplesmente estabelece o momento em que os estadunidenses passam a submeter-se aos princípios jurídicos *previamente determinados* pelo povo no passado.” (p. 200).

21 Dworkin, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 466 e ss.

22 Idem, p. 467.

23 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

Os candidatos que se enquadrassem no programa especial estavam dispensados de atingir a pontuação mínima exigida no programa regular e não concorriam com os candidatos regulares. Por ano, eram oferecidas 100 vagas. O comitê instituído para analisar as candidaturas do programa especial, após realizar entrevistas, selecionava até 16 alunos. Os selecionados eram encaminhados ao comitê regular, que poderia rejeitá-los se não cumprissem as exigências de admissão.

No período de 4 anos (400 vagas no total), foram admitidos 63 candidatos de minorias por meio do programa especial. No mesmo período, 44 estudantes de minorias foram admitidos por meio do programa regular. Apesar de muitos brancos terem concorrido, nenhum foi admitido na Universidade na cota dos “candidatos em desvantagem”.

Allan Bakke, um homem branco, candidatou-se em 1973 e 1974, mas não foi selecionado. Nesses anos, candidatos especiais foram admitidos com notas inferiores à dele. Bakke, então, ajuizou uma ação em que alegava que o programa especial de admissões, que tinha como critério a raça, violava o direito de igual proteção da lei previsto na 14^a Emenda. O caso chegou à Suprema Corte Americana.

3.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

A Suprema Corte determinou a admissão de Bakke na Universidade, porque a Universidade não demonstrou que Bakke não teria sido admitido se não existisse um programa especial de seleção. Aplicou-se o “escrutínio judicial estrito” (*strict scrutiny standard*)²⁴, que consiste no nível mais rigoroso de análise para determinar se uma determinada lei ou ação governamental viola a cláusula de igual proteção da lei. Os atos governamentais que restrinjam direitos fundamentais ou que contenham classificações suspeitas devem ser submetidos ao escrutínio judicial estrito, e somente poderão ser justificados se

24 William Burnham ensina: “Modern equal protection doctrine is really three different doctrines, since there are three levels of judicial scrutiny applied to determine if particular legislation or other government action denies equal protection of the laws. In short, they are as follows: (1) for a classification that burdens fundamental rights or affects ‘suspect classes’ of people (primarily racial groups), the Court applies ‘strict scrutiny’ and requires a compelling governmental interest to justify it, (2) for a classification that relates to business, economic or welfare matters that does not burden particular races or fundamental rights, the Court applies ‘lax scrutiny’ and requires only that legislature have had some conceivable ‘rational basis’ for the classification, and (3) for classifications that distinguish on grounds of sex, the Court applies ‘middle-level scrutiny’ and requires that the classification bear a substantial relationship to an important governmental interest to be sustained.” Burnham, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Fourth Edition, Thomson/West, 2006. p. 345 e ss.

promoverem um interesse público cogente e, mesmo assim, apenas se nenhuma alternativa menos restritiva estiver disponível.

O Juiz Lewis F. Powell destacou que classificações fundadas em raça ou etnia são inerentemente suspeitas e clamam por uma apreciação judicial mais detida. De acordo com ele, o fato de as decisões anteriores sobre discriminação racial tratarem de exclusão de negros não deveria conduzir à conclusão de que se estava impedindo apenas a discriminação realizada pela maioria (branca) contra a minoria (negra). Para Powell, a jurisprudência da Suprema Corte repudiava distinções entre cidadãos que fossem baseadas apenas na ancestralidade.

Para ele, deveria ser deixada de lado uma interpretação que criasse artificialmente uma “teoria de duas classes” (*two-class theory*) da 14^a Emenda, não se podendo variar o nível do controle judicial (*judicial review*) de acordo com o *status* de determinada minoria racial ou étnica.

Ele concluiu que era legítimo o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado, razão pela qual a raça poderia ser um dos fatores de admissão, em certas circunstâncias. Todavia, entendeu que o modelo empregado pela Universidade da Califórnia, que excluía a possibilidade de brancos concorrerem a determinadas vagas, era desnecessário para atingir o fim pretendido (diversidade étnica) e, portanto, inválido em virtude da Cláusula de Igual Proteção da Lei.

O Juiz William J. Brennan Jr. divergiu do Juiz Powell quanto à inconstitucionalidade do sistema de admissões utilizado pela Universidade da Califórnia. Quanto à aplicação do escrutínio estrito, Brennan destacou que, no caso, nenhum direito fundamental estaria sendo restringido, e que os brancos, como “classe”, não apresentavam indícios de vulnerabilidade social ou política que pudessem tornar a classificação suspeita.

O voto divergente traz interessante crítica ao discurso de que a lei deveria ser cega em relação à cor (*colorblind*). Segundo Brennan, não podemos deixar que essa cegueira em relação à cor se torne miopia e mascarar a realidade de que muitos daqueles que seriam considerados iguais são, de fato, tratados como inferiores pela lei e por outros cidadãos²⁵.

25 Eis a passagem do voto do Juiz Brennan: “Against this background, claims that law must be “colorblind” or that the datum of race is no longer relevant to public policy must be seen as aspiration, rather than as description of reality. This is not to denigrate aspiration; for reality rebukes us that race has too often been used by those who would stigmatize and oppress minorities. Yet we cannot -- and, as we shall demonstrate, need not under our Constitution or Title VI, which merely extends the constraints of the Fourteenth Amendment to private parties who receive federal funds -- let color blindness become myopia which masks the reality that many “created equal” have been treated within our lifetimes as inferior both by the law and by their fellow citizens”.

3.2 OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO CASO *BAKKE*

A relevância do caso *Bakke* pode ser medida pelo número de *amici curiae* que participaram do processo: 120. Desses, 83 manifestaram-se favoravelmente à Universidade da Califórnia²⁶.

A decisão da Suprema Corte apresenta uma curiosidade: a despeito de ter considerado inválido o sistema de admissão especial implantado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis), que destinava determinado número de vagas a grupos minoritários, o voto do Juiz Powell acabou por legitimar outros programas de ação afirmativa, ao definir como legítimo o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado e permitir que a raça fosse um dos fatores de admissão.

De acordo com Dworkin, o princípio estabelecido em *Bakke* “continua sendo uma boa lei constitucional”²⁷, pois permite que as faculdades utilizem critérios raciais de admissão para garantir diversidade no corpo discente. Para o autor, haveria outro interesse igualmente relevante e suficientemente irresistível (ou cogente) para sustentar a política de admissão sensível à raça: “ajudar a corrigir a ainda deplorável ausência de negros nos principais cargos do governo, da política, das empresas e das profissões”²⁸.

Joaquim Barbosa destaca que o caso *Bakke* foi responsável por um grande debate sobre o nível de escrutínio a ser utilizado na análise de políticas de ação afirmativa: o escrutínio estrito, adotado pelo Juiz Powell, ou um nível intermediário²⁹. Ressalte-se que apenas cinco juízes analisaram o caso sob o prisma constitucional – os outros apreciaram a questão apenas como violação de uma lei federal – e entre esses, somente o Juiz Powell entendeu que deveria ser aplicado o escrutínio estrito, já que os outros quatro propunham a utilização de um nível menos rigoroso de escrutínio (intermediário) na análise de possível violação da cláusula de igual proteção da lei pela classificação racial³⁰.

26 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110.

27 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 604.

28 Idem, p. 605.

29 GOMES, op. cit., p. 109-110.

30 Cfr. Menezes, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 98-106.

Como se verá adiante, as decisões posteriores da Suprema Corte consolidaram a adoção do escrutínio estrito na apreciação de casos que envolvam ações afirmativas, em razão do perfil conservador da maioria de seus integrantes³¹.

4 GRUTTER v. BOLLINGER ET AL. (539 U.S. 306, 328) - 2003

Nesse caso, a Suprema Corte apreciou a política de admissão de estudantes adotada pela Faculdade de Direito da Universidade de Michigan (*University of Michigan Law School*), que tinha o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado, o que estaria em conformidade com o que fora decidido em *Bakke*.

O sistema de admissão utilizado por Michigan tinha seu foco nas habilidades acadêmicas dos estudantes, seus talentos, experiências e potencial. A Universidade levava em consideração uma série de aspectos, como: cartas de recomendação, redação elaborada pelo estudante e sua pontuação em testes de aferição de conhecimento (semelhantes ao vestibular brasileiro).

A política adotada não previa diversidade apenas em termos raciais ou étnicos, mas reafirmava o compromisso da Universidade com a diversidade, com especial referência à inclusão de estudantes afro-americanos, hispânicos e índios americanos, que, de outro modo, não teriam representação significativa no corpo discente. A inscrição dessas minorias sub-representadas asseguraria a formação de uma “massa crítica” que contribuiria na formação do caráter da Faculdade de Direito e da própria profissão de advogado.

Esse sistema de admissão foi contestado pela estudante Barbara Grutter, uma mulher branca que residia em Michigan, cuja candidatura à Universidade havia sido rejeitada em 1996, apesar de suas boas médias nos exames de aferição de conhecimento.

Grutter alegava que sua candidatura havia sido indeferida porque a Faculdade de Direito utilizava a raça como fator predominante, conferindo a membros de certas minorias uma chance de admissão significativamente maior que a de outros candidatos com as mesmas credenciais. De acordo com a estudante branca, não haveria nenhum interesse legítimo a justificar o uso da raça como critério de distinção nesse caso.

31 Cf. Sarmento, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 153-160.

4.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

Na Suprema Corte, a Juíza Sandra Day O'Connor destacou os precedentes sobre o tema e salientou que as classificações raciais deveriam ser analisadas sob um estrito escrutínio judicial. Isso significaria que esse tipo de classificação seria constitucional apenas se fosse feita sob medida (*narrowly tailored*) para promover um interesse governamental legítimo. De acordo com O'Connor, nem toda decisão influenciada pela raça é igualmente censurável e o escrutínio estrito deve ser utilizado para o exame cuidadoso da importância e da sinceridade das razões aduzidas na decisão governamental que utiliza a raça em determinado contexto.

O'Connor afasta a tese de que os critérios raciais somente poderiam ser utilizados pelo governo nos casos em que se destinassem a remediar discriminações realizadas no passado, argumento anteriormente utilizado pela Suprema Corte. De acordo com a Juíza Relatora, desde *Bakke* a Suprema Corte teria aceitado o uso da raça no contexto do ensino superior público.

No caso, O'Connor entendeu que haveria um interesse público cogente (“compelling interest”) em obter um corpo discente diversificado. Segundo ela:

These benefits are substantial. As the District Court emphasized, the Law School's admissions policy promotes “cross-racial understanding,” helps to break down racial stereotypes, and “enables [students] to better understand persons of different races.” App. to Pet. for Cert. 246a. These benefits are “important and laudable,” because “classroom discussion is livelier, more spirited, and simply more enlightening and interesting” when the students have “the greatest possible variety of backgrounds.”

Contudo, reafirmou a decisão tomada em *Bakke*, no sentido de que um programa de admissão não poderia utilizar sistema de cotas, entendido como destinação de certo número de vagas exclusivamente a determinados grupos minoritários. A Universidade poderia considerar a raça ou etnia apenas como um *plus* na candidatura de alguém. O programa de admissão deveria ser suficientemente flexível para considerar todos os elementos pertinentes de diversidade e coloca-los em pé de igualdade de consideração, ainda que não seja necessariamente conferido a eles o mesmo peso.

Ao final, a Corte concluiu, por maioria apertada³², que a Cláusula de Igual Proteção não proibia o uso “sob medida” da raça no sistema de admissões da Faculdade de Direito para atingir um interesse cogente de obter benefícios educacionais que decorrem de um corpo discente diversificado.

5 PARENTS INVOLVED IN COMMUNITY SCHOOLS V. SEATTLE SCHOOL DISTRICT (N.º 05-908) – 2007; E MEREDITH, CUSTODIAL PARENT AND NEXT FRIEND OF MCDONALD V. JEFFERSON COUNTY BOARD OF EDUCATION ET AL (Nº 05-915)33

Em ambos os casos os distritos adotaram critérios baseados em raça para determinar em que escola pública determinadas crianças iriam estudar. O Distrito Escolar de Seattle classificava crianças como “brancas” ou “não-brancas”, enquanto Jefferson County como “negras” ou “outras”. Em Seattle, a classificação racial era usada para o preenchimento de vagas em escolas públicas de ensino médio em que o número de candidatos era superior ao de vagas. Em Jefferson County, era usado como critério para admissão de matrícula e transferência de alunos nas escolas do ensino fundamental.

Portanto, os distritos escolares utilizaram critérios baseados na raça dos estudantes para decidir onde iriam estudar. Os pais de estudantes que não conseguiram se matricular em determinadas escolas, em virtude da adoção do critério racial, propuseram ações em que alegavam violação da 14ª Emenda, que garante a igual proteção da lei.

A questão era decidir se um distrito onde nunca ocorrera uma segregação racial por força da lei (como aquela analisada pela Corte no caso *Brown*) ou em que já havia cessado o processo de “dessegregação” poderia classificar estudantes pela raça e usar esse critério para definir matrículas escolares.

32 Esse é o extrato do julgamento: “O’Connor, J., delivered the opinion of the Court, in which Stevens, Souter, Ginsburg, and Breyer, JJ., joined, and in which Scalia and Thomas, JJ., joined in part insofar as it is consistent with the views expressed in Part VII of the opinion of Thomas, J. Ginsburg, J., filed a concurring opinion, in which Breyer, J., joined. Scalia, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which Thomas, J., joined. Thomas, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which Scalia, J., joined as to Parts I—VII. Rehnquist, C. J., filed a dissenting opinion, in which Scalia, Kennedy, and Thomas, JJ., joined. Kennedy, J., filed a dissenting opinion.”

33 Casos decididos conjuntamente.

5.1 OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA SUPREMA CORTE

O caso foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte (“Chief Justice”), o Juiz John J. Roberts Jr. A Corte adotou a mesma premissa utilizada em *Grutter*: quando o governo distribui encargos ou benefícios em razão de classificações raciais, essa ação é analisada sob um estrito escrutínio judicial. Assim, os distritos escolares deveriam demonstrar que a utilização do critério racial para definição do local onde o estudante seria matriculado é feita “sob medida” para atingir um interesse público cogente.

Roberts constatou que, em casos anteriores, foram reconhecidos dois interesses qualificados como cogentes. O primeiro era remediar os efeitos de discriminação intencional ocorrida no passado. O segundo era o interesse na diversidade da educação superior, reconhecido como cogente em *Grutter*.

Em relação à primeira hipótese, ele destacou que em Seattle nunca teria havido segregação pela lei. Já em Jefferson County, as escolas públicas haviam sido anteriormente segregadas pela lei e, mais tarde (1975), sujeitas a uma “dessegregação” forçada. Todavia, a Corte Local decretou encerrada, em 2000, a ordem de dessegregação, por entender que o distrito havia eliminado os vestígios da política separatista anterior e seus efeitos perniciosos. Assim, nenhum dos dois distritos estaria, agora, remediando os efeitos de discriminação pretérita.

Quanto à segunda, Roberts destacou que, diferentemente do que ocorrera em *Grutter*, nos casos concretos a raça não era considerada como parte de um esforço para obter uma diversidade de pessoas, culturas, ideias e pontos de vista. Raça, para alguns estudantes, era critério determinante, por si só. A noção de diversidade era restrita, limitando-se a “branco/não-branco”, em Seattle e “branco/outro” em Jefferson County.

Os critérios utilizados pela Corte no julgamento do caso *Grutter*, portanto, não serviriam agora para identificar interesse público cogente na ação dos distritos escolares.

Os distritos arguíram que um ambiente de aprendizagem racialmente diversificado traria benefícios educacionais e sociais e, como a diversidade que eles buscavam era racial, e não a diversidade mais ampla perseguida em *Grutter*, faria sentido promover esse interesse público por meio de critério unicamente racial.

Todavia, o Juiz Roberts entendeu que a classificação racial empregada pelos distritos não eram feitas “sob medida” para a obtenção dos benefícios educacionais e sociais que adviriam da diversidade racial.

Pare ele, tanto na concepção como na execução, os programas eram direcionados apenas a observar um equilíbrio demográfico entre as raças, o que a Suprema Corte já havia repetidamente considerado como ilegítimo. Os distritos não comprovaram que o nível de diversidade desejável para a obtenção de benefícios educacionais coincidiria com o índice de diversidade racial demográfica das localidades. Roberts conclui:

The principle that racial balancing is not permitted is one of substance, not semantics. Racial balancing is not transformed from “patently unconstitutional” to a compelling state interest simply by relabeling it “racial diversity.” While the school districts use various verbal formulations to describe the interest they seek to promote—racial diversity, avoidance of racial isolation, racial integration—they offer no definition of the interest that suggests it differs from racial balance.

6. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

A Suprema Corte tem adotado critérios bastante rigorosos na avaliação de políticas de ação afirmativa. Como visto, tem sido empregado o escrutínio estrito na análise de casos que envolvam classificações raciais, o que exige a demonstração de um interesse público cogente para legitimar a ação governamental. Dois tipos de interesse têm sido reconhecidos: remediar os efeitos de discriminação intencional ocorrida no passado; e a diversidade da educação superior.

Quanto ao primeiro, Cass Sustein procura demonstrar que é falsa a crença na neutralidade do Estado nos casos de inação – inexistência de discriminação intencional anterior. Essa neutralidade estaria fundada em “mecanismos – normalmente o mercado – que se creem isentos da distorção causada pela discriminação racial”³⁴. Contudo, como explica o autor³⁵:

A distribuição existente não é natural e não proporciona uma linha de base neutra. Ela resultou em parte de decisões governamentais, entre as quais a escravidão e a própria segregação. Os esforços para melhorar o grupo desfavorecido não deveriam ser tratados como inadmissivelmente tendenciosos, podendo até mesmo ser uma imposição constitucional, sobretudo quando há um desafio de igual proteção diante da discriminação racial contra negros.

34 SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 97.

35 *Ibid.*, p. 96.

Portanto, a neutralidade estatal em relação à raça demonstra, na verdade, uma opção pela manutenção do *status quo*, que nada mais é que “um produto de escolhas sociais e legais passadas e presentes”³⁶.

Além disso, Dworkin salienta que as ações afirmativas não têm o objetivo de compensar indivíduos negros por discriminações sofridas no passado, destinando-se, na verdade, a “proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os a acabar com a maldição que o passado deixou sobre todos nós”³⁷.

Por outro lado, é louvável que a Suprema Corte tenha que o interesse na diversidade do corpo discente das universidades é irresistível ou cogente, legitimando a utilização da raça como um dos critérios para a seleção de candidatos.

7 CONCLUSÃO

Como visto, a Suprema Corte tem tido papel decisivo nas questões raciais americanas. Se, em *Plessy v. Ferguson* (1896), chancelou as políticas de segregação implantadas por alguns estados, no caso *Brown* (1954) foi responsável por uma “quase-revolução”, ao afirmar a ilegitimidade da separação de crianças brancas e negras em escolas públicas e determinar a “dessegregação”.

Em matéria de ações afirmativas, os julgamentos da Suprema Corte foram quase sempre por maioria apertada, evidenciando natural divergência ideológica entre os magistrados. No emblemático caso *Bakke*, de 1978, a despeito de a Corte ter considerado inválido o sistema de admissão especial implantado pela Escola de Medicina da Universidade da Califórnia (Davis) - que destinava determinado número de vagas a grupos minoritários -, o voto do Juiz Powell acabou por corroborar outros programas de ação afirmativa, ao definir como legítimo o objetivo de alcançar um corpo discente mais diversificado e permitir que a raça fosse um dos fatores de admissão.

Em *Grutter*, a Suprema Corte reconheceu que as classificações raciais deveriam ser analisadas sob um estrito escrutínio judicial. Para ser constitucional, a ação governamental deveria ser feita sob medida (*narrowly tailored*) para promover um interesse público cogente. Assim, utilizando a lógica adotada pelo Juiz Powell no caso *Bakke*, o Tribunal entendeu que a Cláusula de Igual Proteção não proibia o uso “sob medida” da raça no sistema de admissões da Faculdade de Direito

36 SUSTEIN, op. cit., 98.

37 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 605.

para atingir um interesse cogente: obtenção de benefícios educacionais proporcionados por um corpo discente diversificado.

Em sua decisão mais recente - *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* (2007) - a Suprema Corte ressaltou que, em casos anteriores, foram reconhecidos dois interesses cogentes capazes de justificar a adoção de critérios baseados na raça. O primeiro era remediar os efeitos de discriminação intencional ocorrida no passado. O segundo era o interesse na diversidade da educação superior, reconhecido como cogente em *Grutter*.

Desse modo, conclui-se que, em matéria de discriminação racial, a Suprema Corte evoluiu, na metade do século passado, ao considerar inconstitucionais leis estaduais que promoviam verdadeiro *apartheid* na utilização de bens e serviços públicos.

No que tange às políticas de ação afirmativa no acesso ao ensino público, a Suprema Corte Americana tem demonstrado uma postura bastante, impedindo a utilização da raça como fator preponderante na admissão de candidatos. A despeito disso, reconhece a legitimidade de programas que, em busca de um corpo discente diversificado, utilizam a raça como um dos critérios de seleção.

O tema é controvertido e suscita debates que ultrapassam o campo jurídico – interpretação do princípio da igualdade – e resvalam na ideologia dos julgadores.

Os mais conservadores consideram suspeita qualquer classificação que leve em consideração a raça, pois acreditam que, em princípio, violariam a cláusula de igual proteção da lei. Assim, veem a ação afirmativa apenas como forma de compensação por discriminação intencional anterior, numa visão mais privatista (que segue a lógica de reparação danos) e que parte da crença na neutralidade estatal em relação à raça, desde que não se identifique ato anterior de segregação.

Por outro lado, autores como Cass Sustein e Ronald Dworkin³⁸ sustentam que as ações afirmativas não devem ser vistas em termos compensatórios tradicionais, como “uma resposta a descumprimentos identificáveis de deveres passados e presentes, mas antes como um esforço de superação de algumas características de clausura da sociedade contemporânea”³⁹. Na verdade, “o propósito do remédio é, decerto, responder à injustiça”⁴⁰.

38 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 605-606.

39 SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 433.

40 Ibid., p. 434.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal terá que apreciar a constitucionalidade de sistemas de cotas adotados por universidades públicas. A análise dos precedentes da Suprema Corte Americana, mais que lançar luzes ao debate, talvez revele apenas que a questão é ideológica e que, portanto, deve ser decidida na esfera política.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*, ., Thomson/West, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O CASO CHEVRON: CONTROLE JUDICIAL DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS NO DIREITO ESTADUNIDENSE

*CHEVRON CASE: JUDICIAL REVIEW OF AGENCY REGULATORY
POWER IN THE U.S. LAW*

*Gustavo Fontana Pedrollo
Procurador Federal, Especialista em Direito Público pela UnB, Mestre em
Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceitos fundamentais;
3 História e descrição do caso; 4 As razões da decisão
e a doutrina Chevron; 5 Considerações finais;
8 Referências.

*GREAT are the myths....I too delight in them,
Great are Adam and Eve....I too look back and accept them;
Great the risen and fallen nations, and their poets, women, sages, inventors,
rulers,
warriors and priests.
Great is Liberty.... great is Equality.... I am their follower;
Helmsmen of nations, choose your craft.... where you sail, I sail,
Yours is the muscle of life or death....yours is the perfect science....in you I
have absolute faith.
Great is today, and beautiful, It is good to live in this age....there never was
any better.
Great are the plunges and throes and triumphs and falls of democracy,
Great the reformers with their lapses and screams,
Great the daring and venture of sailors on new explorations.
[...]
Great is language....it is the mightiest of the sciences,
It is the fulness and color and form and diversity of the earth....and of men
and women....and of all qualities and processes;
It is greater than wealth....it is greater than buildings or ships or religions or
paintings or music.
Great is the English speech....What speech is so great as the English?
Great is the English brood....What brood has so vast a destiny as the English?
It is the mother of the brood that must rule the earth with the new rule,
The new rule shall rule as the soul rules, and as the love and justice and
equality that are in the soul rule.¹*

RESUMO: O presente artigo pretende descrever, auxiliar na compreensão e destacar a importância do Caso Chevron para o direito administrativo dos Estados Unidos. Trata-se do julgado em que a Suprema Corte estabeleceu os parâmetros para o controle judicial do poder regulamentar das agências naquele país. Serão esclarecidos alguns conceitos fundamentais para a leitura do caso, e será traçado um histórico do litígio, para então descrever as razões da decisão, que fizeram desse um dos precedentes mais importantes da história da Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Caso Chevron. Controle judicial. Direito administrativo estadunidense.

ABSTRACT: This article aims to describe, aid understanding and highlight the importance of the Chevron Case to the administrative law of the United States. This is the trial where the Supreme Court established the parameters for judicial review of the regulatory power of the agencies in that country. Some fundamental concepts for reading the case will be clarified, and a history of the dispute will be traced, to then describe the reasons for the decision, which made this one of the most important precedents in the history of the Supreme Court.

KEYWORDS: Chevron Case. judicial review. United States administrative law.

1 WHITMAN, Walt. *Leaves of grass* = Folhas de relva. Edição bilingue: inglês-português. Tradução e posfácio de Rodrigo Garcia Lopes. São Paulo: Iluminuras, 2008. p. 204-206.

1 INTRODUÇÃO

O Caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)², ou simplesmente Caso Chevron, constitui um dos mais importantes julgados da história recente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Por tratar do controle judicial sobre o exercício do poder regulamentar pelos órgãos administrativos, seu âmbito de aplicação abrange o controle judicial sobre toda estrutura administrativa federal estadunidense, e sua importância já foi comparada à do caso *Marbury vs. Madison*³. A relevância do precedente é tamanha que engendrou o termo “doutrina Chevron”, a designar o raciocínio para análise das questões de direito relativas ao controle judicial do poder regulamentar das agências. Em 2002, era a decisão citada e aplicada em maior número de casos na história da Suprema Corte, segundo Richard Pierce⁴. Foi citado 2414 vezes na primeira década após a decisão, 2584 vezes nos seis anos seguintes, e 2235 vezes nos cinco anos seguintes, até março de 2005, de acordo com Cass Sunstein⁵. Por ter estabelecido o entendimento da Corte com relação ao controle sobre as agências, por ter elaborado uma forma de raciocínio para o exercício do controle judicial (“the Chevron Two-Step”), e por ter afirmado a autonomia das agências na definição das políticas públicas, o Caso Chevron divide o direito administrativo estadunidense em antes e depois de 1984, ano em que foi julgado.

A importância, abrangência e constantes estudos em torno do caso e de sua repercussão no Direito dos Estados Unidos fazem com que soe pretensiosa uma análise crítica aprofundada do mesmo no presente artigo. Pretende-se, tão-somente, descrevê-lo, auxiliar na sua compreensão e destacar sua importância para o direito administrativo daquele país.

2 Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/467/837/case.html>>. Acesso em 11/10/2011.

3 Trata-se da mais conhecida decisão da Suprema Corte, caso que estabeleceu a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis no direito dos Estados Unidos, sendo o grande marco do controle judicial de constitucionalidade das leis (“judicial review of legislation”). Sobre o caso, leia-se, no Brasil, BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>, p. 19 e ss.. Acesso em 11/10/2011.

4 Segundo PIERCE, Richard J. *Administrative law treatise*. vol. I. 4. ed. New York: Aspen, 2002. p. 140.

5 SUNSTEIN, Cass. Chevron Step Zero. John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 249, p. 01. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em 10/10/2011.

Parte-se então de alguns conceitos gerais importantes para a melhor compreensão do julgado. Em seguida, conta-se a história do julgado, para então descrever sua fundamentação.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O Caso Chevron discute, em essência, a legalidade de um dispositivo normativo de um regulamento publicado pela *Environmental Protection Agency – EPA*, a agência de regulação do meio ambiente nos Estados Unidos.

Desde já, importa esclarecer que o termo agência (*agency*), ou agência pública, no Direito Estadunidense, não equivale ao conceito brasileiro de *agência reguladora*. O conceito é mais amplo, abrangendo “*todos os órgãos não-militares e não pertencentes ao judiciário e ao legislativo*”, segundo William Durnham⁶. A definição tem por base o *Federal American Procedure Act*⁷.

Segundo Godoy, no Direito dos Estados Unidos as agências “*brotam do Executivo como órgãos híbridos, poliformes, com competências de regulamentação, imposição e resolução. Coexistem funções legislativas (rulemaking) e adjudicatórias (adjudication), que se complementam à natureza básica, administrativa*”⁸.

As agências podem ser *executivas* (vinculadas a alguma secretaria, termo equivalente ao de ministério), ou *independentes* (quando coordenadas por grupo diretivo não diretamente vinculado a ministério

6 DURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2006, p. 195. Tradução livre do autor. No original: “every non-military government organ other than the courts and the legislature is considered an ‘agency’”.

7 Tradução livre do autor. No original: “TITLE 5 - GOVERNMENT ORGANIZATION AND EMPLOYEES - PART I - THE AGENCIES GENERALLY - CHAPTER 5 - ADMINISTRATIVE PROCEDURE - SUBCHAPTER II - ADMINISTRATIVE PROCEDURE. Sec. 551. Definitions. For the purpose of this subchapter - (1) ‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include - (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title - (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix; (...)” 5 U.S.C.A. § 551 (1). A citação é do *United States Code*, uma compilação da legislação federal em vigor nos EEUU, elaborado pelo Office of the Law Revision Counsel, órgão ligado ao poder legislativo, e disponível em: <<http://uscode.house.gov/lawrevisioncounsel.shtml>>. Acesso em: 11/04/2011.

8 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 115.

ou mesmo não governamental)⁹. Dividem-se, ainda, em *agências reguladoras* (*regulatory agencies*), que regulam relações privadas em diversas áreas, e *agências de bem-estar social* (*social welfare agencies*), que prestam serviços de assistência social diversos, atuando para a garantia de direitos sociais¹⁰.

A definição de agência é bastante ampla, portanto, e está mais próxima daquilo que no direito brasileiro seria o conceito de órgão administrativo (ainda que não equivalente). O Caso Chevron, por conseguinte, discute a amplitude do exercício do poder regulamentar no direito administrativo estadunidense, por todas as suas agências, e não apenas pelas ditas *independent regulatory agencies*.

Para melhor compreensão do caso, importa firmar também algumas questões com relação ao controle judicial (*judicial review*) sobre as agências. Não se pode afirmar de plano a existência, no sistema jurídico dos Estados Unidos, de um direito fundamental ao controle judicial (*right to judicial review*), ou seja, de um direito de levar ao conhecimento e revisão do Poder Judiciário toda e qualquer decisão tomada por uma agência. O direito a levar uma questão ao judiciário para revisão deve estar previsto em lei específica ou, no caso do sistema federal, no *Federal American Procedure Act* (APA, a Lei do Procedimento Administrativo, mais importante lei do direito administrativo dos EEUU). Não obstante, há decisão da Suprema Corte afirmando, com base no APA, a existência de uma “forte presunção” de que o Congresso pretende que ocorra controle judicial¹¹. Isso entendido, importa mencionar que o *judicial review* pode se dar com relação a *questões de fato*, *questões de direito* ou *questões de direito e fato* (*mixed fact-law questions*)¹². O Caso Chevron é apontado, de regra, como um caso de *judicial review* de questões de direito.

Por fim, para compreensão da importância do caso, importa saber também que a decisão da Suprema Corte é vinculativa (*binding*), ou seja,

9 Conforme GODOY, ob. cit. p. 115-116. Daniel Hall simplifica a distinção, afirmando que as agências independentes são aquelas cuja direção somente pode ser destituída pelo Presidente com base em uma “boa causa”, ao passo que as agências executivas são aquelas cuja direção pode ser destituída mediante vontade discricionária do Presidente. HALL, Daniel. *Constitutional law: cases and commentary*. Albany: State Univ. of New York, 1984. p. 287-288.

10 Conforme BURNHAM, William, op. cit., p. 195.

11 A decisão é citada por BURNHAM, William, ob. cit., p. 206.

12 É evidente que uma análise crítica, em especial a partir das mais atuais correntes da teoria da interpretação, diria que não é possível separar fatos e direito, mas não se pretende discutir o tema no presente trabalho, bastando referir que os manuais continuam se referindo à distinção, como se pode ver em BURNHAM, William, ob. cit., p. 208-209, AMAN, Jr., Alfred C. e MAYTON, William T. *Administrative Law*. 2. ed. St. Paul, Minneapolis: 2001. p. 473 (já problematizando um pouco a distinção), e CASS, Ronald. *Administrative Law: cases and materials*. 4th ed. New York: Aspen Law & Business, 2002. p. 151.

obrigatória, para todas as cortes federais, com base na regra do *stare decisis*. Segundo tal regra, no direito estadunidense as decisões de uma corte superior são obrigatórias (tem *binding effect*) para todas as cortes inferiores em um mesmo “sistema judicial” (federal, neste caso)¹³. Tratando-se de uma decisão da Suprema Corte, que abrange a interpretação de legislação federal, sempre que a aplicação de tal legislação for discutida em uma corte estadual, a decisão deverá ser seguida¹⁴.

Feitas as considerações acima, passa-se ao histórico do caso.

3 HISTÓRIA E DESCRIÇÃO DO CASO¹⁵

A questão central do Caso Chevron diz respeito à permissão, pela EPA, mediante regulamento, da utilização, pelos Estados, nos seus planos de alcance de parâmetros (*standards*) de poluição do ar, do chamado “conceito bolha”. Segundo o conceito, todas as fontes de poluição aérea dentro de um mesmo grupo industrial poderiam ser consideradas como integrantes de uma mesma “bolha”, para fins de avaliar a quantidade de poluição emitida. Nesse sentido, alterações (para maior) ou criações de novas fontes de poluição dentro de uma mesma planta industrial poderiam ser criadas, desde que fossem compensadas pela diminuição da taxa de emissão na mesma proporção em outras fontes na mesma planta. Em definição mais técnica, leia-se:

Conforme descreve LANDAU (1985) o “Conceito Bolha” é o limite imaginário colocado como artifício acima das fontes de poluição do ar. Ao invés de regulamentar uma só fonte em uma planta industrial, passa a fixar um limite máximo de emissão para diversas fontes existentes numa planta, ou grupo de plantas, do mesmo empreendimento, como se estas estivessem sob uma grande bolha, com uma única abertura no topo¹⁶.

13 Conforme BURNHAM, William, op. cit., p. 65.

14 Nos casos em que se discute apenas a aplicação do direito do estado-membro, a decisão da Suprema Corte não é vinculativa. Não é objeto do presente artigo discutir longamente a aplicação da regra do *stare decisis* no direito dos EEUU, que pode ser bastante complexa. SCHWARTZ aponta que, no âmbito estadual, a questão de quando aplicar o Caso Chevron, ou manter a regra anterior a ele e menos deferente às agências é bastante controversa. Conforme SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law: a casebook*. New York: Aspen Law & Business, 2001, p. 803.

15 No relato do caso, nos parágrafos em que não for citada a fonte, as informações foram retiradas do próprio julgado, com voto condutor do *Justice* (Ministro) Stevens, J.

16 SANTOS, Elio Lopes dos. *Avaliação do conceito bolha como critério de compensação ambiental em licenciamento de atividades poluidoras do ar atmosférico - estudos de caso no Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada

Discute-se no Caso Chevron, em resumo, se o “conceito bolha” seria uma construção¹⁷ razoável do termo constante na lei (no *Clean Air Act*), qual seja, “fonte estacionária” (*stationary source*). Para entender melhor, convém analisar o histórico da regulamentação da matéria.

A Lei do Ar Puro (*Clean Air Act*), lei federal de 1963, foi criada para o controle da poluição do ar em âmbito nacional nos Estados Unidos. As emendas que sofreu em 1970 são consideradas uma mudança substancial nas políticas públicas relativas à poluição do ar¹⁸, em especial pela criação da agência voltada à proteção do meio ambiente (*Environmental Protection Agency*, ou EPA). A Seção 109 das emendas de 1970 determinou que a EPA estabelecesse os Padrões Nacionais de Qualidade do Ar Ambiente, o *National Ambient Air Quality Standards* (NAAQS's), e as Seções 15 e 110 determinaram aos Estados que desenvolvessem Planos (SIP's) para implementar tais *standards*, com datas específicas para alcance dos objetivos. A Seção 111 previa que as chamadas *novas fontes maiores de poluição* (*major new sources of pollution*) deveriam se adequar a padrões de desempenho baseados em tecnologia (*technology-based performance standards*), e que a EPA deveria publicar uma lista de tipos de fontes de poluição, estabelecendo *padrões de performance para novas fontes* (*new source performance standards*, NSPS) para cada um desses tipos. A Seção ainda proibia a operação de novas fontes que violassem os padrões que a EPA viria a estabelecer.

A Seção 111 definia as chamadas *fontes estacionárias* (*stationary sources*), como sendo “*qualquer construção, instalação ou estrutura que emita ou possa emitir qualquer poluente do ar*”¹⁹. Essa definição seria aplicável

na área de Planejamento e Gestão do Ambiente Urbano do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de São Carlos-UFSCar, para obtenção do Título de Mestre em Engenharia Urbana. São Carlos, 2004, p. 58. Disponível em: <http://www.acpo.org.br/biblioteca/01_artigos_dissertacoes_teses_manuais/Dissertacoes,%20monografias/Dissertacao_conceito_bolha.pdf> Acesso em 10/10/2011.

- 17 O termo utilizado, no original, é *construction*. Optou-se por uma tradução mais literal, visto que o termo construção parece transmitir melhor a idéia de uma interpretação criadora (não se pode ignorar, sabe-se também, que toda interpretação é criadora). Talvez se possa traduzir o termo por interpretação, simplesmente. Leia-se a definição no Black's Law Dictionary: “*The act or processo of interpreting or explaining the sense or intention of a writing (usu. a constitution, statute, or instrument)*”. **Black's law dictionary**. 3rd Pocket Edition.. St.Paul, Minnesota: West Publishing Co., 2006, p. 138. Doravante, quando utilizado o termo construção, é importante ter em mente o sentido a ele atribuído no direito estadunidense e aqui transcrito.
- 18 Já havia uma lei de controle de poluição do ar, promulgada em 1955, o *Air Pollution Control Act*, e a Environmental Protection Agency considera o início do Clean Air Act como se dando, de fato, apenas a partir das emendas de 1970, dada a mudança significativa que afirma terem representado tais emendas nas políticas públicas relativas à matéria (conforme <http://epa.gov/oar/caa/caa_history.html e <http://www.epa.gov/air/caa/40th.html>>. Acesso em 11/10/2011).
- 19 Tradução livre do autor. No original: “*any building, structure, facility, or installation which emits or may emit any air pollutant*”.

não apenas aos padrões de desempenho para novas fontes (NSPS), mas também à obrigação prevista na Seção 110, no sentido de que cada plano de implementação dos padrões (SIP's, *Standards Implementation Plans*) a ser elaborado pelos Estados deveria prever um procedimento para analisar cada proposta de nova fonte de poluição, proibindo sua construção se esta impedisse o alcance ou manutenção dos Padrões Nacionais de Qualidade do Ar Ambiente (NAAQS's).

Em cumprimento ao disposto na lei, a EPA promulgou os novos padrões (NAAQS's), aprovou os programas estaduais para implantação dos padrões (SIP's), e publicou regulamentos detalhados com relação aos tipos e padrões exigidos para novas fontes de poluição (NSPS's).

As primeiras metas dos novos padrões (NAAQS's) deveriam ser cumpridas até 1975, mas não foram atingidas por muitos dos Estados, em especial os mais industrializados. Em face disso, e da dificuldade do Congresso Nacional, no ano de 1976, de atingir um consenso com relação às alterações legislativas necessárias para lidar com a situação, a EPA promulgou um regulamento interpretativo para preencher a lacuna. Nele, estabeleceu que a construção de qualquer nova fonte maior de poluição (*major new source of pollution*), para se instalar em uma área em que a qualidade do ar estivesse abaixo dos padrões nacionais exigidos pela EPA (NAAQS's), deveria cumprir condições restritivas, atingindo a “*mais baixa taxa de emissão possível*” (*lowest achievable emission rate*) com relação ao “*estado da arte*” daquele tipo de atividade. O regulamento não adotou nem rejeitou o chamado “*conceito bolha*”.

As emendas de 1977 ao Clean Air Act foram também uma resposta ao fato de muitos Estados não terem atingido as metas previstas na legislação anterior, e exigiam que os Estados que não tivessem atingido as metas apresentassem um novo plano para tanto até 01º de Julho de 1979. Até tal data os Estados deveriam cumprir com o disposto no regulamento interpretativo da EPA, mencionado acima. A data final para cumprimento dos padrões estabelecidos no primeiro NAAQS's foi estendida para dezembro de 1982 ou, em alguns casos, até dezembro de 1987.

As emendas de 1977 previam que os planos dos Estados deveriam “*exigir licenças para construção e operação de novas ou modificadas fontes estacionárias maiores* [major stationary sources] *de acordo com a seção 173*”. Para expedição da referida licença, a Seção 173 exigia:

- (1) a agência estatal [deve] determinar que haja reduções suficientes de emissões na região para compensar as emissões da nova fonte e também para permitir progressos razoáveis no sentido do alcance dos objetivos, ou que o aumento das emissões não será superior a

um subsídio para o crescimento estabelecido nos termos do § 172 (b) (5); (2) o requerente [deve] comprovar que suas outras fontes no Estado estão em conformidade com o SIP, (3) a agência [deve] determinar que o SIP aplicável é de outra forma alcançável, e (4) a fonte proposta [deve] obedecer à exigência de menor taxa de emissões alcançáveis (LAER)²⁰.

As emendas de 1977 não continham qualquer referência ao “conceito bolha”, nem alteravam o conceito de fonte estacionária (*stationary source*) já constante no Clean Air Act na Seção 111(a)(3), e aplicável ao NSPS (*padrões de performance para novas fontes*, ou *new source performance standards*). Já os termos *fonte estacionária maior* (ou *principal*, visto que no texto da lei a expressão utilizada é *major stationary source*), *instalação emissora maior* (*major emitting facility*), são definidos na Seção 302(j) como

qualquer instalação estacionária ou fonte de poluentes do ar, que emite diretamente, ou tem o potencial para emitir, cem toneladas por ano ou mais de qualquer dos poluentes do ar (incluindo as instalações poluentes maiores ou fontes de emissões fugitivas de tais poluentes, conforme determinado na regra pelo Administrador)²¹.

As emendas determinaram que os Estados que não haviam cumprido com as metas da legislação anterior (*nonattainment States*), deveriam estabelecer um programa de licenças regulando as *novas ou modificadas fontes estacionárias maiores* (*new or modified major stationary sources*) de poluição do ar.

Antes das emendas de 1977, a EPA já havia utilizado uma definição macrofabril do termo *fonte estacionária*, mas em 1980 passou a adotar uma regulação que proibia a utilização do “conceito bolha” pelos Estados que não haviam atingido as metas de melhora da qualidade do ar. Em 1981, já sob o Governo Reagan, no bojo de uma

20 Tradução livre do autor. No original: (1) the state agency to determine that there will be sufficient emissions reductions in the region to offset the emissions from the new source and also to allow for reasonable further progress toward attainment, or that the increased emissions will not exceed an allowance for growth established pursuant to § 172(b)(5); (2) the applicant to certify that his other sources in the State are in compliance with the SIP, (3) the agency to determine that the applicable SIP is otherwise being implemented, and (4) the proposed source to comply with the lowest achievable emission rate (LAER).

21 Tradução livre do autor. No original: any stationary facility or source of air pollutants which directly emits, or has the potential to emit, one hundred tons per year or more of any air pollutant (including any major emitting facility or source of fugitive emissions of any such pollutant, as determined by rule by the Administrator).

reanálise de todos os ônus e complexidades regulatórias no país, a nova administração da EPA voltou a adotar a definição macrofabril do termo fonte estacionária²².

Portanto, o novo regulamento da EPA publicado em 14 de outubro de 1981 permitiu aos Estados, na elaboração do programa de licenças, a adoção da definição macrofabril (*plantwide definition*) de fonte estacionária, ou “conceito bolha”. Diante disso, as organizações ambientalistas Natural Resources Defense Council, Inc., Citizens for a Better Environment, Inc., e North Western Ohio Lung Association, Inc., peticionaram junto à Corte de Apelação do Circuito do Distrito de Columbia, com base no dispositivo de lei constante no Título 42, Capítulo 85, Subcapítulo iii, § 7607(b)(1) do U.S. Code (essa é a previsão legal, no presente caso, para o exercício do controle judicial)²³, requerendo a invalidade do regulamento. Além da EPA, foram aceitas no caso, intervindo em favor do regulamento: Chevron U.S.A. Inc., American Iron and Steel Institute, American Petroleum Institute, Chemical Manufacturers Association, Inc., General Motors Corp., and Rubber Manufacturers Association.

A Corte de Apelação entendeu que o *Clean Air Act* não havia definido explicitamente o que o legislador entendia por *fonte estacionária*, e que não havia tal definição, nem proximamente, na *história legislativa*²⁴ do Clean Air Act. Afirmou, então, que a decisão da Corte deveria ser guiada pelos propósitos das emendas à lei, cuja

22 Para uma análise história das teorias da regulação e das mudanças ocorridas no período, interessante a leitura de PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação. In _____: Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 81-127. O artigo foi publicado, originalmente, em 1989.

23 TITLE 42 - THE PUBLIC HEALTH AND WELFARE - CHAPTER 85 - AIR POLLUTION - PREVENTION AND CONTROL - SUBCHAPTER III - GENERAL PROVISIONS. Sec. 7607. Administrative proceedings and judicial review [...]

(b) *Judicial review*

(1) A petition for review of action of the Administrator in promulgating any national primary or secondary ambient air quality standard, any emission standard or requirement under section 7412 of this title, any standard of performance or requirement under section 7411 of this title, (3) any standard under section 7521 of this title (other than a standard required to be prescribed under section 7521(b)(1) of this title), any determination under section 7521(b)(5) (1) of this title, any control or prohibition under section 7545 of this title, any standard under section 7571 of this title, any rule issued under section 7413, 7419, or under section 7420 of this title, or any other nationally applicable regulations promulgated, or final action taken, by the Administrator under this chapter *may be filed only in the United States Court of Appeals for the District of Columbia*. [...]

(grifei)

24 A expressão no original é *legislative history*, e designa não apenas a exposição de motivos da lei, mas todos os eventos que levaram à sua aprovação, incluindo audiências, relatórios de comissões e debates em

razão de ser estava ligada ao fato de haverem Estados que não haviam atingido as metas de contenção de poluição (*nonattainment states*). A Corte asseverou, a partir disso, que o “conceito bolha” era obrigatório em políticas públicas que buscassem a *manutenção* da qualidade do ar, mas inapropriado para políticas criadas para *melhora* da qualidade do ar. Nesse sentido, entendeu que o conceito constante no regulamento da EPA deveria ser afastado, por ser contrário à lei (*contrary to law*).

Houve recurso, recebido pela Suprema Corte, a qual reverteu o julgamento da Corte de Apelação, entendendo pela validade do regulamento da EPA.

Feito o histórico do caso, passa-se às razões da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

4 AS RAZÕES DA DECISÃO E A DOCTRINA CHEVRON

A Suprema Corte entendeu que a *definição macrofabril* (*plantwide definition*) era uma construção válida obtida a partir da expressão legislativa *fonte estacionária*. A Corte assentou que, com relação ao controle judicial (*judicial review*) da construção que uma agência faz dos termos constantes na lei por ela aplicada, se o legislador não tratou diretamente do tema, a questão para o tribunal é se resposta da agência se baseia em uma construção admissível do disposto na lei.

A análise da lei e da sua *história legislativa*, diz o julgado, mostram que o Congresso não manifestou nenhuma intenção com relação à utilização (ou não) do chamado “conceito bolha”, e demonstram claramente que este (o Congresso) pretendeu “acomodar” o conflito entre, de um lado, os interesses econômicos (aumento de capital), e, de outro, os interesses de preservação do meio ambiente (melhora na qualidade do ar). A análise da história legislativa, ao contrário, indicaria que a intenção do Congresso foi de conferir à EPA ampla discricionariedade para estabelecer as políticas de efetivação dos objetivos do *Clean Air Act*. A definição macrofabril seria consistente com o objetivo de buscar crescimento econômico razoável (*reasonable economic growth*), e a EPA teria demonstrado uma explicação razoável no sentido de que a adoção do “conceito bolha” seria também compatível com os objetivos de preservação do meio ambiente. Argumentos políticos deveriam ser dirigidos ao legislador ou aos administradores, não aos juízes, afirma o julgado, e a interpretação

plenário. A definição é do Black's Law Dictionary: “the background and events leading to the enactment of a statute, including hearings, committee reports, and floor debates”. Black's law dictionary, ob. cit., p. 422.

que a EPA fez da lei teria sido uma “*acomodação razoável de interesses manifestamente concorrentes*”²⁵, a merecer deferência.

Com relação à diminuição dos custos que a adoção da definição macrofabril significava, uma boa explicação pode ser conferida abaixo:

O conceito bolha permite às plantas enfrentar os custos de controle, ao permitir adequada redução de emissões da maneira menos onerosa possível.

Uma planta industrial pode, por exemplo, conter duas fontes primárias de emissão. Em uma, um custo individual de controle pode ser de \$ 1500 por ton./ano. Na outra, o custo é por exemplo de \$ 150 por ton/ano. Se a agência de controle de poluição determinar uma redução de poluição de 500 toneladas por ano em cada uma das fontes emissoras da planta, como é comum acontecer, a despesa seria extremamente alta - \$ 825,000. Se a agência considerar apenas a redução da poluição agregada, colocando uma bolha imaginária sobre ambas as fontes, o resultado seria diferente. A planta industrial pode reduzir a emissão com redução do custo de controle de 1.000 toneladas/ano, sem reduzir a fonte mais custosa. O resultado no total da emissão é exatamente o mesmo, mas o preço - \$ 150,000 - é muito diferente, 80% menor.

LANDAU (1985), enfatiza que a vantagem do Conceito Bolha é que este reduz custos relacionados com o controle da poluição e que a redução de custos não é simplesmente teórica: é real e mensurável. Um estudo conhecido de custos observados em 52 plantas da indústria química Du-Pont revelou que o custo total da redução de 85% nas emissões de 548 fontes individuais nessas plantas alcançou \$ 105.7 milhões por ano.

Quando cada planta foi colocada sob uma bolha e autorizada a procurar um conjunto de controles, o custo para obter o mesmo índice de redução de poluição caiu para \$ 42.6 milhões por ano, uma economia de mais de 60%. O estudo também descobriu que quando as plantas eram autorizadas a desenvolver seu próprio conjunto de controles, a poluição total poderia ser reduzida tanto quanto 99% a um custo anual de \$ 92.4 milhões, ou seja, muito mais controle por muito menos custo. Outros estudos têm encontrado resultados ainda mais animadores.

25 No julgado: “*reasonable accommodation of manifestly competing interests*”.

A conclusão, portanto, é clara: quando a EPA autorizou as plantas a buscar soluções para minimizar os custos para atingir os requisitos de redução da poluição, elas puderam economizar milhões de dólares, sem sacrificar o controle da poluição²⁶.

Nesse sentido, o conceito bolha se mostrou capaz de acomodar os interesses econômicos com os interesses ambientais de forma razoável – ao menos no entendimento da agência, mantido pela corte.

No voto condutor, o *Justice Stevens* assentou o que viria a ser chamado de “doutrina Chevron”. Segundo ele, quando uma corte revisa (no sentido de *judicial review*) uma construção que uma agência faz da lei que ela aplica, se vê diante de duas questões. A primeira delas é se a lei tratou diretamente da matéria em questão, ou seja, se a intenção do Congresso é clara com relação ao tema. Se a resposta é sim, o caso está encerrado: tanto a Corte quanto a agência devem efetivar a intenção expressa pelo legislador. Se a corte constata que o legislador não tratou direta e precisamente da matéria, não deve simplesmente impor sua própria interpretação do texto da lei (a expressão utilizada é *its own construction on the statute*), a qual seria necessária na ausência de uma interpretação oriunda da administração pública. Nesse caso, havendo ambiguidade ou silêncio da lei com relação à matéria, a questão a ser respondida pela corte é se a resposta dada pela agência é baseada numa *construção admissível da lei* (*permissible construction of the statute*). A corte não precisa concluir, diz o voto condutor (na nota de rodapé nº 11 do julgado), que a construção da agência era a única possível em face do disposto na lei, nem que seria a interpretação a ser alcançada pela corte se a questão tivesse sido submetida primeiramente ao controle judicial.

Importante ressaltar que, para o primeiro passo do raciocínio, o voto condutor do *Justice Stevens* faz extensa e minuciosa análise da *história legislativa* das emendas de 1977 ao Clean Air Act, citando e transcrevendo expressamente diversos documentos, em especial os relatórios das comissões das duas casas, Câmara e Senado. Convém transcrever o trecho em que a posição do Corte com relação ao primeiro passo do raciocínio, no sentido de que não se poderia extrair do texto da lei o conceito de fonte estacionária, é expressa:

Nós não estamos convencidos de que a análise dos termos gerais no texto do estatuto irá revelar uma intenção real do Congresso.

26 SANTOS, op. cit., p. 64-65.

Sabemos muito bem que esta linguagem não é dispositiva; os termos se sobrepõem e a linguagem não é precisamente direcionada para a questão da aplicabilidade de um determinado termo no contexto de uma operação maior. Na medida em que nenhuma 'intenção' do Congresso pode ser discernida a partir desta linguagem, parece que a quantidade de sobreposições e termos ilustrativos tinha a intenção de ampliar, ao invés de limitar, o âmbito de poder da agência para regular as fontes em particulares, a fim de efetuar as políticas da lei.²⁷

A Corte assentou, portanto, que o texto legal, em face de sua vagueza, outorgava poder à agência para a construção conceitual visando à efetivação das políticas do ato. Nesse ponto, convém citar o trecho do American Procedure Act, no que dispõe sobre o controle judicial sobre as agências:

**TÍTULO 5-ORGANIZAÇÃO DO GOVERNO E SEUS SERVIDORES
- PARTE I - DAS AGÊNCIAS EM GERAL - CAPÍTULO 7 –
CONTROLE JUDICIAL. Seção 706. Alcance do controle**

Na medida do necessário à decisão e, quando levadas a juízo, a corte revisora deverá decidir todas as relevantes questões do direito, interpretar disposições constitucionais e legais, e determinar o significado ou a aplicabilidade dos termos de uma ação da agência. A corte revisora deverá -

- (1) compelir a agência a agir quando o ato for ilegalmente retido ou indevidamente atrasado e
- (2) considerar contrários ao direito e afastar os atos, descobertas e conclusões da agência tidos como:
 - (A) arbitrários, caprichosos, em abuso de poder discricionário, ou de alguma forma contrários ao direito;
 - (B) contrários a direitos constitucionais, poderes, privilégios ou imunidades;

²⁷ Tradução livre do autor. No original: *"We are not persuaded that parsing of general terms in the text of the statute will reveal an actual intent of Congress. We know full well that this language is not dispositive; the terms are overlapping, and the language is not precisely directed to the question of the applicability of a given term in the context of a larger operation. To the extent any congressional "intent" can be discerned from this language, it would appear that the listing of overlapping, illustrative terms was intended to enlarge, rather than to confine, the scope of the agency's power to regulate particular sources in order to effectuate the policies of the Act."*

(C) em excesso de jurisdição ou autoridade ou fora dos limites legais, ou carentes de fundamento legal;

(D) sem observância do procedimento exigido por lei;

(E) não suportados por evidências substanciais nos casos sujeitos às seções 556 e 557 deste título, ou revistos nos registros de audiência da agência exigida por lei, ou

(F) injustificados pelos fatos na medida em que os fatos estão sujeitos a julgamento de novo pela corte revisora.

No cumprimento das determinações anteriores, a corte deve revisar todos os seus registros ou partes do mesmo questionados por uma parte, e deverá ser tomada em consideração a regra de erro prejudicial²⁸.

Mas é preciso ter claro que a decisão se fundamenta sobretudo em uma série de precedentes da própria Suprema Corte. A Corte já havia reconhecido que os poderes de uma agência, cuja finalidade é executar um programa criado por lei, necessariamente requerem a formulação de políticas e a elaboração de regras para preencher lacunas deixadas, explícita ou implicitamente, pelo Congresso²⁹. Também já havia entendido que regulamentos elaborados pelas agências seriam válidos salvo fossem arbitrários, “caprichosos” ou manifestamente contrários à lei³⁰. Uma série de julgados já havia prestado deferência a decisões

28 Tradução livre do autor. No original: “TITLE 5 - GOVERNMENT ORGANIZATION AND EMPLOYEES - PART I - THE AGENCIES GENERALLY - CHAPTER 7 - JUDICIAL REVIEW: Sec. 706. Scope of review

To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall -

(1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and

(2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be -

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;

(B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;

(C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;

(D) without observance of procedure required by law;

(E) unsupported by substantial evidence in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or

(F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error.”

5 USC Sec. 706, disponível em <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 11/10/2011.

29 O precedente citado é *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199, 415 U. S. 231 (1974).

30 Os casos citados são *United States v. Morton*, ante at 467 U. S. 834; *Schweiker v. Gray Panthers*, 453 U. S. 34, 453 U. S. 44 (1981); *Batterton v. Francis*, 432 U. S. 416, 432 U. S. 424-426 (1977); *American Telephone*

de agências, reconhecendo que um “peso considerável” deveria ser dado à construção que um departamento executivo faz da lei que lhe é confiado administrar. Trata-se do “*princípio da deferência à interpretação da administração*” (*principle of deference to administrative interpretations*)³¹. Convém transcrever parte da decisão do Caso Chevron, inclusive no ponto em que, por sua vez, transcreve outro precedente:

Se esta escolha representa uma acomodação razoável de políticas conflitantes que foram confiados ao cuidado da agência pela lei, não devemos perturbá-la, a menos que resulte da lei ou de sua história legislativa que a solução encontrada não é a solução que o Congresso teria sancionado”. *United States v. Shimer*, 367 U. S. 374, 367 U. S. 382, 383 (1961). *Accord, Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp*, ante at 467 U. S. 699-700³².

