

Publicações da Escola da AGU

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

n. 16 - abril 2012 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 16	p. 364	março 2012
---------------------------------	----------	-------	--------	------------

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

VICE-DIRETOR

Filipo Bruno Silva Amorim

COORDENADORA GERAL

Nélida Maria de Brito Araújo

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Juliana Sahione Mayrink Neiva

Filipo Bruno Silva Amorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: 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: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 16, v. 2 (abril 2012).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

CDD 340 . 5

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

CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Editorial.....	5
A Arte da Guerra: cláusula ‘commander in chief’ e o princípio da separação dos poderes no sistema norte-americano. <i>Art of War: the commander in chief clause and the principle of separation of power in the american system</i> <i>Andrea de Quadros Dantas Echeverria</i>	7
Ajuste Vertical de Preço Mínimo: uma análise do caso <i>leggin</i> , julgado pela suprema corte norte americana. <i>Vertical price fixing: the leggin case, judged by the united states supreme court</i> <i>Andrea Vergara da Silva</i>	35
O Conflito entre segurança jurídica e justiça – Soluções hermenêuticas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> e suas aplicações no Brasil e nos Estados Unidos da América. <i>The Conflict between legal certainty and Justice – Legal hermeneutic solutions of civil law and common law and its applications in Brazil and the United States of America</i> <i>Celine Ramos Coelho</i>	55
Um Breve Ensaio sobre a Evolução dos <i>Punitive Damages</i> nos Países do <i>Common Law</i> e sua Correspondência no Ordenamento Jurídico Brasileiro. <i>A Short Essay on the Evolution of Punitive Damages in the Common Law Countries and its Correspondence in Brazilian Law</i> <i>Danilo Barbosa de Sant’Anna</i>	71
Os caminhos da <i>Self- Represented</i> nos Estados Unidos e no Brasil. <i>The Paths of Self-represented in the United States and Brazil</i> <i>Grégoire Moreira de Moura</i>	89
A teoria dos <i>Punitive Damages</i> e sua Aplicação no Brasil . <i>Punitive Damages and their Application in Brazil</i> <i>Hugo Menezes Peixoto</i>	107
Guantánamo e a Separação de Poderes. <i>Guantánamo and the Separation of Powers</i> <i>João Carlos Souto</i>	121
Propriedade Intelectual e Direito Antitruste: a velha e a nova economia em disputa. <i>Intellectual Property and Antitrust Law: the old and the new economy in dispute</i> <i>Leandro Novais e Silva</i>	143

Irrecorribilidade da Decisão Monocrática do Presidente da TNU: as alterações no regimento interno como instrumentos de adequação aos princípios orientadores dos juizados especiais federais. <i>The Unappealable Individual Decision of the Tnu's President: the changes in the regiment as a means of adaptation to the guiding principles of special federal courts</i> <i>Maria Regina Dantas de Alcantara</i>	171
O Direito Constitucional Estadunidense na Perspectiva Retórica de Neil MacCormick. <i>The US Constitutional Law in the Perspective of Neil Maccormick Rhetoric.</i> <i>Murilo Strätz</i>	195
A tributação ambiental no Brasil e nos Estados Unidos – uma análise comparativa. <i>Environmental Taxation in Brazil and in United States – a comparative analysis</i> <i>Rafaela Franco Abreu</i>	233
Apontamentos sobre Arbitrabilidade de Litígios da Administração Pública no Brasil e Contraponto com os Estados Unidos da América. <i>Notes on Public Administration's Lawsuits Arbitrability in Brazil and the United States of America's System as aCounterpoint.</i> <i>Sônia de Almendra Freitas Portella Nunes</i>	253
A Influência da Common Law na Teoria do Precedente Vinculante no Ordenamento Jurídico Brasileiro. <i>The Influence of Common Law in the Theory of Binding Precedent in Brazilian Legal System</i> <i>Tarsila Ribeiro Marques Fernandes</i>	283
Breve reflexão sobre mutação constitucional no Brasil e nos Estados Unidos. <i>Abrief view of constitutional mutation in Brazil and the United States of America.</i> <i>Teresa Melo</i>	303
O Brasil e os Estados Unidos no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. <i>Brazil and the United States in the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization</i> <i>Vânia Maria Bastos Faller</i>	323
May it Please the Court: o sistema de precedentes no direito americano - notas comparativas com o atual processo civil brasileiro. <i>May it Please the Court: the system of precedents in american law - comments on its comparison with the current brazilian civil procedure.</i> <i>Viviane Neves Caetano</i>	347

EDITORIAL

Tal qual o ano de 2011, 2012 foi pródigo na realização de parcerias com instituições jurídicas internacionais, na busca pela formação e aperfeiçoamento dos membros das carreiras que compõe a Advocacia Pública Federal, o que fatalmente se constatará por meio dos artigos publicados nos volumes desta Revista.

Referidos trabalhos são frutos do segundo Curso de Introdução ao Direito Americano, realizado em razão da parceria firmada pela Escola da AGU com a Thomas Jefferson School of Law, sediada em San Diego, Califórnia.

Nestes dois volumes, nossos intercambistas produziram rica doutrina envolvendo diversos temas de interesse comum tanto ao direito norte americano quanto ao direito brasileiro; e, ainda, que os institutos abordados não encontrem similaridade ou equivalência no outro país, todos os textos produzidos procuraram tecer um paralelo entre os dois ordenamentos jurídicos de modo a proporcionar ao leitor uma visão ainda que panorâmica da temática desenvolvida sob as perspectivas de ambos os sistemas.

Deste modo, a Escola da AGU se congratula com os autores destes dois volumes da Revista e convida a comunidade jurídica a degustar este excelente material de estudo e pesquisa em direito comparado.

A todos, uma ótima leitura!

Filipo Bruno Silva Amorim
Procurador Federal
Vice-Diretor

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Advogada da União
Diretora da Escola da AGU

A ARTE DA GUERRA: A CLÁUSULA 'COMMANDER IN CHIEF' E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO SISTEMA NORTE-AMERICANO

*ART OF WAR: THE COMMANDER IN CHIEF CLAUSE AND THE
PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWER IN THE AMERICAN SYSTEM*

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso/Brasília

Bacharel em Ciência Política – Universidade de Brasília

Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana – ESMPU em parceria com a Univ. Bochum.

Mestre em Direito das Relações Internacionais – Centro Universitário de Brasília

SUMÁRIO: Introdução; 2 Legislativo - A Constituição norte-americana; 3 Judiciário – Os precedentes da Suprema Corte; 4 Executivo – As ações presidenciais; 4.1 O Presidente Bush; 4.2 O Presidente; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Um dos pilares fundamentais dos sistemas democráticos é o princípio constitucional dos freios e contrapesos, o qual vem sendo constantemente desafiado no ordenamento político-jurídico norte-americano, em razão do crescimento do poder de seu Presidente, especialmente em tempos de guerra. Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar o argumento de ampliação da autoridade presidencial como *'commander in chief'* em detrimento das competências do Congresso norte-americano, revisando a atuação dos três poderes. Desse modo, nas três partes do artigo serão estudados: o texto constitucional e suas principais interpretações doutrinárias (legislativo); os julgamentos da Suprema Corte que estabeleceram a divisão de atribuições do Congresso e do Presidente em tempos de guerra (judiciário); e por fim, as ações presidenciais que demonstram a crescente ampliação da sua autoridade (executivo), em especial, a teoria dos poderes de guerra de Bush e o recente discurso do Presidente Barack Obama, reafirmando a exclusividade de seu poder como *'commander in chief'*.

ABSTRACT: One of the fundamental pillars of democratic systems is the constitutional principle of checks and balances, which has been constantly challenged by the American political and legal system, because of the growing power of the President, especially in times of war. In this context, this paper analyzes the argument for expansion of presidential authority as commander in chief over the powers of Congress, reviewing the performance of the three powers. Thus, *this three-part article will be focused on:* the constitutional text and its main doctrinal interpretations (legislative), the Supreme Court's judgments that established the division of responsibilities between Congress and President in wartime (judiciary), and finally, the presidential actions demonstrating the growing expansion of its authority (executive), in particular, Bush's theory of war powers and President Barack Obama's recent speech, reaffirming the uniqueness of his power as commander in chief.

INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 2012, o Presidente norte-americano Barak Obama aprovou o Ato de Autorização da Defesa Nacional para o ano de 2012 (*National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*), que além de estabelecer os recursos destinados às Forças Armadas, reafirmou os poderes presidenciais para a detenção indefinida de suspeitos de terrorismo, dentre outras medidas de contraterrorismo.

Entretanto mais controverso do que a própria a lei, foi o discurso do Presidente quando da aprovação da norma. Ao reafirmar as suas competências como ‘*commander in chief*’, a administração Obama se aproxima cada vez mais da antiga orientação Bush de concentração de poderes e, consequente, enfraquecimento do sistema constitucional de freios e contrapesos.

Nesse contexto, pretende-se verificar o crescimento dos poderes presidenciais em detrimento das competências do Congresso norte-americano sob o discurso da segurança nacional e do combate ao terrorismo, destacando como tal concentração de poderes estaria minando um dos principais pilares da democracia.

Seguindo a ideia de análise do princípio da separação dos poderes, o presente artigo está tripartido, de modo a estudar tal princípio sob o enfoque do Legislativo, do Judiciário e do Executivo. A primeira parte é dedicada aos artigos da Constituição norte-americana que tratam das competências do Presidente e do Congresso, bem como dos excepcionais poderes conferidos ao Presidente pela denominada cláusula ‘*commander in chief*’.

Posteriormente, a doutrina da separação dos poderes é aprofundada mediante a revisão dos principais julgamentos proferidos pela Suprema Corte referentes à divisão de competências entre Executivo e Legislativo, com o intuito de demonstrar um crescente desequilíbrio de forças, mediante a tendência de fortalecimento da autoridade presidencial em tempos de guerra.

A terceira parte conterá um pequeno histórico das ações presidenciais que demonstram a contínua concentração de poderes desde os ataques ao World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, com especial destaque à *teoria de desenvolvida pela administração Bush*. Por fim, também serão objeto de estudo as ações empreendidas pelo atual Presidente Barack Obama. Entretanto, considerando os limites do trabalho, tal parte terá como foco a promulgação do Ato de Autorização da Defesa Nacional, em conjunto com o discurso presidencial reafirmando sua autoridade como ‘*commander in chief*’.

As considerações finais destinam-se a provocar uma reflexão acerca das mudanças que a contínua concentração de poderes pode gerar no sistema político norte-americano.

1 LEGISLATIVO – A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA

A Constituição norte-americana, assim como a maioria dos demais sistemas constitucionais democráticos, estabelece em seus artigos I, II e III uma equânime divisão de poderes. Entretanto, verifica-se uma crescente expansão dos poderes presidenciais¹, em especial sobre o manto da denominada cláusula do *'commander in chief'*.

Inicialmente, é interessante destacar que o sistema jurídico-político norte-americano foi estruturado de modo suplantando a personalização do Poder Executivo, tão comum nos sistemas monárquicos, substituindo-a pela impessoalidade da lei². Entretanto, o envolvimento constante do país em situações excepcionais de guerra ou outros tipos de hostilidades internacionais tem gerado discussões acerca de uma indevida usurpação de competências do Congresso pelo Presidente.

Destaca-se especialmente como seria a separação de competências entre esses dois poderes no que se refere a assuntos relacionados diretamente com a guerra. De início, o fato de a própria Constituição norte-americana delegar inúmeros poderes de guerra ao Congresso seria suficiente para demonstrar a observância do princípio dos freios e contrapesos também em situações de emergência.

Nesse sentido, a Constituição norte-americana, em seu artigo I, estabelece as diversas competências do Congresso, inclusive aquelas relacionadas à manutenção das Forças Armadas e à promulgação de leis que as regulamentem.

De fato, o artigo I, seção 8, cláusulas 11-14 da Constituição³ estabelecem ser do Congresso o poder de declarar a guerra, de emitir

1 HAN, Lori Cox. Introducing: Studying the Presidency. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011. p. 1-11, p.1;

2 ADLER, David Gray. The Presidency and the Constitution. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011. p. 12-33. p. 12;

3 Artigo I, seção 8, *in verbis*: “*The Congress shall have power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common defence[^{note 1}] and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States; [...]*
To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations; To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water; To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years; To provide and maintain a Navy;
To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces;

cartas de registro de propriedade e de retaliação⁴, convocar o exército e a marinha, bem como de regular as forças armadas e as formas de captura em solo ou em mar. Tais poderes eram bem conhecidos no Direito Internacional quando da promulgação da Carta norte-americana, o que parecia permitir a interferência do Congresso em assuntos essencialmente de política internacional e de guerra, limitando os poderes presidenciais⁵.

Desse modo, o texto constitucional indicaria que as decisões táticas e de estratégia militar, ainda que em tempos de guerra, não seria de competência exclusiva do Presidente. Na realidade, a Constituição teria delegado ao Congresso as atribuições mais tendentes a violar qualquer norma de direito internacional, consistente especificamente no poder de emitir cartas de registro de propriedade e de retaliação e estabelecer as formas de capturas dos inimigos⁶.

Nesse ponto, é interessante observar que durante a Guerra Civil norte-americana, as questões referentes a tratamento e transferências de prisioneiros eram resolvidas pelo Congresso, sendo que tal prerrogativa lhe restou assegurada por aquela competência de regulamentar as capturas em solo ou mar, a qual foi efetivamente exercida pelo Congresso nos conflitos posteriores⁷.

Tal interpretação seria corroborada com a competência constitucionalmente conferida ao Congresso de definir os crimes contra a Nação, bem como de criar cortes federais responsáveis pelo julgamento de casos envolvendo questões de direito internacional. Assim, uma leitura literal do texto constitucional parece indicar a necessidade de uma real divisão de atribuições mesmo durante as hostilidades⁸.

To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; [...]."

4 Apenas a título de esclarecimento: "A letter of marque or reprisal in eighteenth-century international law permitted the bearer, frequently a private party, to seize property or people of a foreign nation in order to redress an injury or harm inflicted by that nation. Such letters were widely used during maritime conflicts dating back to the thirteenth century. The term capture under eighteenth-century international law generally referred to the seizure of property, and perhaps people, during war". WUERTH, Ingrid Brunk. *International Law and Constitutional Interpretation: The Commander in Chief Clause Reconsidered*. Michigan Law Review, v. 106, n. 1, p. 61-100, outubro, 2007. p. 84.

5 Ibidem, p. 83.

6 Ibidem, p. 90.

7 Ibidem, p. 95.

8 LOBEL, Jules. *Conflicts Between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War*. Ohio State Law Journal, v. 69, p. p. 391-467, 2008. p. 395.

As vicissitudes práticas geradas pelas circunstâncias excepcionais de um cenário de guerra, e, portanto, de exceção, acabaram por fortalecer os poderes presidenciais em detrimento do Congresso. Para melhor analisar essa sobreposição de poderes, imprescindível uma prévia análise da denominada cláusula *'commander in chief'*.