À luz destes bem assentados princípios, está claro que a Corte de Apelações concebeu equivocadamente a natureza do seu papel na revisão dos regulamentos em questão. Uma vez determinado, após o exame da legislação própria, que o Congresso não tinha realmente um propósito com relação à aplicabilidade do conceito bolha para o programa de licenças, a questão não era saber se, na sua opinião, o conceito seria ‘inapropriado’ no contexto geral de um programa destinado a melhorar a qualidade do ar, mas se a visão do administrador, no contexto deste programa específico, era razoável.³³

32 *Telegraph Co. v. United States*, 299 U. S. 232, 299 U. S. 235-237(1936).

31 Nesse ponto, a lista de precedentes é extensa: *Aluminum Co. of America v. Central Lincoln Peoples' Util. Dist.*, ante at 467 U. S. 389; *Blum. v. Bacon*, 457 U. S. 132, 457 U. S. 141 (1982); *Union Electric Co. v. EPA*, 427 U. S. 246, 427 U. S. 256 (1976); *Investment Company Institute v. Camp*, 401 U. S. 617, 401 U. S. 626-627 (1971); *Unemployment Compensation Comm'n v. Aragon*, 329 U.S. at 329 U. S. 153-154; *NLRB v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U. S. 111, 322 U. S. 131 (1944); *McLaren v. Fleischer*, 256 U.S. at 256 U. S. 480-481; *Webster v. Luther*, 163 U.S. at 163 U. S. 342; *Brown v. United States*, 113 U. S. 568, 113 U. S. 570-571 (1885); *United States v. Moore*, 95 U. S. 760, 95 U. S. 763 (1878); *Edwards' Lessee v. Darby*, 12 Wheat. 206, 25 U. S. 210 (1827).

32 Tradução livre do autor. No original: “*If this choice represents a reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency's care by the statute, we should not disturb it unless it appears from the statute or its legislative history that the accommodation is not one that Congress would have sanctioned.*”

33 Tradução livre do autor. No original: “*In light of these well-settled principles, it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue. Once it determined, after its own examination of the legislation, that Congress did not actually have an intent regarding the applicability of the bubble concept to the permit program, the question before it was not whether, in its view, the concept is “inappropriate” in the general context of a program designed to improve air quality, but whether the Administrator's view that it is appropriate in the context of this particular program is a reasonable one.*”

Portanto, com base em uma série de precedentes nos quais a corte prestava deferência às escolhas feitas pelo administrador em face de alternativas políticas conflitantes, a Suprema Corte afirma que a Corte de Apelação se equivocou, não compreendendo seu papel no controle (*review*) das atividades de regulação. Em especial, note-se que a Suprema Corte concorda com a Corte de Apelação quando esta última afirma que o Congresso não previa nem proibia a utilização do “conceito bolha”. Por outro lado, censura a Corte de Apelação por fazer a opção política que deveria ser deixada a cargo da administração – desde que essa opção se mostrasse “razoável” à luz do texto legal.

A Suprema Corte entendeu, a partir da análise da história legislativa, que a EPA demonstrou claramente que sua definição (conceito bolha) do termo *fonte estacionária* cumpria com um dos objetivos da lei, qual seja, o crescimento econômico razoável, e que a agência, quer se acredite ou não que a opção é melhor para o meio ambiente, apresentou uma explicação razoável para a sua conclusão de que o conceito também serve aos objetivos de respeito ao meio ambiente.

A Corte rechaçou, enfaticamente, os argumentos sobre políticas (*arguments over policy*) apresentados pelas partes, entendendo que estes devem ser apresentados em face dos legisladores ou administradores, e não dos juízes. E afirmou que a legitimidade para as escolhas sobre políticas, quando presente conflito entre visões distintas do interesse público, é do legislador ou do administrador, e não do judiciário:

Os juízes não são especialistas na matéria, e não fazem parte de nenhum dos ramos políticos do Governo. Tribunais devem, em alguns casos, conciliar interesses políticos conflitantes, mas não com base nas preferências políticas pessoais dos juízes. Ao contrário, uma agência à qual o Congresso delegou responsabilidades ligadas à elaboração de políticas pode, dentro dos limites da delegação, apropriadamente confiar no prudente ponto de vista acerca da política pública, detido pela administração dela incumbida, para informar seus julgamentos. Enquanto as agências não são diretamente responsáveis perante o povo, o Chefe do Executivo é, e é totalmente adequado a este ramo do Governo fazer tais escolhas políticas – resolvendo os interesses conflitantes que o próprio Congresso, talvez inadvertidamente, não resolveu, ou intencionalmente deixou para ser resolvido pelo órgão encarregado da administração da lei à luz da realidade cotidiana³⁴.

34 Tradução livre do autor. “No original: Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges’ personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking

A referência que o julgado faz à responsabilização (*accountability*) do Presidente não é gratuita. Já havia um processo de centralização das atividades de regulação na Presidência da República mediante decretos editados pelos presidentes Nixon, Ford e Carter. Mas foi no Governo Reagan, em cuja gestão se deu o julgamento do Caso Chevron, que aumentou significativamente a supervisão presidencial sobre as agências, por meio do *Office of Management and Budget* (OMB). O OMB foi autorizado a “*rever e comentar regulamentos propostos pelas agências executivas, testando os regulamentos para verificar sua correspondência a princípios de análise custo-benefício e custo-efetividade*”³⁵. Nesse sentido, o contexto da decisão era o de um momento histórico em que as agências passavam a prestar maior deferência ao comando político da Presidência.

Quando se fala em argumentos sobre políticas, no julgado, importante esclarecer que se trata de argumentos sobre as políticas a serem definidas pelas agências a partir do disposto na lei. Não se trata daquilo que se chama, no direito estadunidense, de *political questions*, exaradas a partir de atos políticos, ou “atos de estado”, e não de atos administrativos. A doutrina das questões políticas (*political questions doctrine*) afasta do controle judicial as decisões com implicações políticas claras, políticas de Estado – sempre que não houver norma jurídica aplicável ao caso, a decisão final diga respeito ao princípio constitucional da divisão de poderes, ou se trate de uma questão a ser definida pelo eleitorado³⁶.

Não obstante a decisão se baseie numa série de precedentes de deferência à opção do administrador, há quem afirme que, até a decisão do Caso Chevron, a Suprema Corte era “*incapaz de manter consistência, ou explicar as bases para as inconsistências, nas suas muitas decisões nessa área*”³⁷. Richard Pierce menciona, por exemplo, o caso *NLRB V. Bell Aerospace*, 416 U.S. 267 (1974), em que a Suprema Corte substituiu a

responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices -- resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.”

35 Conforme SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o New Deal. In _____. *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 81-127. O artigo foi publicado, originalmente, em 1987.

36 Como se pode ler em QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 130-132. No mais das vezes, são decisões ligadas à política de relações internacionais, por exemplo.

37 Conforme PIERCE, op. cit. p. 138. Tradução livre do autor. No original: “*was unwilling to maintain consistency, or to explain the basis for the inconsistencies, in its many decisions in the area*”.

interpretação que a agência havia dado ao termo “empregado”, para fins de regulação das relações de trabalho. Uma série de outros casos também são mencionados pelo autor, todos deixando de prestar deferência à interpretação dada pela agência. Ademais, nos julgados em que mantinha a interpretação dada pelas agências, a corte não o fazia com a mesma consistência e clareza que no Caso Chevron, nem obedecia ao raciocínio de “dois passos”.

A decisão do Caso Chevron, no que diz respeito à deferência em face da interpretação dada pelas agências, recebeu imediatas críticas, inclusive no sentido de que estaria negando a doutrina do Caso *Marbury v. Madison*, no qual a possibilidade de *judicial review* das leis pelo Judiciário ficou assentada³⁸.

Cass Sunstein, em 1987, em artigo escrito, portanto, poucos anos após o julgamento, teceu diversas críticas ao julgado. Entendia que, de fato, os precedentes da Suprema Corte eram vacilantes com relação ao controle sobre as agências. Mas afirmava que o próprio caso Chevron não era tão claro na abordagem pró-deferência, sendo genérico demais e não indicando como atuam e qual o peso dos fatores que embasam a deferência, tais como a especialização técnica da agência, sua responsabilização política e sua capacidade de coordenação da política administrativa.

Afirmava também Sunstein que, ao não distinguir a delegação administrativa expressa dos casos de ambiguidade dos termos da lei, o caso ignorava que nem sempre o fato de uma lei admitir mais de uma leitura significa que o Congresso quisesse que a agência resolvesse a questão. E o Caso Chevron, dizia ainda Sunstein, desafiava os princípios assentados em *Marbury vs. Madison*, bem como o disposto no APA, acerca do *judicial review*. Com relação ao caso *Marbury vs. Madison*, afirmava que “a relação entre a Constituição e o Congresso é análoga à relação entre as leis e as agências. Em ambos os contextos, um árbitro independente é necessário para determinar a natureza da limitação”³⁹. Nesse sentido, dizia, uma interpretação no sentido de que, nos casos em que a constituição fosse ambígua, a interpretação dada pelo Congresso deveria ser aceita pela Corte, destruiria as bases do direito constitucional. Quanto ao disposto no APA com relação ao controle judicial (dispositivo já citado acima), Sunstein lembra que o Congresso, ao editar referida lei, o fez num período de grande desconfiança com a atividade das agências, e

38 A respeito, pode-se ler, no Brasil, análise de BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras, poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003. p. 243 e ss.

39 SUNSTEIN, Cass. O constitucionalismo após o New Deal, op. cit., p. 166.

pretendia uma “*ampla e independente interpretação judicial das leis*”⁴⁰, o que o Caso Chevron não indica. Sunstein defendia, por fim, que fosse dada ao Caso uma interpretação restritiva: “*o caso envolve uma lei altamente complexa numa área técnica, e uma iniciativa razoável que tentava conciliar uma série de políticas, todas elas permitidas pela lei*”. Apenas quando repetidas tais circunstâncias o caso deveria ser invocado, dizia.

Já Ronald Cass aponta que o verdadeiro impacto do Caso Chevron depende decisivamente de como as cortes exercitam o primeiro passo proposto no caso (“*their step-one authority*”). A questão determinante, então, diz ele, passa a ser se a corte encontra ou não ambiguidade no texto da lei. E, aduz que, “*de fato, nos muitos casos de aplicação do Caso Chevron desde 1987, a Suprema Corte se colocou em um meio termo desconfortável em que às vezes encontra ambiguidade e às vezes não*”⁴¹, apontando e analisando inúmeros casos em que isso aconteceu.

Se Sunstein mostrava dúvidas quanto ao alcance do Caso Chevron pouco tempo após seu julgamento, e tecia as críticas descritas acima, em artigo recente passou a criticar as inconsistências da Suprema Corte na aplicação do precedente. Para ele, a grande questão para a Suprema Corte passou a ser quando aplicá-lo (o que chama de *Step Zero*, Passo Zero), e critica a hesitação da Corte acerca das hipóteses de aplicação da decisão⁴². Diante disso, entende que, sempre que razoavelmente possível, o Passo Zero deve ser resolvido no sentido da aplicação do precedente, cuja moldura, afirma, possui “*a dupla virtude de simplificar o funcionamento do direito regulatório, e de conceder autoridade para efetivação de políticas às instituições mais capazes de ter as virtudes de competência especializada e possibilidade de responsabilização política*”⁴³.

Cass Sunstein assevera, então, que o caso, mais de vinte anos após seu julgamento, não apenas “*não mostra sinais de perder sua influência*”, como, mais do que isso, se tornou fundamental, um texto quase

40 SUNSTEIN, op. cit., p. 166.

41 Tradução livre do autor. No original: “*In fact, in the many cases applying Chevron since 1987, the Supreme Court has settled into an uneasy middle ground in which sometimes finds ambiguity and sometimes does not.*” CASS, Ronald, ob. cit. p. 167.

42 O autor aponta as inconsistências nos seguintes casos: Christensen v. Harris County, 529 U.S. 576 (2000); United States v. Mead, 533 U.S. 218 (2001); Barnhart v. Walton, 535 U.S. 212 (2002); Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon, 515 U.S. 687 (1995); MCI Telecommunications Corp. v. AT&T, 512 U.S. 218 (1994); FDA v. Brown & Williamson, 529 U.S. 120 (2000). SUNSTEIN, Cass. *Chevron Step Zero*, p. 05 e ss.

43 SUNSTEIN, Cass. *Chevron Step Zero*, p. 05. Tradução livre do autor. No original: “*the dual virtues of simplifying the operation of regulatory law and giving policymaking authority to institutions that are likely to have the virtues of specialized competence and political accountability.*”

constitucional, “o indisputável ponto de partida para qualquer avaliação da alocação de autoridade entre as cortes federais e as agências administrativas”⁴⁴.

De fato, as virtudes e as razões para a longevidade do Caso *Chevron* estão, paradoxalmente, também nos seus defeitos. As questões que o caso deixou em aberto podem ser objeto de crítica. Não há clareza quanto às hipóteses de sua aplicação, e não é fácil ultrapassar o Passo Um, ou seja, avaliar se a intenção do Congresso é clara com relação à definição e objetivos da política pública. Além disso, no Passo Dois, não é procedimento simples definir se a resposta dada pela agência é uma construção admissível, ou razoável, do texto da lei. A resposta dada pelo precedente, nesse ponto, é muito simplificadora. Mas é essa mesma simplicidade que faz com que o caso mantenha sua relevância, oferecendo um esquema de raciocínio e uma indicação de respeito e autocontrole (*self restraint*) do Poder Judiciário diante das decisões políticas do legislativo e do executivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo estudar o Caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), ou simplesmente Caso *Chevron*. Trata-se do precedente que estabeleceu o entendimento da Corte com relação ao controle judicial sobre as agências quanto ao exercício do seu poder regulamentar.

Conforme determinado pela Suprema Corte, quando o judiciário revisa (no sentido de *judicial review*) a interpretação que uma agência faz da lei que a ela, agência, cabe aplicar, este se vê diante de duas questões (ou dois passos). A primeira delas (Passo Um, *Step One*) é se a lei tratou diretamente da matéria em questão, ou seja, se a intenção do Congresso é clara com relação ao tema. Se a resposta é sim, tanto o judiciário quanto a agência devem efetivar a intenção expressa pelo legislador. Se a corte constata que o legislador não tratou direta e precisamente da matéria, não deve simplesmente impor sua própria interpretação do texto da lei, a qual seria necessária na ausência de uma interpretação oriunda da administração pública. Nesse caso (Passo Dois, *Step Two*), havendo ambiguidade ou silêncio da lei com relação à matéria, a questão a ser respondida pela corte é se a resposta dada pela agência é baseada numa construção admissível da lei (*permissible construction of the statute*).

44 SUNSTEIN, Cass. *Chevron Step Zero*, p. 01. Tradução livre do autor. No original: “shows no sign of losing its influence”, e “the undisputed starting point for any assessment of the allocation of authority between federal courts and administrative agencies”.

A relevância do caso está em ter estabelecido o raciocínio acima descrito e, ademais, ter reconhecido que a resolução das ambiguidades e vaguezas do texto da lei clama por definições de políticas públicas a serem tomadas pelas agências, constituindo a decisão, portanto, um marco ainda não superado na questão da elaboração da legislação regulamentadora das políticas públicas pela administração e não pelo judiciário.

8 REFERÊNCIAS

AMAN, Jr., Alfred C. e MAYTON, William T. *Administrative Law*. 2. ed. St. Paul, Minneapolis: 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos*: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 11/10/2011.

Black's law dictionary. 3rd Pocket Edition. St.Paul, Minesota: West Publishing Co., 2006.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras, poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003.

CASS, Ronald. *Administrative Law: cases and materials*. 4th ed. New York: Aspen Law & Business, 2002.

Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/467/837/case.html>>. Acesso em: 11/10/2011.

DURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4th ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2006.

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

HALL, Daniel. *Constitutional law: cases and commentary*. Albany: State Univ. of New York, 1984.

PELTZMAN, Sam. A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação. In_____: *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

PIERCE, Richard J. *Administrative law treatise*. vol. I. 4. ed. New York: Aspen, 2002.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

SANTOS, Elio Lopes dos. *Avaliação do conceito bolha como critério de compensação ambiental em licenciamento de atividades poluidoras do ar atmosférico - estudos de caso no Estado de São Paulo*. Dissertação apresentada na área de Planejamento e Gestão do Ambiente Urbano do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de São Carlos-UFSCar, para obtenção do Título de Mestre em Engenharia Urbana. São Carlos, 2004, p. 58. Disponível em: <http://www.acpo.org.br/biblioteca/01_artigos_dissertacoes_teses_manuais/Dissertacoes,%20monografias/Dissertacao_conceito_bolha.pdf>. Acesso em: 10/10/2011.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law: a casebook*. New York: Aspen Law & Business, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *Chevron Step Zero*. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 249, p. 01. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 10/10/2011.

_____. O constitucionalismo após o New Deal. In_____: *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

WHITMAN, Walt. *Leaves of grass = Folhas de relva*. Edição bilíngue: inglês-português. Tradução e posfácio de Rodrigo Garcia Lopes. São Paulo: Iluminuras, 2008.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO. UMA BREVE ANÁLISE

OBJECTIFICATION OF JUDICIAL REVIEW. A BRIEF REVIEW

Márcia Sousa de São Paulo
Procuradora Federal
Atuação na Divisão de Assuntos Prioritários
Departamento de Contencioso/PGF

1 Considerações Iniciais; 2 O controle jurisdicional da constitucionalidade no Brasil; 3 A influência do Direito Americano; 4 O processo de objetivação; 5 A jurisprudência atual do STF; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Neste trabalho estudamos a feição atual do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, em um breve quadro comparativo com o direito americano. Com a obsolescência da dicotomia do sistema de controle de constitucionalidade: americano (difuso) x europeu (concentrado), as características dos sistemas confundem-se, em prol do princípio da eficiência. Uma breve análise do panorama jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal demonstra essa evolução.

PALAVRAS CHAVES: Direito americano. Stare decisis. Controle de constitucionalidade. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

ABSTRACT: In this work we study the shape of the current diffuse control of constitutionality in Brazil, in a brief comparative table with the U.S. law. With the obsolescence of the dichotomy of the system of judicial review: American (diffuse) X Europe (concentrated), the characteristics of the systems are mixed up in favor of the principle of efficiency. A brief analysis of the current landscape of jurisprudence of the Supreme Court demonstrates this evolution.

KEYWORDS: U.S. law. Stare decisis. Judicial review. Extraordinary appeal. General repercussion.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito constitucional americano teve uma grande influência na construção do sistema de controle de constitucionalidade difuso brasileiro.

Hoje, em face da obsolescência da dicotomia direito europeu (concentrado) X direito americano (difuso), no Brasil, iniciamos um processo de objetivação do controle de constitucionalidade difuso, vislumbrado no posicionamento jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal.

Neste novo quadro, observada a necessidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional surgiram novos instrumentos jurídicos, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que permitem a observância do princípio da eficiência, em conjunto, com a segurança jurídica no nosso ordenamento.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição é o documento máximo na ordem jurídica brasileira. E essa supremacia exprime-se pela superioridade formal, resultado da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes, por ele constituídos¹.

A execução deste sistema para atender os anseios da sociedade exige um sistema de controle, para que se possa regular a criação e execução das leis pelos entes legitimados, em face dos princípios constitucionais vigentes. *Eis que surge o sistema de controle de constitucionalidade*. Especificamente, neste artigo, limitado ao controle de constitucionalidade jurisdicional.

Um texto constitucional é resultado de um Hiato Constitucional, vale dizer, de um processo revolucionário. Não se vincula a nenhum preceito jurídico-positivo que lhe seja anterior, muito, embora, também nesta hipótese, os valores sociais e o Direito natural funcionem como limitação ao exercício do Poder Constituinte².

Sem o poder constituinte, essas duas categorias modernas do pensamento político não teriam vingado: *o povo e a nação*. Ambas nascem atadas a uma nova versão de soberania contida no esquema de poder constituinte. A teoria do poder constituinte só se faz inteligível à luz de considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela

1 VALDES, Roberto Blanco, *El valor de La Constitución*. Madrid: 1998. p.252. op. cit. in MENDES, Gilmar Ferreira *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

2 DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, Emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Renovar, 2004.

necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular a obediência ou estabelecer comando na sociedade³.

A discussão na Constituinte de 1988 sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, bem como adquirisse novas e significativas atribuições.

A Constituição Cidadã ampliou, significativamente, a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle de omissão do legislador⁴.

O *controle incidental* caracteriza-se, fundamentalmente, também no direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder judiciário⁵. Esse modelo teve origem no *leading case* Madison X Marbury, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em contrapartida, o *sistema de controle concentrado de constitucionalidade*, cujos parâmetros teóricos foram delineados por Hans Kelsen, e sob sua condução, introduzidos na Constituição da Áustria de 1921, traduz uma nova concepção, cabendo ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir as questões constitucionais, suscitadas pelo Governo Federal, com referências às leis estaduais, ou pelos Governos Estaduais, quando envolva leis federais, não sendo exigível a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva.⁶

No Brasil, o nosso sistema atual é *misto*, adotada a possibilidade da utilização de controle difuso e concentrado de caráter jurisdicional. Embora, devemos ressaltar, ainda possibilita um controle político preventivo, seja pela análise formal da constitucionalidade do diploma legal pelas Comissões de Constituição e Justiça das casas legislativas, bem como pelo veto, atribuição do Chefe de Estado.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Malheiros. p.143

4 MENDES, Gilmar Ferreira . *Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 2.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1065

6 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.131.

O sistema de controle jurisdicional concentrado, em face do inequívoco efeito vinculante e eficácia geral das decisões normativas do Supremo Tribunal, era considerado mais eficiente, principalmente, em face do volume de processos, geralmente repetitivos, acumulado nos Gabinetes. A eficácia *erga omnes* e vinculativa do Controle concentrado jurisdicional de constitucionalidade traduzia, em primeiro olhar, solução para a crise apresentada.

3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO AMERICANO

O modelo do atual de controle jurisdicional de constitucionalidade americano teve origem no *leading case* Madison X Marbury, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesta decisão concluiu-se que, na interpretação das normas aplicáveis a determinado caso poderia encontrar não apenas a hipótese de leis em confronto pelo tempo, mas também a hipótese de confronto hierárquico com a Lei Suprema. *Caberia, portanto, ao Poder judiciário invalidar a lei, pela impossibilidade de ter-se a vontade do Constituinte suprida pela vontade do legislador ordinário.*

In⁷Marbury v. Madison, the Supreme Court held that Congress acted unconstitutionally in conferring upon the Court authority to issue originals writs of mandamus in cases not “affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls (or) those in wich a state (is) Party”: article III, in defining the extent of the Supreme Court’s original jurisdiction, did not include among its grants of power the authority to issue such writs. Marbury is the first case in wich the Supreme Court asserted that a federal court has power to refuse to give effect to congressional legislation if it is inconsistent with the Court’s interpretation of the Constitution. The Constitution does not expressly confer such a Power upon the federal courts. In MARBURY, however, Chief Justice Marshall, although

7 No caso Marbury v. Madison, o Supremo Tribunal considerou que o Congresso agiu inconstitucionalmente ao conferir à autoridade Tribunal para emitir os mandados de segurança originais em casos não “afetar embaixadores, outros ministros e cônsules (ou) aqueles em que um estado é parte”: artigo III, na definição da extensão da jurisdição original da Suprema Corte, nem fez incluir entre as suas concessões de poder a autoridade para emitir esses mandados. Marbury é o primeiro caso em que a Suprema Corte afirmou que um tribunal federal tem o poder de se recusar a dar efeito à legislação do Congresso, se for inconsistente com a interpretação do Tribunal da Constituição. A Constituição não prevê expressamente tal poder aos tribunais federais. No caso Marbury, no entanto, Chief Justice Marshall, embora reconhecendo que «a questão, o tempo um ato repugnante constituição pode se tornar a lei da terra é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos”, no entanto concluiu que a questão “não tem uma complexidade proporcional ao seu interesse”. *Tradução livre – Autor.*

acknowledging that ‘ the question , wether an act repugnant the constitution can become the law of the land is a question deeply interesting to the United States ,” nonetheless concluded that the issue is “ not an intricacy proportioned to its interest”⁸.

O modelo decorrente da decisão da Suprema Corte americana, relatada pelo Chief Justice Marshall, denotou, ainda, as características do sistema difuso de controle jurisdicional da constitucionalidade, em que cada Juiz ou Tribunal, de qualquer instância, pode declarar a inconstitucionalidade da norma, para o caso concreto, sempre em decorrência da idéia ainda vigente e inequivocamente irrepreensível de que a Constituição, no ápice da hierarquia das leis, não permitia ser considerada revogada por lei ordinária que com ela confrontasse, e, assim, a regra da lei posterior derogando a lei anterior não se aplicava quando esta era a própria Constituição, que, em contrapartida, dava o efeito de inaplicabilidade da lei contrária, ainda que posterior.

É a origem do sistema difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade, no qual qualquer juiz, em qualquer instância, pode declarar a inconstitucionalidade da norma, no caso concreto.

O ponto basilar deste sistema difuso encontrava-se no caráter restrito da declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto, embora inequívoco que quando tal precedente emana da Suprema Corte, este é revalorizado pelas instâncias inferiores, embora sem caráter vinculativo. Inclusive, nos Estados Unidos, no qual o instituto do *stare decisis* valoriza o precedente pela regra natural de prevalência pela Corte Superior que o haja editado, sem vincular qualquer um a sua observância, se não apenas pela lógica de que eventual decisão contrária será em final instância, reformada pela Suprema Corte.⁹

A partir da análise do caso *Marbury v. Madison*, para melhor compreensão do sistema constitucional americano devemos recordar a sua origem na *COMMON LAW*.

The¹⁰ United States is a common law country. Common law principles are not embodied institutes but arise from decisions made

8 TRIIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. University text book.- Chapter 3. p. 23-24.

9 OLIVEIRA, Alexandre Nery Rodrigues. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=480>>. Acesso em: 13.10.2011.

10 Os Estados Unidos são um país de common law. Princípios de direito comum, não são incorporados institutos, mas decorrem de decisões tomadas pelos tribunais de vários estados. De direito comum, também conhecido como juiz faz a lei ou lei-caso, surge fora de situações específicas legal. Princípios gerais de direito derivados dessas decisões individuais serão, então, aplicados outros casos semelhantes

by the courts of the various states. Common law, also referred to as judge-made law or case law, arises out of specific legal situations. General legal principles derived from these individual decisions are then applies to other similar or analogous cases. These prior cases are referred to as *a precedent because they* constrain courts in deciding future related cases. Through this process a body of law develops. Common law principles are flexible. Over time, new laws may be created, and old ones expanded, modified or disposed of to respond to changing societal and economic practices, new legal situations and other circumstances¹¹,

Em um sistema de COMMON LAW, a abordagem das questões jurídicas e políticas tende, portanto a legitimar o que possui um caráter antigo, consuetudinário, santificado pelo tempo.

Nos Estados Unidos todos os seus Estados, exceto a Loisiaana, são oriundos do “*Common Law*”. Contudo, os sistemas da Common Law e da Statutory Law convivem. Mesmo nos casos, nos quais, as Cortes Estaduais, fundamentam suas decisões em dispositivos legais, a interpretação é realizada, a partir a interpretação de precedentes de Common Law. O *STARE DECISIS* ou *DOUTRINADO PRECEDENTE* é a base da Common Law.

No *Black's Law dictionary*¹², o *STARE DECISIS* é conceituado¹³ como a política da Corte, em decidir conforme os precedentes jurisprudenciais, em consonância à orientação estabelecida. Na Doutrina do precedente, as Cortes Inferiores estão vinculadas aos julgados/precedentes das Cortes Superiores.

“Os Estados Unidos preferem desenvolver a teoria do *stare decisis* como elemento necessário para um Estado de direito, sem, porém, engessar o judiciário. Um caso já decidido só será considerado precedente para a análise de outro caso se demonstrar argumentos jurídicos substanciais e

ou análogos. Estes casos anteriores são referidos como um precedente, porque eles vinculam tribunais em futuras decisões de casos análogos. Através deste processo um corpo de leis se desenvolve. Princípios de direito comum são flexíveis. Com o tempo, novas leis podem ser criadas, e as antigas expandido, modificada para responder, na prática, às mudanças sociais e econômicas, novas situações jurídicas e outras circunstâncias.

11 REINHART, Susan M. Strategies for legal case reading and vocabulary development – Ann Arbor University of Michigan Press. page: 6

12 Black's Law dictionary. 6 ed. S.v. “stare decisis”

13 “Policy of courts to stand by precedent and not to disturb a settled pointed”. Conceituação original do termo *Stare decisis*.

persuasivos”¹⁴. Ou seja, “A constatação de que *o direito é o que o judiciário diz o que o direito seja* é o ponto fundamental do realismo jurídico norte-americano”, leciona ARNALDO GODOY. E conclui:

Este movimento radica no pragmatismo filosófico que se desenvolveu nos Estados Unidos, principalmente por meio da atuação de Charles Sanders Perice, de William James e de John Dewey nos meios acadêmicos daquele país. *Defendia-se que o conhecimento não pode ser dissociado da realidade, que a teoria não poderia se afastar da prática e que toda concepção teórica o é por alguma finalidade que a marca epistemologicamente.* [...]

O *judicial review* é a instância que possibilita a ação política do judiciário norte-americano, potencialmente (cf. WELLINGTON, 1991). Embora inicialmente cogitado como o menos ativo dos três poderes desenhados pela constituição norte-americana (cf. BICKEL, 1986), o judiciário protagoniza funções que geram verdadeiras tempestades (cf. O'BRIEN, 1986). Há segmentos na academia que defendem o modelo originalista (cf. WHITTINGTON, 1999), cujo credo é a substância de candidato a juiz da Suprema Corte que foi renegado pelo Senado norte-americano (cf. BORK, 1991). *A definição de direitos por parte da Suprema Corte inegavelmente materializa escolhas e valores pessoais (cf. TRIBE e DORF, 1991, p. 65), identificando um governo de homens e não de leis, paradoxalmente ao contrário do supostamente planejavam os constituintes norte-americanos de 178715.* (Grifo nosso)

A aplicação do sistema de controle de constitucionalidade americano pode ser visualizada em julgamentos, como o caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896, no qual foi cristalizada a doutrina racista do *separate but equal*. Deste modo, o sistema de controle de constitucionalidade ao prezar pela supremacia da constituição assegura o direito do cidadão e da sociedade, às garantias fundamentais.

Após a Guerra Civil (1861-1865) as relações entre as raças, nos EUA, persistiam tensas e conflitantes. A segregação legal dos negros, conhecida como *legislação Jim Crow* visou barrar a frequência

14 DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. 2. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 1999, in MIRANDA, Tássia Baís. *Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano*. Bêlem: 2006. Bacharel em direito –UFPA.

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Americano*. p. 08.

de negros em escolas públicas e ao uso dos transportes públicos, restaurantes, teatros, hotéis, cinemas, balneários. (...)

Homer Plessy, que era mulato, foi preso e processado porque se sentou no setor reservado aos brancos, em um trem no estado da Louisiana. Ele recorreu à Suprema Corte, requerendo ordem contra o Juiz Ferguson, para que se determinasse que o magistrado arquivasse a ação penal. A corte apreciou a constitucionalidade de uma lei da Louisiana, de 1890, que dividia os espaços dos trens entre raças, que não poderiam se misturar, implementando a então dominante doutrina do *equal but separate*. Entendia-se que era obrigação do estado providenciar vagões para brancos e negros. Dizia-se que Homer Plessy era 1/8 africano. Um precedente de 1849 (*Roberts v. Cidade de Boston*) garantiu escolas separadas, admitindo a segregação. A Suprema Corte determinou que a doutrina do *equal but separate* não violava a constituição, conquanto que brancos e negros tivessem o mesmo tratamento e as mesmas instalações, que utilizariam separadamente. Em voto divergente, o Juiz John Marshall Harlan anotou que a constituição era cega para questões de cor (*blind color*), desconhecendo e não tolerando classes distintas entre seus cidadãos. A questão permanecerá em debate até a década de 1960, quando os direitos civis tiveram mais ampla aplicação e discussão nos EUA (cf. FRIEDMAN, 1985, p. 374)¹⁶.

Assim, no sistema americano “*não há direito potestativo do cidadão norte-americano para que a Suprema Corte aprecie sua questão em grau de recurso. A discricionariedade é absoluta. O processamento de recurso a Suprema Corte decorre do deferimento de petição, o writ of certiorari, que abre caminho para complexa sustentação oral*”¹⁷.

4 O PROCESSO DE OBJETIVAÇÃO

No atual estágio de evolução do Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade das leis tem uma importante função na medida em que preserva o dogma da supremacia constitucional. O objetivo seria proteger a constituição contra ações ou omissões legislativas que afrontem os valores, preceitos e normas eleitos como

¹⁶ GODOY, op. cit., p. 12-13.

¹⁷ GODOY, op. cit., p. 09

alicerces de um Estado democrático¹⁸. Francisco Fernando Sagado, em estudo comemorativo ao Jurista Celso Bastos, concluiu:

A enorme expansão da justiça constitucional tem propiciado uma mistura e hibridação de modelos, que se tem unido ao processo pré-existente de progressiva convergência entre os elementos, supostamente contrapostos no passado, dos dois tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade dos atos do poder.

O resultado é a perda de grande parte de sua utilidade analítica da usualmente assumida bipolaridade “modelo americano *versus* modelo europeu-kelseniano. Como disse Rubio Llorente, falar hoje de um sistema europeu carece de sentido porque há mais diferenças entre os sistemas de justiça constitucional existente na Europa que entre alguns deles e o norte-americano.¹⁹

Surgiu, assim, a necessidade de uma busca por um novo sistema, que possa oferecer maior capacidade analítica dos sistemas de controle. “O Supremo Tribunal Federal, então, buscando o exercício pleno de suas funções, tem dado sinais de uma mitigação ao tradicional caráter subjetivo do controle difuso. Some-se a isso diversas alterações legislativas e constitucionais, sinalizando para uma aproximação cada vez maior entre os dois sistemas clássicos de controle de constitucionalidade”.

O recurso extraordinário é o instrumento, mediante o qual o Supremo Tribunal Federal exercia o controle de constitucionalidade difuso, analisando no caso concreto, as contrariedades à norma constitucional presente no diploma normativo, objeto do recurso. Contudo, como bem ressaltado pelo Professor GILMAR MENDES, a fórmula da Lei n. 8038, de 1990 pode ensejar a ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Corte de Justiça para cada caso concreto, o que é absolutamente impossível, aqui ou alhures. De alguma forma, os diversos sistemas jurídicos acabam encontrando mecanismos de racionalização para evitar que as Cortes Superiores se ocupem de causas perdidas²⁰.

18 ARAÚJO, Mauro LA Sallette Costa Lima de. Objetivação do controle difuso. Disponível em: <<http://www.buscaatual.com.br>>. Acesso em: 11 out. 2011.

19 SAGADO, Fernando. *Controle Constitucional e Justiça constitucional* in *Lições de Direito Constitucional*: em homenagem ao jurista Celso BASTOS. Coordenação de Ives GANDRA da Silva MARTINS, Gilmar Ferreira Mendes; André Ramos TAVARES. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 369

20 MENDES, Gilmar Ferreira. In *o Processo de objetivação do recurso extraordinário*.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal vem, paulatinamente, assumindo seu papel de Corte Constitucional, tendo por foco definir as mais relevantes teses jurídicas postas à apreciação do Poder Judiciário. Essa transformação ganha impulso com a “*Crise do Judiciário*”, traduzida pelo volume de processos, geralmente repetitivos, acumulados nos Gabinetes.

Após décadas de *jurisprudência defensiva*, “*instrumento que foi originariamente desenvolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para diminuir a quantidade de recurso e tornar mais célere seu julgamento*”²¹ sob a qual não foram conhecidos inúmeros recursos por falhas processuais, pode-se afirmar que com a nova sistemática a Corte fortalece seu papel institucional.

Preso entre a fórmula do Senado (CF, art.52, X) e o referido aumento crescente de processos referido, o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva²².

Essa mudança de paradigma conduz à separação da ênfase subjetivista, do recurso extraordinário como meio de solução de conflitos intersubjetivos, e passa a deixá-lo em plano secundário, passando a enfocar primariamente o aspecto objetivo, qual seja o de “*assegurar o Direito constitucional Objetivo*” (Habërle, 201:33)²³

Surgem novas ferramentas que eliminam a necessidade de julgamentos de massa, reservado, assim, os esforços para as grandes questões constitucionais— que tenham relevância sob os aspectos político, jurídico, social ou econômico - afastando-se do subjetivismo comum nos interesses da causa.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados; o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental; a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário são demonstrações das mudanças verificadas, a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. *Pode-*

21 VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Série IDP São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *O Processo de objetivação do recurso extraordinário*.

23 VIANA, op. cit.

*se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós*²⁴.

4 A JURISPRUDÊNCIA ATUAL NO STF

A convivência do modelo incidental difuso com o sistema de controle abstrato, formado pelas ações diretas e representação interventiva – gerou uma mudança real no sistema de controle constitucional brasileiro. *É a objetivação do modelo de controle incidental.*

Nesta nova fase, um dos precedentes mais importantes é o julgamento do habeas corpus 82959-7/SP²⁵, no qual se discutia a questão da progressão de regime, no caso de réus condenados pelo cometimento de crimes hediondo, consoante a Lei 8072/90. Segue a sua ementa:

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

O art. 2º, par. 1º da Lei nº 8072/90, veda a progressão de regime. O Ministro Relator Marco Aurélio, em seu voto, ressaltou que *“há que se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a ser impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8072/90 e dentre elas não é dado encontrar à progressividade do regime de cumprimento da pena*²⁶”.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1101.

²⁵ HC 82959-7/SP; Ministro Relator Marco Aurélio – TRIBUNAL PLENO – 23/02/2006

²⁶ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, proferido no julgamento do HC 82959-7/SP, Ministro Relator Marco Aurélio – TRIBUNAL PLENO – 23/02/2006P.420

Expressamente o Professor GILMAR MENDES, indaga em seu voto a possibilidade de adoção técnica de declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, em sede de controle difuso, hipótese em análise deste processo e para concluir afirma:

Considerando que reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão do regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do “*Fiat justitia, pereat res publica*”. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico “*overruling*”, e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não – eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 1º da Lei n.8072, de 1990. Faço isso, com efeito, *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei 9868, de 1999, que entendo ser aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão²⁷.

Reafirmando a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos restringidos, apenas *ex nunc*, na *Reclamação nº 4335*, Relatoria Ministro Gilmar Mendes, proposta pela Defensoria Pública da União, em face do descumprimento deste acórdão do Supremo Tribunal Federal, por ato do Juiz de Direito da vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco, que expressamente consignou “*a recente decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do ‘Habeas Corpus’ n. 82.959, a qual declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que vedava a progressão de regime prisional (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90), somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a eficácia do*

27 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes - proferido no julgamento do HC 82959-7/SP, Ministro Relator Marco Aurélio – TRIBUNAL PLENO – 23/02/2006. p. 420

dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, Constituição Federal”.

O julgamento da Reclamação nº 4335, *ainda não foi concluído*, está com pedido de vista do Min. Relator Ricardo Lewandowski. Contudo, o teor de alguns votos, já demonstra a construção divergente da tese da “*dessubjetivação*” do controle incidental.

Informativo nº 454

O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º. 9.2006), em que declarada à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. *O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.* Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º. 2.2007. (Rcl-4335)

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. *Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a*

eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. (Grifo nosso)

E nesse sentido, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, é muito claro, ao ressaltar que a regra do art. 52, X, da CF/8828 sofreu uma mutação constitucional, no sentido de que às decisões proferidas pelo Pleno do STF, em sede de controle difuso, NÃO é imprescindível a resolução do Senado Federal para a concessão de efeito erga omnes.

Informativo nº 463:

O Tribunal retomou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º. 9.2006), em que declarada à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos — *v. Informativo 454. O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei.* Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335) ²⁹

28 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

29 *Continuação Informativo n. 463/STF.* Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no RE 191896/PR (DJU de 29.8.97), em que se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, ainda que na via do controle incidente, *asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subsequentes a 1934 mantiveram.* Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC 16/65, dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou

Em contrapartida, o *Ministro Sepúlveda Pertence* observou que, em face da nova sistemática, não se faz necessário uma mutação constitucional, que exclua o papel do Senado, estabelecido constitucionalmente, principalmente, quando a Emenda Constitucional 45/2004, criou instrumentos eficazes, como a súmula vinculante, que podem exercer a mesma função.

E, essa tendência à objetivação, é verificada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal. À título ilustrativo, trazemos alguns exemplos citados pelo Professor Fredie Didier Jr.³⁰, em sua obra:

1. Aplicação do posicionamento do STF, exarado no RE 251238, em que pese à ausência de prequestionamento - *AI 375011*³¹;

de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante (CF, art. 103-A). Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335)

Por sua vez, o Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como habeas corpus e também o concedeu de ofício. *Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitar o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado.* Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. *Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante.* Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 19.4.2007. (Rcl-4335)

30 DIDIER, Fredie - *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.03. Salvador: Juspodivm, 2007, p.275/279

31 AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal.

2. Modulação dos efeitos na decisão do *RE 197.917SP*³², para, observado o interesse público, assegurar, em caráter de exceção, efeitos *ex nunc* à declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal, em face do dispositivo constitucional art. 29, IV, da CF, que trata da fixação do número de vereadores em cada município;
- 3 no *RE 416827SC*³³ admitiu-se a sustentação oral de *amicus curiae*, figura típica do controle concentrado de constitucionalidade;

2. *Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case.* 3. *O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes.* Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido. (AI 375011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362)

- 32 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.(...). 7. *Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.* 8. *Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.* (RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368)
- 33 EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). 1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994,

- 4 No *RE 298.694*³⁴ admitiu-se a possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário.

Assim, no plano da eficácia, conforme assentado no HC 82959 e nestes outros precedentes, as normas contidas nos artigos 27 da Lei n. 9868 e 11 da Lei 9882, ambas de 1999³⁵, menos que instrumentos

recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei no 9.032/1995. 2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei no 9.032/1995. (...)14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37). 15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. 16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida. 17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.

(RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00042 EMENT VOL-02295-06 PP-01004)

- 34 EMENTA: I. Recurso extraordinário: letra a: *possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido*. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a lícitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova. (RE 298694, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02148-06 PP-01270 RTJ VOL 00192-01 PP-00292)

- 35 *Art. 27.* Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,

procedimentais do controle abstrato, convertem-se em diretrizes interpretativas gerais, conclui o professor Gilmar Mendes³⁶.

5 REPERCUSSÃO GERAL

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe à baila a *repercussão geral* no recurso extraordinário, consolidou a tendência de objetivação de controle difuso de constitucionalidade³⁷. É a aplicação dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo nos Tribunais Superiores.

O Professor Gilmar Mendes, define de forma clara, essa nova sistemática de controle, ao concluir que:

Cabe a esta Corte decidir se determinados temas devem ser trazidos à sua apreciação, definindo se tem ou não repercussão geral. Essa decisão poderá ser tomada em um único recurso. *Uma vez resolvido que há repercussão geral do tema, este ou outro recurso extraordinário sobre a mesma questão constitucional será levado a julgamento, e a decisão que sobrevier será aplicada, nos tribunais e turmas recursais de origem, a todos os processos com recursos extraordinários sobrestados ou que venham a ser interpostos*³⁸. (Grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal deixará de julgar processos (casos *inter partes*) e objetivamente, julgará questões constitucionais, ou seja, temas constitucionais com repercussão econômica; político e jurídica³⁹. *A repercussão geral inaugura no sistema de controle difuso a eficácia erga omnes.*

Esse novo procedimento tem como escopo a redução do volume de processos repetitivos da competência da Corte Constitucional, possibilitando uma análise mais acurada das teses de relevância social. E definindo a relevância exigida ao tema, o legislador, expressamente na Lei 11418/2006, estabelece

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

36 MENDES, Gilmar Ferreira, in *Processo de objetivação do recurso extraordinário*.

37 Art. 102, par. 3º da CF/88, in verbis: § 3º "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

38 Trecho do voto condutor do acórdão recorrido do Ministro Gilmar Mendes proferido no julgamento da Questão de ordem no AI 760358 – SE, pag.1733.

39 VIANA, Ulisses Schchwarz – *Repercussão Geral sob a ótica da Teoria de Sistema de Niklos Luhmann*.- São Paulo – Saraiva/2010- Série IDP. Pág:24.

*que a repercussão geral decorre da existência de questões de cunho econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*⁴⁰.

Nesta nova fase processual, diante de processos múltiplos, os tribunais de origem devem destacar os representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese de matéria constitucional, em relação aos quais será aplicado o procedimento da repercussão geral. Os processos não selecionados deverão ficar sobrestados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em verdade, a concretização de um Poder Judiciário eficiente exige, em princípio, uma mudança de mentalidade dos operadores de direito e da nossa sociedade. Exige-se uma ponderação constante dos princípios constitucionais que resguardam o interesse público e autonomia do direito privado. E nesse contexto, novas alternativas tem sido implementadas pelo poder Judiciário, como leciona Ulysses Viana:

É o fenômeno da objetivação da demanda. ‘O advento da repercussão geral traz consigo um importante aspecto sistêmico – funcional: o de reduzir a carga de produção decisória do Supremo Tribunal Federal.

40 Lei 11.418/06:

Art. 2º A Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.»

A redução numérica dos recursos extraordinários traz, sem dúvidas benefícios ao funcionamento dos programas condicionais do direito, propiciando na dimensão temporal das atividades da organização Judiciária do Supremo Tribunal Federal- condições de utilizar a repercussão geral como forma de observação de segunda ordem, em que o sistema jurídico, no campo de controle difuso de constitucionalidade, poderá observar eventuais riscos que possam ser gerados por suas decisões pelas observações produzidas por seus observadores, por meio de audiências públicas e pela atuação do amicus curiae⁴¹.

Neste novo processo, o interesse subjetivo da demanda cede lugar ao interesse público da pacificação da questão socialmente e juridicamente relevante. Assim, o processo individualmente considerado pode ser substituído. É a objetivação do recurso extraordinário e do próprio sistema, possibilitando a eficácia e segurança na prestação jurisdicional.

Neste ponto, para concluir o trecho do voto – vista da Ministra Ellen Gracie proferido no julgamento da Questão de ordem no AI 760358 – SE, ressaltando a efetividade do sistema americano:

Eu me recordo que – tenho certeza que ainda vou ver algo semelhante acontecer no Brasil – numa certa ocasião, alguém me referiu que foi hospedar-se em Nova Iorque. Quando chegou perguntou qual era o valor da tarifa e foi informado. Uma semana depois ele foi despedir e pagar a conta. O valor cobrado era menor e ele surpreendeu-se. Porque o valor cobrado é menor se a tarifa inicialmente cobrada era essa: Responderam-lhe: porque durante esta semana a Suprema Corte decidiu que determinado tributo incidente sobre a tarifa não era devido. Imediatamente, o país inteiro havia cumprido a decisão da Suprema Corte. *Quer dizer, nós não estamos hoje ainda acostumados a isso, mas se utilizarmos bem os instrumentos extremamente virtuosos que nos foram colocados nas mãos, certamente vamos chegar a este resultado.* Espero que dentro em breve⁴²”.

41 VIANA, Ulisses Schchwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da Teoria de Sistema de Niklos Luhmann*. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 157-158

42 Trecho do voto vista da Ministra Ellen Greice proferido no julgamento da Questão de ordem no AI 760358 – SE, p.1752 e 1753

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Malheiros.
- DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, Emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Renovar 2004.
- DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v 3 Salvador: Juspodivm, 2007.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, São Paulo: Manole; 2004.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Americano*.
- Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes; André Ramos Tavares. São Paulo. Saraiva; 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São PAULO: Saraiva 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O Processo de objetivação do recurso extraordinário*.
- REINHART, Susan M. *Strategies for legal case reading and vocabulary development*. Ann Arbor University of Michigan Press.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. University text book. Black's Law dictionary. 6 ed. S.v.
- VALDES, Roberto Blanco. El valor de La Constitución. Madrid: 1998. op. cit. in Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito constitucional*.
- VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Série IDP. São Paulo: Saraiva 2010.

POR UM JULGAMENTO JUSTO, EM RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E COM A ASSISTÊNCIA DE UM DEFENSOR

*FOR A FAIR TRIAL, RESPECTING THE DUE PROCESS CLAUSE, LEGAL
DEFENSE AND WITH THE ASSISTANCE OF A COUNSEL*

Maria Clarice Maia Mendonça

*Advogada da União. Gostaria de agradecer a ajuda na pesquisa realizada, obtida com
o colega do Ministério da Justiça, Rodrigo Simões Lopes Peixoto*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Precedente Jurisprudencial Gideon V. Wainwright; 2 As Garantias Constitucionais Previstas na Constituição Federal de 1988. Devido Processo Legal. Ampla Defesa. Assistência Judiciária Integral e Gratuita – Defesa Técnica por um Advogado. Razoável Duração do Processo; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: O artigo jurídico tem por objeto um dos temas lecionados no curso *Legal Education Exchange Program - Fundamentals of U.S. Legal Systems*, realizado no mês de julho de 2011, na *Thomas Jefferson School of Law*, em San Diego/Califórnia, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União. Narra-se o precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright*, julgado no Estado da Flórida e levado à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para o fim de ilustrar o sistema judiciário norte-americano. Nos Estados Unidos da América, de regra, em matéria estadual, todas as cortes estaduais estão vinculadas às decisões da suprema corte do respectivo Estado. Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América pode avocar o julgamento de uma questão decidida pela Suprema Corte de um dos Estados da federação norte-americana. O precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright*, julgado no Poder Judiciário do Estado da Flórida, tratou de matéria estadual – designação de defensor para o cidadão desprovido de recursos financeiros, denunciado em processo criminal. Assim, o julgamento deveria ficar a cargo apenas da Suprema Corte do Estado da Flórida. Contudo, por razões implícitas à configuração do modelo norte-americano de encaminhamento dos processos à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a questão foi objeto de julgamento deste Tribunal. Por fim, indicam-se as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988 tratadas no precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright*. Dentre as inúmeras garantias previstas, serão destacadas as concernentes ao devido processo legal, ampla defesa, assistência judiciária integral e gratuita, e razoável duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental Constitucional. Julgamento Justo. Devido Processo Legal. Assistência Técnica. Defensor.

ABSTRACT: The article's purpose is a legal subjects taught at the course "Legal Education Exchange Program - Fundamentals of U.S. Legal Systems", held in July 2011, at Thomas Jefferson School of Law in San Diego / California, in partnership with the School of Attorney General of the Union/Brazil. Reportedly, the precedent *Gideon v. Wainwright*, sued in the State of Florida and taken to the Supreme Court of the United States, for the purpose of illustrating the U.S. judicial system. In the United States of America, as a rule, on the state, all state courts are bound by the decisions of the supreme court of the State. However, the Supreme Court of the United States of America can take over the trial of an issue decided by the Supreme Court of a State of the American federation. The precedent *Gideon v. Wainwright*,

sued in the courts of the State of Florida, addressed the state of matter – the appointment of counsel for citizens lacking financial resources, reported in criminal prosecution. Thus, the trial should be held only by the Supreme Court of Florida. However, as a result of implicit reasons of the configuration of the North American model of the processes of referral to the Supreme Court of the United States of America, the issue was the subject of adjudication of this Court. Finally, is indicated the constitutional guarantees provided in the Brazilian Constitution of 1988 treated at the precedent *Gideon v. Wainwright*. Among the several guarantees provided, will be highlighted regarding the due process of law, legal defense, appointment with a counsel, and reasonable processing time.

KEYWORDS: Constitucional Fundamental Rights. Fair Trial. Due Process. Assistance Of Counsel.

INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico pretende falar de um dos temas lecionados nas aulas ministradas pelo Prof. *Thomas Golden*, titular da disciplina *Introduction to the Legal System of the U.S.*, referente ao sistema judiciário norte-americano. A disciplina foi lecionada no curso *Legal Education Exchange Program - Fundamentals of U.S. Legal Systems*, realizado no mês de julho de 2011, na *Thomas Jefferson School of Law*, em San Diego/Califórnia, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

Nos Estados Unidos da América, a regra é que em matéria estadual, todas as cortes estaduais estão vinculadas às decisões da suprema corte do respectivo Estado. Assim, em matéria estadual, de regra, são as cortes estaduais que decidem, devendo os Estados da federação, portanto, legislar sobre aqueles temas.

Ainda que a regra geral seja a de que em matéria estadual a Suprema Corte Estadual é o órgão do Poder Judiciário competente para decidir, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – *U.S. Supreme Court* – pode chamar para si o julgamento de uma questão decidida pela Suprema Corte de um dos Estados da federação norte-americana.

Para ilustrar o tema objeto deste artigo, o enfoque será na transcrição de um dos casos levados à Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright*, julgado no Poder Judiciário do Estado da Flórida, tratou de matéria estadual – designação de defensor para o cidadão desprovido de

recursos financeiros, denunciado em processo criminal. Assim, o julgamento deveria ficar a cargo apenas da Suprema Corte do Estado da Flórida – Suprema Corte Estadual. Contudo, por razões implícitas à configuração do modelo norte-americano de encaminhamento dos processos à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a questão foi objeto de julgamento deste Tribunal.

Por fim, serão indicadas as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988 tratadas no precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright*. Dentre as inúmeras garantias previstas, serão destacadas as concernentes ao devido processo legal, ampla defesa, assistência judiciária integral e gratuita, e razoável duração do processo.

1 O PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL GIDEON V. WAINWRIGHT.

Para ilustrar a forma como o sistema judiciário norte-americano é delineado nos Estados Unidos da América, apresenta-se um precedente jurisprudencial – *GIDEON v. WAINWRIGHT* – que trata de uma ação penal ajuizada perante o Poder Judiciário do Estado da Flórida, Estados Unidos da América, em face de um cidadão. Denunciado por um crime de menor potencial ofensivo, *Clarence Earl Gideon* solicitou lhe fosse designado um defensor, em razão de ser desprovido de recursos financeiros.

O pedido do denunciado foi negado, sob o fundamento de que a lei do Estado da Flórida somente permite a designação, pela corte, de defensores para réus sem suficientes recursos financeiros e nos casos de crimes graves. Assim, o réu conduziu a sua própria defesa e, sendo leigo, foi condenado a uma pena de prisão de cinco anos.

Deve-se ter em mente que a regra geral nos Estados Unidos da América é a seguinte: “no sistema estadual todas as cortes estão vinculadas às decisões da suprema corte estadual respectiva em matéria estadual¹. [...] Em contrapartida, cortes estaduais não estão obrigadas a seguir as decisões das cortes federais em matérias estaduais”.

Consequentemente, o réu *Gideon* apelou para a Suprema Corte do Estado da Flórida, solicitando uma ordem de habeas corpus, sob o fundamento de que sua condenação violou seus direitos constitucionais. Referida Suprema Corte Estadual denegou o pedido.

Por unanimidade, *the U.S. Supreme Court* considerou que o réu *Gideon* tinha sim o direito de ser representado por um defensor indicado

1 REINHART, Susan M. *Strategies for legal cases reading and vocabulary development*. Tradução da subscritora. Michigan/Estados Unidos da América: University of Michigan Press, 2010. p. 7.

pelo tribunal estadual. Desse modo, contrariamente ao precedente jurisprudencial da citada Suprema Corte dos Estados Unidos da América – decisão proferida em 1942 *Betts v. Brady* 316 U.S. 455, *overruled* – os Ministros da Corte Constitucional norte-americana (*Justices*) decidiram que a garantia prevista na 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 17 de setembro de 1787², é uma garantia inerente ao direito por julgamento justo. Veja-se o que diz a 6ª Emenda:

Emenda VI

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação, de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado. (grifo nosso)

Tal garantia constitucional aponta a necessidade de o acusado, independentemente da natureza do crime supostamente cometido, ser defendido por um advogado. Uma vez não prevista expressa e amplamente – para albergar aqueles que supostamente praticaram crimes de menor gravidade – na lei estadual do Estado da Flórida, deveria, portanto, ser aplicável a todos os estados norte-americanos. Isto porque, como corolário do princípio da ampla defesa, que abrange a defesa técnica, também deve ser observada a cláusula do devido processo, nos termos da 14ª Emenda da Constituição norte-americana³, abaixo reproduzida:

Emenda XIV

1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. *Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.* (grifo nosso)

² Brasil. Constituição. *Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras*. textos, índice temático comparativo Ana Valdez A. N. de Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987., p. 428.

³ Ibid., p. 430.

Nesse contexto, salienta-se o voto do Ministro Black, proferido no precedente em análise, que afirmou tratar-se de uma “verdade óbvia”, tendo em vista que um julgamento justo a um réu desprovido de recursos financeiros somente pode ser garantido por meio da assistência de um defensor. Para finalizar, o Ministro Black, que proferiu o voto condutor, enfatizou que “aqueles que conhecem o sistema judicial norte-americano sabem que advogados em cortes criminais são uma necessidade, não um luxo”⁴.

Seguem abaixo, os resumos das transcrições do precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright*, obtidos nos sítios eletrônicos da *Cornell University Law School* e *The Oyez Project at Chicago-Kent/US Supreme Court Media*, respectivamente.

Syllabus
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES
372 U.S. 335
Gideon v. Wainwright
CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF FLORIDA
No. 155 Argued: January 15, 1963 — Decided: March 18, 1963
Charged in a Florida State Court with a noncapital felony, petitioner appeared without funds and without counsel and asked the Court to appoint counsel for him, but this was denied on the ground that the state law permitted appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only. Petitioner conducted his own defense about as well as could be expected of a layman, but he was convicted and sentenced to imprisonment. Subsequently, he applied to the State Supreme Court for a writ of habeas corpus, on the ground that his conviction violated his rights under the Federal Constitution. The State Supreme Court denied all relief.
Held: <i>The right of an indigent defendant in a criminal trial to have the assistance of counsel is a fundamental right essential to a fair trial, and petitioner's trial and conviction without the assistance of counsel violated the Fourteenth Amendment.</i> Betts v. Brady, 316 U.S. 455, overruled. p. 336-345. (grifo nosso). (Disponível em: < http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0372_0335_ZS.html > Acesso em: 04 de out. de 2011.

4 A tradução das sinopses do precedente jurisprudencial foi feita pela subscritora do presente artigo, sendo, portanto, uma tradução livre. Cumpre salientar que o precedente jurisprudencial está disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/lawscholl>>, ferramenta utilizada pelos alunos durante o Curso de Introdução ao Direito Americano (LEEP – 2011 Legal Education Exchange Program – Fundamentals of U.S. Legal Systems), realizado na Thomas Jefferson School of Law, San Diego/Califórnia, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

Facts of the Case: Gideon was charged in a Florida state court with a felony for breaking and entering. He lacked funds and was unable to hire a lawyer to prepare his defense. When he requested the court to appoint an attorney for him, the court refused, stating that it was only obligated to appoint counsel to indigent defendants in capital cases. Gideon defended himself in the trial; he was convicted by a jury and the court sentenced him to five years in a state prison.
Question: Did the state court's failure to appoint counsel for Gideon violate his right to a fair trial and due process of law as protected by the Sixth and Fourteenth Amendments?
Argument:
Gideon v. Wainwright - Oral Argument, Part 2
Gideon v. Wainwright - Oral Argument, Part 2 - Full Transcript Text
Gideon v. Wainwright - Oral Argument, Part 1
Gideon v. Wainwright - Oral Argument, Part 1 - Full Transcript Text
Conclusion: Decision: 9 votes for Gideon, 0 vote(s) against Legal provision: Right to Counsel
In a unanimous opinion, the Court held that Gideon had a right to be represented by a court-appointed attorney and, in doing so, overruled its 1942 decision of <i>Betts v. Brady</i> . In this case the Court found that the Sixth Amendment's guarantee of counsel was a fundamental right, essential to a fair trial, which should be made applicable to the states through the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Justice Black called it an "obvious truth" that a fair trial for a poor defendant could not be guaranteed without the assistance of counsel. Those familiar with the American system of justice, commented Black, recognized that "lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries." Disponível em: (< http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155 >. Acesso em 04 de outubro de 2011.)

Pela narrativa acima, constata-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu o caso *Gideon v. Wainwright* em desacordo com o precedente jurisprudencial *Betty v. Brady*, 316 U.S. 455, *overruled*⁵. Apontou, ao final, a necessidade de o cidadão desprovido de recursos financeiros ter a garantia fundamental de ser assistido em juízo por um defensor técnico. Referida garantia permitiria ao cidadão a oportunidade de ter um julgamento justo (rápido e público) e em respeito ao devido processo legal, conforme descrito na Constituição

5 Disponível em: (<http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155>. Acesso em 04 de outubro de 2011.

dos Estados Unidos da América, aprovada em 17 de setembro de 1787⁶, Emendas 6^a e 14^a.

Depreende-se, portanto, que a garantia do cidadão em ter acesso à assistência técnica por defensor apontado pela corte é de natureza constitucional. Assim, a questão encaminhada ao Poder Judiciário do Estado da Flórida foi levada à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para o fim de garantir a defesa técnica ao réu desprovido de recursos financeiros.

O encaminhamento de ações judiciais à Suprema Corte Norteamericana é realizado por meio do *writ of certiorari* e está sujeito ao *discretionary method of review*. Veja-se ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins Filho⁷ sobre o referido instituto:

O “*writ of certiorari*” é, basicamente, uma ordem dada por uma Corte superior a uma Corte inferior, no sentido de que lhe remeta um determinado caso, para que seja revisto pela Corte superior. No caso da Suprema Corte, o “*writ of certiorari*” está sujeito ao “*discretionary method of review*”, pelo qual se selecionam os casos que serão realmente julgados.

Semanalmente, os juízes realizam uma *reunião especial e secreta*, denominada “*conference*”, na sala contígua ao gabinete do Presidente da Corte (“*Chief Justice*”), na qual elaboram a “*discuss list*”, dos processos a serem efetivamente apreciados, e a “*dead list*”, dos processos que a Corte não examinará, que são rejeitados sem maiores considerações (deixando sempre claro que a ausência de pronunciamento não pode ser tomada como uma decisão sobre o mérito da causa). Para ser aceito a julgamento, basta que *um dos juízes proponha* determinado caso para revisão e que *mais 3 juízes concordem* com a proposta (“*rule of four*”).

Os critérios para admissão de um recurso para apreciação envolvem fatores não apenas jurídicos, mas também políticos. As regras que norteiam essa escolha, difusamente encontradas em seus pronunciamentos, apontam para a existência de “especiais e importantes razões” para se julgar um

6 Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1962/1962_155>. Acesso em 04 de outubro de 2011. p. 417.

7 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência no recurso de revista*. Projeto de Lei nº 3.267/00. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_20/artigos/IvesGandra_rev20.htm> Acesso em 06 de outubro de 2011.

determinado caso. Algumas dessas razões ou circunstâncias podem ser assim elencadas:

divergência na interpretação da legislação federal entre Cortes Federais de Apelação, entre Cortes Estaduais e entre estas e as Cortes Federais;

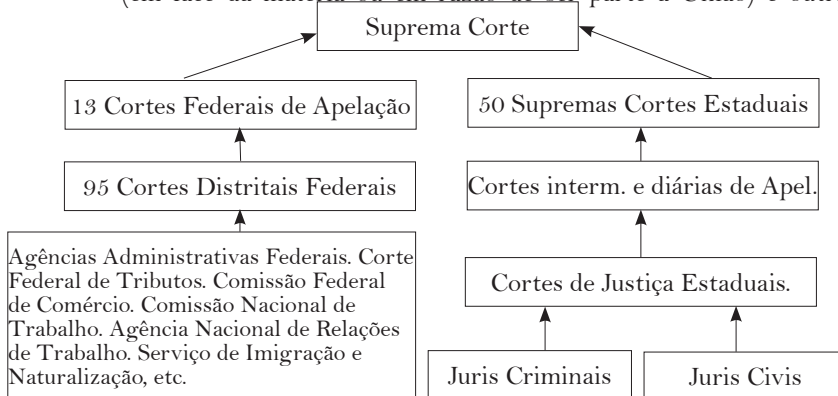
desrespeito notório dos procedimentos judiciais correntes, exigindo a supervisão da Suprema Corte;

repercussão geral, pela sua importância, de uma determinada questão ligada à legislação federal, julgada por uma corte inferior.

Numa petição postulando o “*writ of certiorari*”, o peticionário, além de pagar *custas* no valor de US\$200,00 (e mais US\$100,00 no caso de o recurso ser aceito para julgamento, dispensando-se de custas a petição formulada “*in forma pauperis*”), deverá explicar porque é “*vital*” para o sistema que a questão que o envolve seja decidida, em última instância, pela Suprema Corte. Não basta, pois, demonstrar que a decisão tenha sido errônea, pois a função da Suprema Corte não é a de uma Corte de Justiça comum.

Todas as petições recebidas são colocadas “*on the docket*”, para *triagem*: aquelas que passarem pelo crivo seletivo da Corte serão incluídas em pauta para serem *sustentadas* (“*oral argument*”) e receberem uma *decisão de mérito devidamente fundamentada* (“*assigned opinion*”).

No sistema americano, há, basicamente, uma Jurisdição Federal (em face da matéria ou em razão de ser parte a União) e outra



dos Estados, ambas desembocando na Suprema Corte. A *estrutura judiciária básica* observa o seguinte esquema:

[...]

Comparando as cifras americanas com as brasileiras, verificamos que os *Estados Unidos* têm um nível de demanda judiciária muito mais elevado (maior litigiosidade e maior conscientização dos próprios direitos), mas com reduzido número de processos que chegam às Cortes Superiores, uma vez que há uma generalizada tendência a se *buscar o acordo judicial* que ponha fim ao litígio, em vez de se esperar pela decisão final da autoridade judiciária.

Já no *Brasil*, a mentalidade é a de se *recorrer enquanto houver recurso cabível*, encerrando-se as demandas mais por percalços processuais durante a tramitação da causa do que por efetiva aceitação da decisão judicial pelas partes envolvidas. Daí a necessidade de se adotar algum mecanismo de simplificação do sistema recursal, de caráter seletivo das causas que, efetivamente, recomendem um exame pelas Cortes Superiores. (negrito do autor) (grifo nosso)

Apesar de elencados acima os critérios de encaminhamento dos processos à Suprema Corte norte-americana, constata-se que o *writ of certiorari*, ou seja, a ordem dada pela *U.S. Supreme Court* às cortes inferiores é um método completamente discricionário. Isto porque se baseia em critérios políticos e não expressamente detalhados, tendo em vista que o que permite o julgamento de um caso pela Corte Constitucional norte-americana são apenas “especiais e importantes razões”, conforme citado supra.

No que diz respeito à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, utiliza-se das lições de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁸ para ilustrar a sua configuração. Denota-se o seu caráter político, notadamente nas questões que são levadas à sua apreciação, afastando-se o julgamento de temas “delicados”. Eis os ensinamentos do citado autor:

A Supreme Court é o único tribunal específico e originariamente previsto no texto constitucional norte-americano [...]. O juiz presidente é chamado de chief justice, os demais de associate justices; há nove juízes. A corte reúne-se em Washington a partir da primeira segunda-

8 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 5 a 7.

feira de outubro até o fim de junho e revê decisões dos tribunais de segunda instância, federais e estaduais. *Em relação a estes últimos, porém, a competência da Suprema Corte limita-se a temas de constituição ou de lei federal.* Tal corte também aprecia disputas entre cidadãos de diferentes estados, [...] entre estados e entre cidadão e estado distinto de seu domicílio.

Nos demais casos, a jurisdição da Suprema Corte é discricionária. Os juízes decidem apenas os casos que escolhem, que acreditam importantes para explicitação da constituição. O jurisdicionado interessado requer que seu pedido seja atendido por meio de um *writ of certionari* e torce pelo deferimento. Vigora a *rule of four* (regra dos quatro), isto é, quatro juízes devem manifestar-se favoravelmente à apreciação da matéria. [...]. Interesse nacional, manutenção da ordem, desafio constitucional e nuances políticas, além da carga de trabalho (*workload*), orientam a discricionariedade da Suprema Corte. Daí a tendência contemporânea em julgamentos vinculados a ações afirmativas (*affirmative actions*) e a direitos de homossexuais (*gay rights*)[...], do mesmo modo com nas décadas de 1960 e de 1970 julgavam-se casos de direitos civis (*civil rights*)[...], ou no início do século passado apreciavam-se discussões que aferiam o desenvolvimento do liberalismo econômico.[...]

A aparente calma do tribunal supremo norte-americano encobre ríspidas discussões que incentivam e ornamentam decisões, [...] indisfarçadamente de cunho muitas vezes político, refletindo posições do Executivo [...], em permanente cotejo com as tendências do American way of life [...]. O regime de discricionariedade permite que a Suprema Corte deixe de apreciar temas mais delicados. O levantamento das questões que serão julgadas identifica os limites ideológicos de determinada composição dessa Casa. Direito e política são funções interligadas no modelo norte-americano. (grifo nosso)

Pois bem, retornando ao precedente *Gideon v. Wainwright*, ainda se percebe que em oposição ao precedente jurisprudencial *Betty v. Brady*, constatou-se que em processos criminais, por mais talentoso que seja um réu para fazer a sua defesa, uma vez sendo um homem leigo, a advocacia em causa própria jamais permitirá o acesso a um julgamento justo se desprovida de assistência técnica de um defensor regularmente constituído. Assim, concluiu-se que o caso *Betty v. Brady* não aplicou corretamente a garantia constitucional que estabelece o direito a um

julgamento justo, realizado com a assistência de um advogado indicado pela corte, de modo que foi afastada a sua aplicação no precedente *Gideon v. Wainwright*.

É o que se depreende da leitura dos argumentos do *Mr. Abe Fortas*⁹, encontradas nas transcrições dos votos dos Ministros da Suprema Corte Norte-Americana precedente *Gideon v. Wainwright*, veja-se:

On the side of principle, I respectfully submit from the depths of my heart and my understanding that there can be no two ways about it, that there can be no choice here, that there is no room for doubt, that the rule is the rule that was so eloquently stated and perhaps I'll be forgiven if I say never better stated than it was by Mr. Justice Sutherland in Powell against Alabama, in that eloquent opinion, an opinion which has since been applied only to capital cases and, in my opinion, wrongly confined to capital cases.

As to the capital/noncapital distinction, I think that this Court itself has demonstrated that that distinction is untenable as a constitutional matter, and nowhere has that been better stated than in the court martial cases which we have analyzed, because of their remarkable pertinence here, in Appendix C to our brief.

And I would like to say, to quote again from Mr. Justice Clark's dissenting opinion in the first case -- in the second court martial case he wrote the opinion of the Court -- in the first court martial case Mr. Justice Clark said, for the dissenters, for himself and Mr. Justice Burton, that the dissenting Justices could "find no distinction in the Constitution between capital and other cases."

And that, of course, I believe has always been the case here.

I think that Betts against Brady was wrong when decided.

I think time has illuminated that fact.

But I think that perhaps time has also done a service, because time has prepared the way so that the rule, the correct rule, the civilized rule, the rule of American constitutionalism, the rule of due process, may now be stated by this Court with minimum irritation and disruption in the States.

9 [...]]

O que se quis dizer nessas últimas palavras, é que, independentemente da natureza do crime – “capital ou não capital”/ grave ou não grave – a matéria discutida tem viés constitucional, de modo que não se pode afastar o devido processo legal.

Por fim, ainda se pode constatar que um dos argumentos utilizados pelos Ministros da Suprema Corte Norte-americana foi o seguinte: numa nação civilizada, para se ter acesso a um julgamento justo, faz-se necessário ter, de um lado, a presença de um advogado representando o Estado (que, no caso brasileiro, é o Ministério Público) e, de outro, um defensor regularmente indicado pela corte (no caso brasileiro, os Defensores Públicos nos Estados) para o fim de que cada um deles, nos limites da justiça, honra e decência na defesa do autor e réu, cheguem a uma verdade solucionadora da questão¹⁰.

Na Constituição Federal de 1988, as garantias constitucionais discutidas no precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright* são encontradas no art. 5º, incisos LIV, LV, LXVIII e LXXVIII¹¹, que serão delineadas, em breves linhas, no capítulo seguinte.

2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INTEGRAL E GRATUITA – DEFESA TÉCNICA POR UM ADVOGADO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º uma série de direitos e garantias fundamentais. Dentre elas, destacam-se as seguintes:

¹⁰ [...].

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 de outubro de 2011.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

LV - *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

[...]

LXXIV - *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;*

LXXVIII - *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso)

Em primeiro lugar, aponta-se o devido processo legal (inc. LIV) e a razoável duração do processo (inc. LXXVIII) como garantias fundamentais que devem ser respeitadas em uma ação criminal ajuizada em face de cidadão denunciado por suposto cometimento de qualquer crime. Não se pode permitir que a diferenciação entre crimes não graves e crimes graves seja o elemento que faculta ao tribunal outorgar ou não ao cidadão desprovido de recursos financeiros a garantia fundamental ao devido processo e sua razoável duração.

Em relação às garantias fundamentais de caráter constitucional-processual, vejam-se lições de Gilmar Ferreira Mendes¹²:

A Constituição de 1988 consagra um expressivo elenco de direitos destinados à defesa da posição jurídica perante a Administração ou com relação aos órgãos jurisdicionais em geral, como se pode

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433 e seguintes.

depreender da leitura do disposto no art. 5º, XXXIV; XXXV; e XXXVII a LXXIV; LXVIII, LXXVI e LXXVIII.

[...]

Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais especialmente os direitos fundamentais de caráter processual assumem para a ordem constitucional como um todo.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.

[...]

A EC n. 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na idéia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana.

[...]

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais. (grifo nosso)

Somada à garantia da razoável duração do processo, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, não se pode desprezar, ainda, a garantia da ampla defesa e do contraditório. É de evidente importância para o acusado em processos penais que seja observado o princípio da ampla defesa, de modo que não restem dúvidas sobre a idoneidade dos meios que tal defesa deve ser materializada. Pois bem,

mais uma vez serão utilizadas as lições de Gilmar Ferreira Mendes¹³, conforme abaixo:

No processo penal, o princípio da ampla defesa e do contraditório têm, por razões óbvias, ampliação significativa e analítica. *Entende-se que não só não pode haver condenação sem defesa, como também que, na falta de defensor do réu, defensor dativo deve ser designado para o patrocínio da causa* (art. 263 do CPP) [...]

*O Supremo Tribunal entende que a realização do direito de defesa por parte do advogado, dativo ou não, envolve a apresentação de trabalho idôneo para a finalidade, devendo ser considerada nula a defesa que não arrote os elementos básicos da acusação*¹⁴.

É pacífico, igualmente, que *todo e qualquer ato processual há de ser acompanhado pelo defensor do réu* [...]. Garantia que foi estendida, por força da Súmula Vinculante 14, segundo a qual ‘é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa’. (grifos nossos)

O Supremo Tribunal Federal – STF –, corte constitucional brasileira, ainda editou a súmula 708¹⁵ que diz “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.”

Ainda sobre o princípio da ampla defesa, o STF¹⁶ assim decidiu:

A ausência de intimação do advogado constituído pelo paciente para o oferecimento de contrarrazões ao recurso especial interposto importa violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. (HC 106.833, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-4-2011, Primeira Turma, DJE de 6-5-2011.)

13 MENDES; BRANCO, op. cit., p. 495.

14 Neste sentido, a Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Cf. também o RHC 59.563, Rel. Min. Clóvis Ramalhe, DJ de 16-4-1982, p. 3406; RHC 59.503, Rel. Min. Clóvis Ramalhe, DJ de 12-4-1982, p.3210.

15 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>

16 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>

Nessa mesma esteira, consagra-se que a garantia da assistência judiciária integral e gratuita, (inc. LXXIV), consubstanciada na designação, pelo tribunal, de um defensor técnico para o cidadão, é um dogma que o Estado deve atribuir a qualquer cidadão desprovido de recursos financeiros, independentemente se o crime supostamente cometido por este foi ou não grave. Não se pode discriminar a natureza dos crimes, entre graves e não graves, para o fim de justificar a retirada do cidadão da garantia constitucional de ter acesso a um julgamento justo, assistido por um defensor técnico.

No Brasil, a assistência judiciária integral e gratuita, além da previsão constitucional do art. 5º, inc. LXXIV, está consagrada na Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950¹⁷, que “estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados”. Prescrevem os artigos 1º e 2º da referida norma jurídica:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986)

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Ademais, a Constituição Federal de 1998, em seu art. 134, destaca a atuação das Defensorias Públicas para que cumpram a função jurisdicional de Estado de orientar juridicamente e realizar a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Eis a redação do dispositivo constitucional:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

17 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em: 08 de out. 2010.

Ainda sobre a garantia da assistência judiciária gratuita, uma das principais garantias dos direitos subjetivos, amparadas pelo ordenamento jurídico, veja-se lições de Georges Louis Hage Humbert¹⁸:

Desde o surgimento do Estado, acesso à justiça é historicamente garantido. Este passa ser o gestor da vida em comunidade, tendo como fim precípua a pacificação social. Neste diapasão, supera-se o período da barbárie, onde a Justiça era feita por cada indivíduo e por suas próprias mãos, avocando para si o poder-dever de conceder Justiça, evitando, destarte, que cada um faça por si sua própria justiça.

Diante disto, a nenhum Estado Democrático de Direito é permitido deixar de garanti-lo em todas as suas formas. [...]

O acesso à justiça, afinal, constitui a principal garantia dos direitos subjetivos, em torno do qual gravitam todas as garantias destinadas a promover a efetiva tutela dos direitos fundamentais, amparados pelo ordenamento jurídico.

Daí a amplitude dada ao acesso à justiça na Carta de 1988, sendo a assistência judiciária gratuita, apenas uma de suas formas. [...]

Consoante esclarecem Nelson e Rosa Nery, a assistência jurídica prevista no art. 5º, LXXIV da C.F. é mais ampla do que a assistência judiciária [...], já que consiste na consultoria, auxílio extrajudicial e assistência judiciária. [...]

[...]

Outro não é o entendimento de José Cretella Junior. Sobre a distinção mencionada, esclarece que “denomina-se ‘assistência jurídica’ o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – ao que se encontra em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas e providenciando-lhe defensor, em juízo [...]”.

Desta forma, a assistência jurídica integral e gratuita prevista no mencionado diploma constitucional, compreende a consultoria, o auxílio

18 HUMBERT, Georges Louis Hage. A Constituição, a garantia fundamental ao acesso à Justiça e a assistência judiciária gratuita. Estudo de caso. Jus Navegandi. In: <<http://jus.com.br/revista/texto/9401/a-constituicao-a-garantia-fundamental-ao-acesso-a-justica-e-a-assistencia-judiciaria-gratuita>>. Acesso em: 08 de out. 2011.

extrajudicial e a própria assistência judiciária. Todos serem fornecidos gratuitamente pelo Estado àqueles que necessitem.

Referidas atividades de consultoria e ao auxílio extrajudicial, serão fornecidos pelo Estado através de órgãos públicos e instituições específicos e em geral, que devem orientar e prestar informações sem ônus. Neste contexto, possui sobrelevada relevância a atuação das Defensorias Públicas, Promotorias e Conselhos tutelares. (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal já exarou decisão no sentido de que a defesa técnica por profissional habilitado em processo penal é direito indisponível e irrenunciável. Eis a transcrição da ementa do acórdão proferido no HC 102.019¹⁹:

“A defesa técnica é aquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, constituindo direito indisponível e irrenunciável. A pretensão do paciente de realizar sua própria defesa mostra-se inadmissível, pois se trata de faculdade excepcional, exercida nas hipóteses estritamente previstas na Constituição e nas leis processuais. Ao réu é assegurado o exercício da autodefesa consistente em ser interrogado pelo juízo ou em invocar direito ao silêncio, bem como de poder acompanhar os atos da instrução criminal, além de apresentar ao respectivo advogado a sua versão dos fatos para que este elabore as teses defensivas. Ao acusado, contudo, não é dado apresentar sua própria defesa, quando não possuir capacidade postulatória.” (HC 102.019, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-8-2010, Primeira Turma, DJE de 22-10-2010.)
Vide: RHC 104.723, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 23-11-2010, Primeira Turma, DJE de 22-2-2011; HC 99.330, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, DJE de 23-4-2010; RE 459.131, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, DJE de 12-9-2008.

Nesse contexto, não haveria outra solução a ser dada ao precedente narrado senão a de levá-lo a julgamento pela Corte Constitucional dos Estados Unidos da América. A lei do Estado da Flórida não se coadunava com as garantias constitucionais do devido processo, ampla defesa, assistência judiciária integral e gratuita e razoável duração do processo. Assim, discriminar os crimes entre não graves e graves

19 HUMBERT, op. cit.

não poderia mais ser motivo determinante para afastar do cidadão a garantia de acesso a um julgamento justo, assistido por defensor técnico, devidamente indicado pelo tribunal.

3 CONCLUSÃO

O precedente jurisprudencial *Gideon v. Wainwright* narrado trouxe alguns ensinamentos:

- a. as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, assistência jurídica integral e gratuita, e razoável duração do processo são inerentes a um julgamento justo;
- b. ao cidadão desprovido de recursos financeiros, denunciado pelo cometimento de suposto crime de natureza não grave, deve ser garantido o acesso a um julgamento justo, que, dentre muitos fatores, envolve a designação de um defensor qualificado para realizar sua defesa técnica;

Ademais, constatou-se que, no sistema judiciário norte-americano, a regra é que em matéria estadual, as cortes estaduais estão vinculadas às decisões proferidas pela Suprema Corte do Estado respectivo. Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, por razões discricionárias, pode chamar para si o julgamento de ações judiciais decididas naquela instância estadual.

De modo discricionário, e por intermédio do *writ of certiorari*, a Suprema Corte norte-americana chamou para si o julgamento final do precedente *Gideon v. Wainwright*. Dessa forma, consagrou que as garantias constitucionais inerentes a um julgamento justo não podem ser afastadas por razões apenas inerentes à configuração do sistema judiciário norte-americano.

Conclui-se, portanto, que, uma vez garantido pela Constituição dos Estados Unidos da América e pela Constituição Federal de 1988, o direito a um julgamento justo envolve a designação de um defensor indicado pelo tribunal ao réu desprovido de recursos financeiros, assegurando-se, assim, o devido processo legal, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

Brasil. Constituição. Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras / textos, índice temático comparativo Ana Valderez A. N. de Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, p. 428.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo, Baueri: Manole, 2004.

HUMBERT, Georges Louis Hage. A Constituição, a garantia fundamental ao acesso à Justiça e a assistência judiciária gratuita. Estudo de caso. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9401/a-constituicao-a-garantia-fundamental-ao-acesso-a-justica-e-a-assistencia-judiciaria-gratuita>>. Acesso em: 08 de out. 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O critério de transcendência no recurso de revista. Projeto de Lei nº 3.267/00*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_20/artigos/IvesGandra_rev20.htm> Acesso em 06 de outubro de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

REINHART, Susan M. Strategies for legal cases reading and vocabular development. *Michigan/Estados Unidos da América*: University of Michigan Press, 2010.

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0372_0335_ZS.html> Acesso em: 04 de out. de 2011.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 de outubro de 2011.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm> Acesso em 08 de outubro de 2011.

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>> Acesso em 11 de outubro de 2011.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A EXPERIÊNCIA AMERICANA E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN TAX LAW: THE AMERICAN
EXPERIENCE AND YOUR APPLICABILITY IN BRAZIL*

*Mariana Cruz Montenegro
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema Tributário Americano; 1.1 Common Law e civil Law; 1.2 Modelo de Execução Fiscal Administrativa e Judicial; 2 Meios Alternativos de Solução de Conflitos nos Estados Unidos; 3 Aplicação da ADR em matéria tributária pelo governo americano; 4 Tipos de acordos previstos na legislação tributária americana; 4.1 Transação; 4.2 Parcelamento fiscais 4.3 Mediação e Arbitragem em matéria fiscal; 5 Utilização de alguns meios alternativos de solução de conflitos no Brasil; 6 Ameaças e Oportunidades na utilização da ADR em matéria fiscal; 7 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os meios alternativos de resolução de conflito em matéria tributária. Demonstra por números que o processo de execução fiscal brasileira é ineficiente. Assim, o trabalho apresentado tem por objetivo, à luz da experiência americana, encontrar soluções para o ultrapassado modelo brasileiro de recuperação do crédito público que prejudica, em última análise, toda a sociedade, pois evita a entrada de recursos suficientes nos cofres públicos para o desenvolvimento de políticas públicas. Para isso, traça um paralelo entre as características do sistema tributário americano e brasileiro, buscando explicar as diferenças existentes entre ambos. Depois, identifica os meios alternativos de solução dos conflitos existentes nos Estados Unidos, sobretudo em matéria fiscal. Por fim, analisa a possibilidade da aplicabilidade da experiência americana no direito tributário pátrio diante das ameaças e oportunidades que giram em torno da matéria. Conclui que o Brasil precisa adotar mecanismos de cobranças e recuperação do crédito público mais céleres e flexíveis, com vista a atender o princípio constitucional da eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Meios Alternativos de Composição de litígio. Matéria Tributária. Experiência Americana. Acordos Tributários. Sistema Tributário Brasileiro.

ABSTRACT: This article discusses about the alternative dispute resolution in tax law. Attempts to demonstrate, by numbers, that the brazilian administrative collection procedure is inefficient. Thus, the paper aims to find solutions to overcome the Brazilian model of recovery of public credit that affect, ultimately, the whole society, because they prevent the entry of sufficient resources for the public coffers development of public policy. Examines the similarities and differences between american and brazilian tax system. Next, identify alternative means of conflict existing in the United States, especially in tax matters. Finally, it analyzes the possibility of the applicability of the American experience in tax law paternal face of threats and opportunities that revolve around the issue. It concludes that Brazil must adopt mechanisms collections and recovery of public credit more flexible in order to meet the constitutional principle of efficiency. Palavras chave: Meios Alternativos de Composição de litígio. Matéria Tributária. Experiência Americana. Acordos Tributários. Sistema Tributário Brasileiro.

KEYWORD: Alternative Dispute Resolution. Tax law. American Experiense. Tax Agreement. Brazilian Tax System.

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Instituto de Pesquisa Econômica aplicada – IPEA comprovou, por meio de um estudo sobre o custo médio do processo de execução fiscal, que o modelo processual brasileiro atualmente utilizado para a recuperação de créditos da Fazenda Pública requer sérias mudanças.

A pesquisa demonstrou que o processo de execução fiscal, que representa 34,6% de toda a carga processual da Justiça Federal, dura em média oito anos para sua conclusão no primeiro grau. Somente três quintos dos processos de execução fiscal subsistem à etapa de citação e poucos são os devedores que procuram apresentar defesa. Existem penhora de bens em apenas 15% das execuções fiscais, sendo que desse universo 2,6 % dos processos resultam em leilão judicial de bens e 0,2% geram recursos suficiente para quitar o débito.

Ademais, a probabilidade de o executivo fiscal obter êxito ou fracassar é quase idêntica, uma vez que em 33,9% dos casos a baixa ocorre em virtude do pagamento da dívida e 27,7% das extinções ocorrem por prescrição ou decadência.¹ Somado a esse problema, o custo médio para o processamento da execução fiscal é muito alto. Somente na Justiça Federal de Primeiro Grau, excluído o custo com embargos e recursos, esse valor é de quatro mil trezentos e sessenta e oito reais²

Os números não mentem e reforçam os argumentos desde muito tempo defendidos por vários juristas, qual seja: a execução fiscal não é eficiente e abarrotou o judiciário com processos muitas vezes fadados ao fracasso seja pela não localização do devedor, seja pela prescrição intercorrente em razão da não localização dos bens do devedor.

O modelo que se tem é centrado na atuação do Poder Judiciário, para onde se deslocam as discussões fiscais, produzindo-se impressionante multiplicação de procedimentos e de medidas, com prejuízo para a Administração e para os Administrados, orçados sobremodo nos custos que provocam. Os resultados são pífios [...]. O modelo atual é inadequado e precisa de urgente revisão.³

1 Comunicado IPEA nº 83. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal, 31 de março de 2011.

2 Estima-se que para as execuções fiscais cobradas pela PGFN otimizar-se-ia sobremaneira a carga de trabalho no contencioso da PGFN se o ajuizamento se desse no valor acima de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

3 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Execução Fiscal Administrativa no Direito Tributário Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 11.

É preciso pensar em outros meios eficientes para a cobrança executiva do crédito público, pois no modelo atual o devedor tem somente duas alternativas antes da judicialização: pagar ou parcelar sua dívida. Na maioria dos casos, o devedor prefere encaminhar a discussão para o judiciário, pois conhece as deficiências do sistema e sabe que vai ganhar tempo para se desfazer dos seus bens.

Assim como no Brasil, o custo do processo judicial nos Estados Unidos é muito elevado e somado ao alto grau de litigiosidade, inerente a sociedade americana, exigiram algumas reformas no sistema Judiciário americano.⁴ Todavia, cuida esclarecer que a sobrecarga de processos no judiciário americano está mais ligada às causas de natureza cível⁵, mas especificamente às *punitive damages*, que são indenizações pagas a título de punição do réu, decorrentes do seu comportamento negligente, mal intencionado e imprudente.⁶

O problema nem poderia ser decorrente da matéria fiscal, uma vez que nos Estados Unidos se adota a chamada execução fiscal administrativa, entretanto algumas soluções apresentadas para evitar o excesso de judicialização de conflitos no sistema americano podem ser aplicadas também aplicadas no âmbito fiscal brasileiro, a exemplo da *Alternative Dispute Resolution - ADR*.

O presente trabalho pretende, à luz da experiência americana, encontrar soluções para o ultrapassado modelo brasileiro de recuperação do crédito público que prejudica, em última análise, toda a sociedade, pois evitam a entrada de recursos suficientes nos cofres públicos para o desenvolvimento de políticas públicas.

Adiante traçaremos um estudo comparado entre o sistema tributário brasileiro e o americano, de modo a primeiro compreender as diferenças existentes entre os dois modelos, para depois sugerir não simplesmente a adoção de novos institutos, mas sim a adaptação dos mesmos ao direito pátrio, buscando a efetividade na cobrança e na recuperação do crédito público.

4 Em 1991, o Conselho de Competitividade do Presidente, liderado pelo então Vice-Presidente, noticiou que os EUA tinham se tornado “uma sociedade litigiosa”, na qual “o litígio cobra necessariamente um pedágio terrível da economia americana”. O relatório então apresentado citou a estimativa de que “o advogado médio toma US\$ 1 milhão por ano da produção de bens e serviços do país”. Cf. ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil Justice Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Hardback, 1999. p. 13; p. 20.

5 De acordo com um artigo na página da *Citizens for a Sound Economy*, todos os anos mais de 15 milhões de demandas cíveis são processadas só na Justiça estadual, a um custo superior a R\$3,85 bilhões.

6 Em um esforço para frear a crescente indústria das indenizações, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão proferida em 2003, limitou o valor da reparação que alguém pode pedir a título de danos punitivos.

Guido Fernandes Silva Soares traduziu bem os percalços do comparativismo jurídico e ensinou⁷:

Deve ficar esclarecido que, no Direito Comparado, o que se tem em mira é conhecer termos em comparação, na dupla tarefa de: 1º) conhecer cada termo, isoladamente, na sua individualidade e especificidade; 2º) neles distinguir elementos de presença comum e, a partir do descobrimento de valores comuns, realizar a comparação.

1 SISTEMA TRIBUTÁRIO AMERICANO

Dentre os tributos federais, estaduais e municipais existentes nos Estados Unidos, o imposto de renda assume destaque relevante na história da tributação americana. A sua criação foi resistida desde o século XIX, pois a população norte-americana, capitalista e de fundo calvinista, entendia que esse tipo de tributo traduzia uma penalização do trabalho.

Com o advento da emenda constitucional 16, oriunda de uma reforma tributária, o Congresso Nacional Americano foi autorizado a fazer lei com o objetivo de lançar e cobrar impostos sobre rendas de qualquer origem, sem rateio entre os diversos Estados da federação e sem levar em conta qualquer recenseamento ou enumeração⁸.

A segunda fonte do direito tributário americano é o Código de Imposto de Renda Americano, doravante *Internal Revenue Code - IRC*⁹, estando abaixo apenas da Constituição Federal. Por essa razão, esse instrumento normativo foi utilizado exaustivamente, no presente

7 SOARES, Guido Fernando Silva Soares. *Common Law*: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21

8 "The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration." The 16th Amendment to the Constitution of the United States of America

9 The Internal Revenue Code The first income tax was enacted in 1916. Various annual revenue acts added new laws to the first income tax law. In addition, Congress passed other acts levying other taxes, including acts setting a tax on estates and gifts. These various acts were codified in 1939 into the Internal Revenue Code ("IRC"). The IRC of 1939 was amended annually and was recodified in 1954 as the Internal Revenue Code of 1954. This Code, too, was amended and revised annually. In 1986 Congress recodified the tax levied at the federal level. The current code, which continues to be revised and amended annually, is now about two thousand pages long. The IRC is codified in Title 26 of the United States Code .BURNHAM, Willian. Introduction to the law and Legal System of the United States. St. Paul, Minn: West Group, 2002. p. 625.

trabalho, como base para a análise comparativa entre o sistema tributário americano e o sistema tributário brasileiro.

Nesse capítulo traçaremos algumas diferenças entre os dois sistemas tributários, desde as diferenças entre a família do direito que estão inseridos, ou seja, *Civil Law e Comum Law*, bem como os modelos de execução fiscal adotado por ambos os países.

1.1 COMMON LAW E CIVIL LAW

Primeiramente, faz-se necessário tecermos algumas considerações sobre as diferenças entre o *Civil Law* e o *Common Law*, famílias do direito adotados no Brasil e nos Estados Unidos respectivamente.

O *Common Law* tem origem anglo-saxônica e baseia-se nos costumes e usos. É mais conhecido como direito não escrito, uma vez que a sua análise é feita de forma casuística, ou seja, parte do caso concreto para solucionar as controvérsias presentes e futuras, por meio dos precedentes proferidos pelo Poder Judiciário. Todavia, nos Estados Unidos também aplica-se o direito codificado, chamado de *Statute Law*.

Diferente dos americanos, o Brasil sofreu influência romana-germânica e adotou a família da *civil law*. Esse sistema é pautado basicamente por leis escritas e códigos. Diante do caso concreto, deve-se aplicar a lei que mais se adequa, ou seja, parte-se primeiro das construções teóricas para só então estabelecer princípios. Os costumes têm aplicação secundária como forma de complementação quando não há leis tratando sobre determinado assunto.

Atualmente, existe uma aproximação entre o direito americano e o direito brasileiro, pois seus conceitos estão sofrendo influências um do outro. O direito americano tem uma tendência a adotar a legislação para conferir maior certeza e segurança nas relações jurídicas, vide o crescimento das leis nos Estados Unidos. Por outro lado, no direito brasileiro, o advento da reforma do judiciário instituiu as chamadas súmulas vinculantes muito semelhantes as *stare decisis* americana, uma vez que os tribunais inferiores estão obrigados a seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Entender a origem do direito pátrio, explica um pouco a razão do excesso de formalismo existente nos processos de cobrança fiscais brasileiro. Todavia, esse indicador isoladamente não se justifica, pois outros países que sofreram influência romana-germânica, como Portugal e Espanha, possuem modelos mais flexíveis de recuperação do crédito público.

1.2 MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

O sistema tributário americano tem uma grande diferença em relação ao sistema tributário brasileiro, pois permite o agente fiscal utilizar tanto a cobrança administrativa (*administrative collection procedure*), como a cobrança judicial (*foreclosure action*), garantido maior eficiência no exercício das suas atividades.

Se por um lado a agência fiscal americana, denominada *Internal Revenue Service – IRS*, ou simplesmente *The Service*, tem muita força coercitiva para constrição administrativa, podendo penhorar de ofício até mesmo salário sem a intervenção do judiciário¹⁰, a sociedade colabora entendendo que pagar tributário é um verdadeiro exercício de cidadania (*Voluntary Compliance*). Segundo o ilustre Arnaldo Godoy¹¹:

A ideologia do direito tributário norte-americano centra-se na figura do voluntary compliance, por meio da qual espera-se que cada pessoa informe com diligência e transparência todos os ganhos e deduções que possa identificar, pagando o montante devido, em nome do bem comum. O contribuinte é responsável para informar ao fisco com clareza e honestidade os valores que deve (self-assessment). A prisão de Al Capone ilustra eloquentemente a sanha do fisco norte-americano em desfavor do sonegador de impostos.

Nos Estados Unidos utiliza-se essencialmente a execução fiscal administrativa como meio de recuperação do crédito público justamente para se evitar a judicialização de litígios a qualquer custo. A relutância do governo norte-americano em usar processo judicial como mecanismo de execução fiscal reflete os custos e o tempo gastos em discussão judiciária. Percebe-se claramente nesse modelo a tradução do pensamento pragmático americano.

No Brasil, não é possível a expropriação de bens pela via administrativa. Assim, restada infrutífera a cobrança amigável, deve-se necessariamente recorrer ao poder judiciário, o que gera uma sobrecarga de execuções fiscais com poucas chances de êxito em razão da demora no seu processamento, não localização de bens e até mesmo do próprio devedor, vide os resultados da pesquisa do IPEA supramencionados.

10 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Execução Fiscal*. Brasília: ESAF, 1984. p.25 e ss.

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Tributário Comparado e Tratados Internacionais Fiscais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p.71

O Projeto de Lei nº 5080/09, em tramitação no Congresso Nacional, propõe uma alteração nessa realidade na medida em que transfere parte dos procedimentos atualmente exercidos pelo Poder Judiciário para a esfera administrativa. O objeto do legislador é de desafogar o Poder Judiciário, atribuindo o exercício de medidas executivas ao Poder Executivo, conferindo maior agilidade à cobrança e efetividade à recuperação do crédito público. Ressalta-se que o referido Projeto de Lei resguarda o direito do contribuinte de se insurgir contra as medidas do fisco, podendo propor as ações que entender convenientes.

Todavia, mesmo essa proposta híbrida de execução fiscal administrativa desde o seu nascedouro sofreu severas críticas em razão das mudanças que possivelmente provocarão no cenário processual e tributário brasileiro. Esse temor demonstra claramente que a população brasileira, sobretudo os operadores do direito, precisa passar por uma mudança cultural para enxergar os institutos jurídicos de forma mais pragmática, com mais foco nos resultados e menos nas normas.

Cuida esclarecer que não se fará um estudo mais profundo do modelo ideal de execução fiscal. A idéia é indicar instrumentos utilizados no direito americano que possam contribuir para a recuperação mais efetiva do crédito público, com auxílio inclusive do próprio devedor, que, diante da sua realidade financeira, pode propor soluções e meios para a resolução do seu problema, mesmo que isso signifique não pagar a integralidade do crédito, mas pelo menos parte dele.

Dessa forma, o próximo tópico tratará dos meios alternativos de solução dos conflitos, conhecido nos Estados Unidos como *Alternative Dispute Resolution - ADR*, bem como apresentará a experiência americana na solução de conflito em matéria fiscal.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS

A Resolução Alternativa de Litígios é um tópico de discussão em quase todos os periódicos jurídicos e revistas de direito americano, bem como é uma disciplina obrigatória na maioria das faculdades de direito nos Estados Unidos, em razão dos resultados eficientes, traduzidos na redução de despesas e de tempo dos litígios.

Os meios alternativos de resolução de conflito, conhecidos como *Alternative Dispute Resolution - ADR*, são instrumentos de política pública adotados pelo governo americano, com o objetivo de evitar a

sobrecarga de ações no Poder judiciário, podendo ser referência para o governo brasileiro resolver o problema do excesso de ajuizamento de execuções fiscais.

Trata-se de mecanismos para a solução de conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário, que proporcionam inúmeros benefícios para as partes, quais sejam: mais rapidez na resolução da disputa; menos dispêndio de dinheiro; mais participação das partes envolvidas; maior flexibilidade na negociação; redução de estresse; maior satisfação dos interessados¹².

Engloba uma variedade de métodos a partir do qual as partes litigantes poderão optar. Os tipos mais comuns são: a mediação (*mediate*), a arbitragem (*Arbitration*), avaliação do caso (*case evaluation*), conciliação (*conciliation*).

Na mediação, um terceiro, por meio de sugestões não vinculativas, auxilia as partes envolvidas a encontrar uma solução para as suas controvérsias. O mediador não decide como as disputas serão resolvidas, apenas oferece sugestões e encoraja as partes a autocomposição. A mediação é útil quando há um ambiente polarizado nas disputas em que as partes, não foram capazes de iniciar um diálogo produtivo, ou quando as mesmas chegaram a um impasse aparentemente insuperável.

Uma das técnicas de *ADR* mais difundidas internacionalmente é a arbitragem. Envolve a apresentação de uma disputa para um indivíduo imparcial ou neutro que resolve o conflito por meio de uma decisão vinculativa, através da heterocomposição. Este árbitro é selecionado diretamente pelas partes ou designado por uma agência de arbitragem. Segundo este método, a decisão do terceiro, não é uma simples recomendação, geralmente tem força de lei, mas sem estabelecer um precedente legal.

Na Califórnia, existem dois tipos de arbitragem. Arbitragem privada oriunda de acordo entre partes envolvidas na disputa, que ocorre fora dos tribunais e, normalmente, é vinculante. Assim, a decisão do árbitro é definitiva e não caberá interposição de recurso no judiciário. A arbitragem judicial é aquela que trata de um caso referido pelos tribunais. Nesse caso, a decisão não é vinculante, a menos que as partes concordem. A parte insatisfeita com a decisão pode apresentar recurso no judiciário num prazo determinado.

12 Vantagens apresentadas pelo professor Scoott Macewen, no curso de verão sobre *Fundamentals of the Us Law*, na Thomas Jefferson School of law, em julho de 2011.

Observa-se que nos Estados Unidos ainda existe outra técnica, muito parecida com a mediação chamada de Avaliação do Caso (*Case Evaluation ou Early neutral evaluation*), um terceiro imparcial fornece uma avaliação não vinculativa, às vezes, por escrito, mostrando as partes de um litígio uma perspectiva objetiva sobre os pontos fortes e fracos de seus casos. É apropriado quando o litígio envolve questões técnicas ou de fato que se prestam a uma avaliação por peritos. Esse método é usado vários tribunais de todo o país, incluindo Tribunais Distrital dos EUA. É geralmente é utilizada no início da disputa e economiza tempo e dinheiro das partes.

Existem outros tipos de ADR além desses elencados, como a facilitação (*facilitation*), nesse caso o terceiro, normalmente não se torna tão envolvido nas questões substantivas como faz um mediador, pois se concentra em fornecer instrução processual para as partes ensinando como o grupo deve fechar o acordo. O facilitador pode ser o membro de uma das partes na controvérsia ou pode ser um consultor externo.¹³

3 APLICAÇÃO DA ADR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA PELO GOVERNO AMERICANO

Em razão das inúmeras vantagens advindas da utilização da ADR, o governo federal americano vem tentando encontrar um meio menos oneroso e mais eficiente para a resolução de litígios com os contribuintes.

No início da década de noventa, houve a grande expansão dos meios alternativos de resolução de conflito nos Estados Unidos com o forte apoio do governo federal e dos estados federados. A aplicação da ADR cresceu em praticamente todos os setores da sociedade americana.

Em 1990, o Congresso Nacional americano publicou dois estatutos que promoveu a expansão da ADR no governo federal. O primeiro, chamado de *The Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)*

13 "ADR is not one single form or process of dispute resolution, but rather a concept that embraces and offers a variety of methods from which disputing parties may choose. There is a great variety of methods from which disputing parties may choose. There is a great variety of ADR techniques: negotiation, conciliation, facilitation, mediation, fact-finding, mini-trials, arbitration, and use of ombuds, or any combination". Outros tipos de ADR podem ser vistos artigo chamado "Uso de meios alternativos para solução de conflitos: a experiência norte-americana". Trata-se do trabalho apresentado pelo o advogado da União, Wilson Fontes Ribeiro, ao término do curso "Theory and Operation of a Modern National Economy: A Sixteen-Week Study Program", na George Washington University (Minerva Program), no início de 2005.

dava às agências federais autoridade para usar esses meios alternativos para resolver grande parte dos litígios administrativos, com a inserção das exigências da *ADR* em todos os seus contratos de bens e serviços. O segundo, denominado *Negotiated Rulemaking Act* (NRA), determinava que as agências reguladoras deveriam usar a negociação no âmbito administrativo.

Ao mesmo tempo, o Congresso aprovou o ato que previa a reforma no sistema judicial americano *The Civil Justice Reform Act*, exigindo que todos os tribunais distritais federais desenvolvessem planos para a implementação de procedimentos de *ADR* no âmbito de suas atribuições para combater custos e prazos em contencioso civil.

Cabe informar que a utilização da *ADR* ganhou força no governo federal americano depois que o presidente Clinton emitiu um memorando presidencial, no ano de 1998, declarando:

Como parte de um esforço para tornar o funcionamento do Governo Federal mais eficiente e eficaz, e para incentivar a resolução consensual de litígio nas questões controvertidas envolvendo os Estados Unidos, incluindo a prevenção de disputas, eu determino que cada agência federal deve tomar medidas para promover uma maior utilização da mediação, da arbitragem, da avaliação neutra antecipada, das ouvidorias agência, e outras técnicas de resolução de conflitos.(tradução livre)

Em observância a determinação acima, através da reforma na legislação fiscal federal americana (*Reform Act de 1998*), também conhecida como *Bill of Right* do Contribuinte, foram introduzidas numerosas alterações ao *Internal Revenue Code*, dentre elas a previsão de utilização dos meios alternativos de resolução alternativa de litígios.

Dessa forma, em busca da eficiência e da celeridade, o IRS tem implementado uma série de técnicas alternativas para resolução de conflito de processos de disputa, como mediação (*Agreement to mediate*), arbitragem (*Arbitration Agreement*), e em vários acordos, a exemplo do parcelamento (*installment Agreement Request*).

Tratam-se de formas factíveis de evitar a litigância fiscal no âmbito do poder judiciário. Segundo o Dr. Arnaldo Godoy, após a utilização desses métodos, “verifica-se estatisticamente que o volume de execuções fiscais, administrativas ou judiciais tem diminuído muito nos últimos anos”.¹⁴

14 GODOY. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. p. 122.

4 TIPOS DE ACORDOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA AMERICANA

4.1 TRANSAÇÃO

A transação é conhecida como *settlement of tax dispute*. Está regulamentada ao longo do *Internal Revenue Code – IRS*, especialmente nos §§ 7121 e 7122 do capítulo 74 e o § 7430 do capítulo 76.

Os citados dispositivos, de um modo geral, tratam dos procedimentos necessários para o fechamento do acordo entre fisco e contribuinte (*closing agreement*), traçam as características do acordo e a atuação da autoridade responsável (*commissioner of the internal revenue service*).

O IRS também prever a chamada proposta qualificada de transação (*qualified offer*), definida como a proposta feita pelo contribuinte que produz efeitos imediatos antes da análise do agente fiscal, mesmo que depois de um determinado prazo seja rejeitada. É instrumento que facilita a realização da transação na medida em que obstaculariza que o fisco rejeite a proposta, nas circunstâncias que elenca.

A transação é um ato discricionário da autoridade fiscal americana que leva em consideração as características específicas e fáticas do contribuinte. Em regra, o acordo pode ser firmado quando o contribuinte apresenta boas razões para a celebração, fornece documentos necessários para subsidiar seu pedido e não há desvantagens para o fisco.

Uma vez firmado o acordo de transação (*agreed case*) será definitivo e conclusivo. As partes obrigam-se ao pactuado, o acordo não pode ser modificado, exceto na hipótese de fraude, e submete-se a controle periódico por parte dos agentes fiscais norte-americanos.

Exemplificando, no caso *Kretchmar v. United States* julgado pela United States Claims Court em 1985 tem-se exemplo ilustrativo dos efeitos da transação em âmbito de direito tributário nos Estados Unidos da América. Os autores Franke Bertha Kretchmar requereram restituição referente a recolhimento de imposto de renda, juros e penalidade, orçados U\$ 19,006.05, U\$27,404,64 e U\$24,250,02, referentes aos exercícios de 1976, 1977 e 1978, respectivamente. A ré, representada pelo IRS, alegou que a matéria fora objeto de transação, e que os autores haviam preenchido e encaminhado para o fisco norte-americano o formulário 870-D. Invocou-se a doutrina da Equitable Estoppel, que em versão roufenha para a nossa língua significaria algo próximo a doutrina da preclusão equitativa. Isto

é, a adesão à matéria transacionada suscita no aderente a renúncia a eventuais direitos de insurgência, em face do acordado. A corte aceitou a tese defendida pelo IRS, determinando que o acordo fosse mantido, em homenagem ao princípio da estabilidade contratual que este deve suscitar.¹⁵

Em que pese os acordos de transação possam ser realizados no âmbito judicial ou administrativo, a maior parte deles ocorre na Divisão de Apelação (*Appeals Division*), cuja sede está localizada em Washington. “Esta tem por missão resolver controvérsias com contribuintes, administrativamente, em regime de imparcialidade, em comprometimento com a confiança pública na integridade e eficiência da agência do imposto de renda.”¹⁶

A transação pode ocorrer a qualquer momento antes do julgamento definitivo do litígio, todavia, se a transação é resolvida ao longo de uma discussão administrativa ou judicial (*post-docketing settlements*), o magistrado pode vincular à parte a proposta por ele fixada. Assim, a proposta decorre de um arbitramento do juiz, pois mesmo que uma das partes não concorde com os termos do acordo, o magistrado pode concedê-lo unilateralmente.

Existem vários tipos de procedimentos formais que conduzem à transação antes do julgamento definitivo da lide que podem culminar em parcelamento da dívida, explicitado melhor no próximo item.

4.2 PARCELAMENTO FISCAIS

O plano de parcelamento mensal é geralmente a maneira mais fácil de estabelecer um acordo para pagar os impostos devidos ao fisco americano, no caso do contribuinte não ser financeiramente capaz de pagar sua dívida fiscal.

O contribuinte pode parcelar o débito com o fisco, utilizando o formulário 9465, que está disponível no sítio do IRS¹⁷. Ressalta-se que a própria Receita Federal Americana recomenda ao contribuinte que, antes de solicitar um acordo de parcelamento, considere alternativas

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação e arbitragem no direito norte-americano*. In: SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes Filho; GUIMARAES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 420.

16 *Ibid.*, p. 425.

17 Disponível em: <<http://www.irs.gov/>>

menos dispendiosas, como o empréstimo bancário, uma vez que é cobrada uma taxa para a formalização do acordo.

Tão logo seja formalizado o parcelamento, os pagamentos das prestações podem ser feitos por cheque, ordem de pagamento, cartão de crédito, levantamentos automáticos de conta corrente, dentre outros, todavia, a taxa aplicada varia de acordo com o meio escolhido. Nesse caso, a Receita Federal irá aceitar ou rejeitar a solicitação do acordo de parcelamento geralmente dentro de um período de trinta dias.

É importante saber que existem vários tipos de acordos de parcelamento oferecidos pela Receita Federal que devem ser escolhidos de acordo com o orçamento e as restrições financeiras do devedor. Alguns acordos são mais fáceis de obter, basta que o devedor atenda aos requisitos objetivos fixados pela Receita Federal e preencha alguns formulários disponíveis no sítio do IRS.

É a hipótese do acordo de Parcelamento Garantido (*Guaranteed Installment Agreement*), pois a Receita Federal é obrigada a concordar com um plano de parcelamento do contribuinte se o saldo devedor não exceder a dez mil dólares, incluindo multa e juros, e o valor dos pagamentos mensais quitem a sua dívida dentro de três anos. Ressalta-se que o contribuinte também deve atender a todos os seguintes critérios: durante os últimos cinco anos fiscais, deve ter cumprido todas as obrigações devidas com o fisco e não pode ser reincidente em outro pedido de parcelamento; garantir a observância de todas as leis fiscais, enquanto o acordo está em vigor.

Também no acordo de parcelamento simplificado (*Streamlined Installment Agreement*) a Receita Federal poderá aprovar automaticamente o plano de prestação mensal se o saldo devedor for de vinte e cinco mil dólares ou menos, incluindo multa e juros. O contribuinte deve concordar em pagar o saldo devedor em até sessenta meses ou menos e cumprir todas as obrigações com o fisco, enquanto o acordo estiver em vigor.

Se o orçamento do contribuinte não satisfizer os critérios exigidos para os parcelamentos garantido ou simplificado, o devedor deverá negociar o contrato de parcelamento diretamente com um agente de IRS.

Nesse caso, a aprovação do chamado Acordo de Parcelamento Financeiramente Verificado (*Financially Verified Installment Agreement*) dependerá da discricionariedade do agente do imposto de renda em atender, à medida que cai fora das diretrizes do IRS para a aprovação automática do acordo. A Receita Federal exige o preenchimento de uma ficha financeira (Formulário 433-F) para que o fisco possa analisar o rendimento médio do devedor e o seu custo de vida.

Se o valor do débito for maior que cem mil dólares, é provável que a Receita Federal solicite que o contribuinte venda qualquer ativo ou tome um empréstimo bancário para satisfazer algumas das suas dívidas antes de oferecer-lhe este tipo de acordo.

Por fim, se o contribuinte estiver realmente incapaz de pagar seus tributos, deve ser considerada a hipótese do acordo de parcelamento parcial da dívida (*partial payment Installment Agreement*). Este é um tipo de plano de pagamento em que as prestações mensais são baseadas no que o contribuinte realmente pode pagar, depois de tomar em consideração o custo de vida essencial do mesmo. É possível que se pague menos do que é devido, ocorrendo uma espécie de remissão de parte da dívida. Ao contrário de outros tipos de acordos de parcelamento, a Receita Federal rotineiramente re-avalia os termos de acordos de parcelamento parcial a cada dois anos para ver se o contribuinte pode ser capaz de pagar mais.

O descumprimento das condições do parcelamento terá consequências devastadoras para o devedor, pois o fisco sairá a sua procura (*field investigation*), exigirá o pronto pagamento de todos os valores devidos, além de aplicar outras penalidades.

4.3 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM MATÉRIA FISCAL

A arbitragem e a mediação são mecanismos utilizados para a resolução de conflitos também em matéria tributária federal nos Estados Unidos. As regras gerais sobre esses institutos estão dispostas no *Administrative Dispute Resolution Act*.

Por outro lado, a regulamentação específica está prevista no §7123 do Capítulo 74 do IRC, sistematizada nos seus anexos por meio do modelo de acordo de mediação (*Agreement to mediate*) e do modelo de acordo de arbitragem (*model arbitration agreement*).

Há previsão de dois procedimentos de arbitramento. O primeiro deles não é vinculante, denomina-se de mediação (*mediation*); o segundo vincula as partes (*arbitration*). A mediação (*non-binding mediation*) é a tentativa de resolução de questão aberta em recursos administrativos (*appeals procedures*), bem como também tem por objetivo ajustar adequadamente questão não acordada no procedimento prévio de transação.¹⁸

18 GODOY. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. p.437.

A mediação auxiliará o contribuinte e o fisco a encontrar uma solução para a controvérsia, aberta em sede de recurso administrativo. Para atingir esse objetivo, o mediador irá funcionar como um facilitador e ajudará a definir as questões, e promover negociações de acordo entre as partes. Entretanto, não significa que o mediador vai dar aconselhamento jurídico aos participantes.

Cuida informar que no âmbito tributário o processo de mediação é opcional. O mediador será escolhido pelas partes e pode ser ou não um funcionário do IRS.

Até duas semanas antes da audiência de mediação, cada parte apresentará à outra e ao mediador uma lista com os nomes e os dados das pessoas que irão participar da sessão de mediação (testemunhas, consultores, advogados), incluindo a designação de pelo menos uma pessoa com a autoridade para tomar decisão.

As partes podem desistir da mediação a qualquer momento e por qualquer motivo antes da tomada de decisão, por meio da notificação escrita para a outra parte e para o mediador. Os participantes concordam em agir de “boa fé” na mediação e trabalhar em direção a um acordo satisfatório. “A boa-fé” significa um dever positivo para ouvir às preocupações e sugestões dos participantes e comunicar honestamente e com integridade.