Tal cláusula está prevista no artigo II, que estabelece as várias atribuições do Poder Executivo, em especial os poderes presidenciais, que estão previstos na seção 2 desse mesmo artigo. A citada cláusula (cláusula 1, seção 2, artigo II) estabelece que o *"Presidente é o comandante do Exército e da Marinha dos Estados Unidos"*⁹. Embora a Constituição não afirme expressamente, tal cláusula é o fundamento do poder presidencial de atuar de forma exclusiva nas questões de política externa.

Uma expressiva corrente doutrinária norte-americana defende que o poder conferido ao Presidente como *'commander in chief'* lhe permitiria recusar a execução de leis e tratados que fossem conflitantes com sua autoridade constitucional¹⁰. Nesse sentido, tal cláusula funcionaria como restrição constitucional aos demais poderes, impedindo especialmente a interferência do Congresso no comando presidencial das Forças Armadas¹¹.

Por outro lado, considerando-se especialmente as circunstâncias excepcionais da denominada 'guerra ao terror', encontra-se a corrente teórica oposta que afirma que o Presidente, ao contrário, tem o dever de *"cuidar para que as leis sejam fielmente executadas"*¹², não lhe sendo permitido, mesmo em tempos de guerra, desobedecer qualquer norma interna ou violar, de forma unilateral, um tratado internacional, devendo obter uma aprovação do Congresso se for o caso¹³. Para essa corrente, afirmar que a autoridade presidencial lhe permite recusar a

9 Texto integral da Constituição: *"The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offenses against the United States, except in Cases of Impeachment."* U.S. Constitution, art. II, seção 2, cláusula 1.

10 KU, Julian G. *Is There an Exclusive Commander-in-Chief Power?* The Yale Law Journal Pocket Part, v.115, n. 84, p. 84-87, 2006. p. 1. No ponto, é interessante ressaltar que mesmo o Presidente Bill Clinton recusou o cumprimento de uma lei em 1999, mantendo as tropas norte-americanas no Kosovo após a data limite fixada pelo Congresso, ao argumento a competência para comandar tropas no exterior seria exclusiva do Presidente, como *commander in chief*.

11 Ibidem, p. 2.

12 Texto original: *"take Care that the Laws be faithfully executed"*. U.S. Constitution, artigo II, seção 3.

13 A corrente doutrinária majoritária norte-americana entende que o Congresso tem o poder para violar tratados internacionais que tratam de matérias de sua competência nos termos do artigo I da Constituição. No caso a violação seria efetivada pela promulgação de uma lei em sentido contrário ao que estabelecido

execução de leis e tratados é tornar ilusório seu dever de fiel obediência previsto na Constituição, resultando em um verdadeiro desequilíbrio entre os poderes legislativo e executivo¹⁴, que condena o próprio sistema constitucional de freios e contrapesos.

No caso, a generalidade dos termos da cláusula permite ambas as interpretações, sendo, portanto, imprescindível aprofundar tal discussão por intermédio do estudo das decisões da Suprema Corte, bem como das ações presidenciais.

2 JUDICIÁRIO – OS PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE

A Constituição norte-americana, promulgada em 17 de setembro de 1787, possui originalmente apenas 7 artigos, tendo sido posteriormente promulgadas 27 emendas constitucionais. Entretanto, o texto constitucional que estabelece as atribuições dos poderes Legislativo e Executivo nunca foi alterado¹⁵.

Nesse contexto, e considerando em especial tradição do *common law* e da *stare decisis* do sistema jurídico norte-americano, a análise da suposta ampliação dos poderes presidenciais não pode ser realizada sem a devida revisão dos julgamentos da Suprema Corte acerca do princípio da separação dos poderes, em especial dos conflitos entre os artigos I e II da Constituição.

O primeiro precedente que teria estabelecido alguma forma de interpretação do sistema de freios e contrapesos foi o caso *Ex Parte Milligan*¹⁶, na qual a Suprema Corte teria afastado a ingerência do Congresso sobre a autoridade militar do Presidente¹⁷.

Ocorrido durante a Guerra Civil norte-americana, tal julgamento trata da possibilidade um cidadão residente de Indiana, que supostamente era membro de uma organização conspiratória que estaria planejando atos de sabotagem contra o Norte, ser julgado perante a jurisdição militar.

O argumento do governo sustentava que a autoridade do Presidente como *commander in chief* lhe conferia a competência para

no tratado. JINKS, Derek e SLOSS, David. *Is the President Bound by the Geneva Conventions?* Cornell L. Rev. v. 97, n. 395, 2004. p. 7.

14 Ibidem, p. 41.

15 Interessante ressaltar que o artigo II já foi objeto de emendas constitucionais, as quais não alteraram as competências de tal poder. A 20ª emenda alterou o método de eleição presidencial, enquanto que 25ª emenda estabeleceu uma forma diferente de sucessão presidencial.

16 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

17 KU, op. cit., p. 2.

estabelecer o julgamento de civis por tribunais militares¹⁸. Ademais, o memorial governamental afirma que, tendo a guerra começado, o Presidente era “o único juiz das exigências, necessidades, e obrigações, e da sua extensão e duração”¹⁹, e que as garantias previstas na Quarta, Quinta e Sexta Emendas não se aplicavam aos tempos de guerra, pois seriam meras previsões para a paz.

Nesse julgamento, a Corte afirmou que o Congresso não teria competência para aprovar uma lei que “*interferisse com o comando das forças ou a condução das campanhas de guerra*”. Tal poder e obrigação pertencem ao Presidente como “*commander in chief*”²⁰. Apesar de confirmar a competência presidencial no comando das Forças Armadas, a Suprema Corte manteve a eficácia das emendas constitucionais, destacando ainda que a força da Constituição deveria “*proteger todas as classes de homens, em todos os tempos e sob qualquer circunstância*”²¹.

Por essa razão, tal caso é lembrado, paradoxalmente, “*tanto como o caso que construiu os poderes presidenciais de guerra como aquele que afirmou a inviolabilidade da Constituição em tempos de crise*”²².

Após a Guerra Civil norte-americana, as atribuições do Congresso, em especial aquelas referentes à captura de prisioneiros de guerra, permitiram que o Legislativo interferisse efetivamente na condução das hostilidades vivenciadas por aquele país, funcionando em cooperação com a atuação presidencial.

Tal afirmação pode ser confirmada com a leitura do julgamento *Little v. Barreme*, ocorrido durante a quase guerra com a França²³. Uma importante peculiaridade é que não houve a declaração de guerra formal

18 ROSSITER, Clinton Lawrence. *The Supreme Court and the Commander in Chief*. Reino Unido: Cornell University Press, 1976. p. 27.

19 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). p. 18. Trecho original do julgamento: “*He (the president) is the sole judge of the exigencies, necessities, and duties of the occasion, their extent and duration*”.

20 LOBEL, op. cit., p. 393.

21 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). p. 121. Trecho original do julgamento: “*The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances*”.

22 Tradução livre do trecho: “*Today, of course, we remember this case for its construction of the President’s war powers as well as for its celebrated defense of the inviolability of the Constitution in time of crises*”. ROSSITER, op. cit., p. 31.

23 A quase guerra com a França foi um conflito naval entre os Estados Unidos e a França, entre 1798 e 1800, provocado pela captura de navios norte-americanos pelos franceses durante a guerra entre Inglaterra e França. SIDAK, J. Gregory, *The Quasi War Cases—And Their Relevance to Whether Letters of Marque and Reprisal Constrain Presidential War Powers*. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 28, n. 2, p. 465-500, 2005. p.480/481.

pelo Congresso, nem a solicitação nesse sentido pelo então Presidente, John Adams, em resposta ao confisco francês de navios americanos.

O caso trata especificamente dos danos devidos ao proprietário de um navio erroneamente capturado pelo Capitão George Little, comandante da fragata norte-americana. A discussão centrou-se na legalidade da ação do comandante em face do conflito entre o ato de delegação do poder presidencial do Congresso e a interpretação presidencial do alcance desse ato²⁴. A Suprema Corte entendeu que a interpretação dada pelo Executivo fora contrária às prescrições contidas no ato do Legislativo, razão pela qual o ato era ilegal, e condenou o governo ao pagamento dos danos²⁵.

Restou, então, estabelecido que o Congresso teria autoridade para estabelecer restrições *na condução das operações militares em uma guerra não declarada, estando o próprio Presidente restrito a tais limites*. Entretanto, o Ministro Marshall afirmou que somente houve ilegalidade do ato presidencial porque o ato do Legislativo havia sido expresso quanto ao modo de execução da ordem de captura dos navios. Assim, havendo indicação expressa do Legislativo, o Executivo estaria a ele vinculado, do contrário, *“o silêncio do Congresso deixaria o Presidente livre para agir”*²⁶.

Quando da Guerra de 1812, no julgamento *Brown v. United States*, questionou-se novamente a legalidade do ato do governo norte-americano em contraponto à autorização conferida pelo Congresso. Nesse caso, a questão referia-se à possibilidade do governo apropriar-se de uma propriedade britânica confiscada com fundamento em um embargo autorizado pelo Congresso.

Nesse precedente, a Suprema Corte afirmou a ausência de autoridade do Presidente para determinar o confisco de propriedade privada dentro dos Estados Unidos, pois o ato do Legislativo que declarou a guerra não conferia tal poder ao Presidente. Tal julgamento confirma a visão do Ministro Marshall de que o Congresso tem poderes constitucionais para agir durante a guerra, de modo que o poder presidencial seria definido por uma referencia negativa de autoridade legislativa²⁷.

24 Ibidem, p. 490-491.

25 Ibidem, p. 492.

26 Tradução livre do trecho: *“congressional silence leaves the President free to act”*. Ibidem, p. 492.

27 Nesse sentido: *“President’s power would be defined by negative reference to legislative authority”*. VLADECK, Stephen I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*. American University, WCL Research Paper No. 08-03, 2007. p. 13.

No entanto, a teoria da separação dos poderes alcançaria seu apogeu no mais importante caso sobre o assunto já julgado pela Suprema Corte, o precedente *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*. A Suprema Corte deveria analisar a constitucionalidade de uma ordem executiva do então Presidente Truman, que determinara o confisco da propriedade privada de uma siderúrgica.

Novamente, visando assegurar o sistema de freios e contrapesos, a maioria da Suprema Corte, seguindo voto do Justice Black, afirmou que a ordem de confisco era equivalente à edição de uma lei e, portanto, uma competência legislativa²⁸, de modo que o Presidente nunca poderia exercer constitucionalmente tal autoridade, exceto se explicitamente autorizado pelo Congresso²⁹. Já os Ministros Frankfurter e Burton estabeleceram a impossibilidade de ato presidencial contrário ao que estabelecido pelo Congresso.

No presente caso, o Congresso, ao delegar a competência para Presidente para estabelecer procedimentos confiscatórios, manteve expressamente sua autoridade para determinar quando e onde seria autorizado o confisco de propriedade em casos de emergência. Desse modo, restava clara a invasão da competência legislativa pelo ato presidencial³⁰.

Na oportunidade, o Ministro Jackson assim resumiu o julgamento, consolidando a teoria sobre a separação dos poderes³¹:

1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate. In these circumstances, and in these only, may he be said (for what it may be worth), to personify the federal sovereignty. If his act is held unconstitutional under these circumstances, it usually means that the Federal Government as an undivided whole

28 De acordo com a corrente majoritária, a Constituição não teria conferido ao Presidente qualquer autoridade para criar leis de forma unilateral (“an exercise of the lawmaking power”). JINKS, e SLOSS. op. cit., p. 40.

29 VLADECK, op. cit., p. 14.

30 In verbis: “The controlling fact here is that Congress, within its constitutionally delegated power, has prescribed for the President specific procedures, exclusive of seizure, for his use in meeting the present type of emergency. Congress has reserved to itself the right to determine where and when to authorize the seizure of property in meeting such an emergency. Under these circumstances, the President’s order of April 8 invaded the jurisdiction of Congress. It violated the essence of the principle of the separation of governmental powers. Accordingly, the injunction against its effectiveness should be sustained.” ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

31 Considerando a relevância do julgamento, optei por citar literalmente.

lacks power. A seizure executed by the President pursuant to an Act of Congress would be supported by the strongest of presumptions and the widest latitude of judicial interpretation, and the burden of persuasion would rest heavily upon any who might attack it.

2. When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.

3. When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter. Courts can sustain exclusive Presidential control in such a case only by disabling the Congress from acting upon the subject. Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system.³²

Restou, assim, estabelecido que qualquer ampliação da autoridade presidencial necessitaria de um ato de delegação do Congresso. Na ausência de lei, a competência presidencial é exatamente aquela que lhe é conferida pela Constituição, havendo, entretanto, uma zona de incerteza (*'zone of twilight'*) onde as competências seriam concorrentes. Por fim, se o ato presidencial conflitar com a vontade (expressa ou implícita) do Congresso, seus poderes são mínimos (*'lowest ebb'*), pois nesse caso a autoridade presidencial está reduzida em função dos poderes constitucionais do Congresso.

Há duas questões essenciais que passaram a definir o sistema de freios e contrapesos norte-americano. Primeiro, há uma prevalência da autoridade presidencial em caso de silêncio do Congresso; segundo, embora com uma autoridade em seu nível mínimo, haveria uma

³² ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

possibilidade de um ato constitucional presidencial contrário a vontade do Congresso, especialmente se a lei fora promulgada naquela zona de incerteza³³.

Assim, apesar da suposta derrota do governo, restou consignado que o Presidente possui um poder exclusivo como *'commander in chief'* que não pode ser limitado pelo Congresso, em especial no tocante à política externa³⁴. Ao afirmar a existência dessa autoridade presidencial mínima, que permitiria uma atuação contrária ao que estabelecido pelo Congresso, o Justice Jackson abre a denominada *'caixa de pandora da separação dos poderes'*³⁵.

A partir de então, a Suprema Corte legitimou o argumento de que o Presidente tem uma autoridade constitucional independente para criar leis federais por ações unilaterais do Executivo³⁶.

A chegada do século XXI traz consigo o maior ataque terrorista aos Estados Unidos e inicia uma série de reações por parte, especialmente, do Poder Executivo, resultando no discurso de ampliação dos poderes presidenciais, como será melhor estudado no tópico seguinte.

O fato é que a Suprema Corte foi novamente desafiada a estabelecer os critérios para tentar manter o equilíbrio de poderes, agora na excepcional situação de uma constante 'guerra ao terror'.

No caso *Hamdi v. Rumsfeld* discutiu-se a autoridade presidencial para determinar a prisão de um cidadão norte-americano suspeito de terrorismo (e classificado como combatente inimigo), baseada na Autorização para Uso da Força Militar em contraposição ao Ato de Não Detenção, anteriormente aprovado pelo Congresso Nacional. A Suprema Corte dividiu-se quanto a legalidade da detenção de Hamdi, sendo que o voto vencedor³⁷ ressaltou que tal autorização conferia competência ao Presidente dos Estados Unidos para utilizar *"usar todos os meios necessários e forças apropriadas"* contra as pessoas e organizações associadas ao ataque terrorista de 11 de setembro.