As partes devem observar a “cláusula de confidencialidade das comunicações”. Tudo que é produzido no curso da mediação não podem ser divulgado e nem ser utilizado em qualquer processo futuro. A violação desta cláusula exigirá do infrator o pagamento de custas razoáveis, despesas e encargos adicionais, incluindo honorários advocatícios, referentes à violação. Será considerada inadmissível se for utilizada em processo administrativo posterior

Arbitragem é outra opção disponível do IRS, e pode ser solicitada para solucionar questões de fato, que já estão em grau de recurso em processo administrativo, ou após tentativas frustradas de fechamento de acordo sob as regras do §7121 do *Internal Revenue Code*.

Arbitragem não pode ser utilizada para casos que envolvem questões jurídicas, questões que estão sendo discutidas em qualquer tribunal judicial e naquelas que o contribuinte não agiu de boa fé, durante as negociações de resolução, dentre outras limitações.

A arbitragem é opcional e pode ser requerida pelo o contribuinte ou pelo fisco, após consultar a outra parte. Deve constar do acordo de arbitragem a identificação do árbitro, a remuneração do árbitro, a forma como as partes irão dividir o custo, bem como a proibição de comunicação da parte com o árbitro.

A designação do árbitro é realizada a partir de uma lista de pessoas elegíveis qualificadas pelo IRS. Dentro de quinze dias, o contribuinte deve escolher três nomes da lista encaminhada pelo IRS e classificá-los em ordem de preferência.

A decisão do árbitro será vinculativa sobre as questões que impediam o contribuinte e o fisco de chegar a um acordo. Assim como a mediação, o processo é confidencial e não pode ser divulgado por qualquer das partes, participantes ou árbitro.

Embora a arbitragem seja um processo mais formal do que as outras formas de técnicas de resolução alternativa de litígios, tem vantagens sobre o litígio, pois fornece um conjunto de regras de evidências, dentro de um processo de contraditório descontraído, que pode ser benéfico para os contribuintes, sobretudo aqueles que não possuem representação legal.

Analisaremos no próximo tópico a possibilidade de adaptação da experiência americana na resolução de conflito em matéria fiscal no Brasil, diante das ameaças e oportunidades que o atual sistema tributário brasileiro oferece.

5 UTILIZAÇÃO DE ALGUNS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

O Brasil também adota algumas técnicas alternativas de resolução de conflitos que podem ocorrer dentro ou fora do processo jurisdicional. É o caso da conciliação prevista em vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, exemplificados abaixo¹⁹:

- a) a estrutura do procedimento trabalhista, pautado na tentativa de conciliação;
- b) o atual inc. IV do art. 125, CPC, que determina ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo;
- c) os Juizados Especiais, também estruturados para a obtenção da solução autocomposta;
- d) a possibilidade de transação penal;
- e) a inclusão de uma audiência preliminar de tentativa de conciliação no procedimento ordinário(art. 331 do CPC), sendo possível, ainda, a inclusão no acordo judicial de matéria estranha ao objeto litigioso (art. 475-N,III,CPC);
- f) a possibilidade de homologação do acordo extrajudicial, transformando-o em título executivo judicial (art. 475-IV,CPC, e art. 57, Lei Federal n. 9.099/1995)

19 DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. *Teoria Geral do Processo de conhecimento*.9. ed. vol I. Salvador: Jus Podivum, 2008. p. 75-76.

A própria arbitragem no Brasil é regulamentada pela Lei Federal nº 9.307/96. O instituto pode ser constituído por meio da convenção de arbitragem que compreende tanto a cláusula compromissória, bem como o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a convenção firmada previamente e abstratamente pelas partes, fixando a arbitragem como meio de solução dos eventuais conflitos que venham a ocorrer. Por outro lado, o compromisso arbitral é o acordo de vontade que submete uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral. Implica em renúncia da atividade jurisdicional, todavia, permite-se o controle judicial da sentença arbitral, apenas em relação à sua validade, sem rediscutir a matéria que já foi decidida.

No âmbito do governo federal, os permissivos legais contidos no art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e na Lei Complementar nº 73/93, trouxeram disposições destinadas a evitar que a solução de controvérsias se transferisse para a esfera judicial.

Em 2007, com o advento da Portaria nº 1.281, de 27 de novembro de 2007, foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), cuja principal atuação é solucionar amigavelmente os conflitos entre os órgãos da União e as entidades da Administração Federal Indireta. Por meio da Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008, a CCAF passou também a conciliar as controvérsias com os Estados e o Distrito Federal.

Todavia, a temática dos meios alternativos de resolução de conflito no Brasil, tradicionalmente, tem sido circunscrita a ambientes jurídicos nos quais se debatem as tutelas de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se muitas vezes ao mundo empresarial.

Fredie Didier Jr., na linha de outros renomados doutrinadores brasileiros, entende que a arbitragem no Brasil não é inconstitucional, pois se trata de manifestação da autonomia privada do cidadão ao resolver litígios patrimoniais e disponíveis ²⁰.

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a **direitos disponíveis**. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§1º e 2º, CF/88)

Cuida reiterar que essa limitação não existe nos Estados Unidos. Foi demonstrado anteriormente que é possível transacionar desde causas de natureza fiscal até crimes contra a vida, em busca da eficiência e da celeridade na resolução dos conflitos sem a intervenção do poder judiciário.

6 AMEAÇAS E OPORTUNIDADES NA UTILIZAÇÃO DA ADR EM MATÉRIA FISCAL

No Brasil ainda luta-se contra a questão da indisponibilidade do crédito público que impede a aplicação de técnicas inovadoras para a recuperação do crédito público. É preciso que o fisco tenha liberdade para negociar as dívidas tributárias para atuar, em última análise, em nome da sociedade. Todavia, a doutrina mais tradicional pende para a não utilização da transação, mediação e arbitragem na matéria fiscal.

Tal posicionamento está pautado na alegação de que esse ramo do direito deve observar ao princípio da legalidade estrita. Assim, haveria necessidade da edição de uma lei específica para a utilização desses mecanismos em matéria tributária.

Esse argumento não se sustenta, pois o Código Tributário Nacional²¹ - CTN possui dispositivos normativos que permitem expressamente a transação como meio extinção do crédito tributário:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...]

III - a transação;

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Ademais, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5082/2009 que regulamenta a chamada Lei de Transação Geral em matéria tributária. Com a edição da referida lei, “estar-se-ia cumprindo o desígnio constitucional sobre o princípio da legalidade em

21 BRASIL. Código Tributário Nacional, art. 156, III; art. 171 e 176

sede administrativa, pois se autorizaria o encontro de vontades entre as partes e os limites de manobra da Administração Pública”.²²

O referido anteprojeto prevê a adoção de procedimentos de prevenção de conflitos tributários, mediante soluções alternativas de controvérsias tributárias, além da transação, como o termo de ajustamento de conduta tributária, quando se tratar de débitos inscritos em dívida ativa.

É importante esclarecer também que, sob a ótica do direito administrativo vigente no Brasil, o crédito público pode ser negociado, pois são considerados interesses secundários em razão de serem quantificados monetariamente. “Os interesses da Fazenda Pública, por representarem o que a doutrina denominou de interesses públicos secundários, podem ser sim, nos estritos limites legais, objeto de transação tributária, prevista em dispositivos do CTN.”²³

São disponíveis, nessa linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação, que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais que os habilitem a satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.²⁴

Outro argumento levantado diz respeito ao risco da queda do recolhimento voluntário do tributo, em razão do efeito conhecido como “indução negativa”, pois os maus pagadores poderiam ser estimulados a não pagar suas dívidas em razão da possibilidade de obter o perdão. Entretanto, não haveria estímulo aos maus pagadores, se antes de conceder a transação o fisco verificar se a empresa tem condições de pagar, acessando a sua conta bancárias, por exemplo. Ademais, o acordo só deve ser fechado se verificar que o contribuinte não é devedor contumaz, evitando a reincidência de acordo de transação.

22 MORAIS, Carlos Yuri Araújo. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade no direito brasileiro. In: SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes Filho; GUIMARAES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 490.

23 ADAMS, Luís Inácio Lucena; MARTINS, Luiz Dias Filho. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas propostas normativas de lei autorizadora. In: SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes Filho; GUIMARAES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31.

24 Idem apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativo. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro, 2007. p 277-280.

Verifica-se que atualmente o único meio que o contribuinte dispõe para negociar com o fisco é o parcelamento. Têm-se cerca de cento e cinquenta e oito bilhões de reais em créditos parcelados, valores altos diante de uma dívida ativa equivalente a quase um trilhão de reais. Todavia, o parcelamento, além de ser apenas causa de suspensão do crédito tributário, diferente da transação que é causa de extinção do crédito tributário, tem os seus critérios para concessão pré-fixados nas disposições legais, inexistindo concessões mútuas.

Outro meio alternativo de resolução de conflitos refutado pela doutrina é a arbitragem em matéria tributária, sobretudo porque retira do poder público o controle da cobrança, transferindo esse poder para um árbitro, livremente escolhido pelas partes, que deve oferecer resposta rápida e equitativa do problema.

O indigitado Projeto de Lei nº 5082/2009 não tratou com exatidão o instituto da arbitragem, mas prever a criação de Câmara Geral de Transação e Conciliação da Fazenda Nacional – CGTC, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda que, segundo a proposta, vai promover a transação e a conciliação de débitos tributários de empresas em dificuldades.

Teme-se o risco de conflito entre as competências da CGTS com as atribuições do Conselho de Contribuinte, que decide em segunda instância os recursos envolvendo questões fiscais federais. Contudo, as decisões do Conselho não produzem efeito de coisa julgada, podendo ser reformadas pelos tribunais, o que não reduz o excesso de litigiosidade no âmbito do Judiciário.

Por fim, é importante ressaltar que a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflito no Brasil está em consonância com princípio da eficiência administrativa, incluído no caput do art. 37 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, diminuirá a litigiosidade no judiciário e permitirá uma atuação mais célere e transparente da administração tributária.

7 CONCLUSÃO

A experiência americana demonstra que os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria tributária, em especial a transação e a arbitragem, constituem ferramentas eficazes, rápidas e flexíveis para a cobrança e recuperação do crédito público.

A utilização e a adaptação desses mecanismos no sistema tributário brasileiro certamente reduzirá o alto grau de litigiosidade no âmbito do poder judiciário, evitando o crescimento exponencial do

número de demandas judiciais, uma vez que tanto o devedor e como o fisco poderá dispor de soluções administrativas para a resolução do problema.

Todavia, exige-se uma mudança cultural na sociedade brasileira com vistas a diminuir o excesso de formalismo que engessa a atuação do gestor público na satisfação do crédito fiscal. Para isso, é preciso tratar os institutos jurídicos de forma mais pragmática, com mais foco nos resultados e menos nas normas, em observância ao princípio constitucional da eficiência. É assim que pensam os americanos.

REFERÊNCIAS

BARRET, Jerome T. *A history of Alternative Dispute Resolution: the story of a political, cultural, and social movement*. United States: HB printing, 2004.

BURNHAM, Willian. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. St. Paul, Minn: West Group, 2002.

COMUNICADO IPEA n° 83. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*, 31 de março de 2011. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf> Acesso em: 13 out. 2011.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo de conhecimento*. 9. ed. vol. I. Salvador: Jus Podium, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A Execução Fiscal Administrativa no Direito Tributário Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Direito Tributário Comparado e Tratados Internacionais Fiscais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. *Direito nos Estados Unidos*. Barueru: Manole 2004.

_____. Transação e Arbitragem no Direito Norte-Americano. In: SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes Filho; GUIMARAES, Vasco Branco (org.). *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo. Transação e Arbitragem em Matéria Tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade no direito brasileiro. In:

SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes Filho; GUIMARAES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORGAN, Patrícia T. *Tax Procedure and Tax Fraud in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1999.

RIBEIRO, Wilson Fontes. *Uso de meios alternativos para solução de conflitos: a experiência norte-americana*. Disponível em <http://www.anauni.org.br/portal/filesartigos/alternative_wilson.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Execução Fiscal*. Brasília: ESAF, 1984.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Hardback, 1999.

A CONTRIBUIÇÃO DO FEDERALISMO VERTICAL PARA A CRIAÇÃO DO JUDICIAL REVIEW PELOS ESTADOS UNIDOS

*THE CONTRIBUTION OF VERTICAL FEDERALISM FOR THE
ESTABLISHMENT OF JUDICIAL REVIEW BY THE UNITED STATES*

Michelle Marry Marques da Silva

*Advogada da União – Substituta na Coordenação-Geral Jurídica de Licitação,
Contratos e Convênios do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão –
Especialista e Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito
Público. Ocupou o cargo de Analista Judiciário no Superior Tribunal de Justiça.*

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais; 2 Breve Introdução à história dos Estados Unidos; 3 Separação e Equilíbrio entre os poderes 4 A Organização Judiciária dos Estados Unidos; 5 O Federalismo Vertical Americano; 6 O Judicial Review nos Estados Unidos; 7 Considerações Finais; 8 Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo demonstrar a ligação entre o federalismo vertical e a criação do *judicial review*. Para tanto, em um primeiro momento, será traçado um panorama sobre a história americana chegando à criação do federalismo e da Constituição dos Estados Unidos da América. Nesse ponto, será mostrada a importância da evolução de conceitos, tais como: o de separação e equilíbrio entre os poderes e o de federação, os quais passam a ser vistos como uma forma de freios e contrapesos para aqueles. Em um segundo momento, será apresentada a forma como é ordenada a organização judiciária americana para, então, chegar-se ao fim inicialmente referido.

PALAVRAS – CHAVE: Separação e Equilíbrio entre os Poderes. Freios e Contrapesos. Federalismo vertical. *Judicial Review*.

ABSTRACT: The purpose of this work is to demonstrate the link between the vertical federalism and the creation of the judicial review. At first, the work will provide an overview on American history, focusing on the creation of federalism and the Constitution of the United States of America. At this point, the study shows the importance of the evolution of concepts such as the separation and balance of powers and the federation, which are seen as a means of checks and balances to the powers. Then, it presents how the American legal system is organized, in order to get to the conclusion.

KEYWORDS: Separation and balance of powers. Checks and balances. Federalism vertical. Judicial Review.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após o julgamento do caso *Marbury v. Madison* houve uma evolução significativa do modo como era visto o Poder Judiciário Americano, isso se deu, porque passou-se a aceitar que a interpretação das normas presentes no texto constitucional não deveria mais ser encarada como um direito político.

Nesse sentido, plantou-se a idéia de que era o Poder Judiciário quem deveria ser o garantidor do texto constitucional, ou seja, foi a afirmação de que deveria existir uma supremacia constitucional a ser assegurada por aquele Poder.

Por outro lado, para que se chegasse à essa transformação de idéias foi necessário, primeiro, uma revolução que mudasse completamente a forma como era pensado o Estado, o que veio a acontecer em 04 de julho de 1776, com a independência dos Estados Unidos.

Segundo, a partir desse marco histórico surgissem pensadores que demonstrassem a importância de alteração do sistema vigente, o que aconteceu ao longo de 1787-1788, com a produção e publicação dos 85 artigos que compõem a obra que foi chamada “O Federalista”, a qual não só mostrou a necessidade de criação de uma federação no lugar da Confederação já instituída, como, também, trouxe a idéia de separação dos poderes, as duas (federação e separação entre os poderes) como formas de freios e contrapesos entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Terceiro, as interações entre o governo federal e o estadual, o chamado federalismo vertical, emergissem para colaborar na criação do *judicial review* (controle de constitucionalidade) pelos Estados Unidos da América.

É isso que o presente trabalho demonstrará, ou seja, como a história dos Estados Unidos contribuiu para a criação do federalismo, principalmente, na sua forma vertical, a qual fez com que fosse pensado o *judicial review* (controle de constitucionalidade), como meio de garantia da supremacia constitucional.

2 BREVE INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DOS ESTADOS UNIDOS

Para entender o federalismo norte americano faz-se necessário voltar um pouco no tempo.

Isso porque antes de os Estados Unidos se tornar uma nação soberana ele era constituído por treze colônias pertencentes à Grã-Bretanha.

Contudo, o descontentamento das colônias com o governo inglês foi crescendo, com o passar dos anos, à medida que elas iam perdendo importância para aquele governo e se agravou quando a Inglaterra promoveu arrocho no pacto colonial, por conta da guerra dos sete anos (Inglaterra x França), na qual a Inglaterra saiu vitoriosa, mas precisava reaver os gastos que havia tido, soma-se a isso a revolução industrial, que possibilitaria um acréscimo no âmbito mercantil.

Desse descontentamento resultou a Guerra da independência americana (1775-1783) e em quatro de julho de 1776, as colônias proclamaram sua independência da Grã-Bretanha, dessa forma, os representantes de cada colônia reuniram-se no estado da Filadélfia para assinar a declaração de independência.

A Grã-Bretanha apenas reconheceu a independência dos Estados Unidos no ano de 1783.

Com isso, cada colônia reconheceu a necessidade de criação de uma confederação de Estados para que elas pudessem manter sua independência da Grã-Bretanha e para fortalecer o seu poder econômico.

Sendo assim, juntos, os Estados escreveram os artigos que iriam ser aplicados à confederação, os quais foram aprovados pelo Congresso em 1777, mas só foram ratificados pelos Estados em 1781.

Destaca-se que esses artigos previam a proteção nacional das colônias, mas não dariam poder suficiente para o governo central.

Já a Constituição, destinada a substituir os artigos da confederação, foi concluída em 1787 e ratificada em 1789. Essa previu qual seria o poder do governo federal e dos governos estaduais.

Levando em consideração o que foi exposto até aqui, pode-se dizer que inicialmente não existia um governo central para as treze colônias inglesas, ou seja, antes da formação dos Estados Unidos da América como hoje é conhecida haviam treze colônias separadas, subordinadas às normas da Inglaterra.

Portanto, cada uma possuía seu próprio governo, sua própria cultura, entretanto, elas chegaram à conclusão de que precisavam se unir, face à necessidade de se livrar dos ingleses, e em 1776, quatro de Julho, concretizaram essa vontade.

Dessa forma, em 1783 a Inglaterra reconheceu a independência dessas colônias, com essa libertação, passou-se a ter treze países separados (confederação), os quais precisavam ter uma organização e para isso optaram por manterem-se de certo modo vinculados uns aos outros criando, assim, uma Consituição pelos estados e uma federação, ou seja, um Estado com um governo central forte, mas dividido em vários estados aos quais foi transferida certa parcela de soberania.

3 SEPARAÇÃO E EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES¹

Para esse tópico basicamente serão levadas em consideração as idéias da obra denominada “O Federalista”.

Essa série de 85 artigos, publicados na cidade de Nova York, com a finalidade de ratificar a necessidade de criação de uma Constituição Americana, surgiu de reuniões realizadas no Estado da Filadélfia (mais precisamente da denominada Convenção Constitucional), no ano de 1787, as quais foram realizadas com intuito de elaboração da Consituição Americana.

A obra “O Federalista” surgiu em 1788, tendo como base os 85 artigos referidos acima, os quais pretendiam fazer com que os estados ratificassem a Consituição que estava sendo criada. Foram autores dos artigos: Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, eles, conforme descrição abaixo, possuíam a seguinte biografia:

Alexander Hamilton (1755-1804): foi o primeiro secretário do Tesouro dos Estados Unidos e, como John Jay, foi conselheiro de George Washington, primeiro presidente dos Estados Unidos da América (EUA) em 1789. Foi o criador da infraestrutura financeira dos Estados Unidos.

James Madison (1751-1836): foi um dos fundadores do Partido Republicano, junto com Thomas Jefferson (que foi eleito presidente dos EUA em 1808). É chamado de “Father of the Constitution”.

John Jay (1745-1829): co-autor da Constituição de seu estado natal, promulgada em 1777 e importante fonte de idéias para a Constituição Federal. Presidiu o congresso continental em 1778. Foi o principal arquiteto do tratado de paz com a Grã-Bretanha, tornando-se em seguida o presidente da Suprema Corte dos EUA. Depois de dois mandatos como governador de Nova York, retirou-se da vida pública.² (grifos no original)

1 Esse tópico teve como base para consulta a Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/O_Federalista>.

2 MORAIS, Job Duarte Moraes; BORGES, Eliete Nascimento; FILHO, João Nascimento Borges. Artigo apresentado ao professor Dr. Josênio Parente, como avaliação da disciplina: *Teoria Política I, Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas da UECE*. Disponível em: <<http://www.eap.ap.gov.br/revista/upload/artigo12.pdf>>.

Segundo Fernando Papaterra Limongi³, os três principais aspectos presente na obra supracitada são:

[...] a) *a criação do federalismo em contraposição ao confederalismo*; b) questionamentos sobre a natureza humana, a *separação dos poderes* e a constituição mista do governo; e, c) a república, como forma de governo, e as facções. (grifo nosso)

Para “Os Federalistas” a federação, sendo instituída como meio de conter as Assembléias dos Estados, e, além disso, ter contato direto com o cidadão, e a idéia da separação dos poderes, seriam formas de freios e contrapesos dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo essa última entendida como a distribuição regular do poder em diversos setores distintos entre si, através da criação de competências.

Outro ponto de destaque encontrado nos artigos, relacionado ao que foi acima exposto, é o meio encontrado para equilibrar e controlar o Poder Legislativo, o que seria feito por meio de atribuição de competência legislativa também ao Poder Executivo (poder de veto aos projetos apresentados pelo Congresso) e pelo Poder Judiciário, que agora passaria a ser conhecido como o Guardião da Constituição, tendo o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e de atos do Poder Executivo.

Isso se torna claro nas seguintes passagens retiradas da obra e abaixo transcritas:

Não é possível, porém, atribuir a cada um dos ramos do poder uma capacidade igual de autodefesa. No governo republicano predomina necessariamente a autoridade legislativa. A solução [...] está em repartir essa autoridade entre diferentes ramos e torná-los - utilizando maneiras diferenciadas de eleição e distintos princípios de ação - tão pouco interligados quanto o permitir a natureza comum partilhada por suas funções e dependências em relação à sociedade. [...] (p. 274)

[...] a fraqueza do executivo, por sua vez, pode exigir que ele seja reforçado. Um direito de veto absoluto sobre o legislativo parece, à primeira vista, ser o instrumento natural com que o executivo deva

3 Retirado do *O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. Os Clássicos da Política*, organizado por Francisco Weffort. 14. ed. São Paulo: Ática. 2006. Citado na Wikipédia.

ser armado, mas isso talvez não seja nem inteiramente seguro nem unicamente eficiente. [...] (p. 274)

A independência integral das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa [...] Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. [...] (p. 275) ⁴

Portanto, essa série de 85 artigos denominada de “O Federalista” se tornou um marco não só para a consolidação da Constituição Americana, mas também, para a mudança do pensamento vigente, visto que inaugurou a idéia da necessidade de serem criados mecanismos entre os poderes para controle de um pelo outro.

4 A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DOS ESTADOS UNIDOS

Basicamente na organização judiciária dos Estados Unidos existem a Justiça Federal (*Federal Courts*) e as Justiças Estaduais (*State Courts*).

Pode-se dizer que as instâncias seriam divididas em (como se fosse uma pirâmide): *Trial Courts* (juizados de primeira instância); um nível intermediário, que seriam as cortes de apelação ou *Courts of Appeals* (com jurisdição regional); e a Suprema Corte (*Supreme Court*).

Conforme disposto pelo professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁵ o modelo acima não se aplica ao estado da Lousiana:

Exceto no estado da Lousiana, no qual persiste a civil law de origem francesa, os modelos judiciários seguem a tradição das cortes de equity da common law inglesa. As antigas colônias desenvolveram sistema próprio de judiciário, explicação histórica para o pluralismo organizacional, responsável pela observação de Tocqueville.

4 SILVA, Gustavo Noronha. *O Federalista*. Trabalho apresentado à disciplina Política II do curso de Ciências Sociais da Universidade de Montes Claros. Montes Claros: 2003. p. 3-4.

5 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004. p. 1-2.

No caso da Justiça Federal (*Federal Courts*) ela é dividida em: 1) *District Courts* (primeira instância); 2) *Appellate Courts* (segunda instância); e, 3) *Supreme Court* (Suprema Corte).

Importante destacar que existem, ainda, outras cortes federais, chamadas de legislativas (*Legislative Courts*, pois foram criadas pelo Poder Legislativo para apreciar questões específicas) quais sejam: *Tax Court* (matéria tributária), *Court of Veterans Appeals* (revisão de decisões do Departamento de Veteranos de Guerra), *Court of Federal Claims* (questões relacionadas a danos decorrentes de ação ou omissão do estado ou dos seus agentes), *US Court of Appeals for the Armed Forces* (penalidades impostas pelas cortes marciais), *Court of International Trade* (causas referentes à legislação alfandegária e de importação) e as *Bankruptcy Courts* (matéria falimentar).⁶

Ainda, Deve-se ressaltar, que apenas a Suprema Corte foi prevista pela Consituição Americana, todas as outras foram criadas pelo Congresso, por meio do *Judiciary Act* de 1789, que disciplinou os juizados de primeira instância, e pelo ato de 1891, o qual organizou os tribunais de apelação, conforme se depreende do texto constitucional abaixo:

*O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso [...] Art. III., Seção I, da Constituição dos Estados Unidos.*⁷

Pelo exposto nesse ponto nota-se a diferença em relação à Constituição Brasileira, na qual existem regras pormenorizadas relacionadas à organização judiciária federal e estadual.

As *District Courts* ou *Trial Courts* estão relacionadas a quantidade de distritos existentes nos Estados Unidos, logo, como existem 94 distritos e há pelo menos um distrito federal em cada estado-membro existem 94 *Judicial Districts*.

Já as *Appellate Courts* são divididas em treze circuitos judiciais federais (doze *Regional Circuit Courts of Appeals* e uma *US Court of Appeals for the Federal circuit*).

6 Essa descrição das *Legislative Courts* está de acordo com o artigo encontrado no portal jurídico denominado Âmbito Jurídico. Rio Grande. n. 74. 01/03/2010. *Organização judiciária dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430>.

7 Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>.

No caso da *Supreme Court*, a qual possui sua sede em Washington, sua competência pode ser considerada limitada a rever as decisões dos tribunais de segunda instância federais e estaduais. Nesse último caso, apenas relacionado a temas constitucionais ou de lei federal.

A referida corte possui, ainda, competência para as matérias que envolvem embaixadores e representantes diplomáticos, ou nos litígios em que os Estados Unidos seja parte ou um estado da federação.

Para os demais casos possui competência discricionária, portanto, apreciará apenas os casos que escolher, claro, que sempre terão que ter relação com a Constituição.

Em relação às jurisdições estaduais, também, há três níveis. As de primeira instância são as *Trial Courts*. Esse tipo de corte acompanha matéria de fato, produção de provas (as chamadas evidences) e oitiva de testemunhas.

Os Tribunais intermediários chamados de *Appellate Courts*, são os tribunais de apelação. Nos estados da federação nos quais não há Tribunais intermediários os recursos são endereçados diretamente à Suprema Corte Estadual.

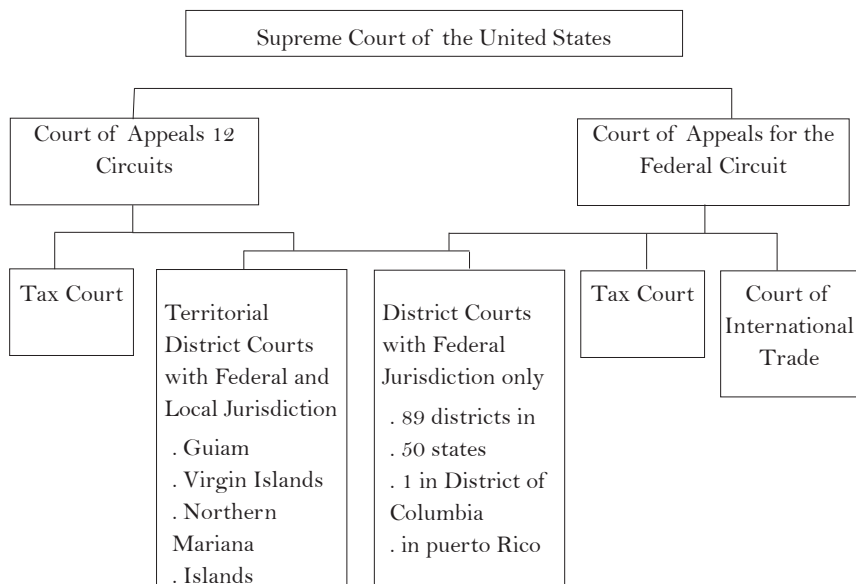
Os estados possuem ainda, no topo de sua organização judiciária, as, também, chamadas Supremas Cortes. Os nomes variam de estado para estado. Existem, ainda, estados em que há duas cortes de apelação, uma para matéria civil e outra para criminal. Essas cortes irão escolher de forma discricionária os casos que irão julgar, recebendo os recursos das cortes intermediárias dos estados.

Quanto à instituição do júri, pode-se dizer que nos Estados Unidos, o direito ao júri é assegurado constitucionalmente para todos os crimes⁸ (*Art. III., Seção II, n 3, da Constituição dos Estados Unidos*), exceto para os de responsabilidade.

Além disso, as partes podem, no âmbito cível, optar pelo julgamento pelo Júri ou pelo Juiz singular.

Importante ressaltar nesse ponto, que atualmente o júri analisa apenas matéria de fato.

8 Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>.



5 O FEDERALISMO VERTICAL AMERICANO

Como foi possível perceber das considerações feitas no início do presente trabalho, o federalismo nos Estados Unidos difere de outras formas, já que eram Estados independentes que decidiram abrir mão de parte de seus poderes, de sua soberania, para criar um governo federal.

Com efeito, Daniel Cavalcante Silva⁹, citando Tocqueville, dispôs:

[...] Nos Estados Unidos não existia centralização administrativa. Para Tocqueville, a força coletiva dos cidadãos era sempre mais poderosa para produzir o bem-estar social do que a autoridade do governo central. Embora a centralização não fosse condição básica para a existência da Nova Inglaterra, os cidadãos desta região tinham a dimensão exata da importância de se manterem unidos, por

9 O Contraponto entre o federalismo brasileiro e norte-americano: uma correlação entre a obra *Coronelismo, Enxada e Voto*, de Victor Nunes Leal, e a obra *Democracia na América*, de Aléxis de Tocqueville. *Revista Jurídica*. Brasília. v. 8. n. 78. p. 42-48. abril/maio. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>.

diversos fatores. Alguns interesses eram comuns a todas as partes da nação, como a formação das leis gerais e as relações do povo com os estrangeiros. A duração, a glória ou a prosperidade da nação tinham se tornado para o povo dogmas sagrados e, ao defenderem a sua pátria, defendiam também suas cidades [...]

Por outro lado, em outras formas de federalismo o governo federal criou divisões para os entes federativos, como no Brasil, por exemplo.

Sobre o assunto, também, Daniel Cavalcante Silva¹⁰ discorrendo sobre as diferenças do federalismo norte americano e do brasileiro:

Nesse sentido, ao contrário dos Estados Unidos, onde a autonomia comunal (local) é a palavra de ordem desde sua fundação, o Brasil Republicano sempre teve um poder central forte, não só em termos políticos, como em termos econômicos, em que os entes políticos locais dos municípios sempre ‘viveram com o pires na mão’. A principal causa para o fato do Brasil Republicano não ser uma Federação genuína é que o Brasil, enquanto Nação, foi moldado a partir dos interesses das elites agro-exportadoras centradas nas atuais regiões Nordeste e Sudeste, como prescrevia Victor Nunes Leal, elites essas então existentes à época da independência (1822) e cujos interesses, num primeiro momento, determinaram a articulação da criação e manutenção do regime monárquico (1822-1889) fortemente centralizado em termos administrativos e políticos a fim de preservar e expandir o seu poder político e econômico sobre todo o território brasileiro.

Um exemplo de como os Estados Unidos deu importância à sua forma de federalismo¹¹ é a 10th. Amendment¹² to the US Constitution, a qual dispõe: “Os poderes não delegados aos Estados pela Constituição,

10 O Contraponto entre o federalismo brasileiro e norte-americano: uma correlação entre a obra *Coronelismo, Enxada e Voto*, de Victor Nunes Leal, e a obra *Democracia na América*, de Alexis de Tocqueville. *Revista Jurídica*. Brasília. v. 8. n. 78. p. 42-48. abril/maio. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>.

11 O chamado federalismo centrípeto, escolha feita pela Constituição, há uma centralização, com transferência do poder dos Estados para um governo central, todavia, existe uma tentativa de preservação do poder dos Estados.

12 As emendas possuem o poder de alterar o texto original da Constituição ou adicionar um novo texto, completamente diferente.

nem vedados por ela aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo.”¹³

Entretanto, no caso dos Estados Americanos nota-se que é comum que eles copiem a estrutura federal.

Para uma melhor compreensão sobre a divisão de exercício de poderes no federalismo Norte Americano, Daniela Carla da Costa Salomão, citando José Alfredo de Oliveira,¹⁴ apresentou a seguinte divisão:

1º - Poderes exclusivamente nacionais. Tendo em vista que uma nação deve expressar-se como uma só voz, em suas relações exteriores, o poder de declarar guerra e celebrar tratados deve ser da competência do governo nacional. Por razões diferentes, é essencial que lhe caiba o sistema monetário uniforme, que requer o controle central do poder para emitir moedas.

2º - Poderes exclusivamente estaduais. A Constituição não pretendeu estabelecer especificamente quais os poderes, se alguns, que se devem estar exclusivamente reservados aos Estados. Para não deixar que a questão fosse inferida, a Décima Emenda propugnou uma fórmula: *Os poderes não delegados aos Estados pela Constituição, nem vedados por ela aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo.* [...]

3º - Poderes concorrentes. A Constituição defere de maneira específica ao governo nacional poderes tão importantes como a decretação de impostos e a regulamentação de comércio, porém não proíbe aos Estados o exercício dessas competências dentro de suas fronteiras.

4º - Poderes não permitidos ao governo federal. De acordo com o princípio de que o governo nacional só tem poderes delegados, no governo nacional não tem faculdade para exercer poderes não autorizados pela Constituição.

5º - Poderes proibidos aos Estados. No artigo I, seção 10¹⁵, proíbe-se aos Estados muitas atividades, entende-se que essas proibições

13 *10th Amendment (Décima Emenda):* “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

14 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 1986. p. 152

15 “1. Nenhum Estado poderá participar de tratado, aliança ou confederação; conceder cartas de corso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; autorizar, para pagamento de dívidas, o uso de qualquer coisa que

visam a manutenção do controle nacional sobre relações exteriores, sistema monetário e comércio exterior. (grifos no original)

No que se refere ao Federalismo Vertical (interações entre os governo federal e o estadual) pode-se dizer que nos últimos anos observou-se um crescimento do poder federal, o qual pode ser sentido, principalmente, pelo reconhecimento por parte da Suprema Corte de poderes implícitos, quais sejam:

- a) *pela Judicial Review*: no caso, o Poder Judiciário Federal pode invalidar, por ser considerado inconstitucional, atos emanados do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Também pode invalidar atos do Executivo e Legislativo estaduais.

Deve-se ressaltar, que uma *District Court* poderá também declarar a inconstitucionalidade de uma lei, no entanto, a abrangência não será a mesma.

- pelas “*The Civil War Amendments*”¹⁶ (13th a 15th), na qual o governo federal recebeu poderes para cobrar dos estados a observância das seguintes disposições:

Décima Terceira Emenda à Consituição dos Estados Unidos – Aboliu a escravidão.

Nem a escravidão nem a servidão involuntária, exceto como punição por crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado, deve existir dentro dos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição.

não seja ouro e prata; votar leis de condenação sem julgamento, ou de caráter retroativo, ou que alterem as obrigações de contratos; ou conferir títulos de nobreza.

2. Nenhum Estado poderá, sem o consentimento do Congresso, lançar impostos ou direitos sobre a importação ou a exportação salvo os absolutamente necessários à execução de suas leis de inspeção; o produto líquido de todos os direitos ou impostos lançados sobre um Estado sobre a importação ou exportação pertencerá ao Tesouro dos Estados Unidos, e todas as leis dessa natureza ficarão sujeitas à revisão e controle do Congresso.

3. Nenhum Estado poderá, sem o consentimento do Congresso, lançar qualquer direito de tonelagem, manter em tempo de paz exércitos ou navios de guerra, concluir tratados ou alianças, quer com outro Estado, quer com potências estrangeiras, ou entrar em guerra, a menos que seja invadido ou esteja em perigo tão iminente que não admita demora.”

16 Essas emendas foram criadas nos cinco anos imediatamente depois da Guerra Civil (entre 1865 e 1870).

Décima Quarta Emenda à Consituição dos Estados Unidos – garantia à vida, liberdade, propriedade e devido processo legal.

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado poderá fazer ou cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a igual proteção das leis.¹⁷

Décima Quinta Emenda à Consituição dos Estados Unidos – Direito a voto independentemente de raça, cor ou condição prévia de servidão.

O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer Estado em razão de raça, cor ou condição prévia de servidão¹⁸ (grifo nosso)

- b) *Interstate Commerce Clause*, forma de regulamentação do comércio entre os estados, por parte do governo federal.
- c) *Conditional Spending*: pode-se exemplificar esse caso da seguinte forma: o governo federal, como forma de obrigar os estados a terem a mesma lei federal (caso das leis que tratam sobre o uso do álcool/limite de velocidade permitida), passa a conceder empréstimos ou fazer doação em dinheiro para as obras de infraestrutura estaduais, apenas se eles aprovarem leis específicas nos moldes daquelas que existem no âmbito federal.

Pode-se, ainda, ter em mente como efeitos do federalismo vertical:

- a) os poderes concorrentes, tanto federal, quanto estadual, para elaborar leis e solucionar disputas relativas à mesma matéria.

17 “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without the due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

18 “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.”

Importante ressaltar, no entanto, quanto a esse ponto, que algumas áreas permanecem quase que inteiramente sobre o poder dos estados, tais como: as que tratam dos contratos (*contracts*), danos gerais por culpa ou dolo (*torts*), direito de família (*family law*), leis comerciais (*commercial law*), regulamentação de profissões (*regulation of professions*), entidades empresariais (*business entities*), most ordinary crimes (*crimes comuns*).

- b) as questões relativas a “possible federal preemption”, caso em que ambos os entes, tanto federal, quanto estadual, podem legislar sobre uma determinada matéria.

Todavia, caso exista conflito entre lei federal e a estadual, e essa estiver enumerada como de competência também da lei federal, prevalecerá a lei federal.

Também, os tribunais estaduais podem julgar questões de direito federal, e os tribunais federais podem julgar questões de direito do estado. Isso porque para interpor uma ação na corte federal a matéria deve versar sobre *diversity* (cidadãos de diferentes estados) ou questão federal (conflito entre estados). Portanto, no caso da primeira, o fato a ser solucionado poderá exigir conhecimento da matéria estadual.

6 O JUDICIAL REVIEW NOS ESTADOS UNIDOS

O judicial review pode ser entendido como uma forma de exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, o judiciário poderá considerar inconstitucional certos atos do Poder Legislativo (lei ou tratado) ou Executivo (regulamento), os quais deverão não mais serem aplicados.

Dessa forma, pode-se dizer que seria um forma do Poder Judiciário fiscalizar a consitucionalidade das leis.

A contrário senso Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹⁹ noticia que:

[...]

Já se escreveu que o controle de consitucionalidade teria sido ato de usurpação de poder por parte da Suprema Corte. Também afirmou-se que o judicial review afronta a clássica tripartição dos poderes, potencializando a oligarquia da toga. Há quem acredite que o controle de constitucionalidade presta-se tão-somente a legitimar variáveis políticas.

19 Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004. p. 64.

Interessante observar que a Consituição dos Estados Unidos não trouxe em seu texto explicitamente esse poder de revisão judicial, ele foi inferido dela a partir de suas disposições (Artigo III, Seção 1 e 2 e Artigo VI).

No Artigo III, Seções 1 e 2 podemos encontrar as seguintes disposições:

Artigo III

Seção 1

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma -Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

Seção 2

1. A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

2. Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

[...]

Já no Artigo VI:

Artigo VI

[...]

2. Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

3. Os Senadores e os Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição. Nenhum requisito religioso poderá ser erigido como condição para nomeação para cargo público.

Disso decorreu a conclusão de que cabe à Suprema Corte a decisão final, que irá verificar se os estatutos legais ferem ou não a Constituição, mesmo que ela não tenha trazido expressamente em seu texto essa previsão.

O caso histórico que inaugurou a idéia da necessidade de um controle de constitucionalidade a ser feito pelo Poder Judiciário foi o *Marbury v. Madison* (1803), quando do julgamento desse caso pela Suprema Corte ela decidiu que os tribunais federais têm o dever de fiscalizar a constitucionalidade dos atos emanados do Congresso e, nesses termos, declará-los nulos quando considerados contrários à Constituição.

Marbury v. Madison foi o caso apresentado à Suprema Corte contra um ato do presidente à época, Thomas Jefferson (foi eleito presidente em 1808), que recusou a nomeação dos juízes que haviam sido indicados por John Adams, no final de seu mandato presidencial (1801). William Marbury havia sido indicado para ocupar o juizado de paz no Distrito de Colúmbia.

Marbury decidiu, então, interpor uma ação objetivando conseguir uma ordem judicial (“writ of mandamus”) exigindo que Thomas Jefferson cumprisse o ato emanado por John Adams. Citado o Secretário de Estado à época, James Madison (foi um dos fundadores do Partido Republicano, junto com Thomas Jefferson) ele não contestou a ação.

John Marshall (foi Secretário de Estado de John Adams), que, também, era o presidente da Suprema Corte (*chief justice*), proferiu decisão no sentido de que Marbury deveria tomar posse e entrar em exercício como juiz de paz no Distrito de Colúmbia.

No entanto, Marshall considerou que a Suprema Corte não tinha jurisdição originária para apreciar o pedido, ou seja, a grande questão

gerada foi o fato de Marbury ter entrado com seu pedido diretamente na Suprema Corte, ao invés, de interpor nos tribunais inferiores, o que foi considerado, na decisão, um remédio jurisdicional baseado em uma regra inconstitucional²⁰.

Marshall concluiu em sua decisão que a Consituição é a lei fundamental e suprema de toda nação, logo, não pode ela sofrer alteração por um ato de qualquer poder, sendo assim, um ato do Poder Legislativo que seja contrário à Consituição deve ser considerado nulo.

Um dos trechos da decisão de Marshall, abaixo transcrito, demonstra claramente seu pensamento:

É enfaticamente a competência e o dever do Departamento Judicial dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem, por necessidade, expor e interpretar essa regra. Se duas leis conflitam entre si, os Tribunais devem decidir qual deverá prevalecer.

Assim, se uma lei estiver em contradição com a Constituição e tanto a lei e a Constituição se aplicarem a um caso particular, de modo que o Tribunal deva decidir o caso em conformidade com a lei, a despeito da Constituição, ou em conformidade com a Constituição, a despeito da lei, o Tribunal deve determinar qual destas regras irá reger o caso. Isso é da própria essência do dever judicial.

Se, então, os Tribunais estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a Constituição, e não esse ato ordinário, deve reger o caso a que ambos se aplicam [...] ²¹

20 GODOY, op. cit.

21 It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each.

So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply [...]

Com essa decisão Marshall quis mostrar que os tribunais estão autorizados pela própria Constituição, com fundamento na *Supremacy Clause*²², a declarar nula uma lei que seja contrária àquela.

Por isso, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade de leis e de atos governamentais nos Estados Unidos é difuso, isso quer dizer que qualquer juiz poderá exercê-lo, ou seja, terá competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, mas, o julgamento será de casos concretos (busca-se atingir o objeto posto a julgamento e as partes envolvidas).

Destarte, se uma parte alegar que uma lei é inconstitucional, uma *District Court* pode declarar sua inconstitucionalidade, afirmando que a lei não deve ser obedecida, ressalvando-se, que caso a decisão seja tomada por qualquer corte que não a Suprema Corte, existirá diferença quanto à sua abrangência (a quem ela se aplica).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da exposição dessas considerações, pode-se afirmar que a criação do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade) pelos americanos foi algo construído com o passar dos tempos.

Com a independência dos Estados Unidos da América criou-se a federação e a partir disso uma Constituição, que para ser consolidada precisou ter a participação de pessoas que queriam construir uma estrutura para a formação do novo Estado.

Dessas criações, ou seja, tanto do federalismo, que passou a ganhar contornos verticais, pois agora cuidava das interações que deveriam existir entre o governo federal e o estadual, quanto da Constituição, chegou-se à conclusão que para o documento criado ter realmente a força que se esperava dele era necessário que ele tivesse um guardião, alguém que fosse responsável por fazer sua interpretação e anular os atos que fossem contra o que havia sido estabelecido pela carta magna, com o consentimento dos estados, para esse papel foi indicado o Poder Judiciário.

Portanto, a criação do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade) além da importância que teve em termos de afirmação da supremacia da Constituição consolidou a idéia plantada pelos federalistas de que deve existir um sistema de freios e contrapesos entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

22 Supremacy Clause “Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos [...] constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.”(Art.VI, CL.2).

8 REFERÊNCIAS

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO. IBRAJUS. Revista on line. Sistemas Judiciários Brasileiro e Norte Americano. Breve Análise Comparativa. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=129>>.

ÂMBITO JURÍDICO. Rio Grande. n. 74. 01/03/2010. *Organização judiciária dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430>.

REVISTA JURÍDICA. Brasília. v. 8. n. 78. p. 42-48. abril/maio. 2006. *O Contraponto entre o federalismo brasileiro e norte-americano: uma correlação entre a obra Coronelismo, Enxada e Voto, de Victor Nunes Leal, e a obra Democracia na América, de Aléxis de Tocqueville*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading & Vocabulary Development*. Michigan: Michigan Series in English for Academic & professional Purposes, 2007.

WIKIPEDIA. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_review_in_the_United_States>.

MORAIS, Job Duarte Moraes; BORGES, Eliete Nascimento; FILHO, João Nascimento Borges. Artigo apresentado ao professor Dr. Josênio Parente, como avaliação da disciplina: Teoria Política I, Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas da UECE. Disponível em: <<http://www.eap.ap.gov.br/revista/upload/artigo12.pdf>>.

SILVA, Gustavo Noronha. O Federalista. Trabalho apresentado à disciplina Política II do curso de Ciências Sociais da Universidade de Montes Claros. Montes Claros, 2003, p. 3-4. Disponível em: <<http://old.kov.eti.br/ciencias-sociais/ciencias-sociais/fichas/politica/ofederalista.pdf>>.

SALOMÃO, Daniela Carla da Costa. Federalismo: Forma de Estado Possibilitadora da fixação de competências externas aos entes federados. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/federalismo_f_estado.doc>.

A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E A SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: O “DIREITO CONVENCIONAL DE GUARDA”

*THE US SUPREME COURT AND INTERNATIONAL CHILD
ABDUCTION: THE “CONVENTIONAL RIGHT OF CUSTODY”*

Natalia Camba Martins

*Advogada da União em exercício no Departamento Internacional da AGU; Mestre
em Direito das Relações Internacionais; Especializações em Direito Público, Direitos
Difusos e Coletivos e em Globalização, Justiça e Segurança Humana.*

SUMÁRIO: Introdução; A proteção internacional da infância, a Convenção da Haia de 1980 e o “Direito Convencional de Guarda”; 2 Caso Abbott v. Abbott; 3 Outros “precedentes”; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção da Haia de 1980) visa desencorajar e reprimir a transferência e/ou retenção de uma criança em país diverso daquele em que possui residência habitual. Na configuração da subtração internacional, é necessário, dentre outros aspectos, averiguar a titularidade do “direito de guarda”, que deverá ser manejado em conformidade com o conteúdo e alcance que lhe é conferido pelo tratado. No entanto, desde o início da aplicação da convenção observa-se que a teoria e a jurisprudência oscilam na interpretação deste direito. Após contextualizar historicamente a proteção internacional da criança e as discussões teóricas e práticas sobre o “direito convencional de guarda” – nomenclatura proposta por esta subscritora – será pormenorizado e discutido o Caso Abbott v. Abbott, decidido em 2010 pela Suprema Corte dos EUA, onde tal direito foi definido. Por fim, discutir-se-á o impacto deste julgamento na consolidação deste conceito perante a comunidade internacional e em sua hermenêutica pelos aplicadores domésticos.

PALAVRAS-CHAVES: Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; Caso Abbott V. Abbott; Suprema Corte dos EUA; Consolidação do Conceito de Direito Convencional de Guarda; Impacto Internacional e Doméstico.

ABSTRACT: The Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction (Hague Convention of 1980) seeks to discourage and repress the illegal removal or retention of a child in a country where he/she was not a habitual resident prior to the relocation. When analyzing whether a given case constitutes international child abduction, it is imperative to observe, among other criteria, the existence and breach of custody rights. These rights shall then be dealt with in consonance to their content and extent within the limits of the Convention. However, it has been noted that theory and jurisprudence often diverge in interpretation ever since the Convention was put into effect. After a historical contextualization of the international protection of children and the theoretical and practical debates on the so-called “conventional right of custody” – term coined and suggested by the author – a detailed discussion of the case Abbot v. Abbot, which was decided before the US Supreme Court in 2010 and which defined such right, will ensue. Finally, the impact of this judgment on the consolidation of the concept to the international community and on the hermeneutics of domestic practitioners shall be discussed.

KEYWORDS: Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction; Case Abbott V. Abbott; US Supreme Court; Consolidation of The Concept of “Conventional Right of Custody”; International and Domestic Impacts

INTRODUÇÃO

O aumento exponencial na mobilidade das pessoas, bens, ativos financeiros, informação tecnologia etc., também impacta as relações humanas familiares. São cada vez mais comuns os “casamentos mistos”, matrimônios entre pessoas de nacionalidades diferentes, por vezes até celebrados em local diverso daquele da nacionalidade e/ou domicílio de um ou de ambos os cônjuges. Não é incomum que o rompimento de uma relação desta natureza gere efeitos mais graves à prole constituída do que o fim de um casamento dito “não misto”, uma vez ser frequente que um dos genitores decida, sem a anuência do outro ou qualquer respaldo no Direito do local de residência habitual, retirar o filho do país onde a família habitualmente se encontra, para fixar residência em outro Estado.

A tal fenômeno dá-se o nome de subtração internacional de crianças. A partir da percepção de que os instrumentos tradicionais de Direito Internacional Privado, assim como os sistemas jurídicos domésticos¹ não se mostravam suficientes para solucionar a questão, foi concluída, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças² (Convenção da Haia³), em outubro de 1980. O Brasil aderiu a este tratado em 1999, sendo o Decreto nº 3.413, que promulga a Convenção da Haia entre nós, datado de 14 de abril de 2000. Os Estados Unidos da América (Estados Unidos), por sua vez, assinaram o tratado em 1981, tendo a mesma entrado em vigor, após ratificação, em 1988.

1 Ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

2 Para os fins do presente ensaio, e seguindo-se a linha do artigo 4º da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, utilizar-se-á o termo “criança” como correspondente à pessoa com 16 anos incompletos. Vide artigo 4º da Convenção: “A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.” Quando a expressão “criança”, neste ensaio, for utilizada com conteúdo diferente deste, será feita ressalva expressa no texto. Há teóricos que afirmam que este tratado deveria ser alterado para aplicar-se às pessoas até 18 anos incompletos, na linha da Convenção da ONU de 1989 sobre o Direito da Criança. No entanto, entende-se que alteração desta natureza teria eficácia mais teórica do que prática – uma vez que pessoas entre 16 e 18 anos não são removidas ou retidas, com facilidade, contra sua vontade – promovendo consistência e deixando o tratado de ter uma “abordagem centrada no Estado” (state-centered approach), para passar à promoção de uma abordagem transnacional, global. SCOTT, Alisson. *From a State Centered Approach to Transnational Openness: Adapting the Hague Convention with Contemporary Human Rights Standards as Codified in the Convention on the Rights of the Child*. Indiana Global Journal of Legal Studies, vol. 11, Issue 2, p. 233-256, Summer 2004, p. 252-253.

3 Para evitar cansar o leitor, para designação de tal tratado serão utilizados, preferencialmente, os termos “Convenção da Haia” e “Convenção da Haia de 1980”.

De acordo com o artigo 1º da Convenção da Haia, seus objetivos são: “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;” e “b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante”.⁴ Os requisitos para que a transferência ou retenção de uma criança em país diferente daquele em que possui residência habitual seja ilícita encontram-se descritos no artigo 3º do tratado e relacionam-se, especialmente, ao “direito de guarda” efetivamente exercido e que foi violado por aquele que subtraiu⁵ a criança de seu local de residência habitual.

O tratado determina que, para os seus fins – ou seja, para os casos de subtração internacional de crianças que incidem em seu espectro de abrangência – o “direito de guarda compreenderá os direitos relativos com o cuidado da criança e, em especial, o direito de decidir sobre o local de sua residência”.⁶ Ganha relevo, portanto, a definição do “direito de guarda” especificamente para os fins da Convenção da Haia de 1980, uma vez que se tem percebido que a compreensão inadequada de tal instituto vem levando alguns de seus aplicadores a incorrer em equívocos. Pretende-se esclarecer que o direito de guarda, para a Convenção da Haia, possui conceituação diferente daquela presente nos ordenamentos jurídicos dos países – embora a nomenclatura seja, em muitos casos, semelhante. Assim, o “direito de guarda”, neste tratado, coexiste com os “direitos de guarda” domésticos, sem, no entanto, com

4 Para além do combate à subtração internacional de crianças, a Convenção da Haia também apresenta como objetivo a garantia do direito de acesso (ou direito de visitação) a uma criança. Assim, mesmo em situações onde não se configurar subtração internacional ilícita de criança poderá ocorrer cooperação jurídica internacional para garantia do direito de acesso (visitação) a uma criança que habite em local diferente daquele do requerente. Esse direito, na Convenção da Haia, tem conteúdo amplo e, por muitos, considerado demasiadamente vago, gerando inúmeras discussões. O aprofundamento do direito de visitação, no entanto, foge ao escopo do presente estudo.

5 Embora a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças traga, em seu título o termo “sequestro”, o fato é que o mesmo não aparece, na versão vernacular, em nenhum outro dispositivo do tratado. São comuns as críticas à utilização deste termo que, em nossa cultura, evoca noções muito mais próximas do Direito Penal do que do Direito Civil. Uma vez que o tratado regula exclusivamente os aspectos civis do “sequestro” internacional de crianças, entende-se mais adequado seja evitada a utilização do termo “sequestro” – substituindo-o por “subtração”. Subtração seria gênero, do qual transferência e retenção seriam espécies. A versão oficial do documento, em inglês, faz uso do termo “abduction”, e não da palavra “kidnapping” – esta última, mais comumente utilizada para designar o crime de sequestro. No presente ensaio, “sequestro” e subtração serão utilizados como sinônimos, para evitar cansar o leitor com a repetição de uma única palavra; no entanto, preferir-se-á a utilização do termo “subtração”, sempre que possível. Em relação ao termo “sequestrador(a)” embora este evoque conteúdo pejorativo, serão utilizados, como sinônimos, os termos “genitor sequestrador”(que ainda possui tom pejorativo acentuado) e o termo inglês “taking parent”. Em relação ao outro genitor, preferir-se-ão as denominações “left behind parent” ou “genitor abandonado”.

6 Artigo 5º da Convenção da Haia de 1980.

estes se confundir. A ambiguidade da nomenclatura, além de confusões, pode gerar indevido estreitamento do conceito “internacional” de “direito de guarda” – “direito convencional de guarda”⁷ – que, entende-se, tem conteúdo e alcance próprios delimitados no texto da Convenção da Haia quanto ao tema da subtração internacional de crianças.

Em maio de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (Suprema Corte) decidiu, definitivamente, um caso de subtração internacional ilícita de criança, com fundamento na Convenção da Haia, apresentando interpretação do “direito convencional de guarda” que se considera tecnicamente irretocável e que deverá – enquanto o tratado não for alterado – ser aplicada por todos os Estados-Parte. Trata-se do Caso *Abbott v. Abbott*, cuja apresentação e análise é o principal objeto do presente estudo. Considera-se o impacto deste julgado indiscutível, tendo o mesmo sido objeto de comentários, inclusive, durante a última reunião da Comissão Especial de Revisão da Convenção da Haia de 1980⁸, cuja 1ª parte ocorreu em Junho de 2011, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Assim, esse ensaio inicia-se com a breve contextualização da Convenção da Haia de 1980 no âmbito da proteção internacional da infância, passando-se às discussões sobre o “direito convencional de guarda” nos campos acadêmico e prático. Após, o Caso *Abbott v. Abbott* será pormenorizado, para o alcance de conclusões relacionadas ao seu conteúdo e impacto desse julgamento na consolidação do conceito do “direito convencional de guarda” perante a comunidade internacional – com reflexos diretos na hermenêutica doméstica de tal conceito pelos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Parte deste tratado.

1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA INFÂNCIA, A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 E O “DIREITO CONVENCIONAL DE GUARDA”

As crianças⁹ e adolescentes são protegidos pelo Direito Internacional, tanto em sua vertente Pública quanto Privada. A fragilidade de tais indivíduos é a mola propulsora deste movimento especial de tutela.

7 O termo “direito convencional de guarda”, cunhado por esta subscritora, busca evidenciar, já a partir de sua nomenclatura, suas diferenças em relação aos “direitos domésticos de guarda”. O aprofundamento desta discussão ocorrerá no decorrer do presente artigo.

8 “Special Commission for the Monitoring and Review of the Operation of the 1980 Abduction Convention”.

9 Adotando-se, neste ponto, os critérios do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro – Lei nº 8.069/90 – entende-se criança como pessoa até 12 anos e adolescente como pessoa entre 12 e 18 anos. No decorrer do presente, no entanto, o termo criança segue, em regra, o conceito veiculado na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças: pessoa até 16 anos.

Cada ordenamento jurídico nacional confere um tratamento próprio a tais indivíduos, reflexo tanto de sua cultura e normatividade interna quanto do sistema protetivo criado e desenvolvido no seio da comunidade internacional, razão que recomenda o estudo conjugado de ambas as perspectivas (interna e internacional) e de sua interação. A proteção da infância, no âmbito internacional, encontra-se intimamente atrelada ao processo de internacionalização dos direitos humanos.