Apesar disso, foi reconhecido o direito do detido de acesso a um advogado e de ser informado sobre fundamentos de fato que justificariam sua classificação, bem como a oportunidade de rebater as afirmações

33 VLADECK, op. cit., p. 18.

34 KU, op. cit., p. 2.

35 Nesse sentido: *"Jackson may well have opened something of a Pandora's Box: vis-à-vis the separation of powers, especially in cases involving claims to inherent presidential power"*. VLADECK, op. cit., p. 18.

36 No caso, o Presidente pode inovar no ordenamento jurídico por meio de dois principais instrumentos: acordos executivos e ordens unilaterais (sole executive agreements and unilateral executive orders). JINKS e SLOSS, op. cit., p. 39.

37 Ministra O'Connor, seguida pelos Ministros Rehnquist, Kennedy e Breyer;

governamentais antes que fosse tomada uma decisão neutra, enfatizando que a autorização para detenção emitida pelo Congresso está sujeita tanto ao devido processo legal como à revisão judicial³⁸. Ressaltou, a Suprema Corte, por fim, que “*o estado de guerra não é um cheque em branco para o Presidente quando se trata de direitos de cidadãos norte-americanos*”³⁹.

A Suprema Corte optou por uma decisão equilibrada que garantisse tanto os direitos individuais dos cidadãos norte-americanos como os poderes excepcionais necessários ao Executivo para combater o terrorismo, ressaltando a possibilidade de interferência judicial sobre a autoridade presidencial⁴⁰.

A teoria da separação dos poderes ganha, assim, novos contornos que sugerem que, em se tratando de poderes de guerra, a cláusula ‘*commander in chief*’ pode retirar a competência do Congresso para legislar sobre determinados assuntos. “*O problema, é claro, é que não existe um ponto final*”⁴¹, não apenas em função da generalidade dos termos da cláusula como também em face da indeterminação temporal e geográfica da guerra.

Outro importante precedente seria o julgamento *Hamdan v. Rumsfeld*, no qual se discute a legalidade do julgamento de suspeitos de terrorismo pelas comissões militares criadas pelo Executivo, sem obediência aos princípios estabelecidos no Código da Justiça Militar (*Uniform Code of Military Justice/UCMJ*). Novamente, o governo norte-americano sustentou ser inerente à competência do Presidente – como ‘*Commander in Chief*’ – estabelecer comissões militares⁴². A Suprema Corte afirmou que a Autorização para o Uso de Força Militar (AUMF) não conferia competência ao Presidente para criar comissões militares

38 KAMENS, Jeremy C. *Hamdi v. Rumsfeld*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 176.

39 ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 178/389. p. 344

40 WINDLE, Bub. *Resolving Legal Issues in the War on Terror: Habeas Corpus, the Supreme Court, and Combatant Status Review Tribunals*. University of Nebraska Lincoln, 2008. p. 6.

41 Tradução livre do trecho: “*The problem, of course, is that there is no stopping point*”. VLADECK, Stephen I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*. American University, WCL Research Paper No. 08-03, 2007. p. 26.

42 Memorial do governo (Government’s memo in support of motion to dismiss) ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 397/658. p. 437;

em desacordo com as normas estabelecidas pelo Código de Justiça Militar (UCMJ) e pela Convenção de Genebra⁴³.

Além do reconhecimento da jurisdição por parte da Suprema Corte, que demonstrou o correto funcionamento do sistema constitucional de freios e contrapesos, impondo limites à atividade do Executivo⁴⁴, tal precedente retomou a teoria do Ministro Marshall presente nos julgamentos *Little v. Barreme* e *Brown v. United States*⁴⁵, restaurando o princípio da separação dos poderes.

Entretanto, a suposta vitória da defesa no caso Hamdan não produziu qualquer resultado prático ou mesmo jurídico efetivamente favorável, ante a promulgação de uma nova lei (Lei de Comissões Militares de 2006/MCA) que substituiu a Lei de Tratamento dos Presos e retirou expressamente a jurisdição das cortes americanas para receber qualquer pedido de habeas corpus de “*estrangeiro detido pelos Estados Unidos que tenha sido determinado pelo governo Norte-americano como inimigo combatente ou que aguarde essa determinação*”⁴⁶.

O interessante é que nesse caso, a concentração de poderes nas mãos do Presidente foi articulada em conjunto com o Congresso e em clara oposição ao que decidido pela Suprema Corte, o que demonstra a importância da tripartição dos poderes na manutenção do sistema de freios e contrapesos como um dos pilares da democracia.

Percebe-se, assim, que apesar da importância do Poder Judiciário na manutenção do sistema constitucional de freios e contrapesos, o fato

43 Decisão da Suprema Corte. Trecho do voto do Ministro Stevens: “*Together, the UCMJ, the AUMF, and the DTA at most acknowledge a general Presidential authority to convene military commissions in circumstances where justified under the “Constitution and laws,” including the law of war. Absent a more specific congressional authorization, the task of this Court is, as it was in Quirin, to decide whether Hamdan’s military commission is so justified. It is to that inquiry we now turn. (...) These simply are not the circumstances in which, by any stretch of the historical evidence or this Court’s precedents, a military commission established by Executive Order under the authority of Article 21 of the UCMJ may lawfully try a person and subject him to punishment.*” ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

44 McMILLAN, Joseph M. *Hamdan v. Rumsfeld*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L., (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 393-397. p. 395;

45 VLADECK, op. cit., p. 29-34.

46 “SEC. 7. HABEAS CORPUS MATTERS. (e)(1) No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination”. ESTADOS UNIDOS. Public Law 109-366 (Military Commissions Act), de 17 de outubro de 2006. Authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes.

é que mesmo a Suprema Corte não conseguiu estabelecer de forma clara a divisão de atribuições entre o Legislativo e o Executivo.

Desse modo, as decisões judiciais parecem contribuir para que a zona de incerteza da teoria da separação dos poderes seja frequentemente utilizada para ampliar os poderes presidenciais, o que pode ser comprovado pelo estudo das ações presidenciais.

3 EXECUTIVO – AS AÇÕES PRESIDENCIAIS

É fato que, em tempos de guerra, há uma tendência à concentração de poderes no Executivo em detrimento, em especial do Legislativo, mas também em relação do Judiciário. Teoricamente, a balança de poderes deveria ser restaurada assim que encerradas as hostilidades. Entretanto, a partir do século XX, tal equilíbrio não foi devidamente reestabelecido, permanecendo uma concentração de poderes⁴⁷.

Com os ataques terroristas ao World Trade Center, inicia-se um novo século marcado pelas ações presidenciais tendentes a afirmar que a autoridade do Presidente como ‘*commander in chief*’ é superior às competências constitucionais do Congresso e até mesmo do Judiciário.

3.1 O PRESIDENTE BUSH

Embora seja cedo para se afirmar categoricamente, parece ser um consenso a afirmação de que o principal legado da era Bush foi exatamente a expansão dos poderes presidenciais⁴⁸. Tal legado inicia-se com a escalada dos poderes do Executivo, apenas três dias após os ataques ao *World Trade Center*, quando o Congresso promulga a Autorização para o Uso de Forças Militares (*Autorization to Use Military Force/AUMF*), conferindo autoridade ao Presidente para “*usar todos os meios necessários e forças apropriadas*” no combate ao terrorismo.

Entretanto, a teoria da concentração de poderes na figura presidencial somente seria expressamente defendida com a edição dos denominados ‘Memorandos de Tortura’ (*Torture Memos*), o qual afirma ter o Presidente, como *commander in chief*, uma autoridade plena e única na utilização das forças militares⁴⁹.

A teoria desenvolvida pela administração Bush sustenta que a cláusula ‘*commander in chief*’ confere ao Presidente autoridade para

47 JINKS; SLOSS, op. cit., p. 1.

48 HAN, op. cit., p. 2.

49 ADLER, op. cit., p. 17.

controlar toda a condução da guerra⁵⁰. Tal doutrina afasta expressamente qualquer ingerência do Legislativo ao afirmar que “*Congresso não pode mais interferir na condução pelo Presidente dos interrogatórios dos inimigos combatentes*”⁵¹. Nesse sentido, o citado memorando defende a legalidade da utilização de quaisquer métodos de interrogatório considerado apropriado para “*obter o melhor resultado perante o inimigo*”⁵².

Os defensores de uma maior concentração de poderes nas mãos do Presidente afirmam que seriam de seu exclusivo poder a decisão sobre como, onde e quando interrogar os suspeitos, pois tais táticas seriam tão importantes como onde e quando alocar as tropas⁵³.

Embora tal argumento de exclusividade presidencial na condução da guerra não fosse particularmente novo, o fundamento teórico que tornara ilimitado o poder presidencial foi o reconhecimento da possibilidade de o Presidente descumprir qualquer lei ou tratado que representasse uma restrição à autoridade presidencial⁵⁴. Sob tal fundamento, a cláusula ‘*commander in chief*’ pôde ser exaustivamente utilizada pela administração Bush para derrubar qualquer restrição legislativa na condução das operações militares⁵⁵.

Além desse argumento, outra técnica comumente utilizada pela administração Bush foi a detenção de estrangeiros suspeitos de atos terroristas fora do território norte-americano, em regra, na Baía de Guantánamo, de modo a negar-lhe o direito à utilização do *habeas corpus*⁵⁶. Tal questão foi primeiramente levada a Suprema Corte quando

50 BARRON, David J.; LENDERMAN, Martin S. *The Commander in Chief at the Lowest EBB: Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding*. Harvard Law Review, v. 121, n. 3, p. 689-804, janeiro, 2008.p. 705. O autor de tais memorandos, John Yoo, é um dos principais defensores da teoria pro-Executivo dos poderes de guerra, que afirma que a Constituição criou um sistema flexível de poderes de guerra, o qual confere ao Presidente – como commander in chief – competência até mesmo para declarar a guerra (YOO, John. *War and the Constitutional Text*. The University of Chicago Law Review, Vol. 69, No. 4 (Autumn, 2002), pp. 1639-1684, p. 1640).

51 Tradução livre do trecho: “*Congress can no more interfere with the President’s conduct of the interrogation of enemy combatant*” (OLC 2002 Torture Opinion)

52 Tradução livre do trecho: “*best prevail against the enemy*” (OLC 2002 Torture Opinion)

53 LOBEL, op. cit., p. 394.

54 VLADÉCK, op. cit., p. 21.

55 BARRON e LENDERMAN, op. cit., p. 706.

56 O governo norte-americano afirmou que os pacientes, como estrangeiros detidos fora dos Estados Unidos, não são alcançados pela jurisdição de qualquer corte dos Estados Unidos, ressaltando que o privilégio do litígio não se estende aos estrangeiros sob custódia militar que não tenham qualquer presença de qualquer território que os Estados Unidos detenha soberania, como já afirmado pela Suprema Corte, quando do julgamento do precedente *Johnson v. Eisentrager*. ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

do julgamento *Rasul v. Bush*, tendo sido reconhecido pela primeira vez sua jurisdição sobre os *habeas corpus* impetrados em favor daqueles detidos na Baía de Guantánamo.

Entretanto, consoante já ressaltado, a administração Bush apressou-se em apresentar uma solução para o problema: a criação de Tribunais de Revisão do Status de Combatente (*Combatant Status Review Tribunal/CSRT*), que tinham por função analisar quais detidos estariam inseridos na condição de combatente inimigo⁵⁷; e a aprovação da Lei de Tratamento dos Presos de 2005, que retirava dos tribunais federais a jurisdição sobre os *habeas corpus* impetrados em favor dos detidos em Guantánamo⁵⁸.

Ainda sobre a ampliação dos poderes presidenciais, destaca-se a possibilidade de deter cidadãos norte-americanos como combatentes inimigos em contraposição ao disposto na U.S.C § 400I (a) que proíbe a detenção de qualquer cidadão *‘exceto se de acordo com alguma lei do Congresso’*⁵⁹, sob o argumento de que a detenção de suspeitos encontra-se no núcleo essencial do poder constitucional conferido ao *‘commander in chief’*.

Analisando especificamente tal prerrogativa presidencial, a Suprema Corte, no já citado julgamento *Hamdi v. Rumsfeld*, confirmou que a competência para combater o terrorismo – delegada ao Presidente pela Autorização do Uso da Força Militar – implicitamente também autoriza a detenção de inimigos combatentes, conceito esse que incluiria *‘aqueles que participam ou apóiam as forças hostis aos Estados Unidos ou de suas coalizões’* no Afeganistão ou aqueles que se envolvem no conflito armado contra os Estados Unidos independente de sua nacionalidade⁶⁰.

Utilizando-se da generalidade do termo *“todos os meios necessários e forças apropriadas”* da Autorização do Uso da Força Militar, a administração Bush lançou um ‘programa de vigilância de terroristas’ que previa a monitoração de telefonemas e emails sem a devida ordem

57 MARGULIES, Joseph. *Rasul v. Bush*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L. (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3-7. p. 4.

58 ELSEA, Jennifer K. e GARCIA, Michael John. *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court*. Congressional Research Service, 2010. Disponível em <<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33180.pdf>>. Acesso em: 05 agos. 2010. p. 1. No mesmo sentido: “O conceito do ato legislativo que retira dos tribunais federais a jurisdição do *habeas corpus* está consolidado e totalmente aceito junto ao ordenamento jurídico norte-americano”, mas tal questão não será aprofundada, pois como já ressaltado o objetivo da presente dissertação não é a análise do sistema jurídico norte-americano. LONDRAS, Fiona de. Na Sombra do Caso Hamdan v. Rumsfeld: O Direito dos Prisioneiros da Baía de Guantánamo ao Habeas Corpus. *Panóptica*, v. 2, n. 13, p. 241-258, 2009. p. 247.

59 Tradução livre: *“except pursuant to an Act of Congress”*. BARRON e LENDERMAN op. cit., p. 706.

60 KAMENS, op. cit., p. 176.

judicial por um prazo de cinco anos, em clara oposição ao disposto na Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira (*Foreign Intelligence Surveillance Act/FISA*). O argumento baseou-se na suposta revogação parcial dessa lei pelo ato de autorização⁶¹.

Outro exemplo da utilização da teoria Bush que resultou na concentração de poderes é o reconhecimento da possibilidade de utilização de tortura em métodos de interrogatórios dos combatentes inimigos em clara ofensa ao disposto na Lei Federal 18 U.S.C. §2340⁶². Embora posteriormente o Presidente Bush tenha aprovado a Lei de Tratamento dos Presos de 2005, que baniu a utilização de tratamento degradante, cruel ou desumano aos indivíduos sob custódia, não há como precisar a efetiva exclusão desse tipo de interrogatório, considerando que tais documentos não são públicos.

Por fim, em inúmeras ocasiões, o Presidente Bush invocou o seu poder como ‘*commander in chief*’ para, ao assinar as leis, sugerir que suas disposições não seriam cumpridas quando em conflito com sua autoridade presidencial para a condução das operações militares⁶³.

3.2 O PRESIDENTE BARACK OBAMA

Em seu discurso de posse, o Presidente Barack prometeu abandonar as controvertidas técnicas de contraterrorismo adotadas por seu antecessor Bush, bem como fechar a prisão de Guantánamo. Contudo, nesse caso, o discurso não ultrapassou a forma das palavras, tendo o Presidente Obama, ao contrário, mantido o legado Bush de ampliação dos poderes presidenciais.