Dentro deste cenário, os indivíduos passam a destinatários de regras protetivas, criadas no âmbito do Direito Internacional. São merecedores de tutela específica, a ser imposta pela comunidade internacional e implementada por todos os seus integrantes, os Estados. As normas criadas para regulação dos direitos e deveres dos seres humanos no cenário internacional geraram a criação de um novo ramo do Direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁰ No ramo do Direito Internacional Público, a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança é o principal documento internacional de direitos humanos relacionado à proteção dos direitos da criança e que, até o momento, recebeu o maior número de ratificações.¹¹ A Convenção da ONU de 1989 possui disposições relacionadas à subtração internacional de crianças¹² e foi, até o momento, complementada por 2 protocolos.¹³

Igualmente no âmbito dos esforços voltados à uniformização das regras de Direito Internacional Privado a preocupação com bem-estar da criança tem sido muito marcante, em especial no século XX. Com a finalidade de conferir proteção jurídica às crianças também foram

10 Aponta-se que esse ramo surgiu, “para todos os propósitos práticos”, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas (Thomas Buergenthal, em Prólogo a TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI).

11 “Only two countries, Somalia and the United States, have not ratified this celebrated agreement. Somalia is currently unable to proceed to ratification as it has no recognized government. By signing the Convention, the United States has signalled its intention to ratify—but has yet to do so. As in many other nations, the United States undertakes an extensive examination and scrutiny of treaties before proceeding to ratify. This examination, which includes an evaluation of the degree of compliance with existing law and practice in the country at state and federal levels, can take several years—or even longer if the treaty is portrayed as being controversial or if the process is politicized. Moreover, the US Government typically will consider only one human rights treaty at a time. Currently, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women is cited as the nation's top priority among human rights treaties”. UNICEF, <http://www.unicef.org/crc/index_30229.html>, acessado em 05.09.2011. Apesar de os Estados Unidos não terem ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, o Presidente norte-americano assinou os dois Protocolos desta Convenção, em 05.07.2000, e vinte dias depois os enviou ao Senado para aprovação.

12 Nesse sentido vide, em especial, os artigos 9º a 12 e 29, parágrafo 1º, alínea “c” da Convenção da ONU de 1989.

13 O Primeiro Protocolo cuida do envolvimento de crianças em conflitos armados. O Segundo Protocolo trata da venda de crianças e da prostituição e pornografia infantis.

produzidos documentos convencionais sobre questões conflituais – processuais e materiais – criando regras uniformemente adotadas pelos Estados sobre os temas de competência jurisdicional internacional e escolha das leis aplicáveis – o Direito Internacional privado uniformizado e relativo aos direitos da criança.¹⁴

A proteção da infância tem sido a área que vem exigindo os maiores esforços da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conferência da Haia). Com mais de 60 Estados-Membros representando todos os continentes, este organismo internacional é uma organização intergovernamental de caráter global, cuja 1ª reunião data de 1893.¹⁵ Mescla de diversas tradições jurídicas, ela vem desenvolvendo instrumentos jurídicos multilaterais, buscando a unificação das regras de Direitos Internacional Privado. Já em 1902 foi aprovado tratado para proteção da infância, a Convenção para Regular a Tutela de Menores – substituída, em 1961, por um novo tratado.¹⁶

De todos os instrumentos produzidos sob os auspícios da Conferência da Haia, consideram-se os mais importantes, na tutela dos interesses da infância, na atualidade: 1. Convenção da Haia de 25.10.1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças¹⁷; 2. Convenção da Haia de 29.05.1993 relativa à Proteção da Criança e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional; 3. Convenção da Haia de 19.10.1996 relativa à Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças¹⁸; 4. Convenção da Haia de 23.11.2007 relativa à Cobrança Internacional de Alimentos para as Crianças e Outros Membros da Família.¹⁹ À evidência, todos esses documentos

14 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80.

15 Tendo se tornado uma organização internacional permanente em 1955.

16 E este último, por sua vez, foi sucedido pela Convenção de 1996 sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas para Proteção de Crianças, da qual o Brasil, até o momento, não é Estado-Parte. Após a aprovação da Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança, a Conferência da Haia decidiu pela revisão da Convenção de 1961, levando à criação do tratado de 1996.

17 Entre os instrumentos adotados pela Conferência da Haia, essa foi a convenção que recebeu o maior número de ratificações.

18 Essa Convenção veio, dentre outros aspectos, aperfeiçoar, complementar e fortalecer as disposições da Convenção da Haia de 1980. No entanto, até o momento, tal tratado teve um número baixo de adesões.

19 O Brasil, até o momento, ratificou dois desses documentos (Convenção da Haia de 1980 e Convenção da Haia de Adoção Internacional), tendo-os integrado ao seu ordenamento jurídico interno. Aponta-se, ainda, que o Brasil participou ativamente das negociações que culminaram na elaboração da Convenção da Haia de 23.11.2007 relativa à Cobrança Internacional de Alimentos para as Crianças e Outros Membros da Família.

buscam tutelar o bem-estar das crianças, tendo como objetivo principal a uniformização de regras para solução de conflitos que atinjam mais de um ordenamento jurídico, ou seja, mais de um país, e que digam respeito aos mais diversos aspectos que possam envolver crianças.

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – Convenção da Haia de 1980 – pretende combater a transferência ou retenção de crianças, geralmente cometida por um de seus genitores, em país diferente daquele em que ela habitualmente reside, gerando-lhe, em consequente, bem-estar, já que ela deverá permanecer inserida no ambiente cultural e familiar com o qual está inserida e acostumada. As consequências da subtração de crianças são prejudiciais para estas últimas²⁰: ela é removida não somente do contato com o outro genitor, mas também de seu ambiente sócio familiar, sendo transferida para uma cultura com a qual não possui laços. Tais diferenças, somadas à distância física (entre o país de residência habitual e aquele para o qual ela é transferida ou retida) geralmente envolvida, podem tornar a localização (e restituição) de crianças internacionalmente subtraídas complexa e problemática. O tratado foi aprovado na 14ª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em 25 de outubro de 1980, em votação unânime dos Estados presentes.²¹ No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 3.413/2000.²² Este tratado funda-se em dois pilares principais: i) a criação de um sistema de cooperação entre Autoridades Centrais, e; ii) a previsão de um procedimento célere para a restituição da criança ao país de sua residência habitual.

Atualmente esse convênio conta com 86 Estados Contratantes, sendo que, dentro destes, 23 países, apesar de não serem membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, participam do tratado.²³ A revisão da convenção fica a cargo da Comissão Especial de visão da Convenção da Haia de 1980²⁴, que se reúne periodicamente.²⁵

20 Tradução livre do termo “left behind parent”, cunhado pelos operadores do tratado.

21 Entrou em vigor, internacionalmente, em 01.12.1983.

22 Tendo passado a vigorar no ordenamento jurídico pátrio em 01.01.2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em 15.09.2011.

23 “Status table” da Convenção da Haia de 1980. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24>. Acesso em: 11.09.2011.

24 (“Special Commission for the Monitoring and Review of the Operation of the 1980 Abduction Convention”)

25 Até o momento a Comissão Especial de Revisão reuniu-se 6 vezes: 1989, 1993, 1997, 2001, 2006 e 2011. Em 2002 ocorreu uma sessão “extraordinária” da Comissão Especial. Os relatórios e conclusões

Tais encontros²⁶ levam em consideração a operacionalização do tratado nos Estados, discutindo problemas de ordem prática, bem como questões de interpretação que surgem na aplicação da Convenção da Haia de 1980 pelo globo.²⁷

A convenção funda-se nas premissas de que, salvo em circunstâncias excepcionais, a transferência ou retenção de uma criança para outro país não atende a seus interesses, e que o retorno dela ao seu Estado de residência habitual é a medida que promoverá tais interesses, garantindo tanto o direito da criança de ter contato contínuo com seus dois genitores quanto que qualquer questão ligada à guarda ou visitas só seja tomada pela jurisdição mais apropriada – aquela do local de residência habitual. O tratado não tenciona tirar as crianças, de forma permanente, do genitor sequestrador, nem tampouco puni-lo.²⁸ Todos os esforços são voltados para que a criança mantenha contato com ambos os genitores, uma vez que é comum que subtrações internacionais ocorram em razão de um dos genitores ter seu acesso à criança frustrado.

O bem-estar das crianças encontra-se substancialmente condicionado à estabilidade e segurança dos laços existentes, de dependência e afeição, entre estas e seus genitores e à integridade da rede de relacionamentos sociais e culturais por elas formados na comunidade em que está habitualmente inserida.²⁹ O tratado também se funda na premissa de que o retorno da criança não deve consistir numa decisão sobre os méritos do direito de custódia (fundo do direito de guarda), nem tampouco prejudicar tal direito.³⁰ É uma ordem de

destas reuniões estão disponíveis em http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=2&cid=24. Acessado em 11.09.2011.

26 Sua finalidade engloba a aproximação dos membros das diferentes Autoridades Centrais, permitindo a criação e fortalecimento dos laços entre tais pessoas, facilitando a troca de informações entre seus órgãos e a solução de eventuais problemas bilaterais que surjam na aplicação do tratado. Além disso, é possível que os Estados tomem contato com problemas enfrentados por outros países, podendo participar do alcance das soluções; possam “expor”, politicamente, os Estados-Parte, para que implementem adequadamente o tratado (BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 239-240).

27 SILBERMAN, Linda. Interpreting the Hague Abduction Convention: In *Search of a Global Jurisprudence*. IILJ Working Paper 2005/5, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=723161>, p. 4. Acessado em 15.08.2011.

28 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 262.

29 SHAPIRA, Amos. Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 214, v. II, p. 139, 1989.

30 DYER, Adair. International Child Abduction by Parents. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 168, Vol. III, 1980, p. 253.

natureza diversa, determinando o retorno da criança para a jurisdição mais apropriada para averiguações e determinações relativas aos direitos de guarda e visita.

Diante da subtração internacional de uma criança a Convenção da Haia prevê o deferimento de ordem de restituição, desde que ausentes as hipóteses – também previstas no próprio tratado – que excepcionam o retorno da criança. Ter-se-á subtração internacional quando uma criança for ilicitamente retida ou tiver sido transferida para Estado diferente daquele em que ela possui residência habitual.³¹ A transferência ou retenção de uma criança será ilícita, por sua vez, quando ocorrer em violação a direito de guarda atribuído a pessoa³² pelo ordenamento jurídico do país onde a criança tinha sua residência habitual antes de sua transferência (ou retenção). Além disso, tal direito de guarda deveria estar sendo exercido de maneira efetiva³³ no momento da transferência ou da retenção – ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

A atribuição do “direito de guarda” protegido pela Convenção da Haia de 1980, ainda de acordo com o artigo 3º do tratado, deve-se dar em conformidade com o ordenamento jurídico do local de residência habitual da criança, seja por decisão judicial (ou administrativa), por um acordo em vigor em conformidade com esse ordenamento jurídico ou, por fim, por uma atribuição de pleno direito.³⁴ E no artigo 5º do tratado encontra-se o conteúdo do “direito de guarda para os fins da convenção”.

Conforme mencionado, esta subscritora vem utilizando, nos casos submetidos à Convenção da Haia de 1980, a expressão “direito convencional de guarda”, buscando diferenciá-lo, já a partir de sua nomenclatura, de seus homônimos existentes nos diversos ordenamentos jurídicos internos. A inclusão do termo “convencional” ao termo busca esclarecer que se trata do direito de guarda com o conteúdo e alcance

31 É comum, especialmente em instrumentos internacionais multilaterais, a existência de conceitos vagos, cuja conceituação não é feita no corpo do texto. No âmbito da Convenção da Haia, a “residência habitual” é um destes termos, cujo conteúdo vem sendo, progressivamente, completado pelos teóricos e decisões judiciais. Embora este seja tema relevante, seu aprofundamento foge ao escopo do presente ensaio. Para os fins deste estudo, como residência habitual será considerado o país onde a criança tinha, antes do início da conduta ilícita (transferência e/ou retenção) seu principal centro de atividades – familiares, sociais, culturais etc. É exatamente o respeito à inserção da criança neste complexo sistema que a Convenção da Haia pretende proteger.

32 Instituição ou qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente.

33 Individual ou coletivamente.

34 Por atribuição de “pleno direito” entende-se qualquer disposição que se possa encontrar ou inferir do ordenamento jurídico do Estado de residência habitual.

que lhe foi dado pela Convenção da Haia e que se aplica aos casos de subtração internacional ilícita de criança que se enquadrem na moldura deste tratado. Entende-se necessária a nomenclatura proposta, na medida em que a simples menção a “direito de guarda”, presente no texto do tratado, pode levar à equivocada conclusão de que a “guarda” protegida pela convenção é aquela cujo conteúdo é disciplinado, livremente, por cada ordenamento jurídico doméstico. Por óbvio tal sugestão de nomenclatura não está isenta de críticas – em especial, à crítica de que por “direito convencional de guarda” pode-se entender o “direito de guarda” criado a partir de acordo (convenção). Apesar destas críticas, até o momento não se encontrou outro termo para designar a natureza “convencional” (no sentido de “criado pelo tratado”), razão pela qual seguir-se-á utilizando a forma “direito convencional de guarda” para designar o instituto “direito de guarda” previsto – e protegido – pela Convenção da Haia de 1980.

Reitera-se a importância desta diferenciação, uma vez que é possível que o “direito convencional de guarda” seja diferente do “direito de guarda” de um determinado Estado-Parte, o que tem como consequência a conclusão de que, neste Estado, mesmo que uma pessoa possua o “direito doméstico de guarda” ela poderá não titularizar o “direito convencional de guarda”; e vice versa: é possível que uma pessoa que não seja detentora – exclusiva ou de forma compartilhada – do “direito doméstico de guarda” seja titular do “direito convencional de guarda” e, em consequente, possa requerer, legitimamente, o retorno da criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual.

Segundo a Convenção da Haia de 1980, “nos termos da presente convenção: a) o direito de guarda compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança e, em especial, o direito de decidir sobre o lugar de sua residência”. Assim, nos casos em que se pretenda a aplicação deste tratado, a configuração da subtração ilícita passará, necessariamente, pela averiguação de que aquele que requer o retorno da criança titularizava e exercia, de maneira efetiva, no momento do início da ilicitude (ou devesse estar exercendo, se o ilícito não tivesse ocorrido), o “direito convencional de guarda”.

Conclui-se, portanto, que qualquer pessoa, organismo ou instituição que, de forma individual ou conjunta, exclusiva ou compartilhada, estivesse efetivamente exercendo³⁵, de acordo com o ordenamento jurídico do país de residência habitual da criança, no momento do início da ilicitude (transferência e/ou retenção) os

35 Ou devesse está-lo exercendo, se a transferência ou retenção não tivessem ocorrido.

“cuidados com a pessoa da criança” e/ou o “direito de decidir sobre o local de residência da criança” será titular do “direito convencional de guarda” e, em consequência, poderá pleitear a aplicação da Convenção da Haia de 1980 a deslocamento da criança envolvida – que deverá ser ordenado imediatamente pelo Estado de refúgio³⁶, a menos que ausente qualquer outro requisito ou presente alguma das exceções à ordem de restituição, previstas também no tratado.

Nota-se, por primeiro, que o conteúdo dado pela Convenção da Haia ao “direito convencional de guarda” parece mais amplo do que aquele conferido aos “direitos domésticos de guarda”. Nestes, é comum que o “direito de guarda” envolva, primordialmente, a custódia física da criança. Ou seja, será detentor do “direito doméstico de guarda”, em muitos países, aquele que se costuma denominar “cuidador primário” da criança. O tratado pretendeu incluir no “direito convencional de guarda” vários tipos de custódia³⁷ (dentre eles, a guarda, a custódia, tutela e várias formas de guarda conjunta³⁸ ou compartilhada), além de, em algumas circunstâncias, os direitos de visitação, acesso e poder familiar.

No Brasil, por exemplo, a “guarda” – que, também para evitar confusões prefere-se denominá-la de “custódia” – é comumente incluída como um dos atributos do “poder familiar”. No entanto, este último é mais amplo, abarcando outras prerrogativas e deveres – dentre os quais, entende-se, o “direito de decidir o local de residência habitual”.³⁹

36 País para o qual a criança foi ilicitamente transferida ou está sendo retida.

37 SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*. IILJ Working Paper 2005/5, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=723161>, pp. 6-7. Acessado em 15.08.2011.

38 Aponta-se que já foram proferidas “decisões que assentam no argumento de que nos casos de guarda conjunta (e qualquer que seja a origem da co-titularidade), porque ela não pertence em exclusivo a qualquer um dos pais, não haverá deslocação ilícita”, sendo legal a qualquer um dos pais “reter fisicamente consigo a filha, até que uma providência judiciária defina objectiva e terminantemente a situação, pois a lei em pé de perfeita igualdade considera ambos os progenitores co-exercentes do funcional poder de guarda da menos”. No entanto, não é este o entendimento mais adequado do tratado. Deve-se, ao contrário, considerar que “sempre que a guarda seja conjunta – em geral na constância do casamento, ou após a dissolução do matrimônio dos pais, sempre que seja convencionado o exercício comum do poder paternal – ou sempre que os pais, [...], o determinem, a deslocação da criança para o estrangeiro carecerá sempre do consentimento de ambos os progenitores [na forma definida por cada ordenamento jurídico doméstico], a não ser que seja decidido judicialmente de outro modo”. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. *A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças – Alguns Aspectos*. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (coord.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Lisboa: Almedina, 2005, p. 502.

39 É importante o aprofundamento da discussão sobre o ordenamento jurídico brasileiro, em especial se o “poder familiar” pátrio incluiria o direito de decidir o local de residência habitual da criança. No entanto, dados os limites do presente ensaio, tal questão deixará de ser abordada.

Assim, caso se esteja diante da subtração de uma criança que detinha o Brasil como residência habitual e que foi transferida ou está sendo retida ilicitamente em outro Estado-Parte, parece possível que qualquer pessoa que titularizasse e estivesse exercendo com efetividade os “cuidados com a pessoa da criança e/ou o “direito de decidir seu local de residência” possa requerer a restituição da criança para o Brasil – ainda que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, este não fosse titular do “direito doméstico de guarda”.

Ganha relevo, no tratamento destes casos, averiguar se aquele que requer o retorno da criança é titular do “direito convencional de guarda”, de acordo com o ordenamento jurídico do Estado de residência habitual. Ou seja, deve-se passar a analisar todo o Direito deste Estado, e não somente seu instituto do “direito de guarda”, já que é possível que alguma – ou ambas – as prerrogativas/deveres do “direito convencional de guarda” estejam contempladas em outros institutos deste ordenamento jurídico. É muito comum, nos mesmos moldes da legislação brasileira, que o “direito de decidir o local de residência da criança” não esteja incluído no “direito doméstico de guarda”, mas dentro do instituto do “poder familiar”. Reitera-se que, ainda que aquele que requer o retorno da criança ao país de residência habitual não seja o detentor – de forma exclusiva ou compartilhada – do “direito doméstico de guarda”, ele também poderá requerer legitimamente o retorno da criança, se comprovar ser possuidor dos “cuidados com a pessoa da criança e/ou o direito de decidir sobre seu local de residência”.

Assim, é possível – e muito comum, na prática – que a pessoa que requer a restituição não fosse, no local de residência habitual, o “cuidador primário” da criança. Em muitos casos, nota-se que aquele que subtraiu a criança era quem detinha, de forma exclusiva, os “cuidados com a pessoa da criança” – como visto, poder/dever comumente incluído nos “direitos domésticos de guarda”; ainda assim, estará configurada a subtração internacional da criança, uma vez que o genitor abandonado, detentor do direito de visitas e não destituído do poder familiar, seguia titularizando o “direito de decidir o local de residência habitual”. Em hipóteses tais, parece indiscutível que a ordem de restituição seja deferida, retornando-se a criança ao seu local de residência habitual. Em âmbito teórico, tem-se denominado o poder daquele que não detém os cuidados com a pessoa da criança, mas titulariza o direito de decidir seu local de residência, de “poder de veto”. No âmbito dos países de “common law”, utiliza-se o termo “direito *ne exeat*”.⁴⁰ E

40 Vide discussões abaixo.

aquele que tem o poder de veto (ou o direito “ne exeat”) – concedido a ele pelo ordenamento jurídico do país de residência habitual – passa a ser detentor do “direito convencional de guarda” e, portanto, é parte legítima a requerer a restituição da criança.

Já se encontrou posição segundo a qual tal interpretação seria inadequada, na medida em que poderia gerar a restituição de uma criança para pessoa que não deteria sua “guarda” (custódia física). Tal ponderação deve ser compreendida com cautela. O objetivo principal da Convenção da Haia de 1980 é o retorno da criança ao seu local de residência habitual, em respeito à sua integração a esse ambiente social, cultural, familiar etc. Além disso, também se busca respeitar a competência exclusiva das autoridades (judiciais e administrativas) do Estado de residência habitual para decidir as questões conflituosas a respeito do “direito de guarda” da criança (custódia, poder familiar, visitação etc.). Uma das mais importantes premissas em que se funda tal tratado é a de que as autoridades do Estado de residência habitual estão em posição mais adequada – tecnicamente, exclusiva – para tomarem as decisões mais importantes em relação à criança, na ausência de consenso entre seus responsáveis legais.

Em conclusão, para que se confirme se a pessoa que requer a restituição da criança titulariza o “direito convencional de guarda” deve-se averiguar se este detinha – no momento do início da ilicitude – qualquer de suas prerrogativas/deveres (cuidados com a pessoa da criança e/ou o direito de decidir sobre seu local de residência). Essa pesquisa será feita no ordenamento jurídico do local de residência habitual da criança – e nunca deve considerar o “direito doméstico de guarda” do Estado de refúgio (ou exclusivamente o “direito doméstico de guarda” do país de residência habitual). Por fim, tais poderes-deveres poderão originar-se de qualquer fonte admitida por este Direito: legislação, decisão judicial ou acordo.

Reitera-se a importância em separar os conceitos da convenção daqueles de denominação ou conteúdo semelhante (ou análogo) nos ordenamentos jurídicos internos. Trata-se do fenômeno da “autonomia de conceitos” nos tratados de Direito Internacional Privado. O “direito de guarda” – ou, mais propriamente, o “direito convencional de guarda”, afastando-se eventuais confusões terminológicas – é um conceito importante na sistemática da Convenção da Haia de 1980, fundado em definição autônoma cuja consequência é o retorno imediato da criança envolvida ao seu país de residência habitual.

A teoria parece considerar óbvio que os negociadores do tratado pretenderam que um genitor dotado do direito de restringir a realocação

da criança em outro país fosse incluído na definição do artigo 5º, entre aqueles que possuem “direito de guarda”. As definições domésticas de “direito de guarda” não são necessariamente equivalentes ao conceito criado no artigo 5º, alínea “a” do tratado, tendo os Estados-Parte acordado em determinar a restituição da criança vítima de subtração internacional ao seu país de residência habitual sempre que configurada violação ao “direito convencional de guarda” titularizado pelo genitor abandonado.⁴¹

Apesar da clareza da mensagem do tratado, até recentemente o conteúdo e alcance do “direito convencional de guarda”, nos termos expostos acima, ainda contavam com alguns opositores, cujas posições se consideram equivocadas. O Relatório Explicativo da Convenção da Haia, elaborado por Eliza Pérez-Vera⁴² e publicado em 1982, adotando linguagem que se considera propositadamente ampla, menciona que durante a negociação do texto a posição majoritária apontava para a conclusão de que não ocorreria subtração ilícita de criança quando de sua transferência ou retenção para outro país pelo detentor do direito de custódia. Conforme mencionado, tal afirmação deve ser vista em termos, levando-se em consideração que o titular do direito de visitação também pode seguir detendo o “direito de decidir o local de residência habitual da criança”, por força do direito do Estado de residência habitual.

Assim, infelizmente inexistiria, até o momento, absoluta uniformidade na aplicação da Convenção da Haia de 1980 nos países signatários. Não existe nenhuma instituição ou tribunal supranacional apto a guiar ou solucionar controvérsias acerca da interpretação da Convenção da Haia de 1980.⁴³ Assim, são as Autoridades Centrais, órgãos julgadores e demais autoridades internas, de cada país, que ficam incumbidas da tarefa de conferir efetividade – e, sempre que possível, a

41 SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*. IILJ Working Paper 2005/5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=723161>>, p. 19–20>. Acesso em: 15.08.2011.

42 Há teóricos que incluem o Relatório Explicativo dentre os “trabalhos preparatórios” (BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 234). Apontam que sua principal função é conferir esclarecimentos à Convenção, explicando, por exemplo, porque um dispositivo foi redigido de uma específica maneira. Ressaltam, no entanto, que o relatório foi redigido após a XXIVª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e, portanto, não foi aprovado pela Conferência. Em sentido estrito, o documento reflete somente a interpretação de sua redatora. Documento disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/exp128.pdf>>. Acesso em: 26.09.2011.

43 Há autores, inclusive que têm dúvidas quanto à propriedade do julgamento, por um órgão internacional, de questões ligadas à família, em especial quanto à custódia, onde a celeridade (e imparcialidade) é essencial. BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 239.

desejável uniformidade – ao tratado. Ganha relevo, portanto, a análise da teoria e jurisprudência produzidas nos Estados-Parte sobre o tema.

Em relação à interpretação, portanto, é importante considerar o papel dos órgãos julgadores ao interpretarem as regras do tratado para o alcance de decisão de casos relativos à subtração internacional de crianças. Se, de um lado, o Juiz que decide uma demanda desta natureza está pronunciando-se sobre uma lei interna – uma vez que a Convenção da Haia de 1980 foi internalizada ao ordenamento jurídico dos Estados-Parte, sendo, portanto, um aspecto da legislação doméstica do país – ao mesmo tempo o mesmo o órgão julgador está engajado no exercício e desenvolvimento do Direito Internacional, já que o tratado é, por si, a materialização desse Direito.⁴⁴ A uniformidade da aplicação, portanto, passa a apresentar, pelo menos, 2 vertentes: a) a interpretação e aplicação interna, de maneira uniforme, de todos os tratados acima mencionados, pelos operadores jurídicos domésticos, e; b) a interpretação de aplicação uniforme de um mesmo tratado, pelas autoridades de seus Estados-Parte. Se os casos fundados na Convenção da Haia de 1980 ficarem sujeitos a abordagens e perspectivas nacionais muito variáveis, o alcance dos principais objetivos da convenção – quais sejam, impedir subtrações e garantir que as discussões ligadas ao fundo do direito de guarda sejam travadas somente perante as autoridades do local de residência habitual da criança – será obstaculizado.

Embora a uniformidade na aplicação de tratados de Direito Internacional Privado – e, especificamente, da Convenção da Haia de 1980 – seja situação constantemente buscada, há dúvidas, ainda, se o alcance de uma denominada “jurisprudência global” seria possível, no âmbito deste tratado. Se algum dia ela for alcançada, será imperioso que as cortes domésticas compreendam a função dos “conceitos autônomos” veiculados nesta convenção, devendo decidir levando em consideração, além dos “precedentes nacionais”, as decisões proferidas pelas cortes e tribunais estrangeiros.

É neste âmbito que ganha relevo a decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no Caso *Abbott v. Abbott*. Entende-se tratar de decisão tecnicamente precisa, que lidou com a conceituação do “direito convencional de guarda” de maneira “definitiva” – circunstância que, somada à respeitabilidade que tal órgão julgador possui, vem trazer contribuição da mais alta relevância à consolidação – nos âmbitos internacional e doméstico – do “direito convencional de guarda”.

44 SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence*. ILLJ Working Paper 2005/5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=723161>> p. 9. Acesso em: 15.08.2011.

2 CASO ABBOTT V. ABBOTT

Em maio de 2010, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, a questão da extensão do “direito convencional de guarda” foi novamente debatida. Trata-se do Caso Abbott v. Abbott⁴⁵, no qual, por uma maioria de 6 votos contra 3, entendeu-se que a Convenção da Haia de 1980 enquadra o “direito *ne exeat*” (aquele que garante que a alteração do local de residência de uma criança, em especial de um país para outro, depende da anuência de ambos os genitores, mesmo que a custódia física da criança tenha sido deferida, com exclusividade, a apenas 1 deles⁴⁶) no “direito convencional de guarda”, possibilitando o imediato retorno da criança ao país de residência habitual, a partir de requerimento do genitor abandonado – detentor, por exemplo, de direito de visitação somado à proteção conferida pela cláusula “*ne exeat*”. Esse foi primeiro caso internacional de família submetido à Suprema Corte. No entanto, a decisão proferida confere mais importância à interpretação da convenção do que à disputa de custódia que iniciou a discussão.

A partir da leitura das decisões tomadas pela Suprema Corte dos EUA⁴⁷ e da Corte de Apelações para o 5º Circuito⁴⁸ depreende-se que o pai da criança, Timothy Abbott, cidadão britânico, casou-se com Jacquelyn Abbott, norte-estadunidense, em 1992, na Inglaterra. Seu filho nasceu em 1995, no Havaí. A partir de 2002 a família passou a residir no Chile. A separação do casal ocorreu em 2003, tendo as cortes de família no Chile concedido à mãe a custódia física da criança e ao pai o direito de visitação. Foram proferidas ordens judiciais sucessivas: a primeira, datada de janeiro de 2004, conferiu ao pai o direito de visitação; em novembro de 2004, determinou-se às partes e à criança que se submetessem à terapia, negando-se o pedido do pai de obter a custódia da criança e conferindo todos os direitos de custódia à mãe; em fevereiro de 2005, os direitos de visitação do pai foram ampliados; a partir de um pedido da mãe, o Poder Judiciário chileno proibiu, expressamente, a remoção da criança do Chile por qualquer dos genitores, sem o consentimento do outro genitor.

45 Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>>. Acesso em: 20.09.2011.

46 Entende-se que a “cláusula *ne exeat*” aproxima-se do “direito de veto”, mencionado acima.

47 Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>>. Acessado em: 25.08.2011.

48 Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C07/07-50967-CV0.wpd.pdf>>. Acessado em: 17.09.2011.

A última ordem, mencionada, acima, veiculou, expressamente, uma ordem “ne exeat” que, no âmbito do direito de família, significa um remédio de equidade que impede uma pessoa de sair do território com uma criança (ou propriedade) ou removê-la da jurisdição de seu Estado.⁴⁹ Trata-se de um conceito comum aos países que integram o sistema de “common law”. Além da disposição expressa em decisão judicial exarada pela corte chilena, no Caso Abbott, a legislação deste país determina que, ainda que tenha sido conferida a custódia de uma criança a um dos genitores, qualquer saída da primeira do território chileno depende da autorização expressa do genitor que titulariza os direitos de visitação. Na ausência de consentimento deste último, o genitor que detém a custódia da criança poderá pleitear, ao Poder Judiciário chileno, seja suprido o consentimento faltante, autorizando-o a remover a criança para outro país por um período determinado de tempo.

Assim, a legislação chilena conferiria os mesmos direitos que aqueles mencionados pela ordem judicial em sua ordem “ne exeat”. Ainda em 2005, a mãe e a criança deixaram o Chile sem o consentimento paterno. O genitor abandonado passou a tentar localizar ambos, já que seu paradeiro vinha sendo ocultado pela mãe sequestradora.

Em fevereiro de 2006, a mãe da criança iniciou, no Texas, processo de divórcio, onde logrou obter uma modificação dos direitos paternos relacionados à criança, incluindo poder absoluto, em favor dela, de determinar o local de residência da criança, além de uma ordem determinando que a visitação do pai deveria ser supervisionada, e apenas no Texas. O genitor abandonado, então, ingressou com nova demanda perante a corte estadual texana, requerendo direito de visitação e que a mãe da criança demonstrasse as razões pelas quais ela não permitira que a criança retornasse ao Chile com seu pai. Sua tese era a de que a ordem “ne exeat” (judicial e legislativa) lhe conferia o “direito convencional de guarda” definido pela Convenção da Haia de 1980. A corte, no entanto, negou o pedido do Sr. Abbott, mas concedeu-lhe “períodos livres de posse da criança”, desde que ambos – o pai e o menino – não saíssem do território texano. Em 2º grau de jurisdição a sentença foi mantida.

Nos Estados Unidos a implementação da Convenção da Haia de 1980 deu-se por intermédio do ICARA – “International Child Abduction Remedies”, legislação federal. De acordo com tal diploma, em qualquer medida fundada neste tratado para restituição de crianças

49 GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Estados Unidos da América: West, 2009, p. 1131-1132.

ao seu país de residência habitual o requerente deverá provar, “pela preponderância das evidências/provas”, que a criança em questão tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do tratado. Segundo a Corte de Apelações do 5º Circuito, no julgamento proferido em 2008, o “direito convencional de guarda” inclui o direito de determinar o local de residência da criança. No entanto, concluiu – mantendo a sentença proferida em 1ª instância – que as ordens “ne exeat” e as disposições legais desta natureza não seriam “direitos de custódia” para os fins da Convenção da Haia de 1980. Foram citados precedentes de outras cortes, dentre os quais os casos *Croll v. Croll*, *Whallon v. Lynn* e *Furnes v. Reeves*, que serão analisados em tópico posterior.

Retomando a argumentação apresentada em 1ª instância, a Corte de Apelações mencionou que o genitor abandonado não teria direitos, protegidos pela legislação chilena, ligados às decisões que afetam os cuidados da criança – “responsabilidade parental”, segundo o órgão julgador. Em 1º instância concluiu-se que a ordem “ne exeat” do genitor abandonado não lhe conferia “direito de custódia”, mas, tão-somente, poder de veto sobre locais específicos de residência que a mãe da criança selecionasse. Assim, a ordem “ne exeat” não seria suficiente para criar o “direito de custódia” que garanta a proteção tencionada pela Convenção da Haia de 1980.

A Suprema Corte dos EUA, órgão máximo do Poder Judiciário deste país, no entanto, reverteu, em julgamento majoritário, as conclusões das instâncias inferiores. Considerando o caso de alta relevância, admitiu analisá-lo para, no voto condutor do “Justice”⁵⁰ Anthony Kennedy (acompanhado por outros 5 “Justices”⁵¹), afirmar-se que o direito “ne exeat” titularizado pelo genitor varão é direito de custódia de acordo com a Convenção da Haia de 1980 (incluído, portanto, no “direito convencional de guarda”). Para o alcance desta conclusão, o voto menciona que foram tomados em conta o texto e os propósitos do tratado, a posição do Departamento de Estado dos EUA (Autoridade Central dos EUA para a Convenção da Haia de 1980, que apresentou à Suprema Corte dos EUA sua manifestação, na qualidade de “amicus curiae”⁵², apoiando a posição do genitor abandonado) e decisões tomadas por outros Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980.

50 Denominação conferida aos juízes que integram a Suprema Corte dos EUA.

51 Dentre os quais, o “Justice” Sotomayor que, ainda Juiz de 2ª instância, apresentou voto contrário ao julgamento do Caso *Croll v. Croll*.

52 Durante o julgamento deste caso foram apresentados vários relatórios de “amicus curiae”, tendo um deles sido apresentado pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, defendendo a posição do genitor abandonado. Na última sessão da Comissão Especial de Revisão da Operação Prática da

O voto condutor se inicia pela literalidade do artigo 5º do tratado, apontando que este define “direitos de custódia/guarda” pela inclusão dos cuidados com a pessoa da criança e, em particular, o direito de determinar seu local de residência. A legislação chilena – explicitada e reforçada pela ordem judicial exarada pela corte chilena – garante ao genitor abandonado o direito conjunto de decidir o país de residência da criança, conhecido nos países de “common law” como “direito *ne exeat*”. Também chegou às mãos da Suprema Corte manifestação de representante de agência chilena ligada ao tema da subtração de crianças, explicitando que o dispositivo em discussão da Lei de Menores de seu país é um direito de autorizar a saída da criança do Chile e essa regra significaria que nenhum dos genitores poderia unilateralmente definir o local de residência da criança.⁵³

Segue o voto condutor afirmando que o direito conjunto do genitor abandonado de determinar o país⁵⁴ de residência de seu filho é melhor classificado como “direito de custódia conjunta/compartilhada”, na forma em que o mesmo é definido pela Convenção da Haia de 1980 – uma vez que o tratado, ao definir o “direito convencional de guarda”, inclui nele o “direito de decidir o local de residência da criança”. E a Suprema Corte vai além, entendendo, categoricamente, que o “direito *ne exeat*” titularizado pelo genitor abandonado confere-lhe tanto o direito de decidir o local de residência da criança quanto os “direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança”⁵⁵, ambos em conjunto com a mãe sequestradora. Aponta que o “direito *ne exeat*” não se enquadraria nas noções tradicionais de custódia física, embora seja cada vez mais comum a custódia compartilhada da criança, que pode adotar diferentes

Convenção da Haia de 1980, ocorrida em junho de 2011, no entanto, houve intenso debate, entre os Estados-Parte, acerca da possibilidade desta organização internacional dirigir-se diretamente a órgãos julgadores externos (internacionais ou estrangeiros). A discussão, no entanto, não ocorreu no âmbito do Caso Abbott, mas relacionou-se, mais diretamente, ao julgamento do Caso Rabban v. Romênia pela Corte Europeia de Direitos Humanos. O aprofundamento teórico desta questão, no entanto, foge ao escopo do presente estudo.

53 O “valor” de tal carta, como “affidavit” também mereceria aprofundamento que, no entanto, foge ao escopo do presente ensaio. O voto dissidente, como será visto, discute o “valor” de tal manifestação.

54 Neste ponto, o voto considera que o texto do tratado, ao mencionar “local de residência” (“place of residency”) inclui não somente o bairro, a cidade e o estado mas, também o país onde a criança foi alocada. Embasa sua conclusão na circunstância de ser o tratado voltado à prevenção e combate da subtração internacional de crianças. O voto dissidente, conforme será visto, também neste ponto discorda da conclusão majoritária adotada pela Suprema Corte.

55 Esta subscritora, no entanto, ainda possui certa resistência à inclusão dos cuidados com a pessoa da criança sob titularidade do genitor que detém o direito de visitação aliado a um poder de veto (ou “direito *ne exeat*”). No entanto, concorda que a posição adotada pela Suprema Corte dos EUA, neste ponto, garante ampliada efetividade à Convenção da Haia de 1980.

formas, por exemplo, quando os cuidados da criança são conferidos a um dos genitores, enquanto ambos seguem compartilhando a autoridade quanto as decisões relacionadas ao seu bem-estar. Deve ser adotado exclusivamente o conceito veiculado pelo tratado, abandonando-se as definições domésticas que podem ou não, coincidir com o primeiro. Essa abordagem uniforme, fundada na literalidade da convenção, garante consistência internacional na interpretação do tratado.

Em relação ao exercício efetivo do “direito convencional de guarda” imposto pela convenção àquele que pretende a restituição da criança, a Suprema Corte mencionou que o “direito *ne exeat*” é, por natureza, rudimentar, em estágio inicial (“*inchoate*”) e, em consequência, não possui “força operativa” até que o outro genitor tente remover a criança do país. Criticou-se a decisão tomada pelas instâncias inferiores, afirmando que a posição por elas adotada torna o tratado sem sentido, em muitas das hipóteses onde este se mostra mais necessário. As posições que aproximariam o “direito *ne exeat*” do direito de acesso/visitas seriam, ainda, “ilógicas e fora de contexto”, uma vez que o primeiro difere, diametralmente, do segundo, na medida em que este último, nos termos, do tratado, diz respeito a retirada de uma criança de seu país de residência habitual para outro, por um período *determinado* de tempo – enquanto o primeiro refere-se a qualquer alteração territorial da criança, seja por período determinado ou indeterminado. Em relação à alegação de que, neste caso, o “direito *ne exeat*” foi fixado apenas para garantir a jurisdição do Poder Judiciário chileno, o voto condutor mencionou que tal circunstância não retiraria ao genitor abandonado o direito de se opor à remoção da criança.

Na averiguação do tratamento do tema por outros Estados-Partes – investigação que se considera salutar e essencial nos casos envolvendo a aplicação da Convenção da Haia de 1980 – a Suprema Corte concluiu que muitos países, como Inglaterra, Israel, Alemanha, Áustria e África do Sul, incluem o “direito *ne exeat*” no âmbito do “direito convencional de guarda”, sem deixar de mencionar que no Canadá a situação é diferente e, na França, a questão ainda está dividida. O voto condutor aponta que os teóricos concordam quanto à emergência de um consenso internacional de que os “direitos *ne exeat*” estão incluídos no “direito convencional de guarda”, ainda que tal visão não tenha sido formulada quando da negociação do tratado. Contextualizando o período de gestação da Convenção da Haia de 1980, o voto condutor menciona que, à época, os acordos de “guarda compartilhada” não eram comuns em muitos Estados-Parte e os “direitos *ne exeat*” não eram ainda bem compreendidos.

Em relação ao Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, elaborado por Eliza Perez-Vera, o voto considera que algumas passagens de textos dessa natureza podem afastar-se da avaliação objetiva das negociações do tratado, apresentando pontos subjetivamente construídos por sua autora. No entanto, nota que o relatório apoiaria a conclusão de que os “direitos *ne exeat*” integram o “direito convencional de guarda”, na medida em que reconhece que merecem proteção todas as formas pelas quais a custódia de crianças pode ser exercida, adotando-se interpretação flexível de seus termos que permita que o maior número de casos seja apresentado com base no tratado.⁵⁶ Em conclusão, o “direito *ne exeat*” seria apenas uma das muitas formas pelas quais o “direito convencional de guarda” seria exercido.

Adotando o princípio preambular do tratado pelo qual os “melhores interesses das crianças” serão mais adequadamente atendidos quando as decisões relativas ao fundo do direito de guarda são tomadas pelo país de sua residência habitual, o voto condutor alerta os juízes a sempre evitarem tendência comum de preferir sua própria cultura e sociedade – em detrimento daquelas do país de residência habitual –, comportamento que não deve interferir na consideração objetiva de todos os fatores que devem ser sopesados na definição do melhor interesse da criança. A neutralidade judicial é presumida pelo mandato do tratado e não se deve permitir que um dos genitores escolha, unilateralmente, qual Estado irá decidir tais questões. Por fim, diante das circunstâncias acima pormenorizadas e da ausência de comprovação, pela genitora sequestradora, da incidência de quaisquer das exceções à obrigação de retorno imediato da criança ao Chile⁵⁷, a ordem de retorno passa a ser a única medida – e a mais adequada – cabível ao caso.

A votação na Suprema Corte, no entanto, não foi unânime. O “Justice” Stevens apresentou voto dissidente, tendo sido acompanhado por outros 2 integrantes deste órgão julgador. O primeiro argumento do voto dissidente diz respeito à ausência de poderes do genitor abandonado para decidir onde a criança estudaria; sobre a adoção de algum procedimento médico especial; sua educação religiosa ou se a criança poderia jogar videogame antes de terminar seus deveres de casa. Partiu-se da premissa de que somente a genitora sequestradora

⁵⁶ Foram mencionados, também pelo voto condutor, vários outros documentos preparados no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que apoiam suas conclusões. Vários deles, em especial aqueles originados das Reuniões da Comissão Especial para Revisão Prática da Convenção da Haia de 1980, serão apresentados no decorrer do presente ensaio.

⁵⁷ Previstas nos artigos 12, 13 e 20 do tratado.

possuiria tais direitos, uma vez que a ela fora concedida, pelo Poder Judiciário chileno, a custódia exclusiva da criança, e que o genitor possuiria apenas o poder de vetar a remoção da criança – que seria uma norma automática e padrão do sistema jurídico chileno –, direito este que não lhe garantiria autoridade legal sobre a criança.

Também remontando ao período de negociação do tratado, o voto dissidente considerou que a principal preocupação de seus negociadores foi combater os abusos cometidos pelo genitor que não detinha a custódia da criança (“noncustodial parent”), quando este buscava, com a transferência ou retenção ilícita da criança, furtar-se ao cumprimento das ordens judiciais relacionadas ao fundo do direito de guarda emitidas pelo país de residência habitual da criança. No entanto, os negociadores teriam concluído que a restituição não seria o remédio cabível quando a ilicitude fosse cometida pelo genitor detentor da custódia exclusiva (“custodial parent”) – sendo, nesse caso, cabível a solução da questão pela aplicação dos dispositivos do tratado relacionados ao direito de visitação/acesso – uma vez que uma remoção ilícita nos termos da legislação doméstica dos países envolvidos ou em violação apenas ao direito de visitação/acesso não seria ilícita para os fins da Convenção da Haia de 1980.

Segue combatendo, com veemência, a posição apresentada no voto condutor de que o poder de veto do genitor abandonado equivaleria aos “cuidados com a pessoa da criança”. Considera que a cláusula “ne exeat” prevista na legislação chilena não seria um conjunto de direitos titularizados pelo “noncustodial parent”, mas apenas uma restrição quanto à viagem da criança e do “custodial parent”. Tal poder de restringir a viagem da criança não conferiria ao genitor abandonado um “poder afirmativo” de tomar decisões consideradas vitais ao desenvolvimento físico, psicológico e cultural da criança, nem tampouco de decidir onde a criança residirá (seria, tão-somente, o direito de se opor à escolha do local de residência da criança pelo outro genitor). E segue argumentando que, tomada a construção feita no voto condutor em abstrato – e ao absurdo –, qualquer decisão relacionada à criança poderia ser construída como um direito relativo aos “cuidados com a pessoa da criança”, o que não parece adequado.

Apoiando-se no Relatório Explicativo da Convenção da Haia de 1980, o voto dissidente menciona que o direito de decidir o local de residência da criança seria apenas um exemplo do que o tratado quis dizer com “cuidados com a pessoa da criança”. E segue afirmando que não compreende como o direito de veto poder ser equiparado a um direito afirmativo de determinar o local de

residência da criança. Defende ainda que, de acordo com o tratado, o direito de decidir sobre o local de residência da criança não incluiria o direito abstrato de mantê-la dentro do território de um país específico. Ao argumento de que a lei não tem palavras inúteis e de que a Convenção da Haia de 1980 veicula em alguns dispositivos o termo “país” e em outros a palavra “local”, o voto dissidente considera equivocado compreender o termo “local”, no artigo 5º do tratado, como equivalente a “país”.

Conforme mencionado acima, o voto dissidente entende que não deve ser conferido qualquer peso a manifestação da representante de agência chilena ligada ao tema. Do mesmo modo, também devem ser vistas com cautela a manifestação do Departamento de Estado dos EUA (porque esta alterou a posição apresentada pelo Poder Executivo dos EUA quando da negociação do tratado) e as decisões judiciais de outros países, negando a existência de um consenso internacional quanto ao tema. Aponta que inexistiria uniformidade suficientemente substancial a justificar o abandono do julgamento baseado no texto do tratado e nos objetivos e propósitos dos negociadores.

Considera-se que o voto dissidente, ao embasar-se fundamentalmente em posições subjetivas relacionadas à negociação da Convenção da Haia de 1980, deixa de perceber o processo hermenêutico como necessariamente dinâmico, que permite garantir que um mesmo texto legal, negociado há mais de 30 anos, siga adequadamente atendendo aos melhores interesses das crianças envolvidas – bastando, para isso, a adequação de seus termos ao contexto atual que cerca as relações familiares.

Assim, acredita-se que a posição tomada pela maioria dos integrantes da Suprema Corte estadunidense, além de tornar-se o precedente hierarquicamente mais alto atualmente vigente no âmbito do Poder Judiciário dos EUA, encontra-se tecnicamente adequado aos objetivos, propósitos e conceitos veiculados na Convenção da Haia de 1980. Assim, ela certamente emanará efeitos para os demais Estados-Parte do tratado, não somente pela respeitabilidade de que goza o órgão julgador prolator da decisão, mas, em especial, por sua praticamente irretocável fundamentação, que levou em conta, além da literalidade do texto do tratado, posições teóricas e práticas, inclusive de outros Estados-Parte e dos Poderes Executivos – dos EUA e Chile, Autoridades Centrais que, diuturnamente, se deparam com a hermenêutica e interpretação desta avença. Em suma, entende-se que a Suprema Corte consolidou, com adequação, o conceito de “direito convencional de guarda”.

3 OUTROS “PRECEDENTES”

Antes do julgamento do Caso *Abbott v. Abbott*, tanto o Poder Judiciário dos Estados Unidos quanto aqueles pertencentes a outros Estados-Parte já tinham se debruçado sobre as discussões relativas ao conteúdo e alcance do “direito convencional de guarda”. Em 2000⁵⁸, o Poder Judiciário dos Estados Unidos da América já fora chamado, no Caso “*Whallon v. Lynn*”⁵⁹, a decidir a ocorrência de subtração internacional de uma criança, analisando o “direito de custódia” relativo a genitores não casados, de acordo com a lei mexicana, local onde a família vivia. Em sua análise, a corte observou que o México adota a “doutrina da ‘patria potestas’”, um conceito comum aos países civilistas, incorporado ao direito mexicano e, portanto, não manejado em países de “common law”.⁶⁰

A corte apontou que era necessário evitar a imposição de conceitos legais dos Estados Unidos a outra cultura jurídica. Após detida análise da legislação mexicana, o órgão julgador entendeu que genitores não casados, na ausência de determinação judicial ou acordo, exercem “responsabilidade parental”. Assim, os “direitos” titularizados pelo genitor abandonado, de acordo com a lei do local de residência

58 No mesmo ano, a Corte de Apelação do Segundo Circuito proferiu decisão que não considerou que o genitor abandonado, titular do direito de visitação e protegido por uma cláusula “ne exeat” titularizava o “direito convencional de guarda”. Trata-se do Caso “*Croll v. Croll*” (informações disponíveis em <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=313&lng=1&sl=1>. Acessado em 12.09.2011), no qual, para o julgamento da demanda, os Juízes buscaram a definição de “direito de guarda” nos dicionários “*Webster’s Thrid*” e “*Black Law Dictionary*”, para concluir que o direito de impedir a transferência de uma criança para outro país não constituiria o “direito de determinar seu local de residência”, previsto no artigo 5º, alínea “a”, última parte, da Convenção da Haia de 1980. Além disso, a Convenção da Haia de 1980 menciona vários poderes relativos à custódia e, possuir apenas um desses direitos (por exemplo, o direito de veto) não significaria ter o “direito convencional de guarda”. O julgamento não foi unânime, tendo o Juiz Sotomayor discordado da maioria, defendendo a autonomia do conceito de “direito de guarda”, veiculado no artigo 5º, daqueles regulados pelos direitos domésticos. Aponta-se que os impactos (negativos) desse julgamento não deveriam ser subestimados. A teoria (SILBERMAN, Linda. *Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence. IILJ Working Paper 2005/5*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=723161>, p. 21. Acessado em 15.08.2011) menciona que em caso recente foi apresentado à corte inglesa manifestação segundo a qual esse julgado não somente constituiria uma interpretação da Convenção sob o Direito dos Estados Unidos, como necessariamente deveria ser negada qualquer alegação de que uma cláusula “ne exeat” seria “direito de guarda” para os fins do tratado. O Tribunal inglês, no entanto, aplicando precedentes ingleses, confirmou que a cláusula “ne exeat” confere ao seu titular “direito convencional de guarda”.

59 Julgamento disponível em: <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/230/230.F3d.450.00-2041.html>>. Acesso em: 10.09.2011.

60 Parágrafo 24 do julgamento do Caso “*Whallon v. Lynn*”. Disponível em: <<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/230/230.F3d.450.00-2041.html>>. Acesso em: 10.09.2011.

habitual da criança (México), encontram-se abarcados no conceito de “direito convencional de guarda” tutelado pela Convenção da Haia de 1980. Por tal razão, cabível o pleito para o retorno da criança. Pelo exposto, a extensão do “direito convencional de guarda” – que protege para além dos “cuidados com a pessoa da criança”, o “direito de decidir sobre seu local de residência habitual” – começou a ser adequadamente delineada pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos da América.

Os casos *Gonzalez v. Gutierrez*⁶¹, julgado em 2002 pela Corte de Apelações do 9º Circuito dos EUA e o Caso *Fawcett v. McRoberts*⁶², decidido em 2003 pela Corte de Apelações do 4º Circuito, afastaram-se da supracitada, aproximando-se do julgamento proferido no Caso *Croll v. Croll*, onde se veiculou, conforme mencionado, que as ordens e a legislação “ne exeat” não criariam “direito de custódia” sob a Convenção da Haia de 1980.

Em 2004, a Corte de Apelação do 11º Circuito dos Estados Unidos já decidira, no Caso “*Furnes v. Reeves*”, que a cláusula “ne exeat”, ainda que implícita – porque prevista somente na legislação e não necessariamente num acordo ou ordem judicial – configura, para os fins da Convenção da Haia de 1980, “direito convencional de guarda”.⁶³ Nesse caso, que envolvia a aplicação do Direito norueguês (país de residência habitual da criança), ambos os genitores compartilhavam, quando do início da ilicitude, o poder familiar em relação à criança. A legislação norueguesa determina expressamente que o poder familiar (responsabilidade parental) inclui, dentre outros direitos, o de “decidir onde a criança viverá, bem como as decisões mais importantes relativas à vida diária”, além do “direito de determinar se a criança poderá viver fora da Noruega”.

Assim, o genitor sequestrador (no caso, a mãe), embora fosse a “cuidadora primária” da criança, deveria ter obtido, junto ao genitor varão, autorização para deixar definitivamente a Noruega com a criança, o que ela não fez. Em conclusão, o direito norueguês confere um direito “ne exeat” a todos os genitores que titularizam o poder familiar, proibindo ou restringindo o movimento e a realocação de crianças em outros países. A corte foi ainda mais enfática, apontando que o genitor abandonado, para fazer jus ao mecanismo de restituição previsto na Convenção da Haia de 1980, não precisa ser detentor do “direito doméstico de guarda”. Foram mencionados, durante o

61 Julgamento disponível em: <<http://openjurist.org/311/f3d/942/gonzalez-v-gutierrez>>. Acessado em 15.09.2011.

62 <<http://openjurist.org/326/f3d/491/fawcett-v-microberts>>. Acesso em: 16.09.2011.

63 Julgamento disponível em: <<http://openjurist.org/362/f3d/702/furnes-v-reeves>>. Acessado em 12.09.2011.

juízo, precedentes no mesmo sentido, julgados por outros países, como Austrália, Reino Unido, Nova Zelândia e Israel. A abordagem adotada nesse caso leva à harmonização hermenêutica e de aplicação da Convenção da Haia de 1980, ao reconhecer que uma cláusula “ne exeat” permite que um genitor que seja detentor do direito de visitação e do direito de determinar (exclusivamente ou em conjunto com o outro genitor) o local de residência da criança seja protegido pelo tratado com a ordem de restituic o, por ser titular e efetivo exercente do “direito convencional de guarda”.⁶⁴

No Caso *Vale v. Avila*⁶⁵, julgado em 2008 pela Corte de Apelações do 7.  Circuito dos EUA o órgão julgador tentou evitar a discussão da extensão dos poderes da ordem “ne exeat”, alterando o foco da discussão para o cont do do “poder familiar”.

Na Austrália, Reino Unido, Israel e França têm se encontram precedentes importantes, nos quais a cláusula “ne exeat” foi interpretada como conferindo, àquele protegido por tal cláusula, o “direito convencional de guarda”, habilitando seu titular a requerer a restituic o da criança vítima de subtra o internacional ao seu local de residência habitual. A Corte Suprema do Canadá, em 2 decisões (1994 e 1996), foi a primeira corte importante a introduzir d vidas quanto ao impacto das restrições expressas e implícitas   remo o no “direito convencional de guarda”, julgando improcedentes pedidos de restituic o.⁶⁶

4 CONCLUSÕES

A subtra o internacional de crianças   fen meno em franco crescimento na atualidade, em especial por força da intensifica o da circula o de pessoas, bens, ativos, tecnologia etc. No combate a este fen meno, nocivo ao desenvolvimento saudável das crianças, foi aprovada, na década de 80, a Conven o da Haia de 1980 sobre os Aspectos C vils do Sequestro Internacional de Crianças. Fruto de ampla negocia o e aprofundadas discussões, o tratado funda-se, entre outras, na premissa de que, diante de tal situa o, o retorno da criança

64 WILLS, Melissa S. Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention. *The Review of Litigation*, v. 25:2, p. 443-447, Spring 2006.

65 Julgamento disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1226799.html>>. Acesso em: 17.09.2011.

66 SILBERMAN, Linda. The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 33, p. 221-250, p. 230-231. 2000,

subtraída ao seu país de residência habitual é, em regra, a medida que mais adequadamente atende aos seus interesses.

Esse tratado inclui-se nos esforços internacionais de proteção à infância que contam, para além da Convenção da Haia de 1980, com outros textos normativos produzidos multilateralmente pela comunidade internacional – não somente no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, mas, também, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, cujo maior exemplo de documento protetivo da infância, na atualidade, é a Convenção da ONU de 1989 sobre os Direitos da Criança.

Para configuração da subtração internacional ilícita, um dos requisitos é o exercício efetivo, por aquele que requer a restituição da criança, do “direito convencional de guarda”, no momento do início da ilicitude. Conforme demonstrado no decorrer do presente ensaio, o “direito convencional de guarda” pode diferir – e normalmente o é – dos “direitos domésticos de guarda”, uma vez que o primeiro inclui, além dos “cuidados com a pessoa da criança”, o “direito de decidir sobre seu local de residência”. Assim, na averiguação dos requisitos que configuram a subtração internacional ilícita, deve-se perquirir se, de acordo com o ordenamento jurídico do país de residência habitual da criança, aquele que requer a restituição da criança titularizava quaisquer desses poderes.

Apesar da clareza da mensagem da Convenção da Haia quando ao “direito convencional de guarda”, ainda pairaram dúvidas – nos campos teórico e prático – quanto ao seu conteúdo e alcance, encontrando-se posições que inadequadamente pretendiam restringi-los, deixando de considerar que estaria configurada a subtração internacional ilícita de uma criança, por exemplo, nos casos em que o genitor abandonado titularizava (e efetivamente exercia) o direito de acesso (e, em consequência, não detinha os “cuidados com a pessoa da criança”) e o “direito de decidir sobre o local de residência da criança” (prerrogativa que, em muitos países, integra o “poder familiar”, que só pode ser perdido em situações bastante restritas e graves, e após procedimento específico).