Sem entrar na discussão acerca da utilização ou não de métodos não convencionais de interrogatório na captura e morte de Osama Bin Laden, até mesmo porque o Presidente optou pelo silêncio – sequer negando ou afirmando o uso de tais métodos –⁶⁴, o fato é que até mesmo o discurso presidencial vem sofrendo mudanças visíveis.

O fato mais recente que provocou inúmeras controvérsias acerca dos limites do poder presidencial na condução das operações militares foi a aprovação do Ato de Autorização da Defesa Nacional para o ano de 2012 (*National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*), o qual

61 BARRON; LENDERMAN, op. cit., p. 712.

62 Ibidem, p. 707.

63 Ibidem, p. 711.

64 Nesse sentido: “*Since that speech, however, Obama has been virtually silent on counterterrorism issues, including torture*”. MARGULIES, Joseph. *Speak, Obama*, The New Republic, 05/05/2011.

reafirma, de forma clara e expressa, todos os poderes supostamente conferidos ao Presidente pelo Ato de Autorização para o Uso das Forças Militares (*Authorization of Use of Militar Force/AUMF*).

Apesar do discurso oficial, tanto do Legislativo como do Presidente, destacar que tal lei não autoriza qualquer ampliação do poder presidencial, a afirmação expressa da possibilidade de detenção indefinida de qualquer pessoa suspeita de envolvimento em atos terroristas parece indicar o contrário. Contudo o mais surpreendente foi o discurso presidencial afastando as reduzidas interferências do Legislativo sobre a condução da guerra ao terror.

Referida lei, em seu subtítulo D, denominado Contraterrorismo, seção 1021 afirma a autoridade do Presidente, como comandante das Forças Armadas, para a detenção de pessoas suspeitas de atos terroristas⁶⁵. Dispõe, ainda, tal seção que tais pessoas serão detidas com fundamento nas leis de guerra, o que significa a possibilidade de detenção sem direito a julgamento até o fim da denominada guerra ao terror⁶⁶, e que eventual julgamento será processado pelas comissões militares.

As críticas a tal dispositivo foram tamanhas, que o próprio Presidente Obama, em seu discurso de justificativa de aprovação da lei, ressaltou que o ato não implica qualquer aumento do poder presidencial e que sua administração iria *“interpretar a seção 1021 de modo a assegurar que qualquer detenção estivesse de acordo com a Constituição, as leis da guerra ou qualquer outra lei aplicável”*⁶⁷.

65 Na definição do ato: *“(b) COVERED PERSONS.—A covered person under this section is any person as follows: (1) A person who planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored those responsible for those attacks. (2) A person who was a part of or substantially supported al-Qaeda, the Taliban, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners, including any person who has committed a belligerent act or has directly supported such hostilities in aid of such enemy forces”*. ESTADOS UNIDOS. Public Law 112-81 (National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012), de 31 de dezembro de 2011.

66 O ato afirma a possibilidade de detenção até o fim das hostilidades autorizadas pelo Autorização de Uso da Força Militar, o que seria equivalente ao que conhecemos como ‘guerra ao terror’, *verbis*: *“(c) DISPOSITION UNDER LAW OF WAR.—The disposition of a person under the law of war as described in subsection (a) may include the following: (1) Detention under the law of war without trial until the end of the hostilities authorized by the Authorization for Use of Military Force. (2) Trial under chapter 47A of title 10, United States Code (as amended by the Military Commissions Act of 2009 (title XVIII of Public Law 111-84)). (3) Transfer for trial by an alternative court or competent tribunal having lawful jurisdiction. (4) Transfer to the custody or control of the person’s country of origin, any other foreign country, or any other foreign entity.”* ESTADOS UNIDOS. Public Law 112-81 (National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012), de 31 de dezembro de 2011.

67 Tradução livre do trecho: *“My Administration will interpret section 1021 in a manner that ensures that any detention it authorizes complies with the Constitution, the laws of war, and all other applicable law”*. OBAMA,

Ainda acerca da regulamentação do contraterrorismo, a seção 1022 prevê a custódia militar de estrangeiros capturados no curso das hostilidades previstas na AUFM. Em seu discurso, embora o Presidente critique a possibilidade de custódia militar e destaque a “*potencial criação de incerteza*”, acaba por afirmar que tal dispositivo poderá ser interpretado de forma a evitar prejuízo as operações bélicas e de contraterrorismo, conferindo a necessária flexibilidade para a proteção da segurança nacional⁶⁸.

Percebe-se, assim, que o ato efetivamente amplia a autoridade presidencial no tocante a detenção de pessoas suspeitas de envolvimento em atos terroristas, sendo interessante considerar especialmente a afirmação do Presidente Obama que tal seção acaba por conferir uma ampla autoridade ao executivo para melhor implementar a forma de detenção de suspeitos de terrorismo.

Assim, o discurso presidencial fundamenta-se exatamente na liberdade de interpretação de tal ato pelo executivo, de modo a evitar qualquer comprometimento das atividades de contraterrorismo, destacando sua competência para estabelecer os procedimentos e prazos para as citadas detenções. Nesse sentido, *verbis*:

I have concluded that section 1022 provides the minimally acceptable amount of flexibility to protect national security. Specifically, I have signed this bill on the understanding that section 1022 provides the executive branch with broad authority to determine how best to implement it, and with the full and unencumbered ability to waive any military custody requirement, including the option of waiving appropriate categories of cases when doing so is in the national security interests of the United States. As my Administration has made clear, the only responsible way to combat the threat al-Qa'ida poses is to remain relentlessly practical, guided by the factual and

Barack. *Statement by the President on H.R. 1540, the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*. Washington, White House, 31 de dezembro de 2011.

68 Segue na íntegra o parágrafo do discurso do Presidente Obama sobre a seção 1022: “*Section 1022 seeks to require military custody for a narrow category of non-citizen detainees who are “captured in the course of hostilities authorized by the Authorization for Use of Military Force.” This section is ill-conceived and will do nothing to improve the security of the United States. The executive branch already has the authority to detain in military custody those members of al-Qa’ida who are captured in the course of hostilities authorized by the AUMF, and as Commander in Chief I have directed the military to do so where appropriate. I reject any approach that would mandate military custody where law enforcement provides the best method of incapacitating a terrorist threat. While section 1022 is unnecessary and has the potential to create uncertainty, I have signed the bill because I believe that this section can be interpreted and applied in a manner that avoids undue harm to our current operations*”. OBAMA, op. cit.

legal complexities of each case and the relative strengths and weaknesses of each system. Otherwise, investigations could be compromised, our authorities to hold dangerous individuals could be jeopardized, and intelligence could be lost. I will not tolerate that result, and under no circumstances will my Administration accept or adhere to a rigid across-the-board requirement for military detention. I will therefore interpret and implement section 1022 in the manner that best preserves the same flexible approach that has served us so well for the past 3 years and that protects the ability of law enforcement professionals to obtain the evidence and cooperation they need to protect the Nation.

My Administration will design the implementation procedures authorized by section 1022(c) to provide the maximum measure of flexibility and clarity to our counterterrorism professionals permissible under law. And I will exercise all of my constitutional authorities as Chief Executive and Commander in Chief if those procedures fall short, including but not limited to seeking the revision or repeal of provisions should they prove to be unworkable.

Percebe-se, não apenas uma excessiva concentração de poderes, como a inabilidade do Congresso Nacional para exercer a sua função democrática de controle dos atos do Executivo.

Sobre a necessidade de se estabelecer procedimentos de revisão das detenções e protocolos de controle de informação⁶⁹, o Presidente afirma que o ato “*desnecessariamente interfere na competência do executivo para estabelecer o processo de revisão do status dos detidos*”⁷⁰, e que tal seção será interpretada de modo a assegurar ao Secretário de Defesa a discricionariedade acerca da aplicabilidade ou não das seções 1023-1025 aqueles suspeitos detidos⁷¹.

69 A Seção 1023 estabelece a necessidade de revisão periódica dos motivos de detenção daqueles suspeitos detidos em Guantánamo, determinando que tal procedimento deva ser encaminhado ao Congresso, pelo Secretário de Defesa, dentro de 180 dias da promulgação do ato. Visando assegurar um mínimo devido processo legal, o ato determina expressamente que tal procedimento deve esclarecer se determinado suspeito ainda representa uma ameaça à segurança nacional. Já a Seção 1025 determina ao Secretário de Defesa que elabore e submeta ao Congresso, protocolos sobre as comunicações individuais dos detidos em Guantánamo.

70 Tradução livre do trecho: “*Sections 1023-1025 needlessly interfere with the executive branch’s processes for reviewing the status of detainees*”. OBAMA, op. cit.

71 Nesse sentido: “*Going forward, consistent with congressional intent as detailed in the Conference Report, my Administration will interpret section 1024 as granting the Secretary of Defense broad discretion to determine what detainee status determinations in Afghanistan are subject to the requirements of this section*”. OBAMA, op. cit.

As críticas presidências sobre uma suposta usurpação de sua competência é fio condutor do discurso que afirma ainda que como e onde devem ser processados aqueles detidos em Guantánamo é decisão discricionária do Poder Executivo, e que a intromissão do Legislativo representa uma séria violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, de modo que os dispositivos em questão serão interpretados de modo a evitar tal conflito, ou seja, de modo a privilegiar a competência do Executivo em detrimento às normas aprovadas pelo Congresso⁷².

O que se percebe do conflito entre o disposto a lei e o discurso presidencial é uma concentração de poderes no Executivo resumida essencialmente na frase em que se afirma que determinados dispositivos serão tratados como não vinculantes⁷³.

O que se espera de uma lei, promulgada após regular trâmite no Congresso e aprovação do Presidente, é exatamente que seus dispositivos sejam obedecidos por toda a nação. Entretanto, ao afirmar expressamente que tal norma poderá ser interpretada como não vinculante para o Executivo, tem-se uma perigosa quebra do princípio constitucional dos freios e contrapesos, afetando a própria democracia norte-americana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca da concentração de poderes durante períodos de guerra não é nova, especialmente nos Estados Unidos. De fato, em tais períodos, há sempre uma tendência em fortalecer o Executivo em prol da segurança nacional, de forma que tal concentração de poderes

72 Nesse sentido, *verbis*: “Sections 1026-1028 continue unwise funding restrictions that curtail options available to the executive branch. Section 1027 renews the bar against using appropriated funds for fiscal year 2012 to transfer Guantanamo detainees into the United States for any purpose. I continue to oppose this provision, which intrudes upon critical executive branch authority to determine when and where to prosecute Guantanamo detainees, based on the facts and the circumstances of each case and our national security interests. For decades, Republican and Democratic administrations have successfully prosecuted hundreds of terrorists in Federal court. Those prosecutions are a legitimate, effective, and powerful tool in our efforts to protect the Nation. Removing that tool from the executive branch does not serve our national security. Moreover, this intrusion would, under certain circumstances, violate constitutional separation of powers principles. Section 1028 modifies but fundamentally maintains unwarranted restrictions on the executive branch’s authority to transfer detainees to a foreign country. This hinders the executive’s ability to carry out its military, national security, and foreign relations activities and like section 1027, would, under certain circumstances, violate constitutional separation of powers principles. The executive branch must have the flexibility to act swiftly in conducting negotiations with foreign countries regarding the circumstances of detainee transfers. In the event that the statutory restrictions in sections 1027 and 1028 operate in a manner that violates constitutional separation of powers principles, my Administration will interpret them to avoid the constitutional conflict.” OBAMA, *op. cit.*

73 Nesse sentido: “Like section 1244, should any application of these provisions conflict with my constitutional authorities, I will treat the provisions as non-binding”. OBAMA, *op. cit.*

parece se estender além do que seria constitucionalmente tolerável em tempos de paz⁷⁴.

A necessidade de reforço do poder presidencial remonta a Guerra Fria, quando o discurso segurança nacional e urgência internacional coloca ênfase na suposta dualidade entre a eficiência do Presidente e o caos do Congresso, iniciando um processo de aumento da importância dos decretos presidenciais em detrimento, muitas vezes, dos próprios princípios constitucionais⁷⁵.

Desse modo, a sociedade americana parece estar acostumada a viver esse pêndulo, *'tolerando a Constituição do tempo de guerra'*⁷⁶, confiante sempre no retorno à normalidade. Na realidade, a força das instituições democráticas de um país, em especial de sua Constituição, se mostra exatamente quando, embora o Executivo insista na necessidade de continuidade de seus poderes excepcionais, o anseio pela proteção das liberdades civis já começa a impulsionar o pêndulo para o estado de normalidade⁷⁷.

Entretanto que se verifica é uma verdadeira expansão dos poderes do Executivo, em detrimento do Legislativo e do Judiciário, a qual permanece após o término dos conflitos e ressurge com maior força após os ataques terroristas de 11 de setembro.

O que foi possível verificar da análise da atuação dos três poderes é que os Estados Unidos conseguiu coordenar uma concentração de poderes, sem uma formal violação do princípio dos freios e contrapesos, uma vez que as atribuições excepcionais do Presidente são previamente delegadas pelo Congresso⁷⁸, e mesmo quando o Congresso pretende impor alguma restrição à autoridade presidencial, o Presidente

74 DRATEL, Joshua L. *Repeating History: Rights and Security in the War on Terror*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. xiii.

75 Nesse sentido: *"The president represented efficiency, Congress, chaos"*. ADLER, op. cit., p. 15.

76 Tradução nossa da expressão: *"tolerating the wartime Constitution"*. GREENBERG, Karen J. *Caught in the War on Terror: Redefining Prisoners in the Post-9/11 Era*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p ix.

77 A metáfora do pêndulo é utilizada tanto no texto de Dratel como no de Greenberg, ambos no sentido de que a exceção é sempre um caminho para o retorno à normalidade. Nesse sentido: *"Perhaps it is a sign of progress that while the administration insists that the conflict is ongoing – indeed, without any end in sight – the pendulum swing toward greater protection for civil liberties and human rights appears already to be occurring"* DRATEL, op. cit., p. xiii/xiv; e *"Accordingly, the pendulum-swing back to constitutional normality hovers in defiance of physics, waiting for a sign that such a return is viable"* GREENBERG, op. cit., p. x.

78 SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptation of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, v. 6, n. 5, p. 1-75, 2004. p. 19.

simplesmente afirma que a lei não possui caráter vinculante porque invade sua competência como *'commander in chief'*.

Em tese, o constitucional equilíbrio de poderes poderia ser restaurado pelo Judiciário. Entretanto, a persistente recusa dos tribunais em delimitar o sistema de freios e contrapesos, demonstra que tal Poder não está inclinado a interferir nas disputas entre o Executivo e o Legislativo⁷⁹, em especial no que se refere às suas atribuições em tempos de guerra. Ademais, a celeridade que se exige em uma guerra é incompatível com o tempo que o Judiciário leva para decidir os problemas que lhe são apresentados⁸⁰.