Esse indevido estreitamento do “direito convencional de guarda” veio, paulatinamente, sendo espancado do mundo jurídico, em especial por força de decisões judiciais tomadas no âmbito dos Estados-Parte – algumas delas apresentadas acima. Em maio de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no Caso *Abbott v. Abbott*, também se pronunciou sobre a questão, concluindo pela inclusão dos “direito *ne exeat*” no âmbito do “direito convencional de guarda”.

A relevância da definição do “direito convencional de guarda” por esta Suprema Corte já se inicia pela concessão do “writ of certiorari”, decisão de admissibilidade de recurso à mais alta corte julgadora integrante do Poder Judiciário dos EUA, o que apenas ocorre em um número reduzido de demandas judiciais. Além disso, esta foi a primeira vez que um caso desta natureza foi decidido no âmbito de tão alta corte. A uniformidade de interpretação e aplicação do conceito de “direito convencional de guarda”, bem como do papel da cláusula “ne exeat” em relação a um pedido de restituição fundado na Convenção da Haia de 1980, é muito importante para o alcance dos objetivos do tratado e do melhor interesse da criança vítima de subtração internacional.

Ressalta-se que a postura da Suprema Corte, ao consultar decisões tomadas por outros Estados-Parte, mostra-se salutar, devendo ser adotada como praxe por todos os órgãos julgadores que se deparam com questões relacionadas à Convenção da Haia de 1980, em especial porque a uniformidade na hermenêutica e aplicação deste tratado vem contribuir com o adequado atendimento aos interesses das crianças envolvidas, para além de fortalecer as funções preventivas e repressivas da convenção.

Em relação ao voto dissidente, considera-se que o mesmo se apoia, primordialmente, em conclusões subjetivas acerca dos propósitos e intenções dos negociadores do tratado. Em consequência, desconsidera o necessário dinamismo e flexibilidade que devem nortear a interpretação e aplicação das normas jurídicas. À evidência, os últimos 30 anos trouxeram profundas alterações nas modalidades de organizações familiares afetando sobremaneira as relações entre pais e filhos. Assim, as normas, ainda que negociadas dentro de um contexto histórico que difere do atual, devem ter seu conteúdo e alcance sempre atualizados, para atender, com adequação e efetividade, os anseios da sociedade atual. Defender-se o contrário levará, no limite, à frenética alteração de todas – ou, ao menos – da maior parte das normas jurídicas em vigor, sempre que percebida alguma alteração social na situação disciplinada pela regra jurídica. Entende-se que a Convenção da Haia de 1980 também possui, como virtude, linguagem elástica o suficiente para que siga regulamentando, adequadamente, o terrível fenômeno da subtração internacional de crianças.

Além da decisão no Caso *Abbott v. Abbott* ser histórica e sido tomada por um dos órgãos julgadores mais respeitados pela comunidade jurídica mundial, é certo que ela vem emanando efeitos positivos – e, entende-se, assim deve continuar – por toda comunidade internacional. Dada a ausência de instituições ou tribunal supranacional incumbidos

da solução ou orientação de controvérsias e questões relativas a este tratado, ganham relevo as posições adotadas no âmbito das Autoridades Centrais, órgãos julgadores e demais autoridades internacionais de cada Estado-Parte, conferindo efetividade e uniformidade na hermenêutica e aplicação dos comandos convencionais.

A importância do julgamento do Caso Abbott pela Suprema Corte foi reforçada pela própria Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, na 1ª Parte da 6ª Reunião da Comissão Especial sobre a operação prática das Convenções da Haia de 1980 e 1996, ocorrida em Junho de 2011. Parte do documento mais importante produzido por esta reunião, intitulado “Conclusões e Recomendações Adotadas pela Comissão Especial”⁶⁷ foi dedicado ao “direito convencional de guarda” e ao julgamento do Caso Abbott v. Abbott. Os Estados-Parte, por primeiro, reafirmaram que os termos apresentados pelo tratado, dentre eles o “direito convencional de guarda”, devem ser interpretados levando-se em consideração a natureza autônoma da convenção e seus objetivos.

Além da apresentação de manifestação à Suprema Corte dos Estados Unidos, na qualidade de “amicus curiae”, no Caso Abbott v. Abbott, a Comissão Especial tomou nota do resultado do julgamento que apoiou a visão de que o “direito de acesso” (visitação), combinado com o direito de determinar o local de residência da criança, constitui “direito de guarda” para os fins da convenção (“direito convencional de guarda”). A Comissão Especial também considerou que o julgamento constitui uma contribuição significativa para o alcance de consistência interpretativa do tratado em âmbito internacional.⁶⁸

A definição do “direito convencional de guarda” vem sendo objeto, de há muito, de preocupações por parte da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Em relação à Comissão Especial de Revisão da Convenção da Haia de 1980, quando da 1ª Reunião da Comissão Especial, em 1989⁶⁹, já se mencionou que o “direito convencional de guarda” deu azo a questões delicadas nos âmbitos domésticos. Naquela altura pretendeu-se esclarecer que tal direito

67 Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf>. Acesso em: 25.09.2011.

68 Ainda sobre o tema, também foi reconhecido pela Comissão Especial a grande utilidade dos “Perfis de Países” (formulários a serem preenchidos pelos Estados-Parte que contém informações relevantes sobre o funcionamento da Convenção em seu âmbito, bem como dados sobre seu ordenamento jurídico), e a comunicação judicial direta no auxílio da determinação do Direito do Estado de residência habitual da criança na determinação da titularidade, por aquele que requer o retorno da criança, do “direito convencional de guarda”.

69 Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf>>. Acesso em 26.09.2011.

constitui um conceito autônomo, não necessariamente coincidente com os “direitos domésticos de guarda”, cunhados pelos Estados-Parte. Assim, buscou-se sensibilizar os Estados-Parte e suas autoridades de que, ainda que a “guarda” tenha sido conferida domesticamente a um dos genitores, isso não significa, necessariamente, que todas as prerrogativas/deveres contidos no “direito convencional de guarda” tenham sido a ele deferidos.

Na 2ª Reunião desta Comissão, em 1993⁷⁰, reiterou-se o caráter autônomo do conceito do “direito convencional de guarda” em relação a seus homônimos internos. Em consequência, o primeiro deve ser interpretado de maneira internacional – evitando-se qualquer referência a um ordenamento jurídico doméstico. Apontou-se que o artigo 5º do tratado apresenta uma definição não-exaustiva dos termos principais do “direito convencional de guarda”. Na 3ª Reunião⁷¹ mencionou-se que quando da redação da Convenção da Haia de 1980 o “direito de guarda” para os fins da convenção (artigo 5º) buscava incluir os casos nos quais o genitor abandonado tinha direito de visitas e o direito de ser consultado antes de uma alteração do local de residência da criança (poder de veto).

Por fim, o Relatório da 5ª Reunião da Comissão Especial, ocorrida em 2006, notou existir uma preponderância clara, em decisões judiciais, da posição que considera que o direito de visitas combinado ao poder de veto configura “direito convencional de guarda”. Alguns participantes enfatizaram a importância do desenvolvimento dos conceitos domésticos de “poder familiar”, uma vez que, em muitos casos, será este que indicará se o genitor abandonado titulariza o “direito convencional de guarda”.⁷²

Lembra-se que a adoção das conclusões e recomendações das Comissões Especiais dos tratados celebrados sob os auspícios da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é obrigatória aos Estados-Parte de cada tratado. Além disso, uma vez que tais conclusões e recomendações são aprovadas pelos Estados-Parte, as mesmas passam a ser interpretação autêntica⁷³ da convenção. Nessa medida, considera-

70 Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>> Acesso em: 26.09.2011.

71 Documento disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abduc97e.pdf>>. Acesso em: 26.09.2011.

72 Parágrafo 211 do Relatório da 5ª Reunião da Comissão Especial sobre Revisão da Operação das Convenções da Haia de 1980 e de 1996. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf>. Acesso em: 26.09.2011.

73 A interpretação de um tratado por ser autêntica ou “não autêntica”. A dita autêntica pode ser veiculada por um novo acordo ou um “ato acertado não convencional”, não devendo ser confundida com a “interpretação fazendo fé (recurso dos Estados a um terceiro, para interpretar o tratado no qual são partes, conferindo – os Estados – a esta interpretação um caráter obrigatório que, no caso, “fará fé” - “authoritative” - NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 4. ed.

se que, uma vez que a decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no Caso *Abbott v. Abbott* foi considerada adequada e relevante pela Comissão Especial sobre a Operação Prática da Convenção da Haia de 1980, criou-se a obrigação dos Estados-Parte de segui-la, sob pena de descumprimento de interpretação autêntica do tratado – com todas as consequências daí decorrentes, por força do instituto da responsabilidade internacional do Estado.⁷⁴

Em conclusão, considera-se que o conteúdo e alcance do “direito convencional de guarda” foi definitivamente consolidado no âmbito da comunidade internacional, a partir do reconhecimento, pelos Estados-Parte da Convenção da Haia de 1980, do adequado julgamento proferido pela Suprema Corte dos EUA no Caso *Abbott v. Abbott*. Assim, passa a ser obrigatório a todos os Estados-Parte a conformação de suas decisões àquela tomada pela Suprema Corte – não por existir qualquer hierarquia entre esta e aquelas integrantes dos ordenamentos jurídicos domésticos, mas por conta de sua coerência e adequação aos objetivos, propósitos e dispositivos da Convenção da Haia de 1980, pelo reconhecimento destas características pelos próprios Estados-Parte, durante a última reunião da Comissão Especial de Revisão deste tratado e, em especial por ser hermenêutica e aplicação da convenção que melhor atende aos interesses das crianças vítimas desta nefasta circunstância que é a subtração internacional ilícita de crianças.

REFERÊNCIAS

BEAUMONT, Paul; McELEVAY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. “Overall Conclusions of Special Commission of October 1989”, Outubro de 1989, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf>>. Acesso em: 30.09.2011.

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, pp. 231-234). A “autenticidade” da interpretação advém da circunstância de que ela é sempre realizada pelos Estados-Partes em um determinado tratado, podendo ocorrer previamente ou após detectada alguma dificuldade na aplicação das disposições do documento.

74 Em sentido contrário, Ao entendimento de que a influência dos documentos produzidos no âmbito das Reuniões da Comissão Especial seria limitada, parte da teoria sugere a elaboração de um novo protocolo à Convenção da Haia de 1980, especificamente voltado à definição exata do “direito convencional de guarda” (SILBERMAN, Linda. Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA. *Texas International Law Journal*, v. 38:41, p. 41-61, p. 46-48, 2003).

_____. Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (18-21 January), Janeiro de 1993, p. 1-32. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>>. Acesso em: 30.09.2011.

_____. Report of the third Special Commission meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997), Agosto de 1997, p. 1-25. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/abduc97e.pdf>>. Acesso em 30.09.2011.

_____. Conclusions and Recommendations of the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation in *Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (30 October – 9 November), Novembro, 2006, pp. 1-16. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/concl28sc5_e.pdf>. Acesso em: 10.03.2010. Acessado em 30.09.2011.

_____. Conclusions and Recommendations of the Sixth Meeting of the Special Commission Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in *respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (1-10 June 2011), Junho de 2011, p. 1-10. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf>. Acesso em: 30.09.2011.

DYER, Adair. International Child Abduction by Parentes. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 168, v. III, 1980, p. 231-268

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Estados Unidos da América: West, 2009.

NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

PÉREZ-VERA, Elisa. Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera. 1981. Disponível em: <<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>>. Acesso em: 30.09.2011.

SCOTT, Alisson. From a State Centered Approach to Transnational Openness: Adapting the Hague Convention with Contemporary Human Rights Standards as Codified in the Convention on the Rights of the Child. *Indiana Global Journal of Legal Studies*, vol. 11, Issue 2, p. 233-256, Summer 2004.

SHAPIRA, Amos. Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases. *Recueil de Cours de l'Academie de la Haye*, tomo 214, Vol. II, 1989, p. 127-250.

SILBERMAN, Linda. The Hague Child Abduction Convention turns twenty: gender politics and other issues. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 33, p. 221-250, 2000.

_____. Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA. *Texas International Law Journal*, Vol. 38:41, pp. 41-61, 2003.

_____. Interpreting the Hague Abduction Convention: In *Search of a Global Jurisprudence*. IILJ Working Paper 2005/5. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=723161>. Acesso em: 30.09.2011.

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças – Alguns Aspectos. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (coord.). *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, p. 443-556, Lisboa: Almedina, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

WILLS, Melissa S. Interpreting the Hague Convention on International Child Abduction: Why American Courts Need to Reconcile the Rights of Non-Custodial Parents, the Best Interests of Abducted Children, and the Underlying Objectives of the Hague Convention. *The Review of Litigation*, v. 25:2, p. 424-458, Spring 2006.

O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO E O MODELO DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL: COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO

*THE AMERICAN FEDERALISM AND DIGITAL CERTIFICATION
MODEL: COMPARISON WITH THE BRAZILIAN MODEL*

Paulo Ronaldo Ceo de Carvalho

*Procurador Federal em exercício na Procuradoria Federal Especializada do Instituto
Nacional de Tecnologia da Informação – ITI.*

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UNB

SUMARIO: Introdução; 1 O federalismo norte-americano; 2 A atividade de certificação digital e uma infra-estrutura de chaves públicas – PKI; 2.1 Proteção dos dados no meio eletrônico: certificação digital como solução; 2.2 A infra-estrutura de chaves públicas; 3 A Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil; 4 O modelo norte-americano de certificação digital; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O peculiar federalismo norte-americano tem direta relação com o modelo de certificação digital adotado nos Estados Unidos. A grande autonomia dos estados membros, os quais estão autorizados a legislar sobre matérias relacionadas ao direito civil, possibilitou o surgimento de um quadro em que coexistem diversas leis tratando de assinaturas digitais e eletrônicas, bem como diversas infra-estruturas de chaves públicas (ICPs) de iniciativas tanto públicas quanto privadas. Para permitir a interoperabilidade entre as ICPs existentes no modelo norte-americano, de confiança compartilhada, foi criada a figura da Autoridade Certificadora Ponte, inexistente em modelos de confiança hierárquicos.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Autonomia. Certificação digital. Infra-Estrutura de Chaves Públicas - ICP. Confiança Compartilhada. Interoperabilidade. Autoridade Certificadora Ponte.

ABSTRACT: The peculiar American federalism has direct relationship with the digital certification model adopted in the United States. The wide discretion of the member states, which are allowed to legislate on matters related to civil law, enabled the emergence of a framework in which there are several laws dealing with digital and electronic signatures and various public key infrastructure (PKIs) initiative both public and private. To enable interoperability between existing PKIs in American model, shared trust, was created the figure of the Bridge Certification Authority, nonexistent in hierarchical models.

KEYWORDS: Federalism. Autonomy. Digital Certification. Public Key Infrastructure – PKI. Shared Trust or Mesh PKI. Interoperability. Bridge Certification Authority.

INTRODUÇÃO

Com o crescimento exponencial do uso do meio eletrônico para a satisfação das diversas necessidades do nosso cotidiano, fez-se necessário o uso da tecnologia para tornar esse uso mais seguro e eficaz. Atualmente, a certificação digital, baseada na criptografia assimétrica, é a tecnologia mais avançada para a segura comunicação no meio eletrônico, contornando o problema da atribuição de autoria e integridade dos documentos produzidos neste meio.

Uma infra-estrutura de chaves públicas, cadeia de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais, pode ser configurada em modelos distintos, a saber, o hierárquico e o de confiança distribuída.

Os Estados Unidos da América adotaram em seu sistema jurídico de certificação digital o modelo de confiança distribuída, distanciando-se do modelo adotado no Brasil e na Europa.

O presente estudo pretende expor, simplificada e, a relação entre o federalismo norte-americano e o modelo de certificação digital adotado nos Estados Unidos, comparando o mesmo com o modelo adotado no Brasil na Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Para tanto, serão feitos alguns registros sobre o federalismo norte-americano e a sua influência sobre o sistema jurídico local, e sobre certificação digital e infra-estrutura de chaves públicas; a análise do modelo adotado no Brasil e, por fim, nos Estados Unidos.

1 O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO

O federalismo, que tem as suas primeiras origens nos Estados Unidos, surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em um grande território, que, ao mesmo tempo, assegurasse os ideais republicanos que vingaram com a revolução de 1776¹.

O Estado federal é aquele no qual existe uma distribuição de poder entre um ente dotado de soberania e outros dotados de autonomia. Diferentemente do que ocorre com a confederação, que nasce através de um tratado ou acordo entre as partes², já que cada um tem soberania e sua própria constituição, a federação tem início por meio de uma

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 753

² Segundo MENDES, “para garantir a independência então conquistada, as antigas colônias britânicas firmaram um tratado de direito internacional, criando uma confederação, que tinha como objetivo básico preservar a soberania de cada antigo território colonial”. Cf. MENDES, op. cit., p. 753

constituição, que prevê que um ente será soberano e todos os demais serão autônomos. Por isso, não há direito de secessão no Estado federal.

Deve ser mencionado, ainda, que no Estado federal todos os estados membros são dotados de poder constituinte decorrente, o que não ocorre no Estado unitário, que não possui tal poder.

Existem, entretanto, tipos de Estados federais diferentes, analisando-se a concentração de poder dentro de cada federação. Percebe-se claramente tal diferença na comparação da nossa federação com a federação norte-americana. É que o nosso federalismo, originalmente, é centrífugo ou por segregação, ao passo que o deles é centrípeto ou por agregação.

Por centrífugo ou por segregação entende-se aquelas federações que tinham um forte e único poder central, divididas, posteriormente em unidades autônomas. Nasce do centro para a periferia. É um federalismo de cunho centralizador. O pólo central tem diversas competências. É o caso do Brasil, que era um Estado unitário em 1824.

A federação centrípeta ou por agregação, nasce de uma comunhão de forças direcionadas da periferia para o centro. Os Estados Unidos antes eram uma confederação, com diversos estados soberanos, transformado, posteriormente, em uma federação. Para MENDES:

Cada entidade componente da confederação retinha a sua soberania, o que enfraquecia o pacto. As deliberações dos Estados Unidos em Congresso nem sempre eram cumpridas, e havia dificuldades na obtenção de recursos financeiros e humanos para as atividades comuns. Além disso, a confederação não podia legislar para os cidadãos, dispondo, apenas, para os Estados. Com isso não podia impor tributos, ficando na dependência da intermediação dos Estados confederados. As deliberações do Congresso, na prática, acabavam por ter eficácia de meras recomendações. Não havia, tampouco, um tribunal supremo, que unificasse a interpretação do direito comum aos Estados ou que resolvesse juridicamente diferenças entre eles.

A confederação estava debilitada e não atendia às necessidades de governo eficiente comum do vasto território recém-libertado. O propósito de aprimorar a união entre os Estados redundou na original fórmula federativa, inscrita pela Convenção de Filadélfia de 1787 na Constituição elaborada, conforme se vê do próprio preâmbulo da carta, em que se lê: 'nós, o povo do Estados Unidos, a fim de formarmos uma União mais perfeita[...]'.

Os antigos Estados soberanos confederados deixaram de ser soberanos, mas conservaram a sua autonomia, entregando a uma nova entidade, a União, poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos. Passaram, por outro lado, a compor a vontade da União, por meio de representantes do Senado.³

Não existia um governo central criado. Antes da formação dos Estados Unidos eram 13 colônias separadas, regradas pela Inglaterra. Cada uma possuía seu próprio governo, sua própria cultura. Elas se uniram em 4 de julho de 1776 em uma tentativa de se libertarem dos ingleses. Para REINHART:

Before the United States became a sovereign nation, it consisted of thirteen colonies belonging to Great Britain. On July 4, 1776, the colonies proclaimed independence from Great Britain, and that year representatives from each colony met in Philadelphia to sign the Declaration of Independence. The colonists recognized the need for a confederation of states to gain and maintain their independence from Great Britain and to strengthen their economic power. Together they wrote the Articles of Confederation, which were adopted by Congress in 1777 but not ratified by the states until 1781. The Articles provided for national protection of the colonies but did not give adequate power to the national government. Great Britain relinquished its claim to the former colonies in 1782.

The U.S. Constitution, intended to replace the Articles of Confederation, was completed in 1787 and ratified in 1789. Before the Constitution was written, lengthy arguments occurred over how much power the national (federal) government and state governments would have. The Constitution reflects a compromise in which both share power. It outlines the powers given to the federal government and leaves other powers to the states.⁴

Com sua libertação da Inglaterra, passou-se a ter 13 países separados. Mas eles precisaram permanecer atrelados, para manter uma organização. Deve ser mencionado que o legislativo da confederação

³ MENDES, op. cit., p. 753.

⁴ REINHART, Susan M.. *Strategies for legal case Reading and vocabular development*. University of Michigan. 2007. p. 146

tinha poderes muito limitados. Mesmo para aprovar uma lei, fazia-se necessária a aprovação de pelo menos 9 Estados. Havia um grande receio quanto à formação de uma autoridade central.

Percebe-se, então, que enquanto as 13 colônias da América do Norte, que se reuniram em uma confederação, constituíam uma porção mínima desse território, o Brasil já era um país de dimensões continentais quando a constituição de 1891 instituiu a federação como união indissolúvel e perpétua de suas antigas províncias. Desde a sua origem os Estados Unidos já eram federalistas, enquanto que o nosso país nasceu unitário. Para REALE:

É que, no caso da república do Norte passa-se de uma multiplicidade de Estados, já constituídos, para um pacto federativo (donde a denominação de Estados Unidos da América) enquanto que no Brasil evoluímos de um Estado unitário para uma descentralização administrativa com a outorga de plena autonomia às antigas províncias do império.

Essa distinção histórica importa em consequências de vulto que não podem ser esquecidas. É que a federação norteamericana surgiu de um entendimento entre entidades políticas já constituídas, com seus quadros jurídico-políticos delineados de maneira independente, enquanto que no Brasil ocorria processo inverso, mantendo-se a unidade do Direito não constitucional.

Isso explica por qual razão o federalismo norteamericano desenvolveu-se sem afetar as várias estruturas jurídicas estaduais, no tocante, por exemplo, aos direitos civil, mercantil e penal, cada Estado preservando, em suma, o que lhe era próprio, a sua organização jurídica. Basta lembrar o caso extremo da Luisiana, que continuou subordinado a um código moldado no francês de Napoleão, enquanto os demais estados preservavam sua experiência peculiar de *common law*, de natureza não legislativa, mas judicial-costumeira. Daí a estranheza com que vemos, por exemplo, a adoção lá de pena de morte ou a responsabilidade penal dos menores em uns Estados federativos e em outros não, com contrastes impressionantes no ordenamento jurídico do país.⁵

⁵ REALE, Miguel. *O Nosso Federalismo*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/nosfed.htm>>. Acesso em: 19 set. 2011.

Continua, o autor supracitado, discorrendo que, por sua vez, no Brasil, as disposições jurídicas infra-constitucionais continuaram sendo as mesmas, herdadas de Portugal, em todo o País, permanecendo em pleno vigor o Código Filipino e demais legislações do império⁶. Arremata afirmando que “*nosso federalismo não foi, pois, integral, mas limitado ao plano político-constitucional*”⁷.

Entretanto, observa-se que poucos dentre os novos estados norte-americanos independentes votariam para a ratificação de qualquer Constituição que não contivesse a previsão de um papel vigoroso e significativo para os estados signatários⁸.

Percebe-se que os estados norte-americanos não foram criados pela Constituição. Não existiu a necessidade de criá-los, já que os mesmo já existiam em 1787. Ressalte-se que tais estados escreveram e ratificaram aquela constituição⁹. Segundo BURNHAM:

This fact of states ‘aboriginal’ existence makes the nature of the power of states significantly different from that of the federal government. The thirteen colonies emerged from the War of Independence as separate sovereign nation-states. Their status as such was modified only to the extent that they gave up certain rights in the Constitution of 1789 and later amendments to it. Thus, states need not search the federal Constitution for some positive grant of power to act or to make law: they have the power and inherent competence of separate, independent and sovereign nations and may pass legislation on any subject they choose, except as limited by the federal Constitution or their own constitutions. The text of the Tenth Amendment delineates this principle: ‘The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people’.¹⁰

Ainda, deve ser mencionado que, em linhas gerais, a estrutura governamental de muitos estados americanos é semelhante à estrutura de poder do governo federal. Muitos conceitos foram emprestados das

6 REALE, op. cit.

7 REALE, op. cit.

8 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul: Thomson/West, 2006. p. 18.

9 BURNHAM, op. cit., p. 19.

10 BURNHAM, op. cit. p. 19.

constituições estaduais e colocados na Constituição federal de 1789. Também, como os estados americanos conceberam, periodicamente, novas constituições, após a ratificação da constituição federal, eles copiaram da mesma alguns pontos¹¹. Para BURNHAM:

Executive power in most states is more diffused than federal executive power. On the federal level, the President appoints the members of his cabinet and other high-level executive official with the advice and consent of the Senate. By contrast, in many states, the heads of some major divisions of state government, such as the Attorney General or the Secretary of State or the Auditor General, are directly elected by the people. As such, they neither owe their office to the Governor nor can they be dismissed by the Governor. In many states, these officials are members of a different political party from the governor. It is even the case in some states that the Lieutenant Governor of the state is from a different political party than the Governor.¹²

É comum que os estados copiem a estrutura federal. Entretanto, não há uma regra. Como visto acima, ainda existem estados que não seguem o modelo federal americano em coisas básicas, como a forma de escolha de membros do alto escalão. Além disso, existem estados com legislativo unicameral, em detrimento da maioria, que possui legislativo bicameral, a exemplo do que ocorre no plano federal. Percebe-se, então, que os estados, em geral, copiam a estrutura do executivo federal. Mas não só. Copiam, em geral, o modelo de judiciário federal, com a alteração da nomenclatura das cortes. Entretanto, não observa-se uma obrigatória simetria.

Resta evidente que o federalismo americano difere do federalismo brasileiro. Mas não só. Difere também de outras formas de federalismo. Em outros federalismos, há a criação das divisões e dos entes federativos. Nos Estados Unidos os estados eram independentes e decidiram, abrindo mão de parte dos seus poderes e de sua soberania, formar uma união de estados federados.

Entretanto, levando-se em consideração que antes eram dotados de soberania, e ante a grande resistência de ceder os seus poderes ao governo central, observa-se que os estados possuem um nível de autonomia, em relação ao poder central, muito mais elevado que o de outras entidades federativas de outras federações, a exemplo do Brasil,

¹¹ BURNHAM, op. cit. p. 19.

¹² BURNHAM, op. cit. p. 20.

ainda que, venha sendo observado um crescimento progressivo do poder federal em relação ao poder dos estados.

A relação entre o poder federal e os estados, denominada de federalismo vertical, assim como o federalismo horizontal, que se refere ao relacionamento dos estados entre si, desde 1789, tem sofrido consideráveis mudanças. Observa-se o crescimento do primeiro e uma diminuição do segundo¹³. GODOY, ao tratar do federalismo vertical, afirma que:

Essa relação é historicamente o resultado de conflitos políticos, de compromissos de consenso. O pacto federalista limita o poder entre as unidades da federação mesmo quando o governo central regula relações entre os estados, a exemplo do comércio interestadual. Três cláusulas orientam o pacto federativo norte-americano, a saber; a) os estados foram preservados como fontes de poder, com autoridade e natureza de órgãos da administração; b) aos estados foram reservados importantes poderes quanto à composição do governo central e os governos estaduais; e c) os poderes governamentais foram divididos entre o governo central e os governos estaduais.¹⁴

Nos Estados Unidos, levando-se em consideração os fatos históricos antes narrados, os estados mantiveram uma parcela significativa de poder e podem, inclusive, legislar sobre matérias relacionadas ao direito civil, comercial e penal. No Brasil, por força do que dispõe o art. 22, inc. I, da nossa Constituição Federal, tais matérias são de competência privativa da União. Só uma lei complementar poderia autorizar os estados a legislar sobre questões específicas relacionados a essas matérias.

É sob esse prisma, das diferentes características entre o federalismo americano e o brasileiro, que será analisada a certificação digital nos Estados Unidos, bem como o sistema de certificação digital brasileiro.

2 A ATIVIDADE DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL E UMA INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS - PKI

2.1 PROTEÇÃO DOS DADOS NO MEIO ELETRÔNICO: CERTIFICAÇÃO DIGITAL COMO SOLUÇÃO

É certo que alguns espaços e algumas relações no meio virtual exigem um ambiente seguro, com a correta identificação dos usuários.

13 BURNHAM, op. cit. p. 18. (tradução livre)

14 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 73.

É que nestes meios são firmados contratos eletrônicos, movimentadas contas bancárias, enviadas informações sigilosas de uma filial para uma matriz da empresa, por exemplo.

Com o exponencial crescimento da *internet*, bem como com a expansão dos demais espaços virtuais, observa-se que a individualidade e a proteção das informações, enviadas pelo meio virtual, ficaram vulneráveis e suscetíveis a um excesso de transparência¹⁵. A *internet*, considerada uma rede aberta, apesar de possibilitar um incremento nas possibilidades de relações sociais, torna arriscada a realização de trocas comerciais e transferências de dados sensíveis¹⁶.

A proteção de dados pessoais e a identificação com segurança do usuário constituem premissas básicas para a segurança da informação no meio digital. Para tanto, são desenvolvidas técnicas que tentam garantir o sigilo das informações circulantes, a integridade dos dados e a precisa identificação dos usuários do meio digital.

No meio digital, a segurança da informação circulante relaciona-se com conceitos de privacidade e integridade. Quer dizer, a informação, caso deseje o emissário ou destinatário da informação, poderá ser resguardada, impedindo violações e a alteração dos dados que a compõe.

De modo a garantir os pilares fundamentais de um ambiente seguro, é utilizada a criptografia. A criptografia é um processo pelo qual uma mensagem é transformada em outra mensagem usando uma função matemática e uma senha especial de criptografia, chamada chave.

Com efeito, “as declarações de vontade com escopo de contrair obrigações, ou de alguma forma produzir efeito jurídico na esfera alheia, não podem dispensar a sua autoria e integridade”¹⁷. Busca-se assim, ao proteger os dados pessoais e ao identificar o usuário, diminuir o fundado temor de ocorrência de fraudes.

Para VERONESE, “o problema da segurança nas trocas eletrônicas é uma questão técnica bastante ampla”¹⁸. Segundo o autor, o atual “estado da técnica” é revolucionária criptografia assimétrica, que se mostrou revolucionária em relação ao modo anterior de embaralhar mensagens (criptografia simétrica)¹⁹. É que a fraqueza dos sistemas simétricos residia na necessidade de transmitir a chave criptográfica entre as partes envolvidas.

15 VERONESE, Alexandre et al. *Segredo e democracia: certificação digital e software livre. Informática pública*, vol. 8 (2): 09-26, 2007, p. 9.

16 VERONESE, op. cit, p. 9-10.

17 MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, p. 37.

18 VERONESE, op. cit, p. 11.

19 VERONESE, op. cit, p. 11.

A realidade atual pede que nos negócios, a segurança seja componente crítico com o fito de proteger informações sensíveis da corporação. É que, como se verá adiante, a capacidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas oferece a possibilidade de que o indivíduo seja autenticado, criptografando e assinando digitalmente com privacidade, acessando de maneira segura a rede corporativa da empresa, protegendo os arquivos pessoais, possibilitando operações de *e-commerce*, remotamente, e assinando e-mails com proteção forte.

A certificação digital visa garantir a autenticidade das informações enviadas pelo meio virtual, identificando o emissor ao receptor das informações, possibilitando o trânsito de mensagens criptografadas, permitindo, conseqüentemente, o sigilo na comunicação²⁰.

Deve ser mencionado que o certificado digital constitui-se em um documento eletrônico que identifica pessoas, cuja validade é garantida por uma terceira parte de confiança. *“É uma estrutura de dados sob a forma eletrônica, assinado digitalmente por uma terceira parte de confiável que associa o nome e atributos de uma pessoa a uma chave pública”*²¹. Tem-se que:

O fornecimento de um certificado digital é um serviço semelhante ao de identificação para a expedição de carteiras de identidade, só que o certificado é emitido com prazo de validade determinado. O interessado é identificado mediante a sua presença física pelo terceiro de confiança – com a apresentação dos documentos necessários – e este lhe emite o certificado digital.²²

Dessa maneira, quando uma mensagem é assinada digitalmente, geralmente estará acompanhada do certificado digital do remetente, onde constará a chave pública do mesmo, entre outros dados. É que um software do destinatário aplicará a chave pública do emissor na mensagem e confirmará a autoria e a integridade do documento eletrônico²³.

2.2 A INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PUBLICAS

Uma infra-estrutura tem como princípio ser uma instalação estrutural posta à disposição da sociedade para prover determinado

²⁰ VERONESE, op. cit. p. 11.

²¹ MENKE, op. cit., p. 49.

²² MENKE, op. cit., p. 49.

²³ MENKE, op. cit., p. 50.

serviço, que poderá ser usufruído por qualquer interessado²⁴, objetivando a comunicação entre os envolvidos, ou o mero acoplamento, e, ao mesmo tempo, evitando a aplicação de soluções diferentes por cada interessado.

Busca-se a interoperabilidade com uma infra-estrutura. Ou seja, evita-se que soluções diferentes sejam aplicadas por qualquer um, e, com isso, venha a contribuir com a insegurança e o caos de dado sistema estrutural. Faz-se necessário, assim, que os equipamentos que compõem a infra-estrutura comuniquem-se, independentemente do fornecedor ou da marca do produto.

Tem-se, dessa maneira, que “a infra-estrutura existe para que qualquer usuário possa simplesmente acoplar-se a ela e dela fazer uso quando necessário”²⁵. Tal raciocínio deve ser aplicado a uma infra-estrutura de chaves públicas, já que não seria coerente que indivíduos não pudessem se comunicar, transacionar ou mesmo acessar bancos de dados e contas correntes por terem certificados digitais de procedências diversas, por exemplo. Percebe-se, portanto, que a interoperabilidade tem como finalidade atingir toda a coletividade.

A expressão “infra-estrutura de chaves públicas” decorre da tradução do inglês de *public-key infrastructure (PKI)*. Uma Infra-estrutura de Chaves Públicas (ICP) ou Public Key Infraestructure (PKI) constitui-se em uma organização (sistema) que dispõe e abastece um serviço de certificação pública e serviços relacionados, que efetuam essa confiança por meio de tecnologia, infra-estrutura, práticas e procedimentos previamente determinados e periodicamente auditados. Para MENKE:

Uma infra-estrutura de chaves públicas (ICP) poderia ser conceituada como um sistema que tem por finalidade precípua, mas não exclusiva, atribuir certificados digitais (e conseqüentemente assinaturas digitais) a um universo de usuários. Em realidade, além de fornecerem estes documentos eletrônicos às pessoas naturais, aos órgãos e às entidades públicas e privadas, os entes que compõem uma ICP – os terceiros de confiança – desempenham a tarefa de gerenciar o ciclo de vida dos certificados, uma vez que, a qualquer momento, pode haver necessidade de revogar e emitir novos certificados, como no caso de comprometimento da chave privada de determinado titular de um certificado digital em virtude de roubo ou de fraude.²⁶

²⁴ MENKE, op. cit., p. 56-57 e 58.

²⁵ MENKE, Op. cit., p. 57.

²⁶ MENKE, op. cit., p. 56.

REINALDO FILHO entende que:

[...] uma Infra-Estrutura de Chaves Públicas (ICP) é um conjunto de regimes normativos, procedimentos, padrões e formatos técnicos que viabilizam o uso em escala da criptografia de chaves públicas; constitui um modelo formado por *autoridades certificadoras* responsáveis pela geração e gerenciamento de chaves e certificados públicos, utilizados (como método ou tecnologia viável) para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos e transações eletrônicas.²⁷

Finalmente, registre-se que uma infra-estrutura de chaves públicas pode ser configurada basicamente em dois modelos: o hierárquico e o de confiança distribuída.

O primeiro é configurado numa hierarquia, na forma de uma árvore invertida, situando-se no topo uma entidade na qual todos os que vêm abaixo, inclusive os usuários, devem confiar. A confiança se dissemina de cima para baixo. A entidade localizada no ápice da hierarquia, denominada Autoridade Certificadora Raiz, emite um certificado para uma autoridade certificadora de segundo nível, e esta emite um certificado para o usuário final.

No modelo de confiança distribuída, cada autoridade certificadora constitui uma hierarquia independente, não havendo, a princípio, níveis intermediários. Estabelecem-se inúmeras hierarquias, que para se comunicarem deverão recorrer à certificação cruzada.²⁸

3 A INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PUBLICAS BRASILEIRA - ICP-BRASIL

A forma legal dada ao modelo brasileiro é a de uma estrutura hierarquizada e centralizada, com a previsão da existência de uma única AC-Raiz, que atua e opera com certificados de uso geral em uma estrutura nacional. Para VERONESE:

O sistema criado é estruturado como uma pirâmide ou como uma cadeia de certificação digital, que tem no seu vértice o ITI. O vértice

27 REINALDO FILHO, Demócrito. A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 869, 19 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7576>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

REINHART, Susan M. *Strategies for legal case Reading and vocabulary development*. University of Michigan. 2007.

28 MENKE, op. cit., p. 58.

não significa controle direto e sim fiscalização (auditoria técnica) e determinação de procedimentos padronizados (regulamentos) pelas entidades que, efetivamente, certificam cidadãos.²⁹

A Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil é o Sistema Nacional de Certificação Digital, que foi instituído pela Medida Provisória nº 2.200-2/01³⁰, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras (art. 1º).

MARTINI trata a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira como um sistema. Para ele:

Trata-se de um sistema composto de subsistemas fundamentais e constitutivos. Há um subsistema de *acreditação*, que visa a auditoria de conformidade aos padrões de interoperabilidade e de segurança das ACs e ARs integrantes e seu credenciamento.

É ladeado por um subsistema de segurança física e lógica, bastante exigente e rigoroso para ambientes computacionais. Um subsistema para homologação de sistemas e equipamentos, que é o nosso Laboratório de Ensaios e Auditoria, já tratado de forma específica em diversas ocasiões. E, por fim, um subsistema de datação eletrônica, todavia ainda em vivo debate no Comitê Gestor da ICP-Brasil. Pode-se, sem dúvida, observar a presença de um “sistema auxiliar” jurídico e de normalização – pois todas as regras do sistema ICP-Brasil são públicas e bem definidas.³¹

Percebe-se que a ICP-Brasil busca realizar critérios objetivos de confiança. Segundo MARTINI, “*o sistema ICP-Brasil é um sistema de confiança*”³². Para o autor:

29 VERONESE, op. cit, p. 22.

30 A referida Medida Provisória permanece em vigor, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 62 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. As novas disposições constitucionais, decorrente da precitada E.C., são aplicáveis apenas às medidas provisórias editadas após a sua entrada em vigor, ou seja, após 11 de setembro de 2001. Ocorre que a Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, é anterior à E.C. 32. Portanto, não foi atingida por esta.

31 MARTINI, Renato. *Tecnologia e cidadania digital: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008. p. 36.

32 MARTINI, op. cit., p. 37

Portanto, só podemos desenvolver modelos de confiança reais e objetivos (os “*real-world models of trust*”, com quer Gerck) para sistemas de comunicação, no mundo da infra-estrutura da informação, quando dermos estruturas objetivas a todos estes modelos³³.

O sistema de confiança da ICP-Brasil é uma infra-estrutura integrada por uma Autoridade Gestora de Políticas (o Comitê Gestor da ICP-Brasil), uma Autoridade Certificadora Raiz (ITI), as Autoridades Certificadoras de nível subsequente ao da Raiz, as Autoridades de Registro, as entidades que prestam serviços a essas autoridades e, logicamente, os usuários de todo esse Sistema; ou seja, aqueles que se utilizam dos certificados, e aqueles que confiam nos certificados digitais emitidos no âmbito da ICP-Brasil, conforme dispõe o art. 2º da MP nº 2.200-2/01.

O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI é a Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. É, portanto, a primeira autoridade da cadeia de certificação, responsável pelo credenciamento, auditoria e fiscalização das Autoridades Certificadoras de nível subsequente, das Autoridades de Registro e Prestadores de Serviço de Suporte, nos termos do art. 5º da MP nº 2.200-2/01:

Art. 5º À AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, *competê emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP*, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas. (Grifo nosso)

A ICP-Brasil é uma Estrutura técnica, mas se destina à produção de jurídicos de suma importância, tendo papel fundamental no que tange ao aperfeiçoamento das instituições democráticas e ao desenvolvimento econômico, social, cultural, político e tecnológico da sociedade brasileira.

³³ MARTINI, op. cit., p. 37.

No âmbito técnico, podemos descrever sinteticamente a ICP-Brasil como uma cadeia de confiança que tem por objetivo precípua o de permitir a comprovação da autenticidade e da integridade das manifestações de vontade dos indivíduos (pessoas naturais) e grupamentos coletivos (pessoas jurídicas).

Um certificado é um documento eletrônico emitido por uma Autoridade Certificadora que assevera a vinculação entre uma chave pública e o titular dessa mesma chave pública. A Autoridade Certificadora é o que se chama de um terceiro de confiança (*a trusted third part*) entre o signatário e o destinatário do arquivo de dados. Vale dizer, o destinatário confiará, acreditará no certificado emitido, ou seja, confiará que uma determinada chave pública realmente se refere à pessoa física ou jurídica à qual a Autoridade Certificadora diz pertencer.

Pois bem, é comum que em alguns sistemas seja estabelecido um *plus* para os certificados emitidos por aquelas Autoridades Certificadoras que atendam a determinados requisitos, normalmente aferidos por meio de um processo formal de acreditação. Esse *plus*, conforme será explicado a seguir, é essencialmente jurídico. Mas não se impede que algumas Autoridades Certificadoras continuem a atuar à margem do sistema institucionalizado pelo Estado.

Tal modelo foi o adotado pela União Européia, por meio da Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, em 13 de dezembro de 1999. Em seu art. 3º, dispõe esse diploma comunitário o seguinte:

1. Os Estados-Membros não devem sujeitar a prestação de serviços de certificação a autorização prévia.
2. Sem prejuízo do disposto no nº 1, os Estados-Membros podem introduzir ou manter regimes de acreditação facultativa que se destinem a obter níveis mais elevados na oferta dos serviços de certificação. [...]
3. Os Estados-Membros assegurarão a criação de um sistema adequado de controlo de prestadores de serviços de certificação estabelecidos no seu território que procedem à emissão de certificados qualificados destinados ao público.

Segundo MENKE:

Tendo em vista a superveniência da Directiva Européia 1999/93 – que, conforme mencionado, estipulou que a atividade de certificação

digital independeria da concessão de autorização prévia pelo poder público, excepcionados os casos dos procedimentos de credenciamento voluntário, a serem implantados pelos Estados Membros para a obtenção de níveis de segurança mais avançados – o legislador alemão aboliu a exigência de autorização prévia estatal para todo e qualquer prestador de serviços de certificação.

Isso foi levado a cabo com a edição da segunda *Signaturgesetz*, de 16.05.2001, que, todavia, manteve e conferiu ainda maior importância aos procedimentos de certificação credenciados (*akkreditierte Signaturverfahren*), ou seja, àqueles em que os interessados em atingir níveis mais altos de segurança na prestação de seus serviços, se submetem ao processo de credenciamento (*Akkreditierung*) perante o órgão regulador alemão, a Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), que desempenha papel idêntico ao do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação no Brasil.³⁴

O *plus*, a que foi feita referência anteriormente, está em que certificados emitidos por um prestador de serviços de certificação que atenda a determinados requisitos (normalmente aferidos na acreditação) estarão vinculados a uma assinatura eletrônica com maior poder, é o de fazer com o que o arquivo de dados com ela subscrito seja automaticamente admitido como meio de prova para efeitos processuais. ocorre em razão de que a assinatura eletrônica passa a ter, por lei, o mesmo valor jurídico de uma assinatura manuscrita.

Não obstante, permite que assinaturas eletrônicas não consideradas avançadas possam também gerar efeitos jurídicos, como meio de prova, embora não atribua diretamente um valor probatório às mesmas. Vale dizer, no que tange a uma assinatura eletrônica ligada a um certificado emitido por um prestador de serviços de certificação não acreditado (ou que não cumpra os requisitos mínimos normalmente aferidos por meio da acreditação), cabe à parte que invoca o valor probatório do arquivo subscrito o ônus de demonstrar a validade probatória desse arquivo. Para tanto, a Diretiva diz somente que não serão negados efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova a esse arquivo, sem dizer cabalmente, como faz quanto à assinatura eletrônica avançada e ao certificado qualificado, que o arquivo será admitido como meio de prova para efeitos processuais.

34 MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 48, out – dez/2003.

Este foi o direcionamento adotado pela legislação pátria, isto é, pelo Poder Executivo no exercício de função legislativa atípica, porquanto a matéria hoje se encontra integralmente regulada pela medida Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, cujos efeitos se protraem com força de lei em razão do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

Como foi dito mais acima, a ICP-Brasil é um Infra-Estrutura técnica, mas se destina à produção de jurídicos. Efeitos, esses, que estão descritos no art. 10 da Medida Provisória, que dispõe:

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.

Os certificados emitidos no âmbito da ICP-Brasil atestam a equivalência entre a assinatura digital e a manuscrita, conduzindo à presunção de identificação entre um arquivo de dados e o seu autor, que já não poderá impugná-lo perante quem quer que contra ele pretenda fazer valer os efeitos do conteúdo desse arquivo.

Vale dizer, a assinatura digital vinculada a um certificado emitido no âmbito da ICP-Brasil conduz à presunção de autenticidade do documento subscrito, certo que é, como afirma Humberto Theodoro Júnior, que o *“código não subordina a validade do instrumento particular a que a firma do signatário seja reconhecido por tabelião ou qualquer oficial público. O que lhe dá autenticidade é a própria assinatura, ou seja, a escrita do nome do declarante, feita pessoalmente (de forma autógrafa)”*.³⁵

Já se afirmou acima que a ICP-Brasil é o Sistema Nacional de Certificação Digital e que, como tal, envolve prestadores de serviços de natureza distinta, ligados ao segmento de certificação, e os usuários desses serviços. Em posição destacada nesse sistema figuram as Autoridades Certificadoras, as emissoras de certificados digitais que estabelecem entre si uma cadeia hierárquica de confiança. Repita-se: no

35 THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. III. Tomo II. RJ: Forense, 2003. p. 480.

patamar mais elevado dessa cadeia está a Autoridade Certificadora Raiz da ICP-Brasil.

Deve ser mencionado que o modelo adotado no Brasil é semelhante ao adotado na Alemanha, onde a presença do Estado é muito forte. Mas tal presença não deve, e não pode, necessariamente indicar a existência de prestação de serviço público. Ao comentar o assunto, MENKE afirma que na Alemanha a presença do Estado é ainda mais forte “[...] *especialmente com vistas à interoperabilidade dos métodos de comprovação de autoria no meio virtual*”³⁶.

A legislação alemã sobre o assunto, pioneira na Europa, elegeu por política legislativa a intervenção estatal no controle e supervisão da atividade dos prestadores de serviço de certificação³⁷. Na Alemanha, o órgão regulador responsável por tais atribuições é o RegTP. Segundo MENKE:

[...] assim como no ordenamento jurídico alemão, *o texto legal brasileiro elegeu a política legislativa de intervenção estatal no controle e supervisão da atividade dos prestadores de serviço de certificação, designando uma autarquia federal como responsável por tais atribuições*³⁸. (Grifo nosso)

O ITI é a AC Raiz da ICP-Brasil. É a primeira autoridade da cadeia de certificação e executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil. Compete à AC Raiz emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciando a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos. Além disso, cabe à AC Raiz auditar e atuar como fiscalizadora das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP-Brasil. Não deve ser esquecido que a ICP-Brasil é uma cadeia de confiança hierárquica.

E num sistema hierárquico de confiança, a hipótese mais comum é a de que o Estado posicione sua atividade regulatória para estabelecer

36 MENKE, op. cit., p. 74. Para o autor, “*o que caracteriza o modelo alemão de infra-estrutura de chaves públicas é o aspecto de ter optado pela configuração hierárquica e o de apresentar no ápice da cadeia de certificação uma entidade de direito público, a RegTP, que, além de credenciar, supervisionar e fiscalizar as atividades dos credenciados, emite certificados digitais para estes operarem. Desta forma, tem aplicação, não o modelo de diversas cadeias isoladas, tal qual o modelo de confiança distribuída, mas sim o de uma cadeia escalonada composta pela autoridade certificadora raiz no topo e os demais prestadores de certificação abaixo dela*”. (MENKE, op. cit., p. 73-74)

37 MENKE, op. cit., p. 76.

38 MENKE, op. cit., p. 99

algun controle sobre os prestadores de serviços de certificação que se proponham a emitir certificados para o público, ainda que não se elimine o aspecto concorrencial, da livre iniciativa, que continua a ser a imagem diretora da ordem econômica no setor de certificação (inciso IV, do art. 170, da CF). Em sistemas como esse, normalmente se estabelece um processo de credenciamento, ou acreditação facultativo.

Em suma, o ITI é responsável pela administração direta da ICP-Brasil, fazendo o papel de AC Raiz, credenciando, auditando e fiscalizando as AC credenciadas, fomentando a certificação digital, e apoiando a Secretaria-Executiva do Comitê-Gestor da ICP-Brasil no que for necessário ao exercício das funções. Ou seja, típica atividade estatal de intervenção na atividade privada.

4 O MODELO NORTE-AMERICANO DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL

Como já visto anteriormente, uma infra-estrutura de chaves públicas pode ser configurada basicamente em dois modelos: o hierárquico e o de confiança distribuída. Deve ser mencionado que o modelo adotado nos Estados Unidos é diferente do modelo brasileiro, hierárquico. No modelo americano, cada autoridade certificadora constitui uma hierarquia independente, não havendo, a princípio, níveis intermediários. Estabelecem-se inúmeras hierarquias que, para se comunicarem, deverão recorrer à certificação cruzada.

Observe-se que, os Estados Unidos são pioneiros em matéria legislativa sobre o assunto. Desde 1995 existe legislação tratando das assinaturas digitais. Mas, diferentemente do ocorrido no Brasil, tal legislação não foi editada no âmbito federal. O Estado de Uta foi o primeiro, com a completa Utah Digital Signature Act (UDSA).

A UDSA trata das definições, conceitos, efeitos das assinaturas digitais, certificados digitais e autoridades certificadoras. A referida lei surgiu para facilitar o comércio por meio de mensagens confiáveis, minimizando a incidência de assinaturas digitais forjadas e de fraudes no comércio eletrônico³⁹. Em suma, buscou-se mais segurança para as relações travadas no meio virtual. Mas, para tanto, a lei previu uma série de exigências, trazendo o conceito de autoridade certificadora licenciada, a saber, “[...] aquela que dispõe de uma licença válida expedida pela *Divisio of Corporations and Commercial Code, do Departamento de Comércio de Utah*”. De outra banda:

39 MENKE, 2003.

[...] às exigências previstas na lei e nos regulamentos, as autoridades certificadoras licenciadas desfrutam de certas vantagens. A principal delas é a do *status* jurídico-probatório das mensagens assinadas digitalmente. Consoante o previsto na seção 403, item 1, b. I, somente serão equiparadas aos documentos escritos aquelas mensagens eletrônicas assinadas digitalmente que forem conferidas mediante o emprego de chave pública inserida em certificado digital emitido por autoridade certificadora licenciada. Apenas neste caso a mensagem será válida, exigível e produzirá efeitos tal qual se tivesse sido escrita sobre o suporte de papel.⁴⁰

Para LORENZETTI, juntamente com a Uncitral, europeia, a lei de assinatura digital do Estado de Utah tem sido o modelo mais seguido e citado⁴¹.

Ainda no ano de 1995, o Estado da Califórnia editou lei tratando do uso e das aplicações de assinaturas eletrônicas. Tal lei não possui o alcance e a abrangência da lei do Estado de Utah, dirigindo-se, especificamente, ao uso perante órgãos públicos⁴². Em 1999, o Estado de Nova York editou a *Electronic Signature Record Act*, que definiu a assinatura eletrônica como “[...] *um meio eletrônico de identificação, que inclui a assinatura digital, única para aquela pessoa, associada com dados de uma maneira tal que garantam a autenticidades e a integridade, e é empregada por seu titular para que tenha a mesma força da assinatura manual.*”⁴³

É certo que, sendo o direito civil o regulador da formação dos contratos eletrônicos e das assinaturas digitais, atualmente, quase todos os cinquenta estados americanos já possuem legislação sobre o assunto. Entretanto, esses diversos estados, não raro, tratam a matéria de modo diferente uns dos outros. Segundo REZENDE:

Tais leis se enquadram em 3 modelos. Há o modelo ‘prescritivo’, como o da lei de Utah, que regula o uso de assinaturas digitais e o funcionamento de PKIs. Há o modelo ‘de critérios’, como o da Califórnia, que estabelece parâmetros de funcionalidade e confiabilidade para o reconhecimento legal de mecanismos

40 MENKE, 2003.

41 LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke; com notas de Cláudia Lima Marques.- São Paulo: RT, 2004, p. 117.

42 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 47, p. 70, jul. 1999. DTR, 1999, 311.

43 LORENZETTI, op. cit., p. 118.

eletrônicos autenticatórios. E há, finalmente, o modelo de 'outorga', como o de Massachussets, que não aborda critérios ou mecanismos, mas delega às partes envolvidas o poder de decidir qual mecanismo pode substituir eletronicamente a assinatura de punho. Das 76 leis, apenas 36 em 20 Estados mencionam chaves assimétricas e PKIs.⁴⁴

Percebe-se, portanto, que no meio de tantas leis, o tratamento dado por cada uma delas tende a ser diferente, observando-se as peculiaridades econômicas, culturais, sociais e tecnológicas de cada Estado. Entretanto, como já dito em outro momento, uma infraestrutura pressupõe a perfeita comunicação entre os componentes integrantes. Deve haver a interoperabilidade, facilmente observada em modelos hierárquicos de certificação digital. Essa é uma das grandes diferenças entre o modelo adotado no Brasil e o modelo americano. Para MENKE:

[...] não obstante o pioneirismo da Lei de Utah e os esforços de iniciativas legislativas de outras unidades federativas estadunidenses, há que se ressaltar que, curiosamente, nos Estados Unidos da América o desenvolvimento e a expansão das infra-estruturas de chaves públicas se deram de forma bastante desorganizada, de sorte que hoje em dia são diversas as ICPs em funcionamento naquele país, com base tanto em iniciativas governamentais quanto em iniciativas privadas.⁴⁵

Continua, o precitado autor, afirmando que, dentre as diversas razões para o fenômeno transcrito acima, tem-se, principalmente, o fato de que a autonomia dos estados federados proporcionou a cada entidade federativa a edição de sua própria lei sobre assinaturas digitais e matérias afins, deixando-se de lado qualquer harmonia principiológica entre esses diplomas.⁴⁶

Com elevado grau de autonomia legislativa, advindo do seu tipo de federalismo, notadamente em questões relacionadas ao direito civil, a legislação de cada estado criou critérios e procedimentos diferentes. A necessidade de harmonia entre os mesmos restou patente.

44 REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. Certificados digitais, chaves públicas e assinaturas o que são, como funcionam e como não funcionam. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 49, p. 129, Jul 2000 DTR, 2000, 357.

45 MENKE, 2005.

46 Ibid..

Entretanto, as empresas sediadas em solo americano começaram a implantar suas próprias infra-estruturas, com o fito de proteger dados sensíveis e gerir seus negócios. Mas, neste momento, também começaram a surgir problemas, já que as empresas possuem parcerias com outras empresas e entidades que também possuem sua própria ICP. Fez-se necessário, então, a conexão entre ICPs corporativas.

Além disso, tais ICPs corporativas, não raras vezes, possuem estruturas e políticas de certificação diferentes. A solução aplicada foi a utilização de uma ligação flexível entre as ICPs, encontrada na *Bridge Certification Authority – BCA* (Autoridade Certificadora Ponte), projetada para vincular ICPs de diferentes arquiteturas.

Tal figura não existe na ICP-Brasil, e não é encontrada como componente de uma ICP hierárquica. Pode, entretanto, fazer a ligação de uma ICP hierárquica com uma outra ICP do mesmo modelo ou de modelo diferente. Essa ponte não pode emitir certificados digitais para o usuário final, mas serve como ponte de confiança entre usuários de diferentes ICPs.

Ainda, deve ser mencionado que Governo Americano promoveu, há alguns anos, “*a iniciativa do projeto Federal Bridge Certification Authority, que tem o objetivo de viabilizar a intercomunicação entre os titulares de pares de chaves cujos respectivos certificados sejam provenientes de autoridades certificadoras diversas.*”⁴⁷

A ICP do Governo Federal americano é um exemplo de uma ICP baseada no conceito de Autoridade Certificadora Ponte. Frise-se que, inicialmente, as ICPs do Governo Federal foram projetadas para funcionar na forma do modelo hierárquico. Para Hastings:

However, these initial PKI plans ran into several obstacles. There was no clear organization within the government that could be identified and agreed upon to run a governmental “root” CA. While the search for an appropriate organization dragged on, federal agencies began to deploy autonomous PKIs to enable their electronic processes. The search for a “root” CA for a hierarchical federal PKI was abandoned, due to the difficulties of imposing a hierarchy after the fact. Instead, plans were developed to integrate the agency PKIs into a unified federal mesh PKI.

The number and complexity of trust relationships required for the new federal mesh PKI was daunting. Government agencies began to

47 MENKE, 2005.

search for a solution that would represent their trust relationships in a more manageable fashion. The concept of the BCA was developed and was chosen as the vehicle for a unified federal PKI. A prototype Federal BCA (FBCA) has been implemented and demonstrated. The prototype FBCA links five trust domains representing three federal departments, one state government, and one foreign government. The five trust domains include both hierarchical and mesh PKIs. In the FBCA demonstration, users from different trust domains were able to communicate with each other in a trusted fashion using secure electronic mail.⁴⁸

Percebe-se aqui, mais uma razão para a adoção do modelo de confiança compartilhada pelos Estados Unidos. A demora para a escolha de uma entidade governamental, que funciona-se como AC-Raiz da ICP hierárquica, propiciou uma difusão de ICPs autônomas no seio do Governo Federal americano. Assim, fica claro que o conceito de Autoridade Certificadora Ponte foi o escolhido como condutor para uma futura lei federal unificada de ICP.