De fato, o estabelecimento de limites precisos de competência nem sempre é uma tarefa fácil, em especial quando se trata das competências excepcionais delimitadas pela cláusula do *'commander in chief'*, por se tratar de um momento específico em que a própria estrutura político-jurídica estaria ameaçada pelo contexto de guerra. Some-se a isso o fato de que em situações de guerra algumas normas constitucionais estarem ofuscadas pela realidade política, o que culmina na tendência de fortalecimento da figura do Presidente⁸¹ em detrimento de determinadas competências do Congresso e, porque não dizer, da própria democracia.

Resta claro que a cláusula *'commander in chief'*, ao permitir uma excessiva ampliação dos poderes presidenciais, acaba por conferir um caráter autoritário à democracia norte-americana. De fato, o problema aqui não é jurídico, mas sim essencialmente político⁸², na medida em que tal cláusula foi criada para ser acionada de forma excepcional e por períodos determinados, de modo que seu uso constante e perene enfraquece o próprio sistema constitucional, ao estabelecer um verdadeiro desequilíbrio na balança dos poderes.

Ademais, não sendo possível vislumbrar o fim da guerra ao terror, aquele pêndulo que antes oscilava entre o estado constitucional e o estado de exceção, parece agora desafiar a física mantendo-se estancado em um estado de exceção⁸³.

79 Um claro exemplo disso é que, apesar de a Suprema Corte ter afirmado a competência exclusiva do Presidente nos assuntos relacionais a operações de guerra, o fato é que nenhuma lei foi invalidada por ter invadido tais atribuições. LOBEL, op. cit., p. 394.

80 Ibidem, p. 409.

81 LOBEL, Jules. *Conflicts Between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War*. Ohio State Law Journal, v. 69, p. 391-467, 2008. p. 408.

82 Respondendo a afirmação: "*Whenever the Commander-in-Chief argument is invoked, critics accuse the administration of lawlessness and even monarchical aspirations. This may be satisfying as a matter of political rhetoric, but it is poor and unpersuasive as a mode of legal argument*" KU, Julian G. *Is There an Exclusive Commander-in-Chief Power?* The Yale Law Journal Pocket Part, v.115, n. 84, p. 84-87, 2006. p. 3.

83 GREENBERG, Karen J. Caught in the War on Terror: Redefining Prisoners in the Post-9/11 Era. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the*

REFERÊNCIAS

ADLER, David Gray. *The Presidency and the Constitution*. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011.

BARRON, David J.; LENDERMAN, Martin S. *The Commander in Chief at the Lowest EBB: Framing the Problem, Doctrine, and Original Understanding*. *Harvard Law Review*, v. 121, n. 3, p. 689-804, janeiro, 2008.

DRATEL, Joshua L. Repeating History: Rights and Security in the War on Terror. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ELSEA, Jennifer K.; GARCIA, Michael John. *Enemy Combatant Detainees: Habeas Corpus Challenges in Federal Court*. Congressional Research Service, 2010. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33180.pdf>>. Acesso em: 05 agos. 2010.

GREENBERG, Karen J. Caught in the War on Terror: Redefining Prisoners in the Post-9/11 Era. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. ix-xii.

HAN, Lori Cox. Introducing: Studying the Presidency. In: HAN, Lori Cox (Org). *New Directions in the American Presidency*. New York: Taylor & Francis, 2011. p. 1-11.

JINKS, Derek e SLOSS, David. *Is the President Bound by the Geneva Conventions?* *Cornell L. Rev.* v. 97, n. 395, p. 171-72, 2004.

KAMENS, Jeremy C. Hamdi v. Rumsfeld. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KU, Julian G. *Is There an Exclusive Commander-in-Chief Power?* *The Yale Law Journal Pocket Part*, v.115, n. 84, p. 84-87, 2006.

LOBEL, Jules. Conflicts Between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War. *Ohio State Law Journal*, v. 69, p. p. 391-467, 2008.

LONDRAS, Fiona de. *Na Sombra do Caso Hamdan v. Rumsfeld: O Direito dos Prisioneiros da Baía de Guantánamo ao Habeas Corpus*. *Panóptica*, v. 2, n. 13, p. 241-258, 2009.

MARGULIES, Joseph. *Rasul v. Bush*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3-7.

MARGULIES, Joseph. *Speak, Obama*. *The New Republic*, 05/05/2011

McMILLAN, Joseph M. *Hamdan v. Rumsfeld*. In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 393-397.

OBAMA, Barack. *Statement by the President on H.R. 1540, the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*. Washington, White House, 31 de dezembro de 2011. Disponível em < <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/12/31/statement-president-hr-1540>>.

ROSSITER, Clinton Lawrence. *The Supreme Court and the Commander in Chief*. Reino Unido: Cornell University Press, 1976.

SIDAK, J. Gregory, *The Quasi War Cases—And Their Relevance to Whether Letters of Marque and Reprisal Constrain Presidential War Powers*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 28, n. 2, p. 465-500, 2005.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptation of 9/11*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 5, p. 1-75, 2004.

VLADECK, Stephen I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan*. American University, WCL Research Paper No. 08-03, 2007.

WINDLE, Bub. *Resolving Legal Issues in the War on Terror: Habeas Corpus, the Supreme Court, and Combatant Status Review Tribunals*. University of Nebraska Lincoln, 2008.

WUERTH, Ingrid Brunk. *International Law and Constitutional Interpretation: The Commander in Chief Clause Reconsidered*. Michigan Law Review, v. 106, n. 1, p. 61-100, outubro, 2007.

YOO, John. *War and the Constitutional Text*. The University of Chicago Law Review, v. 69, n. 4, p. 1639-1684, 2002.

DECISÕES JUDICIAIS

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Little v. Barreme*, 6 U.S. 170 (1804). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/71/2/case.html>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=6&invol=170>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Brown v. United States*, 113 U.S. 568 (1885). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=256&invol=335>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=256&invol=335>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 178/389.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 7/174.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). In: GREENBERG, Karen J.; DRATEL, Joshua L, (Orgs). *Enemy*

Combatant Papers: American Justice, the Courts, and the War on Terror. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 397/658.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008). Peças de defesa e do governo norte-americano. Disponível em <<http://www.mayerbrown.com/probono/news/article.asp?id=3706&nid=291>>. Acórdão disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=06-1195>>; acesso em 10 set. 2010.

LEGISLAÇÃO

ESTADOS UNIDOS. *Public Law 107-40* (Authorization for Use of Military Force), de 18 de setembro de 2001. Joint resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States.

ESTADOS UNIDOS. *Public Law 109-366* (Military Commissions Act), de 17 de outubro de 2006. Authorize trial by military commission for violations of the law of war, and for other purposes.

ESTADOS UNIDOS. *Public Law 112-81* (National Defense Authorization Act (NDAA) for Fiscal Year 2012), de 31 de dezembro de 2011. Authorize appropriations for fiscal year 2012 for military activities of the Department of Defense, for military construction, and for defense activities of the Department of Energy, to prescribe military personnel strengths for such fiscal year, and for other purposes.

AJUSTE VERTICAL DE PREÇO MÍNIMO: UMA ANÁLISE DO CASO *LEGGIN*, JULGADO PELA SUPREMA CORTE NORTE AMERICANA

VERTICAL PRICE FIXING: THE LEGGIN CASE, JUDGED BY THE UNITED STATES SUPREME COURT

Andrea Vergara da Silva
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução ; 1 Regra da Razão; 2 Regra per se; 3 Caso Leggin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc. (2007); 4 Diretrizes gerais adotadas pela Suprema Corte Norte Americana no julgamento do caso; 5 Possíveis efeitos positivos sobre a concorrência; 6 Possíveis efeitos negativos sobre a concorrência; 7 Conclusão pelo uso da regra da razão; 8 Cautelas recomendadas; 9 Conclusão; Referências.

RESUMO: O direito da concorrência possui, nos Estados Unidos da América e no Brasil, pontos e conceitos convergentes, de forma que é útil analisar a jurisprudência daquele país e sua evolução. Tal assertiva vale para as conhecidas regras da razão e *per se*. A primeira, desenvolvida primordialmente em razão da generalidade das disposições do *Sherman Act*, é hoje usualmente adotada no Brasil na análise das possíveis infrações da ordem econômica. A segunda, regra *per se*, teve sua aplicação consolidada em julgamentos da Suprema Corte Norte Americana, sob o fundamento de que determinados ajustes seriam sempre prejudiciais à concorrência e aos consumidores, não existindo justificativas plausíveis para tais condutas. Tal regra, todavia, vem sendo aplicada de forma cada vez mais cautelosa, sendo destinada especificamente para as condutas em relação às quais as Cortes já possuem conhecimento suficiente para asseverar que são manifestamente anticompetitivas em quaisquer circunstâncias. Foi essa a conclusão a que chegou a Suprema Corte Norte Americana no caso *Caso Leggin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc.*, em que superou a jurisprudência até então consolidada a respeito da matéria, para afastar a aplicação da regra *per se* ao ajuste vertical de preços e asseverar que essa conduta deve ser analisada pela regra da razão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Antitruste. Ajuste vertical de preços. Ilícito *per se*. Regra da Razão. Jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana.

ABSTRACT: We understand that it is useful to analyze the US jurisprudence in antitrust law and its evolution in time, because, in that field, Brazilian and United States have many concepts in common, for instance: “rule of reason” and “per se rule”. The first rule, developed primarily due to the generality of the Sherman Act dispositions, is now usually adopted in Brazil in the analysis of the antitrust infractions. The second rule, *per se*, was consolidated in judgments of the US Supreme Court, under the ground that certain adjustments would be always harmful to competition and consumers. This rule, however, has been restricted specifically to the conducts in respect of which the courts already have enough knowledge to be sure that they are manifestly anti-competitive under any circumstances. That was the conclusion reached by the U. S. Supreme Court in the case *Leggin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, in which they overruled a long-standing precedent and decided that the vertical price restraints should be examined by the rule of reason.

KEYWORDS: Antitrust Law. Vertical price restraints. “Per se” rule. Rule of reason. U. S. Supreme Court Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A defesa da ordem econômica e da livre concorrência constitui-se, mesmo antes de 1988, em objeto de proteção constitucional. O art. 148 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, por exemplo, já estipulava o seguinte:

A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da livre concorrência vem previsto no inciso IV do art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

Mais adiante, o §4º do art. 173 dispõe que *“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”*.

É nesse contexto que se inserem a Lei n. 4.137/1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Lei n. 8.884/1994, que transformou o CADE em uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, e a Lei n. 12.529/11, que revogou grande parte da Lei 8.884/94 (artigos 1º a 85 e 88 a 93), dando nova estrutura ao CADE.

De acordo com a estrutura adotada em nosso ordenamento jurídico, compete ao CADE orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos.

Mais precisamente, a Lei 12.529/2011 estipula que o CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, possuindo em sua estrutura o Tribunal Administrativo de Defesa

Econômica, a quem compete, entre outras atribuições, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei (art. 9º, II, Lei 12.529/2011).

Essa característica distingue o sistema brasileiro daquele adotado nos Estados Unidos da América, onde inexistia um órgão administrativo específico com competência judicante em matéria de direito da concorrência. Naquele país, os casos de direito da concorrência são diretamente levados ao Poder Judiciário, ou seja, a cortes sem especialização na matéria.

1 REGRA DA RAZÃO

Apesar da diferença de estrutura, pode-se dizer que o direito da concorrência possui, nos Estados Unidos da América e no Brasil, pontos e conceitos convergentes, de forma que é útil analisar a jurisprudência daquele país e sua evolução, até porque muitos dos conceitos e das regras aqui adotadas têm inspiração no sistema norte-americano, em especial no *Sherman Act*, de 1890, e no *Clayton Act*, de 1914:

Sherman Act § 1 - Todo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras é declarada ilegal.

Sherman Act § 2 - Toda a pessoa que monopolize ou tente monopolizar qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras será considerada culpada.

Clayton Act § 7 - Nenhuma pessoa envolvida no comércio ou em qualquer atividade que afeta o comércio deve adquirir, direta ou indiretamente, a totalidade ou parte das ações ou capital social [...] de outra pessoa também envolvida no comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio, se [...] o efeito de tal aquisição puder ser a diminuição substancial da concorrência ou tendência de criar um monopólio.

O §1 do *Sherman Act* tem aplicabilidade na análise de acordos. O § 2, por sua vez, é usado no âmbito das condutas unilaterais e o § 7 do *Clayton Act* se aplica a atos de concentração. Todavia, como é possível verificar da simples leitura das regras acima, elas são vagas.

Como adverte Maciel¹, a amplitude das restrições constantes do *Sherman Act*, que torna ilegais todos os acordos restritivos da concorrência, fez com que a sua aplicação fosse flexibilizada pelas Cortes Americanas, com o desenvolvimento do chamado princípio da regra da razão.

Ao explicar a chamada regra da razão, Flores² assevera que ela consiste em uma abordagem que procura investigar os fatos peculiares das práticas contestadas, a razão pela qual foram implementadas, suas implicações competitivas e seu impacto sobre os consumidores. Explica ainda o autor que essa forma de análise leva em conta os efeitos líquidos das práticas consideradas restritivas em termos de bem-estar econômico e social, procurando avaliar, desse modo, os efeitos da conduta investigada sobre a coletividade.

A regra da razão é adotada no ordenamento brasileiro, em que a legislação prevê, exemplificativamente, um rol de condutas (art. 21 da Lei 8.884/94 e, agora, §3º do art. 36 da Lei 12.529/94) que podem ser ilícitas, acaso presentes determinados resultados prejudiciais à concorrência (art. 20 da Lei 8.884/94 e, agora, art. 36, incisos I a IV, da Lei 12.529/94).

Constam do §3º do art. 36 da Lei 12.529/94 as seguintes condutas:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

1 MACIEL, Marcela Albuquerque. Direito da concorrência: uma análise das condutas abusivas horizontais e do termo de compromisso de cessação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2840, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18870>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

2 FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil*. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2006. 122 p. (Dissertação, mestrado em Economia).

- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou

dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Ocorre que, para se concluir que houve a infração, não basta a verificação da prática de uma das condutas indicadas no rol exemplificativo acima, é necessário que reste identificado um dos efeitos indicados no *caput* e incisos I a IV do art. 36 da Lei 12.529/2011:

Art.36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Ou seja, não basta que se detecte, por exemplo, um ajuste de preços; é necessário, ainda, perquirir a respeito da intencionalidade de efeitos nocivos e da consequência do ato para que possa ser ele considerado uma infração. Assim, no Brasil, a regra da razão é que pauta a verificação de atos que constituem infrações no âmbito do direito da concorrência.

2 REGRA *PER SE*

Como exposto acima, prevalece, no Brasil, o uso da regra da razão, desenvolvida em razão da amplitude dos termos do *Sherman Act*. Todavia, necessário que se esclareça que essa não é a única forma existente para a identificação de condutas anticoncorrenciais.

A par da regra da razão, a Suprema Corte Norte Americana adota, também, a ideia do ilícito *per se*, sob o fundamento de que determinados ajustes seriam sempre prejudiciais à concorrência e aos consumidores, não existindo forma de justificativa de tais condutas.

Em tais casos, bastaria a verificação da prática de determinado ato para que restasse configurada a infração no âmbito do direito da concorrência, sendo desnecessário perquirir a respeito da existência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anticoncorrenciais.

Como esclarece Flores³, na regra *per se*, somente é necessário provar que certa conduta ocorreu e que ela pertence a uma classe de práticas anticompetitivas para caracterizar sua ilegalidade, de forma que nenhuma investigação detalhada acerca da racionalidade da conduta econômica e suas consequências é necessária.

No Brasil, conforme já exposto, o padrão é o uso da regra da razão. Contudo, pode-se considerar o cartel clássico como exceção a tal regra.

Como explicam Abreu e Honda⁴, foi essa a posição adotada pelo CADE no caso do “Cartel das Britas” (2005), em que constou do Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado:

Observe-se que o Cartel Clássico é uma das exceções no direito antitruste brasileiro em que pode ser caracterizado como ilícito *per*

³ FLORES, op. cit.

⁴ ABREU, Fabíola Carolina Lisboa Cammarota de; HONDA, Joyce. *Panorama da Atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na Repressão de Condutas Anticompetitivas: Uma Breve Análise dos Principais Precedentes do CADE*. Disponível em: <http://www.britcham.com.br/email/resenha_legal_0209.htm>. Acesso em: 1 mar. 2012.

se, ou seja, é suficiente provar sua existência para determinar sua ilicitude. Esta é uma afirmação sujeita à controvérsia (...).

Flores⁵, discorrendo a respeito da origem da regra *per se*, explica que ela foi inicialmente articulada na decisão do caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, de 1897, que envolvia linhas ferroviárias e teria sido o primeiro caso de fixação de preço apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Consoante explica o autor, a Suprema Corte Norte Americana reverteu a decisão proferida pelas instâncias ordinárias, que haviam acatado as teses de defesa no sentido de que as empresas seriam isentas das proibições do *Sherman Act*, em virtude do *status* de transportadores, concedido pelo *Interstate Commerce Act* de 1887 (anterior ao *Sherman Act*), e de que os preços que elas fixaram por acordo seriam em qualquer circunstância legais, pois eram preços razoáveis.

Mas foi justamente a dificuldade de determinar o que seria razoável do ponto de vista econômico, por parte das Cortes, um dos fatores que estimulou a proibição de todos os acordos em restrição à competição e não somente os considerados irracionais, resultando, assim, na regra *per se*.

Após, em 1911, em *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*, a Suprema Corte reconheceu que um ajuste de preço mínimo de revenda feito entre o produtor e o distribuidor consistia em uma infração *per se*. Esse tipo de ajuste de preços é tido como uma prática restritiva vertical, porque acontece na relação entre diferentes agentes da cadeia produtiva (compradores e vendedores) e não contra ou entre concorrentes, caso do cartel (prática restritiva horizontal).

Possas, Fagundes e Pondé⁶ salientam que as principais preocupações dos órgãos de defesa da concorrência nos casos de restrições verticais estão relacionadas aos potenciais efeitos anticompetitivos de caráter horizontal, sobretudo no que diz respeito:

- (i) à criação de barreiras à entrada nos mercados de comercialização do produto; e (ii) à coordenação das ações dos distribuidores no sentido de diminuir a rivalidade e competição entre estes.

⁵ FLORES, op. cit.

⁶ POSSAS, M., FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. Defesa da Concorrência e Regulação. *Revista de Direito Econômico*, janeiro/julho, número 27, 1998

No caso do Brasil, a verificação das restrições verticais também é feita de acordo com a regra da razão, não havendo que se falar em infração *per se*. A respeito dessa questão, extrai-se, ilustrativamente, do Guia Prático do CADE⁷:

10. É lícita a situação em que um produtor resolve só vender determinado produto ao comerciante se este revendê-lo ao preço fixado pelo produtor?

Trata-se de prática de recusa de venda em caso de não-adesão aos preços de revenda fixados pelo produtor. Embora envolva claro constrangimento sobre o revendedor, *no Brasil a prática não é considerada um ilícito per se, devendo ser avaliada caso a caso, de acordo com os efeitos potenciais que tal prática pode acarretar*, sempre observando os efeitos previstos no artigo 20 da Lei de Defesa da Concorrência. Não basta constatar a prática, mas também determinar suas conseqüências, o que depende do poder de mercado do agente econômico no mercado em análise. (grifo nosso)

Todavia, nos Estados Unidos, a restrição vertical de ajuste de preços mínimo de revenda – tipicamente uma infração *per se* – foi objeto de nova apreciação por parte da Suprema Corte, em 2007. Cuida-se do caso *Leggin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc., dba Kay's Kloset... Kay's Shoes*, objeto central deste artigo, que pretende trazer uma leitura detalhada do voto proferido pela Suprema Corte, de forma a permitir a compreensão do caso em que foi proferido e, principalmente, das razões que levaram à superação do precedente que havia sido firmado no caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*

3 CASO LEGGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC. V PSKS, INC. (2007)

Consta da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos⁸ que a empresa *Leggin Creative Leather Products, Inc.* desenhava, fabricava e distribuía produtos de couro e acessórios. Em 1991, a empresa começou a vender uma série produtos e acessórios femininos de couro sob a marca Brighton, que era vendida por todo os Estados Unidos da América, em mais de 5.000 estabelecimentos comerciais.

7 CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo : CIEE, 2007.

8 *Antitrust: Contemporary US Supreme Court Decisions*. Landmark. Abril, 2011.

Narra a decisão que a empresa passou a entender que, ao menos em relação aos seus produtos, vendedores menores atendiam de forma melhor aos consumidores, oferecendo mais serviços e fazendo, assim, com que a experiência de compra fosse mais satisfatória do que em grandes lojas, que são, em geral, impessoais.

Foi nesse contexto que a *PSKS, Inc.*, que operava a loja *Kay's Kloset*, no Texas, defendeu no judiciário norte americano que, em 1995, começou a vender os produtos da marca Brighton, a partir de quando passou a promover a marca, com campanhas e propagandas específicas, de forma que ela passou a ser a marca mais importante da loja, sendo responsável por algo em torno de 40 a 50% dos lucros daquele estabelecimento comercial.

Em 1997, todavia, a *Leegin* instituiu uma política de preços e promoção para a venda da marca Brighton, segundo a qual ela se recusava a vender para lojas que colocassem os preços dos produtos Brighton em patamares inferiores ao sugerido.

A empresa enviou uma carta às lojas revendedoras explicando que não tinha mais interesse em ver seus produtos vendidos em grandes lojas de departamentos. Expôs, ainda, que acreditava que a política de descontos nos preços poderia prejudicar a imagem da empresa.

Um ano após instituir essa política de preços, a *Leegin* criou o Programa da Loja do Coração, que oferecia incentivo aos revendedores para se tornarem uma Loja do Coração e, em contrapartida, a loja deveria vender os produtos da marca pelo preço sugerido pela fábrica. A loja *Kay's Kloset* tornou-se, desde logo, uma Loja do Coração, o que durou até 1998, quando, em visita à loja, os representantes da fábrica acharam que ela não era suficientemente atraente para permanecer no referido programa.

Apesar de não ser mais uma Loja do Coração, a *Kay's Kloset* continuou a vender os produtos Brighton. Entretanto, em 2002, a *Leegin* descobriu que a *Kay's Kloset* estava vendendo todos os produtos da marca Brighton com 20% de desconto. A fábrica pediu que a loja parasse com o desconto, mas, como isso não ocorreu, ela parou de vender seus produtos para aquela loja, que, sem a marca Brighton, teve uma perda significativa em sua arrecadação.

Esses foram os fatos levados ao Judiciário Norte-Americano, quando a *PSKS* processou a *Leegin*, sob a alegação, entre outras, de que o fabricante tinha violado a legislação antitruste porque tinha entrado em acordo com os revendedores para que cobrassem apenas os preços mínimos por ela fixados.

Nesse caso, o fabricante da marca Brighton tinha, como estratégia de defesa, o objetivo de levar especialistas que testemunhassem que a

sua política de preços poderia ter efeitos positivos sobre a concorrência. Todavia, as instâncias ordinárias negaram o pedido de oitiva de tais testemunhas, levando em consideração o decidido no caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*, no sentido de que se aplicava aos ajuste de preço mínimo a regra *per se*. Ou seja, o ajuste de preços noticiado seria um ilícito *per se*, de forma a inexistir espaço para a tentativa de justificar a conduta ou demonstrar que ela poderia ter efeitos positivos para os consumidores.

O fabricante alegou, ainda, que não se tratava de um acordo de ajuste de preços, mas sim de conduta unilateral, motivo pelo qual não se aplicaria o § 1º do *Sherman Act*. Todavia, o júri acolheu as alegações da *PSKS* e a *Leggin* restou vencida.

Em sede de apelação, a *Leggin* não procurou afastar a alegação de ajuste vertical de preços com as lojas revendedoras, mas sim buscou demonstrar que a regra da razão deveria ter sido aplicada no julgamento do caso, e não a regra *per se*.

A Corte de Apelação, todavia, rejeitou os argumentos apresentados pela *Leegin*, mantendo o entendimento de que a Suprema Corte Norte Americana aplicava a regra *per se* aos ajustes verticais de preço mínimo, com suporte no precedente *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*

Entendeu-se, assim, que a decisão de primeiro grau estava correta, uma vez que, sendo aplicável a regra *per se*, efetivamente não havia espaço para a testemunha pretendida pela *Leegin* ou quaisquer outras manifestações no sentido de se demonstrar que havia justificativas para a política de preços praticada.

Ainda tentando reverter o julgamento, a *Leegin* recorreu à Suprema Corte Norte Americana, que admitiu o recurso, a fim de apreciar se o ajuste vertical de preço mínimo de revenda deveria continuar ou não a ser tratado como uma infração *per se*.

4 DIRETRIZES GERAIS ADOTADAS PELA SUPREMA CORTE NORTE AMERICANA NO JULGAMENTO DO CASO

Ao julgar o caso acima, ponderou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, inicialmente, que a aplicação do § 1º do *Sherman Act* não era feita de forma literal. Ao contrário, entendia a Suprema Corte que constituiriam infrações apenas os atos e restrições que não fossem razoáveis, sendo aplicável, assim, a regra da razão, que serviria para distinguir os atos com efeitos anticompetitivos nocivos para o mercado

consumidor daqueles que estimulariam a competição e que, assim, beneficiariam os consumidores.

Todavia, reconheceu-se que a regra da razão não se aplica a todos os atos, porque alguns deles seriam infrações *per se* e, portanto, necessariamente ilegais. Como infrações *per se*, a Suprema Corte citou, no julgado em questão, acordos horizontais entre concorrentes para fixar preços ou dividir mercados.

Advertiu a Suprema Corte, na ocasião, que a regra *per se* deve ser restrita aos atos que sempre ou quase sempre tendem a restringir a competição e que têm, portanto, efeitos manifestamente anticompetitivos. Assim, entendeu-se que somente seria apropriada a aplicação da regra *per se* depois de adquirida considerável experiência, por parte das Cortes, com o ato objeto de análise, de forma a ser possível prever, com segurança, que ele seria considerado uma infração, em quase todas as circunstâncias, se aplicada a regra da razão.

Assim, a decisão da Suprema Corte no caso *Leggin v. PSKS*, ora em análise, invocou o caso *White Motors Co. v. United States* (1963), em que a aplicação da regra *per se* foi repelida em um acordo vertical, embora não tratasse de ajuste de preços, o mesmo que aconteceu no caso *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.* (1977).

Foram invocados, ainda, outros dois casos da década de 1980 – *Monsanto* e *Business Electronics* – em que a Corte definiu regras para limitar o alcance do caso *Dr. Miles* e acomodar a doutrina trazida nos casos *GTE Sylvania* e *Colgate*, que estabeleceu o direito de negativa de contratar com revendedores que não seguissem os preços sugeridos (*United States v. Colgate & Co.*, 1919).

No caso *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, de 1988, o escopo do caso *Dr. Miles* foi reduzido pois a Corte sustentou que a regra *per se* somente deveria ser aplicada em acordos específicos sobre patamares de preços.

Outro relevante precedente invocado no julgamento objeto deste estudo foi o caso *Khan* (*State Oil Co. v. Khan*, 1997), ocasião em que ficou clara a relutância na aplicação da regra *per se* quando “o impacto econômico de certas práticas não fosse imediatamente óbvio”.

A respeito do caso *Khan*, o voto proferido pelo Conselheiro do CADE, César Costa Alves de Mattos⁹, no processo 08012.009922/2006-59, esclarece que foi nessa ocasião em que se afastou, para a fixação de preços máximos, o caráter de infração *per se*, atribuído à fixação de

9 CADE, *Processo Administrativo n. 08012.009922/2006-59*. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 23/06/2010.

preços mínimos nos casos de imposição de preços pelo produtor ao revendedor (RPM - *resale price maintenance*).

Foi à luz desses casos mais recentes que se passou a uma nova análise do caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*, que havia servido de suporte para as decisões das instâncias ordinárias neste caso submetido à Suprema Corte.

No caso *Dr. Miles* entendeu-se que o controle do preço de revenda pelo produtor era ilegal porque beneficiaria os revendedores, e não o produtor, sendo análogo, portanto, a um ajuste horizontal de preços, feito entre os distribuidores concorrentes, que a lei tratava como nulo. A solução adotada teve também como fundamento a regra de *common law* segundo a qual “uma restrição genérica sobre a alienação é ordinariamente inválida”.

Ponderou-se, no julgamento ora em análise, que a solução dada ao caso *Dr. Miles*, baseada na aplicação da regra de *common law* em detrimento da demonstração dos efeitos econômicos, estava sendo superada pela própria Suprema Corte, que passou a entender que o caso *Dr. Miles*, ao simplesmente aplicar regra que remontava a 1628, falhou ao não discutir os motivos que teriam levado o produtor, em 1911, a fazer uso de restrições verticais de preço. Entendeu-se que as regras não poderiam ser diretamente aplicadas no direito antitruste sem que se levasse em consideração o contexto atual da economia norte americana.

Outro ponto central da solução dada ao caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*, que foi o tratamento do acordo vertical de preços tal qual acordo horizontal, entre concorrentes, também passou a ser questionado pela Suprema Corte.

Assim, entendeu a Suprema Corte que as razões trazidas no caso *Dr. Miles* não justificariam, de plano, a aplicação da regra *per se*, sendo necessário, como consequência, examinar, em primeiro lugar, os efeitos econômicos dos acordos verticais de preço mínimo de revenda e, aí sim, determinar se a regra *per se* era apropriada.

5 POSSÍVEIS EFEITOS POSITIVOS SOBRE A CONCORRÊNCIA

Salientou-se no julgado ora em exame que, na literatura especializada em economia, é possível encontrar justificativas para o controle do preço de revenda por parte do produtor, em razão de possíveis efeitos pró-competitivos. Destacou-se que os poucos estudos recentes que documentam o efeito positivo do controle de preços de revenda desafiam a conclusão de que a prática se enquadra na regra *per se*.

Nesse sentido, ponderou-se que um preço mínimo de revenda poderia estimular a competição entre marcas, ao tempo em que reduz a competição entre vendedores da mesma marca e encoraja serviços de venda que não seriam normalmente oferecidos, porque é normalmente difícil para um produtor impor um contrato com um vendedor que especifique todos diferentes serviços que ele deve oferecer.