Atualmente, existe uma espécie de Comitê Gestor Federal da ICP que fornece orientações e direções aos órgãos federais americanos, sobre o estabelecimento de uma ICP federal⁴⁹. O *National Institute of Standards and Technology* – *NIST*⁵⁰, uma agência do Departamento de Comércio dos Estados Unidos, tem um papel importante no desenvolvimento de uma ICP federal, já que, além de chefiar a implantação, serve como conselheiro do sistema.

A arquitetura da atual ICP federal apresenta a *Federal Bridge Certification Authority*, que propicia a interoperabilidade entre domínios de ICPs diferentes, que possuem políticas de certificação diferentes. Ressalte-se que a *Federal Bridge Certification Authority* está operacional desde o ano de 2001, e foi conceituada como uma ICP *hug* para fornecer a ligação entre os componentes.

A tecnologia utilizada nas *PKIs* norte-americanas é a mesma utilizada no Brasil e em países europeus. Diferem, entretanto, quanto ao modelo e, conseqüentemente, procedimentos de segurança. No Brasil existe uma única infra-estrutura de chaves públicas, criada

48 HASTINGS, Nelson E. and POLK, William T. Bridge Certification Authorities: Connecting B2B Public Key Infrastructures. Disponível em: <http://csrc.nist.gov/groups/ST/crypto_apps_infra/pki/pkiresearch.html>. Acesso em: 25 set. 2011.

49 Informações sobre tal Comitê podem ser encontradas no sítio: <<http://gits-sec.treas.gov/>>

50 Ver: <<http://www.nist.gov/>>

por um instrumento normativo com amplitude nacional. Nenhum outro ente da federação brasileira, ou organismo ou entidade privada, podem criar a sua própria ICP pretendendo colher os mesmos efeitos constantes na MP 2.220-2. Além disso, como já dito, percebe-se uma forte presença do Estado no sistema. Uma autarquia federal é a Autoridade Certificadora Raiz responsável por emitir o certificado digital para as Autoridades Certificadoras, credenciando, auditando e fiscalizando as mesmas.

O procedimento de credenciamento de uma AC é o mesmo em todo o nosso território nacional. Da mesma maneira, o procedimento de identificação do usuário final também é único, não sofrendo variação de acordo com o local.

No sistema americano de certificação digital não existe a figura da AC Raiz. Também, são diversas as ICPs, privadas ou governamentais, verificando-se uma fraca intervenção do Estado. O mercado tem uma maior liberdade de atuação.

Nos Estados Unidos é possível que as leis de uma estado exijam, por exemplo, a presença física do interessado em adquirir o certificado digital, com toda a sua documentação, utilizando-se da tecnologia de coleta de dados biométricos, enquanto que as leis de outro estado exijam apenas que o solicitante preencha um requerimento *on line*, sem precisar comprovar, com a máxima efetividade, que ele é quem diz ser. Diversidade de procedimentos e de políticas dificultam a comunicação entre as ICPs existentes, sendo necessária a criação de uma figura inexistente em nosso sistema, a saber, a já mencionada AC Ponte.

Deve ser mencionado que, por outro lado, o modelo hierárquico não apresenta grandes problemas de interoperabilidade. É um sistema com estrutura mais simples, com procedimentos únicos para qualquer interessado em participar do sistema de certificação, e para aqueles interessados em adquirir um certificado digital. Aponta-se como desvantagem a confiança concentrada em um único ponto, a AC Raiz. Alega-se que problemas de segurança na AC Raiz, que está no ápice, poderia comprometer todo o sistema escalonado e hierárquizado.

Já no modelo de confiança compartilhada, como existem múltiplos pontos confiança, entende-se que o comprometimento de uma AC não comprometeria todo o sistema, já que este poderia ser isolado. Entretanto apresenta problemas de interoperabilidade, fazendo-se necessária a certificação cruzada e a existência de uma AC Ponte. Além disso, possui estrutura mais complexa.

Frise-se, entretanto, que esta análise não pretende apontar qual dos modelos é o melhor. Pretende-se, entretanto, discutir a origem dessas

diferenças, reconhecendo a existência de vantagens e desvantagens em cada um dos modelos abordados.

Oportunamente, mencione-se que, embora cada Estado possua pelo menos uma lei relativa à assinatura eletrônica, é a lei federal que estabelece as diretrizes para o comércio entre os Estados.

Antes da operacionalização da *Federal Bridge Certifications Authority*, em 30 de junho de 2000, foi assinada pelo Presidente americano, à época, a *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act – ESIGN*, estabelecendo a validade das assinaturas eletrônicas para o comércio interestadual e internacional. E foi neste período que diversos estados lançaram suas leis com conteúdo semelhantes ou mais específicos. Uns anos antes e outros anos depois. Mas essa foi a primeira grande intervenção do Governo Federal relacionada ao assunto.

A mencionada lei prevê a legalidade da assinatura eletrônica, sem dizer o método ou a tecnologia específica. Pelo contrário, ela veda que qualquer entidade exija uma tecnologia específica para transações eletrônicas.

Observa-se, portanto, um ambiente no qual praticamente todos os estados possuem sua própria legislação sobre o assunto, dando tratamento, muitas vezes, diversos umas das outras, em conjunto com a legislação federal que trata do gênero assinatura eletrônica, sem tratar especificamente da espécie assinatura digital e, por consequência, de uma infra-estrutura de chaves públicas.

5 CONCLUSÃO

No peculiar federalismo norte-americano os estados membros eram independentes e decidiram, abrindo mão de parte dos seus poderes e de sua soberania, formar uma união de estados federados. Assim, levando-se em consideração que antes eram dotados de soberania, e ante a grande resistência de ceder os seus poderes ao governo central, observa-se que os estados possuem um nível de autonomia, em relação ao poder central, muito mais elevado que o de outras entidades federativas de outras federações, a exemplo do Brasil.

Percebeu-se que os estados norte-americanos mantiveram uma parcela significativa de poder e podem, inclusive, legislar sobre matérias relacionadas ao direito civil, comercial e penal. No Brasil, por força do que dispõe o art. 22, inc. I, da nossa Constituição Federal, tais matérias são de competência privativa da União.

A infra-estrutura de chaves públicas, entendida como uma organização que dispõe e abastece um serviço de certificação digital

e assinatura digital em favor dos usuários, tanto pode ser configurado numa hierarquia, na forma de uma árvore invertida, situando-se no topo uma entidade na qual todos os que vêm abaixo, inclusive os usuários, devem confiar, como pode ser configurada no modelo de confiança distribuída, onde cada autoridade certificadora constitui uma hierarquia independente, não havendo, a princípio, níveis intermediários.

Portanto, a forma legal dada ao modelo brasileiro é a de uma estrutura hierarquizada e centralizada, com a previsão da existência de uma única AC-Raiz, que atua e opera com certificados de uso geral em uma estrutura nacional. No modelo americano, cada autoridade certificadora constitui uma hierarquia independente, não havendo, a princípio, níveis intermediários. Lá existem diversas legislações, em cada estado e no âmbito federal, tratando do assunto e das diversas ICPs. Aqui, um ato normativo federal trata do assunto, tendo criado a única ICP, que possui âmbito nacional.

Assim, no meio de tantas leis, nada mais normal que o tratamento dado por cada uma delas seja diferente, observando-se as peculiaridades de cada entidade legiferante. Isso tende a afetar a interoperabilidade, comumente observada em modelos hierárquicos. Essa é uma das grandes diferenças entre o modelo adotado no Brasil e o modelo americano.

Concluiu-se que a grande autonomia dos estados federados proporcionou a cada entidade federativa a edição de sua própria lei sobre assinaturas digitais e matérias afins. Assim, com elevado grau de autonomia legislativa, advindo do seu tipo de federalismo, notadamente em questões relacionadas ao direito civil, a legislação de cada estado criou critérios e procedimentos diferentes. A solução, para driblar os problemas relacionados à falta de interoperabilidade, foi a criação das Autoridades Certificadora Pontes, entidade inexistentes em modelos hierárquicos de certificação digital, cuja finalidade cingi-se, tão somente, a propiciar a comunicação entre ICPs de domínios diferentes.

REFERENCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul: Thomson/West, 2006.

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

HASTINGS, Nelson E. and POLK, William T.. *Bridge Certification Authorities: Connecting B2B Public Key Infrastructures*. Disponível em: <<http://>

csrc.nist.gov/groups/ST/crypto_apps_infra/pki/pkiresearch.html>. Acesso em: 25 set. 2011.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke; com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 47, p. 70, Jul 1999, DTR, 311.

MARTINI, Renato. *Tecnologia e cidadania digital: ensaio sobre tecnologia, sociedade e segurança*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENKE, Fabiano. Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 48, out-dez 2003.

_____. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. *O nosso federalismo*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/nosfed.htm>>. Acesso em : 19 set. 2011.

REINALDO FILHO, Demócrito. A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI e do CG. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 869, 19 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7576>>. Acesso em: 08 fev. 2010.

REINHART, Susan M. *Strategies for legal case Reading and vocabular development*. University of Michigan. 2007.

REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. Certificados digitais, chaves públicas e assinaturas o que são, como funcionam e como não funcionam. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 49, p. 129, jul 2000, DTR, 357.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. III. Tomo II. RJ: Forense, 2003.

VERONESE, Alexandre et al. Segredo e democracia: certificação digital e software livre. *Informática pública*, v. 8 (2): 09-26, 2007.

ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA EM HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

*JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AND THE IMPORTANCE OF THE
AMERICAN EXPERIENCE IN CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS*

Rafael Machado de Oliveira

Procurador Federal

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UNB

Introdução; 1 Interpretação constitucional íntegra na visão de Ronald Dworkin; 2 A colaboração de John Hart Ely e sua teoria procedimentalista no controle de constitucionalidade; 3 A crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Este artigo tem com objetivo fomentar o debate sobre o fenômeno do ativismo judicial no Brasil e a colaboração da teoria constitucional norte-americana moderna, como paradigma de interpretação jurídica para o aperfeiçoamento do sistema de freios e contrapesos na democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Autocontenção. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica Constitucional. Direito Norte-Americano.

ABSTRACT: This article is an attempt to encourage debate on the phenomenon of judicial activism in Brazil and the cooperation of American constitutional theory, modern paradigm of legal interpretation as to improve the system of checks and balances in Brazilian democracy.

KEYWORDS: Judicial Activism. Self-Restraint. Control of Constitutionality. Constitutional Hermeneutics. U.S. Law

INTRODUÇÃO

Há um antigo debate em voga nos últimos dez anos no âmbito do Poder Judiciário do Brasil. É que de lá para cá, os juízes e especialmente o Supremo Tribunal Federal passaram a ser mais ativos, suprimindo lacunas deixadas pelo Poder Legislativo ou mesmo criando novos direitos a partir da base constitucional.

Seja em temas de alta relevância política, como a instituição da fidelidade partidária e a criação de normas para demarcação de reservas indígenas, até na implementação de direitos sociais como saúde e previdência social, o Judiciário têm inovado a ordem jurídica exercendo poder normativo, substituindo o papel constitucionalmente reservado ao Poder Legislativo. Trata-se da já conhecida prática do ativismo judicial.

Pretende-se nestas sucintas linhas estabelecer conexões iniciais entre o ativismo judicial, tido aqui como fenômeno hermenêutico, e as lições do constitucionalismo norte-americano para compatibilizar o sistema de *checks and balances* com o controle jurisdicional de constitucionalidade, o *judicial review of legislation*.

A análise do tema perpassa a dicotomia entre ativismo e autocontenção, e nesse aspecto o desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano tem muito a contribuir para o aperfeiçoamento da democracia brasileira no que toca ao harmônico funcionamento do sistema de separação de poderes.

É exatamente na preocupação com a desarmonia entre os poderes que se ampara a crítica ao ativismo judicial atualmente praticado no Brasil, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, mas não menos pelos demais juízes e tribunais.

Se por um lado se reconhece que em determinadas situações o ativismo pode ter resultados bons, por outro há fortes argumentos no sentido de sua prejudicialidade, pois violaria a separação entre os Poderes e consequentemente prejudicaria o sistema democrático. O Judiciário estaria substituindo o Congresso e subtraindo a atribuição dos responsáveis pelas escolhas substantivas do povo brasileiro.

Vê-se aí as estreitas ligações com as questões que inquietaram os juízes e estudiosos nos Estados Unidos desde a origem do controle de constitucionalidade em 1803, no famoso caso *Marbury vs. Madison*.

É que as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Em um primeiro momento o ativismo mostrou-se conservador na democracia estadunidense. Foi justamente na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários e conservadores encontraram amparo para a segregação racial (*Dred*

Scott X Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937).

A mudança de pensamento se inverteu a partir da década de 50, quando a Suprema Corte presidida por Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), se produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo penal (*Miranda X Arizona*, 1966), direitos das mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), direito à privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).

Percebe-se que muitos destes temas estão ou estiveram na pauta do Supremo Tribunal Federal no Brasil nos últimos anos, tanto pela via do controle concentrado como no difuso. Por essas razões tem sido cada vez mais recorrente a referência ao direito estrangeiro, especificamente o direito constitucional. É que por conta da proteção conferida pelas normas constitucionais aos direitos fundamentais, encontrada em número cada vez maior de países e com conteúdo substancial parecido, já se debate a formação do constitucionalismo global. E nesse ramo é fundamental reconhecer a experiência norte-americana.

A criação e aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade das leis permitiu amplo debate sobre interpretação constitucional, cujas raízes remontam à antiga disputa na teoria constitucional entre os partidários do interpretacionismo e os adeptos do não interpretacionismo, como acentua John Hart Ely.

No Brasil, onde o Congresso Nacional se vê muitas vezes paralisado por inação ou pressão do Poder Executivo, o Judiciário acaba criando regras típicas de lei pela via judicial, experiência na qual os Estados Unidos são pioneiros, inclusive se fazendo referência a uma longa era de verdadeiro império dos juízes.

Os exemplos citados acima são claros casos de ativismo judicial, e é importante salientar que no Brasil, a interpretação – e seu alargamento – acaba produzindo efeitos concretos que não estão expressos na legislação em razão do vácuo deixado pelo Congresso Nacional em determinados temas. Assim, pode se dizer que o exercício deste anômalo poder normativo na democracia brasileira já é resultado da desarmonia no sistema. Como consequência previsível o ativismo têm se dado tanto pela criação de normas como também de novas hipóteses de incidência para as previsões constitucionais. Sempre com bases teóricas fundadas na hermenêutica.

Trata-se de tema fascinante e instigante, notadamente numa democracia jovem e diante da nova ordem erigida com a Constituição Federal de 1988. O Poder Judiciário, desde então, vêm se desprendendo das antigas amarras sociológicas decorrentes de um regime mais fechado para exercer um papel mais protagonista.

Essa postura coloca em evidência toda a carga axiológica da Constituição, exigindo do intérprete maior preparo acerca das melhores técnicas hermenêuticas. Nesse contexto é que a experiência constitucional norte-americana pode colaborar para a interpretação destes fenômenos que literalmente balançam o sistema de freios e contrapesos.

Os passos iniciais para a empreitada podem começar observando o diálogo entre os filósofos Ronald Dworkin e Jürgen Habermas para uma teoria íntegra do direito, hábil à resolução dos casos mais difíceis e que se norteie pelo conteúdo dos princípios.

Dworkin refuta a teoria da discricionariedade do juiz e defende a interpretação construtiva como forma de dar continuidade a um conceito interpretativo de direito, fazendo uma alusão do direito à literatura, um romance em série ou romance em cadeia, e não uma elaboração de um novo direito.

Seguindo nessa linha, importante trazer à baila o pensamento de John Hart Ely autor de um clássico da literatura jurídica norte-americana, a obra *Democracy and Distrust, a theory of judicial review*, em que expõe sua teoria procedimentalista para o controle jurisdicional de constitucionalidade. O autor entende que o controle abstrato das normas deve funcionar como garantidor da origem verdadeiramente democrática das leis, sendo que tal processo se dá ouvindo as vozes das minorias e mantendo os canais de comunicações dessas vozes acessíveis de inclusão na elaboração das leis. Aceita-se e conforma-se, assim, à inevitável lacuna do Poder Legislativo quando elabora leis destoantes com a vontade geral, muitas vezes por defender exclusivamente interesses de minorias, e/ou por motivos lobísticos, perdendo sua função originária de representante do povo, e não raro abusando do poder.

Por fim, e para fomentar em definitivo o estudo do constitucionalismo norte-americano, assinala-se o trabalho do professor neozelandês *Jeremy Waldron*, autor de crítica construtiva ao controle jurisdicional de constitucionalidade, com questionamentos e propostas concretas. Sua preocupação é demonstrar que o Judiciário nem sempre será a instância mais adequada para resolver matérias controvertidas acerca de direitos fundamentais. Negando a tese da única resposta correta delineada exemplarmente por Ronald Dworkin, o autor prefere

que o desacordo sobre tais questões seja resolvido pelas instâncias democráticas de representação, especialmente nas democracias desenvolvidas.

Não se pretende nestas linhas elaborar um estudo da profícua obra dos autores e tampouco dos casos em que o ativismo judicial é praticado no Brasil. A ideia é demonstrar como o direito constitucional norte-americano pode contribuir para o aperfeiçoamento da democracia brasileira e o melhor aproveitamento possível do checks and balances.

1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA NA VISÃO DE RONALD DWORKIN

Partindo do pressuposto de que a judicialização é fato sistêmico, decorrente da evolução de nossa democracia, e o ativismo judicial uma resposta para esse fato neste momento histórico, passa-se a questionar se a adoção dessa postura mais arrojada tem fundamento de validade na interpretação constitucional moderna.

Valendo-nos das lições do constitucionalismo norte-americano em diálogo com a filosofia alemã constata-se que há teorias a embasar esse proceder.

O pós-positivismo de Ronald Dworkin e Habermas traz ínsita a ideia de Estado interpretador e executor dos princípios e fundamentos constitucionais.

Na obra *Império do Direito*¹, Dworkin conclama os juristas a refletir a respeito da interação existente entre o objeto da interpretação e a finalidade com a qual ela é realizada. O autor destaca que o intérprete tenta tornar um objeto o melhor possível e que o direito, como uma prática social, requer uma forma peculiar de interpretação que se assemelha a interpretação artística. A esta interpretação atribui a designação de interpretação criativa. Nesse sentido, afirma que a interpretação centra-se não nas causas, mas nos propósitos do intérprete.

Trazendo a proposta do autor como critério de ativismo ou autocontenção por parte do Judiciário, reputa-se que a apreciação de qualquer pedido demanda interpretação constitucional concreta e individualizada, mas o estudo do caso deve ser muito maior se se tratar de controle de constitucionalidade em qualquer de suas formas.

1 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003/A. p. 62-3.

Já o objeto ganha relevo em matéria de direitos fundamentais, tanto para criação, restrição ou extinção.

Nesse sentido, e exemplificando com uma das maiores causas de litígios individuais no Brasil atualmente, que é a demanda por saúde e previdência, o que se deve buscar nos três poderes é exatamente esse grau de aprofundamento e interpretação, com garantia de acessos democráticos para a população se manifestar, mas sempre com cautela para evitar um movimento de judicialização em massa, tendente a criar uma espécie de estado de exceção judicial. Afinal, não somente o Legislativo pode favorecer minorias ou interesse lobísticos indevidamente. Aqui se verifica um ponto em que o pensamento de Dworkin se aproxima de John Hart Ely.

Como nosso constitucionalismo verdadeiramente democrático é jovem, crê-se que a evolução qualitativa na prestação do serviço público em todos os poderes certamente permitirá análises muito mais aprofundadas, casuísticas e finalísticas com os objetivos constitucionais.

Aliás, essa parece ser a tônica para a formação da “comunidade aberta de intérpretes da Constituição” como preconiza Peter Habërle². Cabe não só aos juízes, como a todos os operadores do Estado na condição de intérpretes primeiros da legislação e da Constituição estarem preparados para exercer seu múnus público com segurança e independência, a fim de atingir a finalidade específica do texto constitucional.

Consequentemente, ganha relevo um excelente referencial interpretativo de Ronald Dworkin, que é a teoria do direito como integridade, na busca da única resposta possível para um não aparente *hard case*. Não aparente porque um dos grandes problemas na implementação dos direitos, seja pela via administrativa ou judicial, é a massificação na análise dos casos, decorrente também da falta de estrutura. Isso prejudica sobejamente a interpretação das normas aplicáveis, levando muitas vezes à tão só subsunção da norma no suporte fático. O que vai de encontro ao que ora se busca, que é a interpretação.

A teoria de Dworkin é pertinente pois está calcada fortemente no argumento judicial e na necessidade de propor aos operadores do direito o desafio de encontrar uma resposta correta mesmo para os casos complexos. Lembra-se que muitas vezes está-se diante de um *hard case* não aparente, mas ainda que não o fosse, cabe salientar que não é apenas nos casos difíceis que o juiz interpreta as normas. Qualificar um

2 Citado por CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.

caso como fácil ou difícil, ou uma norma como clara ou obscura, já é uma atividade de interpretação.

O autor desenvolve seu método hermenêutico afastando a teoria da discricionariedade do juiz e propondo a interpretação construtiva como forma de dar continuidade a um conceito interpretativo de direito, fazendo uma alusão do direito à literatura, um romance em série.

Dworkin aborda a semelhança do direito com a literatura quando apresenta essa parábola do romance em cadeia, em que se afirma que decidir casos controversos é semelhante ao ato de escrever um romance. Neste exercício literário um grupo de escritores é contratado para escrever um romance, sendo que cada capítulo tem um autor diferente. Para que o livro conserve a coerência, a partir do segundo capítulo cada romancista deve interpretar o texto já escrito para produzir a melhor continuação possível.³

Há inequívoca semelhança com o processo interpretativo operado na jurisprudência. Cada operador do direito se depara com um sistema pré-constituído por normas e por interpretações jurisprudenciais, os paradigmas, tidos como consensos condicionadores do debate e da interpretação.

A jurisprudência consolidada em diferentes momentos e proveniente de diferentes juízos e tribunais incorpora-se ao sistema jurídico, produzindo na comunidade a expectativa de que, em casos semelhantes, a decisão será guiada pelas mesmas razões de decidir.

Assim, refutar os paradigmas jurídicos consensuais provoca fortes suspeitas sobre a adequação da interpretação e o proponente corre o risco de ser considerado arbitrário, alternativista ou ignorante, ao menos que a divergência seja apontada e adequadamente fundamentada.

Aqui reside um possível campo de aplicabilidade para o melhor ativismo judicial, que é justamente o reconhecimento destes paradigmas, e principalmente o respeito aos princípios que os compõe, como o pacto democrático, o sistema de separação dos poderes, a autodeterminação, e o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais e sociais.

Dada a disseminação e o avanço do constitucionalismo global já é possível se dizer o quê a comunidade espera das cláusulas constitucionais, fato que vem sendo bem demonstrado pela imprensa no Brasil, mesmo sabedor que este veículo também é dirigido.

A proposta de Dworkin contempla este movimento hermenêutico cíclico e se compatibiliza com a dinâmica entre ativismo

3 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 235-7.

e autocontenção. Seus métodos e sua teoria construtivista constituem inequívoco avanço para a teoria constitucional norte-americana contemporânea.

A precisa distinção entre princípios, políticas e regras, conhecendo as peculiaridades de cada um desses padrões para integrá-los em uma teoria da decisão jurídica, bem como a reconstrução do direito a partir das próprias práticas da sociedade personificada são as pedras de toque da obra.

Curiosamente, Dworkin insiste em negar que sua concepção de direito como integridade conduza ao ativismo judiciário, por pretendê-la mais inflexivelmente interpretativa do que o convencionalismo (positivismo) ou o pragmatismo. No dizer do autor, o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico.

2 A COLABORAÇÃO DE JOHN HART ELY E SUA TEORIA PROCEDIMENTALISTA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em *Democracy and Distrust*, John Hart Ely prefacia explicando os equívocos tanto dos interpretacionistas quanto dos que defendem uma hermenêutica mais substancial, os não interpretacionistas. O autor formula sua crítica afirmando que os primeiros subordinam séculos de gerações à vontade de quem aprovou a Constituição, ao adotarem uma posição de estrito cumprimento das normas explícitas ou claramente implícitas da Carta. Assim, ao invés da Constituição ser um patrimônio dos vivos, acabaria sendo uma armadilha, posto que representaria as vontades substantivas de antepassados. Afora esse aspecto, o interpretacionismo não contempla uma explicação satisfatória para a leitura das cláusulas abertas, especialmente os princípios fundamentais.

Por outro lado os não interpretacionistas – sendo que um dos expoentes é Ronald Dworkin – ao estabelecerem valores substanciais muito fortes no texto constitucional, autorizando os tribunais a fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento, terminam por exercer função de natureza legislativa, com caráter profundamente antidemocrático, já que substituem a vontade do povo através de órgão não eleito.

Segundo o autor, todavia, qualquer que seja a postura interpretativa das normas constitucionais que se adote (valores do juiz, direito natural, razão, tradição, consenso, princípios neutros, etc) não há qualquer motivo para supor que os juízes possam por si só alcançar tais verdades ou que o Parlamento não seja mais legítimo.

Não há porque continuar a aceitar a tese da relativa inofensividade do Judiciário quando se constata a progressiva ingerência nas esferas dos demais poderes e a ausência de qualquer espécie de controle.

No entender de Ely, a produção ativista da Suprema Corte norte-americana a partir do Tribunal Warren adquiriu seu padrão de excelência justamente por não se pautar por valores substantivos, mas sim na garantia de dois enfoques: que todas os pontos de vista tenham sido levados em conta no processo de elaboração das leis e que o direito das minorias sofresse uma análise estrita do porquê estava sendo negado.

Observa-se aqui um método de interpretação válido na dicotomia entre ativismo e autocontenção, já que se reforça um esquema de atuação mais processualista em detrimento de uma concepção paternalista de controle de constitucionalidade, em que o jurista supostamente protege o povo da irracionalidade do legislador ou dos interesses lobísticos, ou ainda de minorias que supostamente foram contemplados pelo Poder Legislativo subtraindo a vontade popular.

O autor é categórico ao afirmar que se o Parlamento não é suficientemente democrático, então o que se deve fazer é reforçar a democracia do Parlamento e não colocar os juízes acima deles por considerá-los mais capazes de interpretar o sentimento popular. Essa é uma ideia central na reflexão proposta, qual seja, o reforço da democracia.

Ely enxerga na Constituição americana uma série de mecanismos que fizeram possível a participação, em condição de igualdade, de todos os interessados na tomada de decisões que lhes afetem. A única tarefa jurisdicional adequada à separação de poderes é garantir que estes canais funcionem adequadamente. Então duas grandes qualidades dos juízes reforçam sua predisposição para esta tarefa: a familiaridade com processos e procedimentos e a imparcialidade frente ao sistema político. O controle abstrato das normas dá-se em atenção à gênese das leis, para evitar que a vontade das majorias tirânicas influencie o processo democrático.

A não concorrência dos poderes pode ser evitada pela teoria do procedimentalismo, baseada em uma compreensão democrática de que a função do tribunal constitucional é a de proteger os sistemas de direito que possibilitam a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Para se manter harmônico o Estado Democrático de Direito, a Constituição não pode ser entendida somente como uma ordem substantiva que regula Estado e cidadão; também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta destinada a impor

uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Assim, a função da Constituição é determinar procedimentos políticos segundo os quais, os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, possam perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida.

A concepção procedimentalista da Constituição se caracteriza pelo enfoque democrático do problema da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, com base no fato de que o tribunal constitucional deve examinar as normas controvertidas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo. Em outras palavras, cabe à Corte Constitucional verificar se o processo legislativo realmente garantiu a oitiva de todos os pontos de vista e se os direitos das minorias foi de alguma forma limitado, e nesse caso, por quais justificativas.

Nesta concepção o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos que proporciona a autonomia privada e pública dos cidadãos, pois esta autonomia é a base dos procedimentos democráticos.

Dessa forma, a Suprema Corte atua como garantidor da eficácia legitimativa do processo democrático, mantendo o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade por meio de uma comunidade livre e organizada.

Como se observa, John Hart Ely se posiciona como um dos mais ferrenhos críticos do ativismo judicial, na medida em que sua teoria não dá margem à interpretação criativa, emergindo como uma terceira via às teses de Dworkin e Habermas.

3 A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política que questionam sua legitimidade democrática e a suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Um dos principais representantes dessa corrente é o filósofo Jeremy Waldron, autor de *Law and disagreement*, 1999, e *The core of the case against judicial review*, *Yale Law Journal*, 2006. A ideia central é de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja disfuncional as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo, de forma exaustiva, e não do processo judicial.

Waldron é um dos principais críticos do *judicial review* e consequentemente do ativismo judicial. O autor reconhece, no entanto,

que o controle de constitucionalidade de atos normativos pode ser necessário para enfrentar questões anômalas específicas, num ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes.

A crítica está intrinsecamente ligada à democracia, pois a judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação.

Waldron demonstra as dificuldades encontradas quando se tenta justificar, a partir de uma teoria liberal, que juízes não eleitos democraticamente sejam os encarregados de defender a Constituição. Em outras palavras, que sua interpretação do texto constitucional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, seja prevalecente frente à leitura realizada pelo legislador.

Os argumentos utilizados pelo filósofo são basicamente quatro:

- 1) a defesa de uma teoria moral baseada em direitos como a de Dworkin não leva necessariamente a propugnar pelo estabelecimento de uma declaração de direitos e de um órgão de controle de constitucionalidade de acordo com o modelo norte-americano;
- 2) os filósofos políticos liberais devem ser, precisamente, os primeiros a duvidar da oportunidade de canonizar direitos em um documento legal se isso acarreta, ao fim e ao cabo, um indubitável obstáculo ao debate político democrático em torno desses direitos;
- 3) a filosofia política recente não tem prestado atenção suficiente aos processos de tomada de decisões em circunstâncias de radical desacordo;
- 4) o respeito aos direitos de participação política é incompatível com a criação de uma instituição encarregada da revisão e adaptação dos direitos fundamentais em uma conjuntura de desacordo e mudança social.

Com essas premissas, e desde que existentes condições específicas que o autor elenca em uma democracia moderna, Waldron renova a controvérsia sobre quem deve deter a competência, dentro

da organização constitucional de poderes, para delimitar e definir o conteúdo dos direitos protegidos pela Constituição.

De um lado juízes, escolhidos por processos não-democráticos, sob pretexto de que detêm conhecimento político, jurídico e filosófico que os tornam mais aptos para exercer a tarefa; e de outro o Parlamento, cujos componentes, em princípio, não possuem a sabedoria no sentido filosófico, mas recebem sua legitimação por eleições democráticas, com ampla participação das minorias.

Esse questionamento encerra duas posições básicas antagônicas que unem dois autores até aqui abordados: o embate entre o fórum dos princípios e a maximização da participação popular. Ou seja, o antagonismo entre as ideias de Dworkin e Waldron.

Na concepção de Dworkin, uma democracia constitucional tem necessariamente duas dimensões: a *política*, na qual os membros de uma comunidade decidem em conjunto questões relativas aos interesses coletivos; e a dimensão dos *princípios*, relativa à proteção dos direitos individuais dos cidadãos. No fórum dos princípios – cujo local por excelência é o Judiciário através de um tribunal de cúpula ou constitucional – esses direitos servem como trunfos contra decisões da política. Daí a justificativa para um controle de constitucionalidade dos atos políticos: garantir os direitos individuais contra a política e contra maiorias circunstanciais. Seria a garantia de direitos que conferiria legitimidade ao controle de constitucionalidade.

Para Waldron, contudo, justificar o controle judicial de constitucionalidade a partir da ideia de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ou seja, ignoraria o fato de que as pessoas têm concepções diferentes acerca dos seus direitos mais básicos, da mesma forma que têm concepções diferentes sobre justiça social e políticas públicas.

Em decorrência desse amplo desacordo acerca dos direitos fundamentais, a decisão acerca da questão sobre quem deve decidir sobre esses direitos deve ser tomada em igualdade de condições pelos cidadãos em uma comunidade, algo que não ocorre quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária. Percebe-se, com isso, que a ideia de participação em igualdade de condições é central na tese de Waldron. A partir do reconhecimento do desacordo moral disseminado na sociedade em relação aos direitos que possuímos, o autor contesta o poder dado ao juiz para decidir por último sobre tais divergências, legitimando o legislador instituído democraticamente, para dar a última palavra quanto a estas questões.

O relacionamento entre controle judicial de constitucionalidade e democracia sempre foi assunto bastante debatido por constitucionalistas e pensadores do direito. Antes visto como consequência lógica das ideias de supremacia e rigidez da Constituição, o controle de constitucionalidade contemporaneamente sofre questionamentos a respeito de sua necessidade e fundamentação.

No Brasil, esta discussão possui características peculiares. Ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, a Constituição Federal brasileira atribui expressamente ao Poder Judiciário a competência de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, além de conter restrições materiais ao poder de emenda – as cláusulas pétreas –, que permitem ao Supremo Tribunal Federal tomar para si a incumbência de julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais, impossibilitando, consequentemente, a alteração desta própria competência.

Mas mesmo reconhecendo e relevando essas diferenças, o estudo do positivismo democrático de Waldron e das teses opostas a este pensamento é relevante.

De um lado para que se possa compreender quais são os papéis do legislador e do juiz na resolução dos conflitos fundamentais de direito e, de outro, no caso específico brasileiro – e ainda que não se possa colocar em questão a legitimidade do Judiciário para o controle de constitucionalidade em razão da expressa previsão constitucional – para se analisar os limites do exercício dessa atribuição e as tensões dela decorrentes.

Como se vê, nos últimos anos o debate sobre a justificação filosófico-jurídica do controle judicial de constitucionalidade tem sido revigorado devido à obra do filósofo político Jeremy Waldron.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo é uma exposição sucinta sobre o ativismo judicial e a saudável correlação com a teoria constitucional norte-americana contemporânea.

Buscou-se demonstrar as ideias centrais de Ronald Dworkin, John Hart Ely e Jeremy Waldron e a colaboração dessas teorias para o desenvolvimento da democracia brasileira e o funcionamento harmônico do sistema de freios e contrapesos na separação dos poderes.

O debate é atualmente relevante porque no Brasil está se vivendo um momento de fortalecimento da atuação proativa dos juízes. Esse ativismo é fruto principalmente da inércia do Legislativo.

Essa postura mais ativa é bastante controversa e nos remete à necessidade de aprofundar os estudos em interpretação constitucional. Muitos enxergam no ativismo judicial uma invasão da esfera de competências do Legislativo e conseqüente desarmonia entre os três Poderes. Para outros, o fenômeno apenas revela a dinâmica do sistema de freios e contrapesos, em que o ativismo se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: responde às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

Já o oposto do ativismo é a auto-contenção, pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Nessa linha juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário. Os critérios para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos são mais rígidos e conservadores, abstenendo-se de interferir na definição das políticas públicas.

Até a abertura democrática e a promulgação da Constituição de 1988 essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A diferença metodológica entre as posições reside no fato de que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. Já a auto-contenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Importante salientar que esse debate ora resumido e todas as dicotomias apontadas anteriormente pecam pelo extremismo, como se o problema se resumisse às alternativas “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”.

Na verdade, para aproveitar as experiências democráticas e constitucionais de cada país como objeto de estudo e aprimoramento, é mais plausível pressupor a existência de uma gama de possibilidades de arranjos institucionais que extrapolam a contraposição simplista.

As ideias decorrentes do desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano servem ao propósito de estabelecer métodos para a melhor aplicabilidade do direito, seja numa postura ativista ou contida, e independentemente da força maior ou menor que cada Poder pode ostentar no exercício da democracia, pois esse dinamismo é normal no sistema de freios e contrapesos.

O certo é que o cerne da questão passa necessariamente pelo estudo da hermenêutica no controle jurisdicional de constitucionalidade,

justamente o *judicial review* tão bem aprofundado no sistema norteamericano.

Isto porque, seja qual for a atitude ideal do Judiciário na democracia brasileira, crê-se que o mais importante é perseguir uma linha de interpretação que preze pela integridade do sistema, protegendo os pilares fundamentais da democracia, com especial relevo para a autodeterminação.

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*, Nova série, n. 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart, *Democracia e desconfiança, uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade (I e II)*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

RAMOS, Eliseu da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS – PARALELO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO

*ADMINISTRATIVE LAW CREATED BY REGULATORY AGENCIES –
ANALYSIS OF BRAZILIAN AND AMERICAN LAW SYSTEMS*

Renata Beckert Isfer

Procuradora Federal

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba

Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios Constitucionais;
2 O regime jurídico das agências reguladoras; 3 O perfil
do Regulamento; 4 Os limites do Poder Regulamentar
das Agências Reguladoras; 5 Conclusões.

RESUMO: Trata-se de estudo que visa verificar as semelhanças e diferenças no que toca ao poder normativo das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. Muito embora o sistema brasileiro tenha se baseado no sistema norte-americano, cada sistema possui peculiaridades, especialmente em função da extensão do princípio da Legalidade em cada um desses ordenamentos jurídicos. Analisa-se desde os princípios que mais influenciam a matérias, o regime jurídico das agências reguladoras e a extensão do poder regulamentar em cada sistema, para se verificar, ao final, os limites que as agências reguladoras devem observar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Agências Reguladoras. Poder Regulamentar. Princípio da Legalidade. Separação de Poderes. Segurança Jurídica. Discrecionalidade Técnica.

ABSTRACT: The focus of the present study is on the Administrative Law created by Regulatory Agencies, especially on the similarities and differences between Brazilian and American Law. Even though Brazilian legislators were inspired by the American example, there are peculiarities in each system and knowing them is essential for the correct use of the independence given to the agencies. For that matter, we will analyse some principles of Law, as Legality, Separation of Powers and Legal Security. After verifying how the agencies are ruled in each country and the grounds of Administrative Law in general, we will be able to verify the limits of Administrative Law created by Regulatory Agencies in each Legal System.

KEYWORDS: Administrative Law. Regulatory Agencies. Legality. Separation of Powers. Legal Security. Discretionary Act.

INTRODUÇÃO

As agências reguladoras foram criadas no Brasil por influência do Direito Americano e Inglês. São autarquias em regime especial com a função precípua de regular alguns setores da economia, cuja origem está na necessidade de controle estatal sobre as atividades em que impera o interesse público e que foram transferidas para a iniciativa privada.

Muito embora as agências reguladoras americanas e inglesas tenham sido a inspiração do legislador brasileiro, o fato é que elas assumem características bastante distintas em cada regime jurídico, devido às suas particularidades. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, *“A adoção de um modelo estrangeiro exige sua adaptação aos princípios e regras que estruturam o direito nacional. Logo, as agências brasileiras não podem ser idênticas às norte-americanas”*¹.

Especialmente no que toca ao poder regulamentar desses órgãos, verifica-se que as regras são bastante diferentes em amplitude, devido à dimensão dada ao Princípio da Legalidade em cada um desses países.

Como já noticiado pelo jurista espanhol EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA *“la preocupación por el uso sistemático y masificado del poder normativo por la Administración contemporánea [...] y, en segundo lugar, la conciencia de [...] un embridamiento de esse poder mortífero y, no obstante, ya trivializado”*.² Isso se deve, como já assinalava MONTESQUIEU a seu tempo, ao fato de que *“é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, ele vai até que encontre limites.”*³

Com o aparecimento das agências reguladoras, a necessidade de se estudar os limites do poder regulamentar ganhou força. MARÇAL JUSTEN FILHO corrobora esta constatação, afirmando, especificamente sobre a existência dos regulamentos autônomos, que *“a instalação de agências reguladoras propiciou a renovação do debate.”*⁴ Isso porque, como

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 582.

2 ENTERRÍA, Eduardo García. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1981. p. XV. Tradução livre: “a preocupação pelo uso sistemático e massificado do poder normativo pela Administração contemporânea [...] e, em segundo lugar, a consciência de [...] uma dominação desse poder mortífero e, não obstante, já banalizado”.

3 Passagem citada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 313, retirada da obra *De l'Esprit des Lois*, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869. p. 142/143.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 492.

bem sentenciar JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO⁵, a atividade normativa das agências reguladoras é irrecusavelmente problemática.

Assim sendo, é fundamental o estudo do alcance do Poder Regulamentar das Agências Reguladoras no Brasil, diferenciando-o do sistema americano, para evitar futuras ilegalidades e, também, o travamento do Executivo nas matérias em que lhe compete atuar.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Existem alguns princípios e conceitos cuja compreensão é indispensável para o desenvolvimento do presente estudo, de forma que iniciaremos nosso trabalho a partir deles. São os princípios da Separação de Poderes, Legalidade e Segurança Jurídica.

Obviamente existem outros princípios que exercem influência sobre a matéria, mas dada a extensão do presente trabalho, optamos por selecionar aqueles cujo reflexo é mais evidente. Além disso, essa seleção é possível devido à existência, no Brasil, de uma *“hierarquia entre os princípios constitucionais, que privilegia aqueles que não podem ser tocados até mesmo por uma reforma constitucional”*, como bem ensina o professor JOSÉ ROBERTO VIEIRA.⁶

De fato, conforme o art. 60, §4º da Constituição da República de 1988 é absolutamente vedado ao Congresso Nacional deliberar a respeito de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir o Princípio da Federação (inciso I), Princípios da República e da Democracia (inciso II), Princípio da Separação das Funções (inciso III) e Princípios dos Direitos e Garantias Individuais, previstos principalmente no art. 5º, dentre os quais se encontram o Princípio da Legalidade e da Segurança Jurídica. São as chamadas cláusulas pétreas de nosso sistema, que conferem estabilidade ao nosso Direito.

Assim, primeiramente passamos a uma análise do princípio da Separação de Poderes, cuja relevância para o presente estudo chega a ser óbvia, na medida em que o poder normativo é atividade típica do poder legislativo e a edição de regulamentos também se enquadra na categoria dos atos normativos, eis que prescreve condutas de caráter geral e abstrato, mas é exercida pelo poder Executivo.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 838.

6 VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. São Paulo: 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 47.

Todavia, muito embora não seja uma atividade típica do Executivo, não há qualquer violação ao princípio da Tripartição das Funções, senão vejamos.

A idéia de separação dos poderes foi originalmente concebida por Aristóteles e aperfeiçoada durante o Iluminismo por Montesquieu⁷. Por essa concepção, aquele que faz as leis não as executa ou as julga; o que as julga não as faz ou executa; e os que as executa não as julga ou faz. É um sistema de pesos e contrapesos em que o “*poder controla o próprio poder*”.⁸

Entretanto, como bem esclarece DIÓGENES GASPARINI⁹, “*verificou-se que não podia o Legislativo só legislar, o Executivo só administrar e o Judiciário apenas julgar*” pois, na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁰, *não há meio prático de impor que cada poder (conjunto de órgãos) exercite um tipo único de função*”. Assim, cada um dos Poderes passou a deter, além de suas funções tradicionais, determinadas competências atípicas.

Com o passar do tempo, a idéia de Tripartição de Poderes foi se adequando às novas realidades mundiais, e assumindo feição mais aberta a mudanças, pois se verificou a impossibilidade e a inconveniência da não atribuição de competências atípicas a cada um dos Poderes, especialmente pelo “*progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização entre elas*”.¹¹

Por essa razão, assevera CLÈMERSON MERLIN CLÈVE: “*A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo*”¹².

Especificamente sobre a função normativa, VICTOR UCKMAR, em sua consagrada obra “Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário”, que sentencia: “*a experiência demonstra que os Parlamentos não têm a possibilidade [...] de exercer por inteiro a função legislativa, que,*

7 DIÓGENES GASPARINI ressalta também a influência exercida por Harrington, Locke e Bollingbroke para a idéia da Separação de Poderes surgida na Idade Contemporânea. (*Poder Regulamentar*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982 p. 125).

8 JUSTEN FILHO, op. cit., 25.

9 GASPARINI, op. cit., p. 125.

10 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 26.

11 PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 264.

12 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000. p. 44.

*portanto, vai sendo confiada, sempre com maior frequência e amplitude, ao Executivo”.*¹³

Contudo, buscou-se sempre restringir a criação de deveres e obrigações, bem como a interferência na liberdade e propriedade das pessoas, à atuação do Poder Legislativo. Isso porque, como já se disse, o Homem sempre será tendente a abusar dos poderes que lhe são conferidos, sendo necessária uma limitação efetiva que, no âmbito do Estado de Direito, se dá pelo Princípio da Tripartição dos Poderes.

O Princípio da Separação dos Poderes está previsto na Constituição Brasileira em seu art. 2º e na Constituição Americana nos artigos 1º, 2º, e 3º.

Passo adiante, adentramos no princípio da Legalidade, o qual representa “a resposta concreta às exigências da representatividade republicano-democrática do nosso Estatuto Superior”¹⁴. Nesse mesmo sentido, complementa GERALDO ATALIBA: “O apanágio do cidadão, no regime republicano, está exatamente na circunstância de de só obedecer-se a si mesmo, pelos preceitos que seus representantes, em seu nome, hajam consagrado formalmente em lei.”¹⁵

A quase totalidade das Constituições atuais traz o Princípio da Legalidade em seu bojo. No Texto Constitucional Americano, está previsto no artigo I, seção I e na 5ª Emenda¹⁶.

A Carta Magna Brasileira estabeleceu o Princípio da Legalidade como um dos seus cânones basilares. No âmbito da Administração Pública, ele adquire ainda maior relevância, como se percebe pela simples leitura do Texto Constitucional. O constituinte se preocupou em reiterar insistentemente a total subordinação da Administração à Lei, utilizando-se de diversos dispositivos, como o art. 5º, II, art. 37, art. 49 e art. 84, IV da CF/88.¹⁷

13 UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. trad. Marco Aurélio Greco, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 39.

14 VIEIRA, op. cit., p. 85.

15 ATALIBA, op. cit., p. 99.

16 Article I. Section I. – All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and a House of Representatives.
Amendment 5 – ...nor shall any person be ... deprived of life, liberty, or property, without the due process of Law.”

17 Esses artigos estão assim redigidos na Constituição Federal:
“Art. 5º [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.
Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”;
Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

Essa insistência pode parecer exagerada num primeiro olhar, mas ao vislumbrar-se a História Brasileira verifica-se a ocorrência de reiterados arbítrios pelo Poder Executivo, sempre buscando sobrepujar-se à lei, sem que tenha sido imposta de qualquer sanção. Assim, resta claro que o constituinte provavelmente agiu dessa forma na esperança de que a repetição estimulasse a aplicação de medidas mais rígidas aos excessos do Executivo. Esse também é o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem nisto ser coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas ad nauseam encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo.¹⁸

Costuma-se atribuir a primeira afirmação do princípio da legalidade à Carta Magna, editada pelos barões ingleses no reinado de João Sem-Terra, porém mesmo antes desse acontecimento histórico já se verificava a aplicação do referido princípio na Inglaterra e mesmo em outros países europeus.

O reconhecimento constitucional do Princípio da Legalidade se deu com a Revolução Francesa e com a Independência Americana. A partir dessas Constituições – a Declaração de Direitos de 1789 e a “*Bill of Rights*” – que os outros países, dentre eles o Brasil, se inspiraram e, então, introduziram em sua respectiva Constituições esse princípio tão importante.

A nossa Constituição não aceita, em regra, que qualquer norma inaugural, seja ela de direito privado ou até de direito administrativo, seja expedida pelo Executivo, pois esta função foi reservada ao Poder Legislativo. Exceção feita às Leis Delegadas e às Medidas Provisórias, que, ressalte-se, somente podem ser editadas se obedecidos os requisitos estabelecidos pela própria Carta Magna.

Nenhuma pessoa ou sujeito de direito poderá sofrer qualquer restrição de liberdade ou propriedade por norma que não tenha sido determinada por lei. Qualquer obrigação deve sempre nascer

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

O artigo 84, IV já está transcrito na Introdução.

18 MELLO, op. cit., p. 317/318.

da lei, senão ela é inexistente em nosso ordenamento, por óbvia inconstitucionalidade¹⁹.

Especificamente no plano da Administração Pública, além da não proibição por lei de determinada conduta, como ocorre no Direito Privado, é necessário um permissivo legal que determine ou faculte a atuação do Estado. Refraseando, no âmbito do Direito Público, vigora o preceito de que o que não está expressa e antecipadamente permitido para a Administração, está, de fato, proibido. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”.²⁰

Por conseguinte, não pode o regulamento, no ordenamento jurídico brasileiro, inovar originariamente na ordem jurídica, mas apenas de modo derivado, limitado, subordinado à lei. Ele não pode entrar no âmbito das matérias *sob reserva de lei*, deve apenas configurar o modo de execução de lei preexistente, à qual está subordinado, estabelecendo normas em consonância e em estrita obediência ao texto legislativo.

Para finalizar, vale relembrar a lição de PONTES DE MIRANDA, em comentário à dispositivo equivalente ao atual, na vigência da Constituição de 1967:

Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão da competência administrativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei.²¹

19 Essa idéia é rebatida por DIÓGENES GASPARINI, que afirmou que a legalidade não pode “*ser levada a categoria de superprincípio ou de supernorma, capaz de sobrepor a outros ou de derogar ditames constitucionais*”. (Poder... p. 149). De fato, o princípio da legalidade deve conviver em harmonia com os demais princípios constitucionais, sem afrontá-los. Todavia, não resta dúvida de que esse princípio é a pedra de toque do Direito Constitucional Brasileiro, devendo ser observada sob quaisquer circunstâncias, desde que não implique em violação de outros princípios constitucionais.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86. Interessante conferir a lição de ALBERTO XAVIER (*Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: RT, 1978. p. 17/18) sobre o tema. Segundo ensina o autor, “*O Direito Administrativo brasileiro apenas parece exigir uma reserva de lei no que diga respeito à criação de deveres [...] donde se pode inferir que também entre nós a atividade normativa que na criação de limites à liberdade pessoal ou patrimonial dos subditos apenas se encontra submetida à regra da preeminência de lei*.”

21 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 em a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. t. III, São Paulo: RT, 1970. p. 314.

Por último, mas não menos importante, passamos ao estudo do princípio da segurança jurídica, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira, na condição de direito fundamental. Ele está arrolado no *caput* do artigo que prevê os direitos e garantias individuais, influenciando todos e, na lição de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, existe justamente para dar segurança jurídica às pessoas.²²

Aliás, não só o art. 5º existe para dar segurança jurídica às pessoas, como todo o Direito existe para essa finalidade, como bem explica ROQUE ANTONIO CARRAZZA: *De fato, como o Direito visa à obtenção da res justa, de que nos falavam os antigos romanos, todas as normas jurídicas, especialmente as que dão efetividade às garantias constitucionais, devem procurar tornar segura a vida das pessoas e das instituições*.”²³

A ideia de segurança jurídica geralmente é ligada à noção de certeza do direito. Muito embora os conceitos não se confundam, na verdade verifica-se que a certeza do direito é um dos componentes da segurança jurídica, a qual também exige a previsibilidade da atuação estatal. Expliquemos.

A certeza do direito está presente quando a esfera jurídica dos administrados entre si e nas suas relações com a Administração Pública estão bem delimitadas, na lição de GERALDO ATALIBA.²⁴ É a ideia de previsão normativa clara e bem definida.

A previsibilidade da atuação estatal afasta “*as surpresas que repugnam ao nosso ordenamento jurídico*”, no sentido de proteção ao princípio da confiança e da boa-fé.²⁵

2 O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são fruto das necessidades criadas com o aparecimento do Estado Democrático de Direito. No século XIX, vivemos o típico Estado Liberal de Direito, que privilegiava a

22 VIEIRA. *Medidas Provisórias*... p. 57.

23 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 380/381. *O autor complementa: Com efeito, uma das funções mais relevantes do Direito é “conferir certeza ‘incerteza das relações sociais’(Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares qualquer resquício de arbítrio. Como o Direito é a “imputação de efeitos a determinados fatos”(Kelsen), cada pessoa tem elementos para conhecer previamente as conseqüências de seus atos.*

24 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. Atualiz. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 184.

25 VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”* In: BARRETO, Aires Fernandino, et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 318-326.

proteção dos direitos de liberdade e propriedade, exigindo uma conduta de abstenção do Estado. No século seguinte, passamos a vivenciar o Estado Social de Direito, que exigia a crescente atuação do Estado na proteção dos direitos sociais do cidadão. Como ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “*O primeiro teria sido o momento da tese, o segundo o da antítese. Vivemos hoje o tempo da síntese, consubstanciando no Estado Democrático de Direito*”.²⁶

Assim, na década de 1920 nos Estados Unidos e de 1990 no Brasil verificou-se que o modelo de Estado adotado não era suficiente para suprir às expectativas da população. Assim, na lição de LUCAS DA ROCHA FURTADO:

Dentro do modelo de reforma proposto, o Estado assume novo papel, e, não obstante conserve a titularidade para o exercício de inúmeras atividades e potestades públicas, ele perde a primazia na prestação de inúmeros serviços, ainda que, como se disse, conserve a titularidade desses serviços.²⁷

Diante disso, o “*Estado passa a ter uma “administração pública gerencial”, baseada em conceitos de administração e eficiência, advindos do direito privado*”²⁸.

Contudo, como bem ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

Não é possível, sob a bandeira da “eficiência”, afastar o regime de direito público. A Administração Pública desempenha função, o que significa ausência de titularidade sobre os interesses envolvidos. Não é possível gerir a coisa pública tal como um particular gere seu próprio patrimônio.²⁹

As agências reguladoras, portanto, devem buscar um maior grau de eficiência, o que possível principalmente em função de sua especialidade técnica. Todavia, jamais pode ser olvidado que ainda devem agir de acordo com o regime jurídico administrativo, respeitando todos os seus princípios e as garantias dadas por ele aos cidadãos.

²⁶ VIEIRA. *Medidas Provisórias*. p. 120.

²⁷ FURTADO, Lucas da Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 185.

²⁸ MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 89

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comissões de Serviços Públicos (Comentários às Leis n.s 8.987 e 9.047, de 1995*. p. 9, apud VIEIRA. *Medidas Provisórias*.... p. 123..

A primeira agência reguladora norte-americana foi criada pelo Congresso Nacional no ano de 1887, a *Interstate Commerce Commission*. Todavia, foi na década de 1930, durante o governo de Franklin Delano Roosevelt, que as agências reguladoras ganharam força. Durante o seu governo foram criadas diversas agências reguladoras com o objetivo de ajudar as vítimas da Grande Depressão de 1929. Além disso, essas agências receberam vasto poder normativo, o que foi considerado o começo de uma era de transformação do Estado, que passou a ser chamado do “*the administrative state*”.³⁰

O crescimento das agências reguladoras foi tão grande e seus poderes tão amplos que, em 1937, foi elaborado um parecer pela Comissão de Gerência Administrativa da Presidência da República afirmando que elas se tornaram um quarto ramo do governo, que culminou em uma investigação e na criação de uma lei limitando esses poderes, a APA – *Administrative Procedures Act*.³¹

No Brasil, já existiam desde a década de 1910 entidades com funções regulatórias, mas elas não eram denominadas agências. É o caso do Comissariado de Alimentação Pública, criado em 1918, do Instituto de Defesa Permanente do Café, de 1923, do Instituto do Açúcar e do Alcool, de 1933, dentre outros.

A primeira agência reguladora a ser criada já com essa denominação foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, veiculada pela Lei 9.427/1996, que botou em prática o Plano de Reforma de Estado elaborado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que tinha como objetivo trazer “*mecanismos de diminuição do tamanho do Estado com o crescimento do instituto da delegação de tarefas anteriormente estatais a entes privados*.”³²

Foram criadas também agências reguladoras no setor de telecomunicações (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel), de petróleo e gás (Agência Nacional do Petróleo – ANP) e, no âmbito estadual, a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, no Estado de São Paulo.

Não existe, na Constituição Americana de 1787, qualquer previsão ou menção a agências administrativas.

30 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul: Thomson, 2006. p. 15.

31 PRESIDENT’S COMMISSION ON ADMINISTRATIVE MANAGEMENT. *Report with Special Studies*. 19337, apud BURNHAM, *Introduction...* p. 196.

32 VANESSA, op. cit., p. 89.

Nos Estados Unidos, o conceito de agência é trazido pela Lei de Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedures Act* – APA), abrangendo qualquer autoridade não militar do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exceção do Congresso e dos Tribunais.

Como se vê, trata-se de conceito bastante amplo, que inclui basicamente todas as autoridades públicas, com exceção apenas da Presidência da República, do Congresso Nacional, do Poder Judiciário e da Força Militar.

Verifica-se que no Brasil as agências reguladoras possuem perfil diverso, muito embora tenham sido inspiradas nas norte-americanas. Utilizando-se a definição de MARÇAL JUSTEN FILHO, pode-se dizer que “*Agência reguladora independente é uma autarquia federal especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial*”.³³

O autor ainda traz a seguinte advertência: “*A compreensão da figura da agência pressupõe pelo menos duas cautelas fundamentais. A primeira envolve a ausência de um perfil jurídico único para as agências. A segunda se vincula à necessidade de submissão das agências ao sistema jurídico pátrio*”.³⁴

De fato, não existe uma regra única para a criação das agências reguladoras. Elas estão sendo criadas por lei esparsas, que definem sua estrutura, função e regime jurídico. Como exemplo, podemos citar a Lei 9.427/96 que criou a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a Lei 9.478/97, que criou a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e a Lei 9.478/97, que criou a ANP – Agência Nacional de Petróleo.

Como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “*Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente*”.³⁵

No Direito Norte-Americano existe uma classificação tradicional das agências, distinguindo *regulatory agency* de *non regulatory agency*. A característica que as diferencia é justamente a delegação, pelo Congresso, de poder normativo para editar regras gerais e abstratas que atingem a esfera particular dos cidadãos, especialmente seus direitos, liberdade e propriedade.

33 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 584.

34 Idem, p. 582.

35 DI PIETRO, op. cit., p. 468.

As agências também são divididas em executivas ou independentes, de acordo com a existência de submissão a controle e supervisão do Presidente da República. As agências independentes são criadas geralmente naqueles casos em que se verifica uma necessidade maior de continuidade da administração e distanciamento de controle político.