Esse seria um efeito relevante da restrição, uma vez que a competição entre marcas consiste em um dos principais propósitos da legislação antitruste.

Apontou-se, ainda, como efeito potencial da restrição vertical de preços de revenda o aumento das opções dadas aos consumidores, que poderiam escolher entre marcas de preços baixos e serviço inferior ou preços altos e serviço superior, ou, ainda, marcas intermediárias.

Ponderou-se que um revendedor que investe em mostruários, oferece demonstrações ou possui empregados bem treinados permite que os consumidores conheçam as vantagens de determinada marca. Ou, ainda, que os consumidores podem optar por comprar determinada marca simplesmente porque a veem em uma loja conhecida por vender produtos de alta qualidade. Por outro lado, se o consumidor pode comprar o mesmo produto de um vendedor que dá descontos, porque não investe em serviços ou para ter uma reputação de qualidade, o primeiro vendedor, que agrega mais serviços, vai perder a venda para esse que dá descontos, sendo forçado, portanto, a cortar os seus serviços, nivelando-os a patamares inferiores.

A fixação de preço mínimo de revenda seria uma forma de aliviar esse problema, pois evitaria que fossem feitos descontos à custa do corte de serviços. Com a diminuição da competição por preços, permite-se que os vendedores entrem em competição por meio dos serviços agregados às vendas.

Outro efeito pró-competitivo apontado para a fixação vertical de preços de revenda é que ela facilitaria a entrada de novas empresas e marcas no mercado, porque permitiria que os revendedores fizessem o investimento de capital e trabalho que é necessário para a distribuição de produtos que ainda não são conhecidos no mercado.

Considerando que novos produtos e novas marcas são essenciais para uma economia dinâmica, tem-se que, se a fixação de preços de revenda pode permitir a entrada de novos agentes no mercado, então ela possui efeitos pró-competitivos.

A Suprema Corte levou em consideração também o fato de que os fabricantes não teriam interesse algum em aumentar os lucros dos revendedores injustificadamente e que a diferença de preço do fabricante

e do revendedor nada mais seria do que um custo de distribuição, o qual o fabricante teria interesse em reduzir, assim como os demais custos.

Até mesmo o aumento dos preços, ainda que detectado, não poderia significar, por si só, que a conduta era anticompetitiva, uma vez que existem várias práticas por parte dos produtores que levam ao aumento de preços, como o uso de matéria prima de melhor qualidade ou a contratação de empresa de publicidade, mas que não são consideradas violadoras do *Shermann Act*. Tais práticas, em verdade, são adotadas pelos produtores porque acreditam que elas levarão a uma crescente demanda de seus produtos, a despeito do aumento dos preços. Essa mesma assertiva poderia ser utilizada para a fixação de preços de revenda.

6 POSSÍVEIS EFEITOS NEGATIVOS SOBRE A CONCORRÊNCIA

A Suprema Corte, todavia, não deixou de considerar que, a par de potenciais efeitos pró-competitivos, é real a possibilidade de que o ajuste vertical de preços resulte em efeitos anticompetitivos, uma vez que seria uma tentação constante o uso ilegal do ajuste de preços com o único objetivo de obter lucros de monopólios.

Consignou-se, assim, que a fixação de preços de revenda pode, por exemplo, facilitar carteis de produtores, ao ajudar a identificar os produtores que reduziram os preços a fim de se beneficiar com a oferta de preços inferiores.

A prática pode desencorajar, ainda, a redução do preço cobrado pelo produtor ao vendedor com o benefício concomitante de oferecer preços mais baratos aos consumidores.

Outro ponto que deve ser considerado é que o ajuste vertical de preços pode ser usado para a formação de cartéis de vendedores. Nesse caso, a prática não tem como objetivo estimular a melhora dos serviços de venda ou promover a marca, mas tão somente dar altos lucros, ainda que para vendedores ineficientes. Consta da decisão proferida pela Suprema Corte no caso em análise que, analisando-se exemplos históricos, verifica-se que a preocupação com essa possibilidade é legítima.

Destacou-se, ainda, que a fixação de preço de revenda pode ser objeto de abuso por parte de produtores ou revendedores poderosos. Um produtor com poder de mercado pode, por exemplo, usar a estratégia para incentivar os revendedores a não venderem produtos de concorrentes pequenos ou que estejam querendo entrar no mercado.

Assim, concluiu a Suprema Corte que os potenciais efeitos anticompetitivos da fixação de preços de revenda não podem ser ignorados ou mesmo subestimados.

7 CONCLUSÃO PELO USO DA REGRA DA RAZÃO

Tendo sido feitas as ponderações acima apontadas, concluiu a Suprema Corte Norte Americana que, em que pesem os riscos de uso ilegal da prática, não seria possível afirmar, com certeza, que a fixação de preços de revenda sempre, ou quase sempre, tenderia a restringir a competição.

Acordos verticais de fixação de preços de revenda poderiam ter efeitos tanto positivos quanto negativos sobre a concorrência, dependendo das circunstâncias em que ocorrem.

Asseverou-se que, ainda que se considerasse, em um primeiro momento, que a adoção da ideia de infração *per se* como regra poderia diminuir os custos administrativos do sistema antitruste, essa assertiva seria apenas uma parte da equação. Isso porque o uso de tal regra poderia ser também contraproducente por proibir condutas pró-competitivas que o direito antitruste deveria incentivar, ao importar, ao final, em aumento do custo total do sistema antitruste.

Outro ponto invocado pela Suprema Corte para repelir a adoção da regra *per se* como padrão foi o fato de que isso poderia resultar em aumentos de custos em razão de eventual aumento de processos contra práticas legitimadas.

Assim, a Corte concluiu que as vantagens administrativas não seriam suficientes, por si sós, a justificar a regra *per se*, que deveria se restringir às condutas que são manifestamente anticompetitivas.

Ponderou-se, ainda, que os limites da doutrina da infração *per se* não poderia ser tido como imutável.

Levou-se em consideração também o fato de que as restrições verticais que não incidem sobre preços podem ter os mesmo efeitos negativos aventados para o ajuste de preços e, mesmo assim, em relação a elas, já se superou a aplicação da regra *per se*. Ademais, essas outras restrições, a depender do caso, poderiam ser menos eficientes para determinados fabricantes na busca por resultados pró-competitivos do que o próprio ajuste vertical de preços, mas acabariam sendo escolhidas por eles a fim de evitar a aplicação da regra *per se*, situação que, ao final, implicaria prejuízo para o consumidor.

Como as restrições verticais não incidentes sobre preços podem ter resultados menos eficientes na indução de determinados serviços, enquanto possuem os mesmos efeitos de redução da concorrência no âmbito de uma mesma marca, é possível concluir que não há, do ponto de vista econômico, justificativa para o tratamento diferenciado de ambos os tipos de restrições, uma a demandar a aplicação da regra *per se* enquanto a outra a regra da razão.

Em conclusão, a decisão proferida pela Suprema Corte, no caso ora em estudo, foi no sentido de reformar a decisão da Corte de Apelação, sob o entendimento de que o caso *Dr. Miles* deveria ser superado e que a regra *per se* não se aplicaria mais às restrições verticais de preços.

8 CAUTELAS RECOMENDADAS

Em que pese todo o exposto, a Suprema Corte não deixou de fazer um alerta, no sentido de que o ajuste vertical de preço mínimo é perigoso e que, ao se aplicar a regra da razão, as Cortes terão que ser muito diligentes para eliminar o seu uso anticompetitivo do mercado.

Nesse contexto, salientou-se que há alguns fatores relevantes que devem ser objeto de exame, como, por exemplo: 1) se os agentes envolvidos possuem poder de mercado; 2) o número de produtores que estão fazendo uso da prática em determinado setor da indústria, pois quanto mais disseminada a prática em determinado setor, maior será o risco de efeitos negativos para a concorrência; 3) a origem da prática restritiva, considerando-se que, se dos vendedores, há grandes chances de que ela esteja sendo adotada para facilitar um cartel dos vendedores ou dar suporte a um vendedor dominante e ineficiente.

9 CONCLUSÃO

A partir da análise do julgamento do caso *Leggin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc.*, verifica-se que a Suprema Corte Norte Americana - invocando outros casos em que, embora presentes restrições verticais impostas pelos produtores aos distribuidores, se afastou a regra da infração *per se*, e o fato de economistas terem concluído que as restrições verticais podem ter efeitos positivos sobre a concorrência - concluiu pela necessidade de superar o precedente criado com o caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co*, estabelecendo, assim, que restrições verticais de preço devem ser julgadas pela regra da razão.

Assim, um comparativo entre a jurisprudência tradicional da Suprema Corte Norte-Americana e a legislação brasileira demonstra que o mesmo ato era tratado de forma distinta em ambos os ordenamentos.

No caso dos Estados Unidos, até a decisão proferida pela Suprema corte Norte Americana no caso *Leggin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, Inc., dba Kay's Kloset... Kay's Shoes*, em junho de 2007, bastaria o ajuste de preços para que estivesse configurada a infração, por ser aplicável a regra *per se*.

No Brasil, embora a conduta estivesse presente no rol do art. 21 da Lei 8.884/94 (hoje §3º do art. 36 da Lei 12.529/11), a caracterização da infração não prescindiria de um dos efeitos indicados no art. 20 daquela lei (hoje *caput* e incisos I a IV do art. 36 da Lei 12.529/11).

Agora, pode-se dizer que não há espaço para tratamento dos ajustes verticais de preços como infração *per se*, seja no ordenamento brasileiro, seja no norte-americano, o que não significa dizer, contudo, que o ato não pode mais ser tido como uma infração, mas sim que, para concluir pela existência da infração, deve-se aplicar a regra da razão, examinando-se, por exemplo, o contexto em que o ato foi praticado, quais eram os objetivos visados e quais foram as consequências.

REFERÊNCIAS

ABREU, Fabíola Carolina Lisboa Cammarota; HONDA, Joyce. *Panorama da Atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na Repressão de Condutas Anticompetitivas: Uma Breve Análise dos Principais Precedentes do CADE*. Disponível em: <http://www.britcham.com.br/email/resenha_legal_0209.htm>. Acesso em: 1 mar. 2012.

Antitrust: Contemporary US Supreme Court Decisions. Landmark. April, 2011.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil*. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo : CIEE, 2007.

CADE, *Processo Administrativo n. 08012.009922/2006-59*. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 23/06/2010.

FLORES, Gustavo Abrahão. *Cartel: Teoria Econômica e a Prática Antitruste no Brasil*. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2006. 122 p. (Dissertação, mestrado em Economia).

MACIEL, Marcela Albuquerque. Direito da concorrência: uma análise das condutas abusivas horizontais e do termo de compromisso de cessação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2840, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18870>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

POSSAS, M., FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. Defesa da Concorrência e Regulação. *Revista de Direito Econômico*, janeiro/julho, número 27, 1998

O CONFLITO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA – SOLUÇÕES HERMENÊUTICAS DO CIVIL LAW E DO *COMMON LAW* E SUAS APLICAÇÕES NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*THE CONFLICT BETWEEN LEGAL CERTAINTY AND JUSTICE – LEGAL
HERMENEUTIC SOLUTIONS OF CIVIL LAW AND COMMON LAW
AND ITS APPLICATIONS IN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF
AMERICA*

Celine Ramos Coelho

*Procuradora Chefe da Divisão de Assuntos Judiciais da
Procuradoria da Fazenda em Minas Gerais*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho*

SUMÁRIO: Introdução; 1 o Direito como um Reflexo da Sociedade; 2 O Conflito Segurança X Direito no Sistema Civil *Law* e no Direito Brasileiro; 3 O Conflito Segurança X Direito no Sistema *Common Law* e no Direito Norte Americano; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar como os juristas brasileiros, bem como os norte americanos, tratam o problema da atualização do Direito em seus respectivos países. Para isso, serão apresentadas as noções estruturais dos referidos sistemas, sua contextualização histórica durante a implementação no Brasil e nos Estados Unidos da América. Além disso, será avaliada a evolução da ciência do Direito no sentido de solucionar o conflito entre segurança jurídica e justiça no âmbito destas duas nações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. *Civil Law. Common Law.* Segurança Jurídica. Justiça. Hermenêutica Jurídica.

ABSTRACT: This article discusses how lawyers Brazilians and Americans treat the problem of updating the law. We present structural concepts of such systems, the historical context of its implementation in Brazil and the United States of America and evaluated the development of legal science in order to solve the conflict between legal certainty and justice.

KEYWORDS: Comparative Law. *Civil Law. Common Law.* Legal Certainty. Justice. Legal Hermeneutic.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento de todos que a sociedade encontra-se em evolução cada vez mais rápida e que novas questões surgem a cada dia, sem que seja possível que o Direito se atualize dentro dos seus mecanismos normais. Não raro, o Poder Judiciário é conclamado a tomar posição diante de temas polêmicos, como no caso da união homoafetiva e do aborto de anencéfalos, só pra citar os de maior repercussão.

E esta não é uma especificidade da sociedade brasileira. Também nos Estados Unidos da América (EUA), cujo sistema jurídico segue a tradição da *common law*, as mesmas questões se apresentam. Lá, como no Brasil, o Estado não consegue responder satisfatoriamente aos anseios de normatização da sociedade, especialmente quando os envolvidos são minorias, que não conseguem se fazer representar efetivamente nos órgãos políticos.

Neste contexto e a partir de uma análise da história^{1 2} e da filosofia do Direito brasileiro^{3 4} e norte-americano⁵, pretende-se demonstrar como cada país, a despeito de suas tradições jurídicas diversas, tem buscado soluções para um problema que é comum a todas as sociedades contemporâneas: como garantir a justiça como um valor universal diante de tantas novidades, seja no campo social, seja na esfera econômica.

1 O DIREITO COMO UM REFLEXO DA SOCIEDADE

O direito vigente num determinado território nunca nasce isoladamente seja do legislador, seja dos seus operadores, mas sim é fruto de um conjunto de influências, que decorrem da história, dos usos e costumes que caracterizam o país. Camargo ressalta que a aplicação da lei atende, antes de tudo, o indivíduo e a sociedade a quem ela serve. Neste sentido:

O direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma

1 JÚNIOR, O. A. de Castro. *Introdução à História do Direito Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Ibradd, Cesus, 2001.

2 GODOY, A.S. de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

3 CAMARGO, M. M. Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4 BARBOSA, L. Teixeira; NETO, J. F. Siqueira. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na common law e na civil law. *Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 227-244, jul. dez. 2011, p. 231.

5 GODOY, op. cit.

situação histórica da qual fazem parte o sujeito (intérprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma).⁶

Garzanti Sistemi, em tradução livre de Cassone, lembra que:

As causas que produziram a diferença entre os vários sistemas referem-se às diversas relações – criadas na história passada e recente – entre poder político e judiciário, entre o poder político e a atividade legislativa, entre os órgãos judiciários e a escola; dependem, outrossim, dos créditos seguidos na formação do jurista e no recrutamento dos juízes.⁷

Portanto, um estudo comparativo passa, necessariamente, pela análise dos padrões relacionais entre política, poderes legislativo e judiciário e doutrina presentes nas sociedades norte americana e brasileira.