Outra classificação bastante comum dá-se entre as agências reguladoras e as agências de bem-estar social, dentre as quais se encontra a Previdência Social (*Social Security Administration*).

No Brasil, a única divisão feita pela doutrina ocorre entre as agências executivas e as agências reguladoras. Agências executivas seriam aquelas autarquias ou fundações que celebram contratos de gestão com o órgão da Administração Pública Direta a que se acha vinculada e que busca aumentar a sua eficiência e reduzir dos custos. Diferentemente das agências reguladoras, não possuem autonomia e não buscam regular determinado setor da economia.

No que toca ao regime jurídico das agências reguladoras, analisando-se as leis que criaram as agências reguladoras atualmente existentes, verifica-se que elas nasceram como autarquias em regime especial. Assim sendo, elas submetem-se às normas constitucionais que disciplinam essas entidades da Administração Indireta, sendo que a lei que as criou estabelece o que seria esse “regime especial”.

O regime especial, via de regra, visa dar maior autonomia a esses órgãos em relação à Administração Pública Direta. Assim, diz respeito, via de regra, ao o regime especial de investidura e demissão dos administradores, ausência de subordinação hierárquica à Administração Direta e autonomia econômico-financeira.

Com relação ao regime de investidura de seus administradores, verifica-se que a Lei 9.986/2000 estabelece que eles terão mandato fixo, com prazo certo. Assim, somente haverá perda do mandato em caso de renúncia, sentença judicial transitada em julgado ou processo disciplinar.³⁶

Originalmente, o regime jurídico aplicado aos servidores das agências reguladoras era o do emprego público, regido pela CLT, nos termos da Lei 9.986/2000, salvo algumas exceções. Todavia, esse diploma legal foi revogado pela Lei 10.871/2004, que instituiu o regime estatutário para os servidores dessas autarquias.

Nos Estados Unidos as agências possuem autonomia ainda maior, com a possibilidade de edição de regulamentos autônomos,

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 175.

de investigação e imposição de suas normas, além de uma corte administrativa para resolver as disputas que surgirem, as quais podem ser submetidas ao crivo do Judiciário. Ressalta-se que, ao contrário do que acontece no Brasil, exige-se, no sistema norte-americano, o exaurimento das vias administrativas como condição para revisão da decisão junto ao Poder Judiciário.³⁷

3 O PERFIL DO REGULAMENTO

No Brasil, a possibilidade de edição de regulamentos pelo chefe do Poder Executivo está previstos no art. 84, IV e VI, da Constituição da República de 1988. Nos Estados Unidos da América, as normas que disciplinam a edição de regulamentos estão previstas na APA – *Administrative Procedures Act*.

O regulamento, no sistema jurídico brasileiro, pode ser definido como ato administrativo normativo, composto por regras de caráter geral e abstrato, expedido pelo Chefe do Poder Executivo ou por seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários de Estado, do Distrito Federal ou do Município), que tem por finalidade dispor sobre a organização, funcionamento e a atividade da Administração Pública, de forma a garantir a uniforme e fiel execução de lei administrativa, cuja execução lhe seja incumbida.

Nos Estados Unidos, existe a possibilidade de expedição de regulamentos autônomos. Nesses casos, existem dois procedimentos possíveis para a sua edição, formal e informal, sendo este último o mais comum.

No procedimento informal, a agência primeiramente publica uma proposta de regulamento no “Federal Register”, a qual deve conter razões e detalhes suficientes para que os interessados apresentem comentários. Após, os comentários recebidos devem ser considerados e discutidos, com as justificativas para a redação final da norma. Por fim, o regulamento deve ser aprovado por uma corte revisional, no que toca à interpretação dada pela agência das leis que a precederam.³⁸

O procedimento formal de edição de regulamentos autônomos é determinado pelo Congresso em determinados casos, como para a fixação de preços, e é exigido que sejam formalizadas oitivas de testemunhas e outras provas que se fizerem necessárias.

³⁷ BURNHAM, op. cit., p. 207.

³⁸ Idem, p. 197.

Existem casos em que, por justa causa, é dispensado o procedimento de publicação da proposta e comentários (*notice and comment procedures*). Esses casos estão previstos na APA e ocorrem quando esse procedimento é desnecessário, impraticável ou contrário ao interesse público.

No caso dos regulamentos executivos, chamados “*interpretative rules*”, eles são apenas publicados a mesma forma das leis em sentido formal ou podem ser ainda mais informais, em formato de pergunta e resposta.

No sistema jurídico brasileiro, os regulamentos podem ter 4 (quatro) funções. A primeira delas é a decomposição analítica dos conceitos sintéticos dispostos em lei. Trata-se de função tradicionalmente reconhecida pela doutrina, na qual o Poder Executivo vai destrinçar os conceitos estabelecidos em lei de forma sintética, explicar didaticamente os termos legais, esclarecer o conteúdo previamente disciplinado na legislação. Nesse caso, não há inovação da ordem jurídica sequer em caráter secundário.

A ausência de “inovação” não torna essa espécie de regulamento inútil pois, além de permitir a fiel execução da lei, disciplinada pelo artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, ele irá prestigiar igualmente o Princípio da Eficiência Administrativa (artigo 37, *caput*).³⁹

A doutrina tradicional ainda reconhece uma segunda função, a de determinação dos procedimentos a serem seguidos pela Administração Pública, dentro de seu âmbito de atuação, nas relações com seus administrados.

Como já se teve oportunidade de expor em outra ocasião, nesses casos:

[...] o Poder Executivo, por meio de seu chefe, reduz ou elimina a discricionariedade administrativa deixada pela norma legal, seja, no primeiro caso, restringindo as opções para a escolha concreta do meio de execução da lei, seja, no último, decidindo antecipadamente qual o procedimento mais adequado para tal execução.⁴⁰

39 Sobre a questão da inutilidade dos regulamentos não inovadores da ordem jurídica, ROQUE ANTONIO CARRAZZA (*Curso...* p. 328), esclarece que “os que entendem o contrário, data venia, desenvolvem o raciocínio de certo califa que, tendo conquistado cidade famosa, mandou incendiar sua esplêndida biblioteca, a pretexto de que os livros que a compunham, de duas, uma: ou repetiam o Alcorão, e, portanto, eram inúteis, ou o contradiziam, e, assim, eram prejudiciais. Não pensamos deste modo. O regulamento válido, por esclarecer a lei, deve ser conservado e tem sua utilidade no sistema jurídico.”

40 CAVALI, Marcelo Costenaro, ISFER, Renata Beckert; LESSNAU, Faio Alessandro Fressato, *et alii*. Perfil Constitucional do Regulamento e Alguns Reflexos Tributários. *Revista da Academia Brasileira de*

A justificativa para a sua existência foi bem explanada por SÉRGIO FERRAZ: “aquilo que o órgão administrativo pode ordenar ou proibir em um caso isolado, pode ordenar ou proibir de forma geral, para todos os demais casos similares”.⁴¹

Uma terceira função que pode ser atribuída aos regulamentos é a de reduzir a ambiguidade ou vaguidade legal. Ela é necessária quando quando a lei possui disposições ambíguas, podendo “designar dois ou mais seres em virtude da pluralidade de significados”, ou vagas, caso contenha termos imprecisos “em face da indeterminada extensão do seu significado”, que é único, apesar de abrangente.⁴²

Essa função é típica naquelas situações em que a norma legal demanda ulterior averiguação ou operacionalização técnica, aplicando regras de outros ramos do saber, como a economia ou a medicina, por exemplo.⁴³ É aqui que se insere a tão discutida figura da discricionariedade técnica, muito presente na atividade das agências reguladoras.

Se não existisse o regulamento, a lei permitiria ao juiz o exercício de uma atividade “discricionária”, pois “nos casos de penumbra, onde nossas convenções lingüísticas ainda não estão solidificadas ou determinadas, o juiz deve eleger entre os possíveis significados dos termos gerais antes de realizar a subsunção.”⁴⁴ Assim, o regulamento exerce essa função antes das decisões do Poder Judiciário no caso concreto, visando assegurar a melhor aplicação da lei. O campo decisório do juiz, a moldura em que se deve enquadrar a sua decisão, fica mais restrita do que originalmente, quando existia somente a lei.⁴⁵

A quarta e última função dos regulamentos é a de disciplinar a estruturação, as atribuições e o funcionamento dos órgãos da Administração Pública, típica dos regulamentos orgânicos. Diferenciam-se dos regulamentos executivos por não se destinarem a facilitar a fiel e uniforme aplicação da lei ao caso concreto, o que também os distingue das três funções anteriormente descritas.

Direito Constitucional, vol. 3, 2003.p. 199. Orient. José Roberto Vieira. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional,

41 FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito*. São Paulo: RT, 1994. p. 107.

42 VIEIRA, José Roberto. *Reforma Tributária: de Salomão a Souto, Uma Armadilha*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 72, p. 113, 1999.

43 Sobre o tema, confira-se: BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 329/330.

44 STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 124.

45 CAVALI, op. cit., p. 201.

No sistema jurídico americano encontramos uma quinta função para os regulamentos, que seria justamente a inovação do ordenamento jurídico, criando normas dentro dos limites estabelecidos pela lei que delegou o poder normativo para a respectiva agência reguladora.

Tema controverso é a possibilidade de edição, pelo Executivo, de regulamentos autônomos. Até o advento da Emenda Constitucional n. 32/2001, a doutrina e a jurisprudência eram pacíficas no sentido de que no Brasil somente poderiam ser criados regulamentos executivos.

A EC 32/2001 exclui o termo “na forma de lei” da redação do inciso VI do artigo 84, referente aos regulamentos autônomos. Assim, muitos doutrinadores passaram a entender que seria possível, ao Executivo emanar regulamentos autônomos sem lei precedente, conforme já se mencionou acima. O E. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre o tema, concluindo que são admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, os regulamentos autônomos.

Não obstante, entende-se que toda interpretação da Constituição Federal deve ser feita de forma sistemática. Sendo o princípio da legalidade pedra de toque do nosso sistema constitucional, não se pode, simplesmente, afastá-lo em virtude de emenda constitucional, especialmente porque se trata de cláusula pétrea, que não pode ser suprimida da Constituição nem por emenda constitucional.

A interpretação sistemática que confirma a impossibilidade de ação desenfreada do Poder Executivo ainda abrange o Princípio da Legalidade da Administração (art. 37, *caput*), ao artigo 48, X, que outorga competência para o Congresso Nacional legislar sobre a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, “*observado o que estabelece o art. 84. VI, ‘b’*”, e ao artigo 84, XXV, que estabelece a competência do Presidente da República de prover e extinguir os cargos públicos federais, “*na forma de lei*”.

Além disso, como bem esclarece JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF). Aqui, sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não

regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição.⁴⁶

A possibilidade de delegação da competência regulamentar a outros órgãos da Administração Pública pelo chefe do Poder Executivo, por seus auxiliares imediatos ou pela própria lei é bastante controversa. Após a criação das agências reguladoras, a discussão tomou novo fôlego e, contudo, a adoção de posicionamentos contrários se revelou ainda mais constante.

Enquanto alguns autores entendem que tal possibilidade é absolutamente vedada pela Constituição Federal, face ao disposto pelo artigo 84 e seu parágrafo único, outros defendem a delegação da competência regulamentar. Argumentam que é ela conveniente porque esses órgãos seriam mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada ou disporem de maior rapidez de decisão⁴⁷, ou porque não se justificaria que a Constituição permitisse a delegação de competência legiferante e vedasse a delegação de competência regulamentar, uma vez que a primeira implica em exceção ao princípio da Tripartição de Poderes, enquanto a segunda envolve meros poderes políticos e jurídicos de menor relevo.⁴⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO afirma, inclusive, que “*o elenco do parágrafo único [do artigo 84] não pode ser interpretado como exaustivo, sob pena de produzir efeitos abstrusos*” [complementamos], e exemplifica com a competência presidencial para conferir condecorações e distinções honoríficas.

Adotamos a posição da primeira corrente quanto à delegabilidade dos regulamentos executivos. De fato, o artigo 84 do Texto Maior é claro em suas disposições; já em seu *caput* estabelece que é função privativa do Presidente da República a realização das funções elencadas em seus incisos. Isso implica na impossibilidade de sua realização por qualquer outro órgão ou poder. Note-se que não houve estabelecimento de simples competência, mas de competência privativa, exclusiva do Presidente da República. As únicas exceções podem ser encontradas somente no corpo da própria Constituição Federal; o que não está ali

46 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 60.

47 DANTAS, San Tiago. Poder regulamentar das autarquias, *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 203-204.

48 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 519.

previsto como ressalva ao dispositivo geral não pode ser considerado como tal, mesmo sob a alegação de que o rol ali previsto não é taxativo.

Ademais, a própria Carta Magna designou as exceções possíveis quanto à delegação de competência. No parágrafo único do mesmo artigo 84, estabeleceu quais das funções constantes de seus incisos podem ser delegadas a outros órgãos. Se não fosse a intenção do constituinte de que apenas aqueles dispositivos pudessem ser delegados, ele não teria gastado seu tempo adicionando este parágrafo único, claramente inútil se adotada aquela concepção. Ressalte-se que pelo artigo 68 da Constituição se pode inferir que é vedada a delegação de poderes legislativos ao Executivo. Essa norma deve incidir com maior evidência quando se trata de delegação a favor de órgãos de posição jurídica inferior à do Presidente da República, que constituem atos de qualificação menor.⁴⁹

Veja-se que as alegações expendidas por aqueles que defendem a delegabilidade dos regulamentos são baseadas em meras questões de fato. Ao se dizer que não seria conveniente a regulamentação pelo chefe do Executivo, ou que não se justificaria face à possibilidade de delegação legislante ou, ainda, que algumas das competências outorgadas pelo artigo 84 não precisariam ser necessariamente realizadas pelo Presidente da República, não se está fundamentando com base nas disposições constitucionais, mas em simples suposições ou alegações do que seria ideal na concepção desses juristas.

Ocorre que o constituinte não pensou da mesma forma ao elaborar a nossa Lei Maior, e não cabe a ela se adaptar ao pensamento daqueles que a estudam. Pelo contrário, os estudiosos do Direito devem buscar a melhor interpretação da norma constitucional, do que está efetivamente consagrado na Constituição, sem apenas tentar encontrar uma forma de desvirtuar o seu significado para atender a um preceito por eles criado.

Todavia, isso não significa que os demais órgãos da Administração Pública estão impedidos de editar quaisquer atos administrativos normativos de caráter geral e abstrato. Conforme ensina CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, *“tais atos podem, impropriamente, ser considerados regulamentares (já que regulamentam algo); porém, não constituem, sob o prisma constitucional, verdadeiros regulamentos.”*⁵⁰ É que, mesmo quando

49 Sobre o tema, veja-se: BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 337/338. O parágrafo único do artigo 84 da CF/88 está assim redigido: *“O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República, ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”*

50 CLÈVE, op. cit., p. 278.

válidos, eles serão hierarquicamente inferiores aos regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo ou por seus auxiliares imediatos. Em outras palavras, a norma infra-regulamentar deverá estar em conformidade não apenas com a Constituição e com a lei, mas também com o regulamento. Justificamos tal afirmativa reforçados na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

É que, na pirâmide jurídica, [as portarias, resoluções, ou quaisquer outros atos normativos editados pelo Executivo] alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores.⁵¹ [complementamos].

Todas as ponderações acima feitas, ressalte-se, dizem respeito à delegação da competência para baixar regulamentos executivos. Com relação aos regulamentos orgânicos, previstos pelo art. 84, VI, não há qualquer dúvida com relação a sua delegabilidade, eis que o parágrafo único do artigo em epígrafe previu essa possibilidade de forma clara e imune a qualquer discussão.

Outra questão de extrema importância para o presente trabalho é verificar a possibilidade de atribuição de efeitos externos ao regulamento. Parte da doutrina entende que os regulamentos somente podem ter eficácia interna, ou seja, que não produzem efeitos perante terceiros, que não a Administração, asseverando que os administrados devem obediência somente à lei, devido ao princípio da Legalidade. Nesse sentido, os regulamentos somente os atingiriam por via reflexa, quando estes comparecessem a uma repartição pública e interagissem com seus agentes, “*na medida em que os agentes públicos – pela subordinação hierárquica – são constrangidos por essas regras, o terceiro que com eles trate a elas se deve conformar*”.⁵²

Todavia, não compartilhamos desse entendimento e nos filiamos à corrente que identifica a existência de regulamentos internos e externos. Isso porque não há qualquer disposição constitucional que vede a vinculação de terceiros às normas regulamentares. A Constituição atribuiu limites bastante severos de atuação ao regulamento, o qual não pode inovar originariamente o sistema jurídico ou criar obrigações para os administrados. Não obstante, atuando dentro dessas prerrogativas,

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 337.

⁵² ATALIBA, op. cit., p. 140.

nada impede que ele exerça sua eficácia sobre terceiros, que não a Administração Pública.⁵³

Como já se teve oportunidade de verificar:

o regulamento, da mesma forma que as leis, ocupa um lugar determinado na pirâmide normativa que representa o ordenamento jurídico nacional. Cada qual tem suas funções, sendo certo que a margem de atuação das leis é infinitamente maior do que a dos regulamentos. Isso, porém, não significa que os regulamentos possam ser ignorados pelos particulares, sob o argumento de que só produzem efeitos internos. Tampouco pode o Poder Judiciário ignorar a definição mais precisa, trazida por disposições regulamentares, dos termos legais vagos e ambíguos.⁵⁴

4 OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Estabelecidas as características das agências nos sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro e o regime jurídico dos regulamentos, passamos ao principal ponto do presente estudo, a análise dos limites do poder regulamentar das agências reguladoras.

CELSO ANTONIO BRANDEIRA DE MELLO vai ao cerne da questão ao afirmar que *“O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa.”*

Nos Estados Unidos a competência regulamentar das agências reguladoras é bem mais ampla do que no Brasil. Naquele país, admite-se a delegação pelo Congresso para o Executivo de poderes para inovar originariamente o ordenamento jurídico. O limite para a atuação normativa das agências reguladoras vem descrito na própria lei que delegou esse poder.

Vale lembrar que não há, na Constituição Americana, qualquer previsão normativa para a edição de normas pelo Executivo, de forma que a sua competência deriva exclusivamente de delegação legislativa. Mesmo assim, atualmente existem mais leis emanadas pelas agências reguladoras do que pelo próprio Congresso Nacional Americano.⁵⁵

53 CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 46.

54 CAVALI, , op. cit., p. 207. Sobre a redução da vaguidade e/ou da ambigüidade legal, veja-se o item 4.3.

55 BURNHAM. *Introdução...* p. 15.

Justamente por esse fato, concluiu MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “*Quanto ao poder regulamentar, não constitui uma atribuição inerente à Administração Pública, pois depende de delegação expressa em cada caso; além disso, as normas regulamentares tem a mesma força de lei [...]*”.⁵⁶

Como ressalta MARCELO FIGUEIREDO, “*No Direito Constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, pelo que vimos, não haveria como criar ‘entidades intermediárias’ com poderes legislativos ausentes espaço, assento ou previsão constitucional*”.⁵⁷

Assim, no Brasil, verifica-se que as agências reguladoras não podem emitir regulamentos, no sentido técnico da palavra, devido à sua indelegabilidade, já mencionada no tópico anterior. Todavia, pode criar outros atos administrativos normativos, de caráter geral e abstrato, afinal, como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos.⁵⁸

Esses atos normativos, no entanto, devem estar em consonância com a Constituição, com a lei e eventual regulamento preexistente, face ao princípio da legalidade e à já mencionada indelegabilidade da competência regulamentar *stricto sensu*..

A primeira consequência desse fato é que elas são hierarquicamente inferiores às normas regulamentares expedidas pelo chefe do Executivo e estão a elas vinculadas. Como leciona LUCAS DA ROCHA FURTADO,

[...] não se pode confundir o poder normativo de algumas agências, o poder de regular determinados segmentos, com a competência do Pde Executivo para regulamentar a lei mediante a edição de decreto. [...] [O art. 94, IV, CF/88] impede qualquer agência de editar norma que possa se sobrepor à lei ou ao respectivo e eventual decreto editado pelo chefe do Executivo.⁵⁹ [complementamos]

⁵⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 19.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras – O Estado de Direito Democrático no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 174.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 587.

⁵⁹ FURTADO, op. cit., p. 189.

Consideradas todas as limitações e as características das agências reguladoras, verifica-se que seu poder regulamentar tem como objetivo principal cumprir a terceira função acima elencada, a de reduzir a ambiguidade ou vaguidade legal, ou seja, exercer a discricionariedade técnica atribuída pelo legislador ao administrador. Como esclarece LUCAS DA ROCHA FURTADO:

A rigor, o termo discricionariedade técnica – tão importante para o tema que ora examinamos – foi utilizado pela primeira vez na Áustria, e a sua justificativa está justamente relacionada à necessidade de que certas decisões administrativas devem considerar tal nível de especialização que somente aquele órgão ou entidade teria elementos necessários para a valoração da melhor solução a ser adotada.⁶⁰

Nesses casos, resta claro que as agências reguladoras poderão inovar o ordenamento jurídico. Na ausência na norma regulatória, a lei permitiria ao juiz o exercício de uma atividade “discricionária”, pois *“nos casos de penumbra, onde nossas convenções linguísticas ainda não estão solidificadas ou determinadas, o juiz deve eleger entre os possíveis significados dos termos gerais antes de realizar a subsunção.”*⁶¹

Nada obsta, e até se exige, que as agências reguladoras exerçam essa função antes das decisões do Poder Judiciário no caso concreto. O campo decisório do juiz, a moldura em que se deve enquadrar a sua decisão, fica mais restrita do que originalmente, quando existia somente a lei.⁶²

Veja-se que se não existisse a norma regulatória, os agentes e órgãos administrativos poderiam atuar de maneiras distintas em face da mesma situação concreta, pela utilização da margem de discricionariedade deixada pela lei e aplicando interpretações diversas do mesmo texto legal. Tal situação acarretaria gravíssimas consequências para toda a sociedade brasileira, por não oferecer a segurança jurídica a que ela faz jus, além de ferir o princípio da isonomia.⁶³

60 FURTADO, op. cit., p. 190.

61 STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 124.

62 CAVALLI, op. cit., p. 201.

63 Nesse sentido, complementa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: *“Ditos regulamentos cumprem a imprescindível função de, balizando o comportamento dos múltiplos órgãos e agentes aos quais incumbe fazer observar a lei, de um lado, oferecer segurança jurídica aos administrados sobre o que deve ser considerado proibido ou exigido pela lei (e, ipso facto, excluído do campo da livre autonomia de vontade), e, de outro lado, garantir a aplicação isonômica da lei, pois, se não existisse essa normação infralegal, alguns servidores públicos, em um*

A discricionariedade técnica, ao contrário do que pode parecer, não afasta a possibilidade de apreciações subjetivas às agências reguladoras ao desenvolver o conteúdo dos comandos legais. Pelo contrário, existem incontáveis situações de ordem técnica que não envolvem certezas, mas simples probabilidades. Somente uma concepção positivista da ciência poderia levar à conclusão de que é possível uma decisão exclusivamente técnica, condutora de uma solução única e correta.

Como ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

[...]o conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade de alternativas. Haverá uma margem de escolhas, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral.⁶⁴

Em outras palavras, a análise técnico-científica dos critérios legais pode eliminar soluções incompatíveis com os postulados das ciências não-jurídicas relacionadas a ele, reduzindo as chances de desvios ou abusos de poder. Entretanto, a opção entre as hipóteses cientificamente admissíveis fica a critério de um juízo discricionário da agência reguladora.

Esses regulamentos têm como fundamento normas legais que não podem, ou devem, fazer além de estabelecer conceitos que somente serão precisos após a devida averiguação técnica, pois as mudanças e a evolução da tecnologia e ciência tornariam impraticável a promulgação de lei minuciosa o suficiente, que não se tornasse obsoleta em pouquíssimo tempo. Ademais, muitas vezes a realidade dos fatos demanda grau de exigências administrativas diferentes em dado tempo e lugar, para que não se fuja à finalidade da lei, sem prejudicar outros interesses por ela também tutelados.

Ressalte-se que não se trata de norma interpretativa – atividade intelectual do jurista – mas de um juízo discricionário, em que a Administração Pública irá escolher, entre as opções permitidas pela lei, aquela que melhor atenderá ao interesse público.

Podemos citar o exemplo trazido por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, no qual a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que tem competência para estabelecer normas e padrões

dado caso, entenderiam perigosa, insalubre ou insegura dada situação, ao passo que outros, em casos iguais, dispensariam soluções diferentes.” Curso.... p. 330.

64 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 528.

sobre “limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde”(art. 7º, IV, Lei 9.782/99), pode definir, através de instrumento normativo, o que seriam “contaminantes”, “resíduos tóxicos”, desinfetantes”, etc.⁶⁵

Nunca é demais ressaltar que inclusive nos casos de discricionariedade técnica, o ato normativo não pode ir contra lei ou princípios jurídicos vigentes em nosso sistema.

Além disso, as agências reguladoras não podem entrar na esfera das decisões políticas, como bem ensina LUCAS DA ROCHA FURTADO:

Devem as agências regular os setores sob sua responsabilidade; não devem elas, todavia, desempenhar a função de Poder Central de formular políticas públicas, função que deve ser exercida em nível ministerial, com a efetiva participação do chefe do Executivo e do respectivo Poder Legislativo.⁶⁶

Verifica-se, portanto, grande diferença de amplitude no poder normativo das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos. Utilizar os mesmos limites das agências norte-americanas às agências reguladoras brasileiras significaria afrontar os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, deve-se sempre, em primeiro lugar, verificar se determinada norma se encontra de acordo com o princípio da Legalidade, o qual, como já se viu, sobrepassa sobre todo o nosso ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÕES

Buscamos, no decorrer do presente estudo, verificar os limites de atuação dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro e no sistema jurídico norte-americano.

Para tanto, verificou-se que alguns princípios e garantias constitucionais são fundamentais para o entendimento da matéria, em especial o Princípio da Tripartição dos Poderes, o Princípio da Legalidade e o Princípio da Segurança Jurídica.

As agências reguladoras surgiram como uma resposta à dificuldades encontradas pela sociedade tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social de Direito. Verificou-se que ao Estado não bastava

65 DI PIETRO, op. cit., p. 471.

66 FURTADO, op. cit., p. 190.

eximir-se de interferir na esfera pessoal, mas que também não era possível que realizasse todas as atividades ligadas ao interesse público.

Assim, o Estado passou a ter um caráter mais gerencial e foram criadas agências com o objetivo de regular as atividades econômicas que passaram a ser exercidas por particulares, muito embora sejam de interesse público.

Buscando evitar interferências políticas e maior agilidade e eficiências, foram criadas agências independentes para a regulação de alguns desses setores.

Nos Estados Unidos, todos os órgãos não militares e não vinculados à Presidência da República, ao Congresso ou ao Poder Judiciário são considerados agências. Seriam reguladoras especificamente aquelas às quais o legislador concedeu poderes para editar normas, fiscalizar sua execução e aplicar sanções pelo seu não cumprimento.

No Brasil, agências reguladoras são autarquias em regime especial. A especialidade é relacionada também à atribuição de maior autonomia com relação à Administração Direta, em especial ao regime diferenciado de investidura e demissão de seus dirigentes, ausência de submissão hierárquica em relação à Administração Direta e à autonomia econômico-financeira.

Os regulamentos não estão previstos na Constituição Americana. O Congresso Americano delega, através de lei, a edição de normas de caráter geral e abstrato ao Executivo. No Brasil, a edição de regulamentos está prevista pelo art. 84, IV e VI da Constituição da República de 1988.

Em nosso ordenamento jurídico encontramos 04 (quatro) funções para os regulamentos: (i) a decomposição analítica dos conceitos sintéticos dispostos em lei; (ii) o estabelecimento de regras orgânicas e processuais a serem obedecidas pela Administração Pública em suas relações com os particulares, reduzindo ou eliminando a possibilidade de tratamento diferenciado entre cidadão na execução da lei; (iii) a redução da ambigüidade e da vaguidade legal, optando por uma das possibilidades por ela admitidas; e (iv) organizar o funcionamento da Administração Pública.

Nos Estados Unidos existe ainda uma quinta função, que é a de inovar originariamente o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações para os particulares.

No que toca à eficácia do regulamento, filiamo-nos à corrente doutrinária que afirma que ele pode exercer efeitos externos e vincular terceiros, além da Administração Pública. Isso porque não há qualquer disposição constitucional que disponha em sentido contrário. Ademais,

o regulamento tem limites bastante severos de atuação, não podendo inovar originariamente o sistema jurídico ou criar obrigações para os administrados. Porém, atuando dentro dessas prerrogativas, nada impede que ele exerça sua eficácia sobre terceiros, que não a Administração Pública.

A competência para editar regulamentos executivos não é delegável no sistema jurídico brasileiro. O artigo 84 da Constituição Federal foi claro ao atribuir ao Presidente da República competência privativa, exclusiva para as funções elencadas em seus incisos. Ademais, a própria Carta Magna estabeleceu no parágrafo único do referido dispositivo constitucional as exceções a esta regra, dentre as quais não se encontra a edição de regulamento executivo.

No que toca aos regulamentos orgânicos, o Texto Constitucional foi claro ao permitir a sua delegação, uma vez que incluiu essa possibilidade nas exceções à exclusividade das funções do Presidente da República, elencadas no parágrafo único do artigo 84.

Nada obsta, no entanto, que as agências reguladoras emanem atos administrativos normativos, de caráter geral e abstrato. Todavia, esses atos devem estar em conformidade não somente com a Constituição e com a lei, mas também com eventual regulamento que o preceda.

A atividade normativa das agências reguladoras no Brasil encontra sua relevância e utilidade, principalmente, no que toca ao exercício da terceira função dos regulamentos, a de redução da ambigüidade e da vaguidade legal, optando por uma das possibilidades por ela admitidas. Assim, as agências reguladoras, fazendo uso de sua discricionariedade técnica, vão definir qual a melhor forma de cumprir o interesse público, dentre as opções deixadas em aberto pela lei em sentido formal.

Nos Estados Unidos, tendo em vista a admissibilidade de edição de regulamentos independentes em seu sistema, o poder normativo das agências reguladoras encontra seu limite na própria lei que a instituiu, a qual deve trazer os *standarts* e limites de sua atuação.

Verifica-se, portanto, que não se pode simplesmente “importar” institutos do direito alienígena, sendo sempre necessário um minucioso confronto de suas características com os princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, para saber-se exatamente os contornos que esse instituto poderá adquirir no Brasil. Idéias novas são sempre bem-vindas, mas devem ser adaptadas ao nosso Direito, que nunca é idêntico ao Direito Comparado.

UM BREVE ENSAIO SOBRE A TEORIA DO “STARE DECISIS” E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO

*SHORT ESSAY ABOUT THE STARE DECISIS THEORY AND ITS
INFLUENCE ON THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Victor Guedes Trigueiro

Advogado da União

atuando na Procuradoria-Geral da União; Graduado pela UFBA.

Thiago Carvalho Barreto Leite

Advogado da União,

atuando na Secretaria-Geral de Contencioso; graduado pela UFRJ.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Federalismo; 1.1 da Organização do Sistema Judicial dos Estados Unidos; 1.2 das Competências; 1.3 Da Estrutura Hierarquica da Justiça Estadual; 1.4 Da Estrutura Hierarquica da Justiça Federal; 1.5 Da Suprema Corte dos Estados Unidos; 2 Stare Decisis; 2.1 Origem Histórica; 2.2 Limites Subjetivos da Coisa Julgada.; 2.3 Influência do Stare Decisis no Direito Brasileiro; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Pretende-se analisar a teoria do “stare decisis”, vigente no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, bem como nos países que adotam o sistema do “Common Law”. Características marcantes do sistema federalista adotado pelos Estados Unidos e da organização do Poder Judiciário influem significativamente no sistema de vinculação de decisões entre tribunais. Por fim, pretende-se analisar os instrumentos processuais vigentes no direito brasileiro que possuem influência do “stare decisis”

ABSTRACT: It is intended to analyze the stare decisis theory, present in the United States judicial system, as well in other countries that adopt the common law system. Remarkable features of the federalism adopted in the US and the Judicial Branch structure have significantly influence in the binding effect system over the courts. In the end, it is analyzed the procedures in the brazilian’s judicial system that are affected by stare decisis theory.

PALAVRAS-CHAVES: Stare Decisis. Federalismo. Binding effect. Súmula Vinculante. Controle Abstrato de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo apresentado em conclusão ao curso FUNDAMENTALS OF US LAW, realizado através de parceria firmada entre a Advocacia-Geral da União por meio de sua Escola, e a Thomas Jefferson School of Law, SAN DIEGO/CA, Estados Unidos da América.

Pretende-se, neste breve ensaio, analisar a teoria do “stare decisis”, adotada pelos países que possuem seu sistema jurídico regido pelo “common law”. Após o estabelecimento dos seus preceitos básicos, refletiremos sobre a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente nos mais novos institutos processuais que dão caráter mandatário aos precedentes jurisprudenciais das cortes superiores.

Nada obstante, antes propriamente de entrar em contato com a teoria do precedente (stare decisis), trataremos sobre a organização do sistema judicial norte americano, o que demandará uma reflexão sobre a origem do federalismo estadunidense e a autonomia dos estados federados frente ao poder central.

1 O FEDERALISMO

Diversos são os autores que se debruçaram sobre o estudo do Federalismo, elaborando conceitos, traçando suas origens, elencando requisitos essenciais. Dirley da Cunha Junior¹ conceitua o federalismo como “*a própria forma de Estado, que se constitui a partir de uma união indissolúvel de organizações políticas, autônomas, instituídas por uma Constituição, rígida, (a Constituição Federal) como fim de criar um novo Estado (o Estado Federado)*”.

Por sua vez, Pedro Lenza defende que os estados federativos, embora possuam suas peculiaridades, ostentam pontos em comum. Seriam eles: descentralização política, repartição de competência, constituição rígida como base jurídica, inexistência de direito de secessão, soberania do Estado Federal, intervenção, auto-organização dos estados-membros, órgão judicial guardião da Constituição e repartição de receitas.²

Traçados os conceitos básicos do que vem a ser o Estado Federal, cumpre analisar a origem da Federação Norte Americana em confronto com a origem da Federação Brasileira.

¹ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. p 520.

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. p 382-383.

Costuma-se avaliar a origem da formação de uma federação através dos conceitos de movimento centrípeto ou por agregação e centrífugo ou por desagregação.

Segundo Raul Machado Horta, “se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o federalismo centrípeto, que Georges Scelle chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o federalismo centrífugo ou por segregação, consoante a terminologia do internacionalista francês. Pode ainda o constituinte federal modelar sua concepção federal pelo equilíbrio entre as forças contraditórias da unidade e da diversidade, do localismo e do centralismo, concebendo o federalismo de cooperação, o federalismo de equilíbrio entre a União soberana e os Estados-membros autônomos.”³

Nesse mister, verifica-se, de acordo com a doutrina majoritária, a exemplo do já citado Dirley da Cunha Junior, que a Federação Norte Americana nasceu através de um movimento centrípeto⁴.

Assim, as 13 ex-colônias inglesas declararam a sua independência do Reino Unido, transformando-se numa Confederação, que teve seu regramento básico regulamentado pelos ARTIGOS DA CONFEDERAÇÃO, datado de 1781. Posteriormente, ao se verificar que a forma confederativa não atendia os interesses dos Estados confederados, surgiu, através da Convenção de Filadélfia, em 1787, sob os auspícios de uma Constituição rígida, um Estado Federal, os Estados Unidos da América.

De outro lado, o movimento que deu origem a Federação Brasileira é considerado pela doutrina como centrífugo ou por desagregação, na medida em que o mesmo se deu de dentro pra fora. Ocorreu uma espécie de descentralização do Poder Central para as entidades regionais, haja vista que a Federação brasileira surgiu após o fim de um período imperial, onde todos os poderes se concentravam nas mãos da autoridade central.

As diferenças entre a origem do Federalismo estadunidense e do Federalismo brasileiro marcam fortemente as características políticas de cada um deles.

Enquanto que nos Estados Unidos da América, a Constituição foi criada pelos próprios estados federados reunidos, através de concessões de suas prerrogativas em favor de um Poder Central, no Brasil, a Constituição foi criada através de concessões do Poder Central para

3 HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4 ed. p. 306-307.

4 CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. p 522.

as unidades federadas, o que resultou em uma concentração de poder muito maior nas mãos do ente central.

A décima emenda da Constituição dos Estados Unidos revela de forma marcante a preponderância dos Estados Federados na divisão de competências, em detrimento das competências do ente central. Diz a referida emenda: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”

Uma breve leitura das disposições da Constituição americana revela que os poderes atribuídos ao Ente Central são bastante reduzidos, decorrendo, daí, uma preponderância dos Estados Federados na criação de leis, organização judicial, entre outras competências.

De outro lado, observa-se exatamente o contrário na Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em 1988. Por ser uma Constituição extremamente analítica, descreveu-se especificadamente nos artigos 21 e 22 todas as competências legislativas e administrativas da União, remanescendo uma pequena competência residual para os demais entes federados.

Tal característica, revela, por si só, o grande desequilíbrio federativo brasileiro, em favor da União, com o consequente enfraquecimento e dependência das demais unidades federadas em relação ao ente central.

Conforme veremos adiante, esta autonomia acentuada dos entes federados nos Estados Unidos da América repercutirá fortemente na organização daquele sistema judicial, notadamente nas regras que dizem respeito à observância obrigatória dos precedentes jurisprudenciais em face dos demais tribunais que integram o sistema judicial americano.

1.1 DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL DOS ESTADOS UNIDOS

O sistema judicial dos Estados Unidos possui uma organização que, a princípio, assemelha-se com a organização judicial estabelecida entre nós pela Constituição de 1988.

Em virtude da adoção do regime federalista, ambas as Constituições estabeleceram um regime judicial dividido entre justiça estadual e justiça federal. Assim, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, existem dois sistemas judiciários, quais sejam: o sistema estadual e o sistema federal.

Ocorre que, conforme já mencionado em outra passagem deste texto, o regime federalista implantado nos Estados Unidos outorga aos Estados da federação uma autonomia muito maior do que aquela encontrada no sistema brasileiro. Esta característica peculiar do

federalismo americano faz com que a organização interna dos sistemas judiciais estaduais fique totalmente à cargo da Constituição Estadual.

Interessante notar que a própria doutrina jurídica americana observa tal fato, o que dificulta sobremaneira o estudo do sistema judicial americano, e também a própria atuação dos operadores do direito em Estados que não são os seus de origem.

A propósito do tema, cumpre trazer à colação, passagem extraída da obra *INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES*, do autor William Burnham:

To speak of “the judicial system” of the United States is misleading, because there are in reality 51 different judicial systems in the country: the federal court system and the court system in each state. As to questions of state law, each of the state systems is a separate closed system. In other words, each state system has its own court of last resort that has the last word on what state law is.⁵

Conforme se pode verificar da passagem acima, a leitura que se faz do sistema judicial dos Estados Unidos é de completa desvinculação entre os sistemas judiciais estaduais, haja vista que a regulamentação de cada um deles é feita especificamente pelas Constituições Estaduais.

Esta definitivamente não é a realidade brasileira, haja vista que a Constituição Federal, no artigo 125 e seguintes, estabelece as normas básicas de organização dos sistemas estaduais.

Outra característica marcante, que diferencia os sistemas estaduais de justiça nos Estados Unidos, diz respeito às normas processuais aplicáveis aos processos. (fazer citação)

Lá, diferentemente do que ocorre entre nós, a competência para estabelecer regras de direito processual é do próprio Estado. Esta é uma característica que acentua ainda mais a divergência entre os procedimentos adotados pelas cortes estaduais.

1.2 DAS COMPETÊNCIAS

No que se refere ao regime de competência das “justiças”, o sistema americano confere um amplo espectro de assuntos destinados à competência da justiça estadual. Na verdade, a competência da justiça

⁵ Burnham, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. Saint Paul-MN: Thomson West. p. 165.

estadual apenas não prevalece nos casos em que a própria Constituição ou as leis federais destinaram à Justiça Federal. Segundo Burnham:

[...] state courts potentially have general and unlimited subject-matter jurisdiction over disputes of every conceivable type that are not prohibited to them by federal law. The symbol of such broad jurisdiction is the trial court of general jurisdiction of the state – the superior or circuit court – which has power to handle the widest range of cases.⁶

Em contraste com a justiça estadual, a justiça federal dos Estados Unidos possui um universo restrito de competências. Mais uma vez, nos socorremos dos ensinamentos de Burnham, quando afirma que:

Federal justice power is confined to cases “arising under [the] Constitution, the Laws of the United States, and Treaties, and controversies between citizens of different States. The first category is generally referred to as “federal question” jurisdiction and the second as “diversity” jurisdiction.⁷

Em um brevíssimo resumo sobre o tema de competências, verifica-se portanto que a Justiça Federal tem competência para atuar nos casos que envolvam questões Constitucionais e de Leis Federais, além daqueles casos em que sejam partes cidadãos de diferentes estados da Federação. Todas as demais questões devem ser dirimidas pela Justiça Estadual.

1.3 DA ESTRUTURA HIERARQUICA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Conforme já se teve oportunidade de mencionar, a organização da Justiça Estadual americana varia de acordo com o estado, haja vista que as unidades federativas tem autonomia para estruturar seu sistema judicial, sem interferência forte da unidade central.

Nada obstante, observa-se que o sistema estadual segue, em certa medida um padrão desenvolvido pelo Sistema Federal. Assim, na primeira instância, encontramos os “trialcourts”, compostos por juízes singulares.

O sistema de provimento dos cargos de juiz estadual varia de acordo com o estados. Burnham indica dois sistemas adotados, quais sejam: “executiveappointment system”, onde os magistrados

⁶ BURNHAM, op. cit. p. 185.

⁷ Idem. p. 186.

são indicados pelo Governador do Estado; “electoral systems for judicial selection”, onde os magistrados são eleitos, ou pelo povo, ou indiretamente pelo órgão legislativo estadual. Em ambos os casos, os juízes cumprem mandato, que pode variar de acordo com o que dispõe a legislação estadual.⁸

Nasegundainstância, encontram-se os Appellate Courts, que funcionam como órgãos de revisão das decisões proferidas pelos “trial courts”.

Por fim, no topo da estrutura judicial estadual, encontra-se a Suprema Corte Estadual, que possui jurisdição extremamente restrita. Em geral, as Supremas Cortes possuem discricionariedade para julgar apenas os casos que considera extremamente relevantes.

1.4 DA ESTRUTURA HIERARQUICA DA JUSTIÇA FEDERAL

A Justiça Federal dos Estados Unidos se organiza a partir da divisão territorial de seu território em 13 “circuits”. Trata-se de uma divisão de competência territorial semelhante a adotada entre nós na organização da nossa Justiça Federal em Regiões.

Dentro do sistema dos “circuits”, encontramos os órgãos judiciais de primeira instância, que são denominados “Districts Courts”. São 94 “districts” distribuídos no território americano. Segundo Burnham, “Districts vary in size. In the more populous states, there will be three or even four districts. In the less populous states, the entire state is one district”⁹.

Além destas estruturas, é possível encontrar cortes especializadas em determinados temas como: Tax Court, The Court of international trade, dentre outras.

1.5 DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

Acima das organizações judiciais estaduais e federais, localiza-se a Suprema Corte dos Estados Unidos, criada pela Constituição. É composta por 9 “Justices”, tendo como presidente o “Chief Justice of the United States”.

Segundo Burnham, “it exercises appellate jurisdiction over cases appealed from the United States Courts of Appeals, but it also exercise appellate jurisdiction over state courts as to *federal issues*.”

A Suprema Corte Americana tem sua jurisdição restrita a poucos casos, o que lhe confere um papel efetivo de Corte Constitucional. A

⁸ BURNHAM, op. cit. p. 179.

⁹ BURNHAM, op. cit. p. 172.

forma mais importante de acesso à Corte Suprema consiste no writ *of certiorari*, que possui uma série de requisitos para o seu conhecimento, além de passar por um juízo de discricionariedade por parte da Corte quanto à conveniência do seu julgamento.

Segundo Adhemar Ferreira Maciel, em artigo publicado pela Revista CEJ¹⁰, “o Judges Bill aumentou ainda mais o discretionary power da Suprema Corte. Em outras palavras, as apelações de conhecimento obrigatório (mandatory appeals) diminuíram e, em compensação, cresceu o número de petitions for writ of certiorari. Nesse último caso, o recurso só seria conhecido se contasse com o aval de quatro dos nove juízes da Corte. Seu primeiro requisito era que a causa ou controvérsia, julgada em última instância pelos tribunais estaduais ou federais, se apresentasse substancialmente relevante para todo país.” Afirma ainda o mesmo autor que “em 1988, o Congresso Alterou mais uma vez a lei orgânica da magistratura: as *mandatory appeals* na prática desapareceram.”¹¹ Remanesceu portanto, o acesso à Suprema Corte dos Estados Unidos através do writ *of certiorari*.

2. STARE DECISIS

2.1. ORIGEM HISTÓRICA.

A Suprema Corte, tanto brasileira quanto americana, ocupam o ápice do poder judiciário de seus países¹². Contudo, em virtude das diferenças entre as formações das federações, Brasileira e Americana, suas decisões tem efeitos distintos sobre as demais cortes e juízes, federais e estaduais, conforme será analisado a seguir.

Para fins desse trabalho, daremos enfoque às decisões, proferidas pelas Cortes Supremas, em sede de controle de constitucionalidade, e sua repercussão sobre as demais instâncias judiciais.

É mister ressaltar que trataremos apenas do controle difuso de constitucionalidade, devido à inexistência de instituto similar ao controle concentrado de constitucionalidade nos Estados Unidos.

10 Maciel, Adhemar Ferreira. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 30-35, abr./jun. 2006

11 FERREIRA, op. cit.

12 Constituição dos Estados Unidos da América, Article III, section 1 The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.(grifou-se).

Conforme Griffin, referindo-se a suprema corte norte americana: *The Court had to act as other courts and wait for actual litigation before rendering a judgment*¹³.

Burnham¹⁴ nos explicita, de forma mais clara, o funcionamento do controle de constitucionalidade naquele país, conhecido por judicial review:

The rationale for judicial review has three effects on how such review is carried out. First [...] the United States has no special constitutional tribunal separate from the ordinary courts that effectuates judicial review. [...] Second, courts decide constitutional issues when they arise in ordinary lawsuits. [...] Finally, judicial review is supposed to be judicial [...]

Tais premissas remontam a 1803 e são atribuídas ao *Chief Marshall*, no famoso caso *Marbury vs. Madison*¹⁵¹⁶.

O certo é que a experiência daquele país influenciou o resto do mundo. No que diz respeito ao Brasil, cabe registrar que a Constituição de 1891, passou a prever, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade¹⁷, em seu art. 59,§1º:

Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) *quando se contestar a validade*

13 GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton University Press: New Jersey, 1996. p. 42.

14 op. cit. p. 320.

15 Segundo Barroso *Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação fossem inconstitucionais. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Sarama, 2011. p. 25-31.

16 É interessante notar que a Constituição Americana não faz menção à possibilidade de controle de constitucionalidade. Nesse precedente ficou assentado que seria um poder implícito, decorrente dos Art. III e VI da Constituição.

Para fins históricos, é importante notar que a Constituição da Virgínia, de 1776 vedava, expressamente, essa possibilidade ao prever: *All power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority, without consent of the representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised.*"

17 Tecnicamente, apesar do uso indiscriminado, como se fossem sinônimos, as expressões controle difuso e controle incidental não se confundem. Barroso nos alerta que *Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental- realizado na apreciação do caso concreto – e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso*. Op. cit. p. 72.

de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (Grifou-se).

Dessa maneira, o constituinte trouxe para terras brasileiras a experiência americana. Ocorre que os sistemas jurídicos dos países são diversos. Enquanto o Brasil filia-se à corrente romano-germânica, *civil law*, os Estados Unidos filiam-se ao sistema anglo-saxão, ou seja *common law*. Essa distinção influenciará, de sobremaneira, os efeitos atribuídos às decisões da Suprema Corte de cada país.

2.2 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.

É importante salientar, primeiramente, que no Brasil, e nos países do *civil law*, de modo geral, as decisões judiciais são fontes secundárias de direito. Servem como critério interpretativo, mas não tem o condão de vincular terceiros. Trata-se do limite subjetivo da coisa julgada, que vem insculpido no art. 472, CPC¹⁸.

Já nos Estados, que adotam o sistema do *common law*, contudo a situação é diversa. A solução da lide vale para aquele caso e para os posteriores. Ou seja, o *caselaw* não resolve apenas a controvérsia passada, como também é considerado um precedente, que gerará efeitos futuros, para todos os outros casos similares.

Esse efeito decorre do princípio do *staredecisis*, que nada mais é do que a ideia de que os casos futuros devam ser resolvidos da mesma forma que os casos passados. O sentido preciso do *staredecisis* pode ser melhor absorvido se observarmos o brocardo latino que o originou: *staredecisis et non quieta movere*, que significa confirmar os precedentes e não modificar controvérsias já decididas.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos as decisões judiciais emanam efeitos para além daqueles que foram partes no processo. As decisões judiciais, portanto, gozam de generalidade e abstração consubstanciando fonte primária de direito.

A doutrina naquele país considera que o *staredecisis* pode gerar dois tipos de efeitos: *binding stare decisis effect* (efeito vinculante), que determina que uma corte seja obrigada a seguir a solução estabelecida pela corte superior; e o *persuasive stare decisis effect* (efeito persuasivo),

18 A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

pelo qual uma corte não é obrigada a seguir o precedente, mas aquela decisão tem o condão de influenciá-la.

O *stare decisis* será vinculante ou não, conforme a relação de hierarquia entre os tribunais. O sistema americano é complexo, por isso fizemos o corte no início do trabalho.

Com relação à Suprema Corte é mister ressaltar que suas decisões, em questões constitucionais vinculam todos os demais tribunais e, dificilmente, são modificadas pelo Parlamento. A modificação de uma decisão da Suprema Corte Americana, pelo Parlamento exige uma emenda constitucional¹⁹.

Apesar dessa vinculação, o sistema admite atenuações, através dos institutos do *distinguishing* e *overruling*. Através do primeiro, a corte inferior faz uma distinção entre o caso concreto e o caso paradigma e, em virtude dessa distinção deixa de aplicar a jurisprudência consolidada. Já no segundo caso, a própria corte que estabeleceu o precedente opta por superá-lo e fixa nova regra a ser adotada dali para frente. Conforme menciona Greco *Isso serve para para mostrar que a eficácia prospectiva (vinculante ou persuasiva) da jurisprudência não se estratifica em uma regra absoluta e estática*²⁰.

Apesar das referidas atenuações, é bom frisar que, como regra, o precedente será fonte de direito e deverá ser observado por todos. Ou seja, o tal qua a lei, o precedente goza de caráter geral e abstrato.

2.3 INFLUÊNCIA DO *STARE DECISIS* NO DIREITO BRASILEIRO.

No Brasil, de forma diversa, a jurisprudência não é fonte primária de direito. No que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, as cortes inferiores não estão obrigadas a seguir a orientação firmada pelas cortes superiores. Em virtude do princípio da livre convicção motivada, o juiz pode aplicar orientação diversa da dos tribunais superiores, ocasionando grande insegurança jurídica²¹.

Saul Tourinho Leal²², referindo-se a Constituição de 1891 assim se manifesta:

19 O processo de emenda constitucional, nos Estados Unidos, é extremamente complexo e exige aprovação por 2/3 dos membros de ambas as casas, além de confirmação da emenda por ¾ das assembleias legislativas estaduais.

20 Disponível em <<http://martuscelli.blogspot.com/2008/01/novas-smulas-do-stf-e-alguns-reflexos.html>>

21 Esse fato levou o Ministro Vitor Nunes Leal a mencionar uma *loteria judiciária*, na qual a obtenção de um provimento jurisdicional ficaria a cargo da sorte da parte.

22 LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. Niterói: Impetus, 2010.

O Brasil, de pouca originalidade na criação dos próprios institutos jurídicos, é pródigo em importá-los, descaracterizando-os.

[...]

O *judicial review* norte-americano foi inserido no direito constitucional brasileiro. Esqueceram, contudo, da figura do *stare decisis* que confere efeito vinculante à decisão proferida pela Suprema Corte no caso concreto. Este esquecimento daria fortes dores de cabeça ao Brasil, conforme veremos mais adiante.

Essa *dor de cabeça* foi, efetivamente, sentida pelo judiciário, em especial pelo STF, que se viu, muitas vezes, obrigado discutir, inúmeras vezes, a mesma tese jurídica.

A busca por segurança jurídica, celeridade e maior efetividade na prestação jurisdicional acabou por influenciar o constituinte reformador que, através da EC nº 45/04, conhecida como reforma do judiciário passou a prever instrumentos que dotassem as decisões do STF de maior eficácia sobre os demais órgãos judiciais, à semelhança do *binding effect* da *common law*.

Os instrumentos positivados no direito pátrio, que, de certa forma, deitam raízes no direito norte americano são a repercussão geral e a súmula vinculante²³. Além disso, a doutrina e a jurisprudência tem desenvolvido a tese da transcendência dos motivos determinantes.

A repercussão geral foi instituída pela EC nº 45/04 e regulamentada pela Lei nº 11.418/2007. A ideia é restringir o acesso à corte suprema, bem como dar eficácia vinculante ao precedentes ali fixados.

A inovação é inspirada no direito americano, em especial no *writ of certiorari*, que confere certa discricionariedade²⁴ para que a Suprema

23 Registre-se que o objetivo desse trabalho é tão só correlacionar institutos do direito pátrio com institutos do direito norte-americano. Uma análise dos novos institutos demandaria, por certo, a elaboração de uma obra específica, que não se comporta nos limites desse trabalho.

24 O Ministro Gilmar Mendes assim se manifesta em obra que trata do tema: *A fórmula da Lei nº 8.038, de 1990, todavia, pode ensejar a ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Cortes de Justiça para cada caso concreto, o que é absolutamente impossível aqui ou alhures. De alguma forma, os diversos sistemas jurídicos acabam encontrando mecanismos de racionalização para evitar que as Cortes Superiores se ocupem de causas repetidas.*

Refira-se ao writ of certiorari do modelo norte-americano, por meio do qual se exerce certo poder discricionário em relação às matérias a serem apreciadas, excluindo-se assuntos atingidos pelos conceitos de motnes e de ripness, isto é, problemas abstratos (no primeiro caso) ou mesmo que não contêm ainda o necessário amadurecimento para discussão (no segundo caso). MENDES, Gilmar Ferreira. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Corte Americana aprecie ou não as causas que lhes são submetidas. O legislador deferiu, em menor grau, essa discricionariedade ao STF, ao determinar que o Tribunal pode deixar de conhecer um recurso extraordinário quando esse não preencha os requisitos de relevância²⁵.

A repercussão geral é, de certa maneira, semelhante ao *stare decisis* uma vez que os tribunais inferiores deverão adotar a premissa fixada pelo STF.

Há que se registrar, contudo, que o art. 543-B, § 3º admite, implicitamente a possibilidade de descumprimento pelos tribunais inferiores da premissa fixada, hipótese em que será possível ao STF cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. Verifica-se, portanto, que o legislador não conferiu grau tão grande de vinculatividade quanto aquele gozado no sistema da common law.

A súmula vinculante é outra inovação que aproxima o sistema Brasileiro da *common law*. Sua previsão também é fruto da EC nº 45/04, que acrescentou o art. 103-A à constituição. Eis o texto:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

In Tratado de Direito Constitucional. MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010. p. 319.

25 “Art. 543-A.O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (grifou-se).

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Pela análise do dispositivo, verifica-se que a súmula, decorrente de reiteradas decisões da corte suprema terá eficácia vinculante, possuindo *binding effect* sobre os demais órgãos do poder judiciário.

A súmula vinculante foi dotada de maior grau vinculativa da de que a decisão proferida em sede de repercussão geral. Seu descumprimento enseja reclamação ao STF, bem como responsabilização daqueles que a descumprirem²⁶.

Por fim, existe certa tendência, no direito pátrio, que busca superar os limites subjetivos da coisa julgada, nos processos de controle difuso de constitucionalidade. Essa tendência costuma ser denominada pela doutrina, de eficácia transcendente dos motivos determinantes ou objetivação do recurso extraordinário. Significa, em apertada síntese, que a fundamentação utilizada para a solução de um caso concreto será vinculante para os demais casos similares.

A Suprema Corte Brasileira já adotou a tese em alguns precedentes²⁷, cabendo ressaltar pronunciamento de Ministro da Corte:

É de se considerar, por fim, que ou avançamos para uma condução do processo constitucional capaz de responder a pletora de recursos sobre um mesmo tema constitucional ou ter-se-á um excessivo

26 A lei nº 11.417/2006 passou a prever:

Art. 7º *Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.* (Grifou-se)

De outro lado modificou a lei n 9.784/99, acrescentando art. 64-B, que assim dispõe: Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, *sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.* (Grifou-se).

27 Vide informativo 543, ADI 4071 e HC nº 82.959.

formalismo, com sérios prejuízos para a eficácia de decisões do Tribunal e, por que não dizer, para o próprio sistema jurídico, que, dependente da forma aleatória de provocação, produzirá decisões incongruentes, dando ensejo à interminável sequência de demandas a propósito de casos já resolvidos pelo Plenário.

3 CONCLUSÃO

Por todo exposto verifica-se que, apesar do Brasil ser um país de *civil law* há uma inegável aproximação ao sistema da *common law*, na medida em que busca-se dar maior grau de cogência às decisões proferidas pela Suprema Corte.

É certo que em nosso país vigoram os limites subjetivos da coisa julgada. Contudo, os novos sistemas, em certa medida limitam esse dogma, racionalizando a prestação jurisdicional, buscando por fim a loteria judiciária e dar maior segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*.

GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton University Press: New Jersey, 1996.

Horta, Raul Machado. *Direito Constitucional*, 4. ed.

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói: Impetus, 2010.

Lenza, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 15. ed.

Maciel, Adhemar Ferreira. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 8.000 exemplares