O *common law* é originário da Inglaterra e está presente em todos os países que fizeram parte do *commonwealth*. A despeito de cada uma das colônias ter se desenvolvido de forma peculiar após a independência, a influência inglesa não deixou de marcar a maneira de pensar dos seus juristas, mesmo porque a organização administrativa e judiciária, assim como as regras processuais, se mantiveram reguladas segundo o modelo inglês.

Trata-se de direito consuetudinário que tem como fonte não o comportamento popular, mas a atuação dos juízes na aplicação dos precedentes, que são decisões adotadas em situações análogas àquela que está sendo submetida à julgamento. O direito inglês, em sua origem, não continha regras de direito material, mas sim uma série de regras processuais, que traduziam técnicas de soluções de conflitos. A preocupação com a processualística era tão grande que consolidou-se um princípio segundo o qual *remedies precede rights*. Contudo, ao longo da história, os ingleses passaram a dar mais importância ao mérito das disputas e alguns regulamentos, o *statute law*, foram sendo criados e são hoje fonte secundária do Direito.

Os EUA não possuem um sistema puro de *common law* como o dos ingleses. A maior diferença entre os países é que os norte americanos possuem uma Constituição Federal que garante autonomia legislativa aos Estados Membros. A variação legislativa permite aos

6 CAMARGO, op. cit., p. 14.

7 CASSONE, Vittorio. *Interpretação constitucional da doutrina brasileira e comparada*. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Tributário, 2012. p. 96

cidadãos estadunidenses escolher entre as soberanias estaduais aquela que melhor se adequa aos seus interesses. De outro giro, possibilita a experimentação legislativa e regulatória, fazendo com que as boas experiências de um determinado Estado-Membro possam reproduzidas nos outros. Contudo, observa-se que, na prática, pouca ou nenhuma diferença significativa há entre os Estados-Membros, pois ao longo do tempo estas foram sendo diminuídas e o conceito de nação única foi sendo assimilado e adotado por todos os americanos indistintamente.

A opção pelo pacto federativo é explicada pela história dos EUA. Havia tantos direitos coloniais quanto colônias, cada uma com suas especificidades e influências. Neste contexto, a independência exigia ao mesmo tempo o fortalecimento da união das treze colônias que inicialmente formaram o país e um respeito à sua autonomia. Posteriormente, à medida que novos territórios foram sendo conquistados, a *common law* serviu como agente integrador e até mesmo imperialista, pois acabou suplantando os sistemas até então vigentes no interior e no Oeste, de tradição francesa e espanhola. Ainda hoje os Estados do oeste guardam alguns institutos de direito civil, como é o caso do casamento com comunhão de bens e apenas um Estado, o Lousiania, segue preceitos de *civil law*.

Observa-se na história norte americana o firme propósito de usar o direito como ferramenta para o desenvolvimento e crescimento do país. Desta forma, sempre houve preocupação em dotar o cidadão de todos os meios necessários para empreender, além da criação de uma infraestrutura de transporte que pudesse atender à dimensão territorial. A importância dada ao direito à propriedade privada e a criação de mecanismos para coibir a concorrência desleal são referências neste sentido.

A organização judiciária estadunidense dos dias de hoje é marcada pela separação entre a justiça federal e as estaduais. Na maioria dos casos há uma esquema piramidal formado pelas *trial courts* (primeira instância), as *Court of Appeals* e a Suprema Corte. A existência da possibilidade de acordos prévios faz com que boa parte dos litígios não seja submetida a julgamento. Outra instituição de relevância é o tribunal do juri, responsável pelo julgamento da matéria de fato em causas criminais de maior potencial ofensivo (*felonies*) e em causas cíveis que envolvam danos materiais (*money damages*), perda da propriedade (*recovery os property*) e danos gerais por culpa ou dolo (*torts*). Não se olvide, ainda, que a Suprema Corte norte americana possui competência discricionária, podendo eleger as questões em que irá se manifestar.

Os juízes são selecionados entre advogados, promotores, professores de direito e políticos. Eles são admitidos no Poder Judiciário em qualquer nível, independentemente do seguimento de regras de hierarquia. Não há sistema de promoções. A escolha pode ser realizada de três formas diferentes. No primeiro caso os juízes são indicados pelo Executivo, com posterior confirmação pelo Legislativo. No segundo, os juízes são escolhidos pelo Executivo a partir de lista elaborada por comissão independente. No terceiro e último há eleição popular. Os prazos de exercício da magistratura variam de um lugar para o outro, podendo ter prazo fixo e até mesmo ser vitalício. Em qualquer caso observa-se a prevalência de critérios políticos.

Ao comentar as principais características do modelo judiciário norte-americano, ressalta Godoy:

Os traços significativos são marcados com o jogo político que macula a composição das cortes, com a discricionariedade dos tribunais superiores, com a utilização do sistema legal para promoção do liberalismo econômico, com a inexistência de promoção nas carreiras da magistratura.⁸

Portanto, pode-se afirmar que o Judiciário norte americano tem por característica ser um poder político, profundamente influenciado pelas correntes democrata e republicana. A cada novo presidente, as escolhas por uma ou outra forma de pensamento refletem nas decisões, sejam de primeira ou de última instância.

A história brasileira, por sua vez, é marcada pela influência do direito continental europeu, conhecido como sistema *civil law*. Durante a colonização portuguesa houve um período em que Portugal estava sob controle espanhol e isso fez com que no Brasil se implantasse as Ordenações Filipinas, de origem espanhola, um conjunto de legislações baseadas no direito romano, canônico, costumeiro, mesclado com cartas municipais e estatutos portugueses, que foram importante influência no Direito Privado brasileiro até a edição do Código Civil de 1916.

Os portugueses não pretendiam realizar uma ocupação territorial, tão-somente explorar as riquezas que encontrassem no novo território. Assim sendo, não havia qualquer preocupação com o direito dos colonos, mas sim a expedição de regras que visavam assegurar o pagamento de impostos e tributos aduaneiros. Não houve, desta forma, a criação de um sistema que possibilitasse o desenvolvimento social e a consolidação da cidadania.

⁸ GODOY, op. cit., p. 12.

Desde o início o exercício da democracia verdadeiramente participativa foi inviabilizado, havendo grande centralização das decisões. O judiciário era um mero instrumento de controle estatal. Não raro, havia a elaboração de leis e decretos casuísticos, destinados a atender a um indivíduo ou situação particular. A questão da propriedade fundiária nunca foi satisfatoriamente regulamentada.

Os primeiros séculos de Estado independente no Brasil foram marcados por uma grande quantidade de golpes, que acabaram por dificultar a implementação da democracia. Contudo, a partir da Constituição de 1988, nota-se uma estabilização política, que tem sido importante para o desenvolvimento das instituições, dentre as quais o Poder Judiciário. Desde então, não há critérios políticos para a nomeação dos juízes de primeira instância. Qualquer cidadão com formação jurídica reconhecida pode se inscrever no concurso público para preenchimento do cargo de juiz, havendo algumas limitações quanto à idade de ingresso e comprovação de prática forense anterior. Há critérios claros de promoção para a segunda instância. As cortes superiores – Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal – são compostos por Ministros nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal. Portanto, o critério político está mais presente na composição das cortes superiores.

No que diz respeito à relação do Legislativo com o Judiciário, ao comparar os dois sistemas, ressalta Castro Júnior:

No sistema ‘civil law’, a fonte principal de direito é a norma, emanada pela Constituição, leis e regulamentos, de modo que, ao julgar um litígio, o juiz usa o método dedutivo, pois procura na lei e, complementarmente, nos princípios gerais e costumes uma solução para o caso, adequando o fato social à lei. Esse método é caracterizado pela asserção de axiomas, dos quais regras particulares são logicamente dedutíveis e, então, testadas pela experiência e observação, ao contrário do ‘common law’, em que o magistrado usa o método indutivo, derivando princípios gerais ou normas de direito de um precedente ou de uma série específica de decisões extraídas de uma norma específica, para aplicar ao caso sob litígio. Assim, neste sistema, o juiz tem uma relação muito próxima com a atividade judicial, ou seja, o poder está no próprio judiciário, enquanto no ‘civil law’ o magistrado subordina-se mais à atividade legislativa, por meio da aplicação da letra da lei.⁹ (grifos nossos)

9 JÚNIOR, O. A. de Castro. *Introdução à História do Direito Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Ibradd, Cesusce, 2001. p. 81.

Sendo assim, a divisão de poderes entre Legislativo e Judiciário é diametralmente oposta conforme se adote cada um dos sistemas analisados. No direito de tradição continental europeia houve uma profunda diferenciação entre a atividade legislativa, criadora do Direito, e a judiciária, mera aplicadora e no máximo interpretativa das normas. Já no direito anglo-saxão o juiz assume uma postura muito mais ativa, pois é ele quem cria a regra a partir dos precedentes, cabendo ao Legislativo tão somente um papel de complementar.

2 O CONFLITO SEGURANÇA X DIREITO NO SISTEMA CIVIL *LAW* E NO DIREITO BRASILEIRO

O sistema *civil law* se caracteriza pela preocupação com as regras substantivas. Neste contexto, a lei é fonte primária do Direito. O regramento jurídico é construído através da eleição daquelas normas consideradas mais justas e morais e que colaboram melhor para o funcionamento da sociedade. Como já dito, o método de solução dos litígios é o dedutivo, sendo necessária a aplicação de uma norma pré-existente que, neste contexto, deverá possuir caráter genérico e versar sempre acerca de uma conduta que deve ser atribuída a um indivíduo ou coletividade, ou seja, um dever-ser.

Ao discorrer sobre o caráter genérico da norma no sistema *civil law*, Barbosa; Siqueira Neto (2011) apontam:

Neste sentido, é importante evidenciar, o caráter genérico da regra jurídica do sistema romano-germânico necessita corresponder a um nível de generalidade considerado suficiente: *deve assumir um caráter suficientemente geral a contemplar uma certa categoria ou tipo de situações não sendo, por conseguinte, unicamente aplicável (norma concreta e específica), nem conter generalidade excessiva própria da aplicação desvinculada das categorias – como, no entender de muitos, assim são os princípios*. Da generalidade descrita na hipótese legal já a operação dedutiva como raciocínio lógico principal deste sistema, buscando-se, a partir da descrição da hipótese normativa de caráter genérico e abstrato – portanto, de uma previsão voltada a situações ulteriores –, entender a ocorrência ou não da subsunção do fato concreto e específico.¹⁰ (grifo nosso)

10 BARBOSA, L. Teixeira; NETO, J. F. Siqueira. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na *common law* e na *civil law*. *Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 227-244, julho-dezembro 2011, p. 231.

Portanto, o legislador deve cuidar para que a lei produzida possua condições de aplicação, emanando regras claras e de acordo com a generalidade almejada. Contudo, ainda assim, é impossível prever e estabelecer padrões que atendam a todas as especificidades. Desta forma, a jurisprudência e a doutrina surgem como fontes complementares. Entretanto, o pensamento não foi sempre este.

Ao longo do seu desenvolvimento do sistema *civil law*, diversas escolas filosóficas surgiram para tentar solucionar o eterno conflito entre a justiça e a segurança. Há vários graus de variação entre as escolas, que vão desde o rigor da Escola da Exegese, segundo a qual a criação de um corpo sistemático de normas seria suficiente para afastar qualquer ambiguidade e uniformizar o direito, até o Movimento para o Direito Livre, que critica a aplicação mecânica da vontade do legislador prevista na lei.

Um teórico cujo posicionamento é importante neste sentido e cuja teoria influenciou bastante a história do direito, especialmente na América Latina, é Hans Kelsen. Margarida Lacombe¹¹ ressalta que o formalismo de Kelsen representou uma reação às tentativas de influência da ciência jurídica por parte de psicólogos, economistas, políticos e sociólogos, e ainda uma forma de afirmação do seu caráter científico. Nunca se pode esquecer que o momento histórico em que a teoria kelseniana foi desenvolvida exigia uma afirmação do Estado contra o caos do pós-guerra. Daí a idéia de que a única fonte do direito deveria ser o Estado.

Ainda segundo Lacombe¹², Kelsen não se preocupa com os motivos, influências e interesses que determinaram a expedição da norma. Para ele o que importa é se ela emanou de uma autoridade competente. Trata-se de uma perspectiva positivista, que inibe do campo do conhecimento o viver social ou tudo que não se encaixe numa relação de causa e efeito. Por isso amplamente criticada.

A tendência prevalescente nos dias atuais é pelo abandono do excesso de formalismo e pela busca de interpretações que sejam capazes de adaptar o direito às novas realidades advindas das alterações sociais. Neste sentido, duas correntes de pensamento travam uma disputa: a teoria objetivista e a subjetivista.

A teoria objetivista é aquela segundo a qual a interpretação deve buscar a vontade da lei. Neste sentido, o intérprete deve se colocar na posição do legislador a fim de identificar as circunstâncias jurídicas e a

11 CAMARGO, op. cit.

12 Ibidem

finalidade por ele perseguida. Dentro desta perspectiva, a norma teria um sentido próprio, determinado por fatores objetivos e independentes da vontade do legislador. A teoria subjetivista, por sua vez, tem um compromisso com a vontade do legislador. Para seus defensores a ciência jurídica é um saber dogmático que implica na compreensão do pensamento do legislador, com preponderância para questões históricas.

Ferraz Júnior comenta a polêmica em trecho interessante:

A polêmica, como se vê, pela força de seus argumentos e contra-argumentos não se resolve. Há inclusive uma conotação ideológica em sua raiz. Assim, *levando a um extremo, podemos dizer que o subjetivismo favorece certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo*. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem intepradas, em última análise, de acordo com a vontade do 'Führer' (era o 'Führersprinzip') é bastante significativa. Por sua vez, *o objetivismo, também levado ao extremo, favorece o anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador, na elaboração do direito, para os intérpretes ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas norte-americanos, que direito 'é o que decidem os tribunais'*.¹³ (grifos nossos)

Portanto, pode-se concluir que na atualidade no conflito entre segurança e justiça está pendendo mais para a segunda. É evidente a necessidade do reconhecimento de outras fontes do direito que não a lei, especialmente a jurisprudência, que nada mais é do que uma modalidade de interpretação emanada do Estado através do Poder Judiciário. Ademais, é impressindível buscar formas interpretativas que não se limitem ao texto expresso da lei, mas sim permitam a sua atualização, a fim de abarcar situações que não as inicialmente albergadas.

De fato, a evolução cultural e social vivida pela sociedade a partir da segunda metade do Século XX tem exigido do intérprete do Direito soluções rápidas, que não podem aguardar todo o trâmite do processo legislativo, essencialmente permeado por interesses que dificultam o acesso das minorias sociais.

Recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro corroboram esta tese, a exemplo do reconhecimento de efeitos jurídicos

13 JÚNIOR. T. S. Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 234.

para as uniões homoafetivas (ADI 4277). No voto do Ministro Marco Aurélio retiramos um trecho em que ele se refere ao intencional mutismo da Constituição:

Cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais amplo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que ‘tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que a factual emprego da sexualidade humana. *E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão ‘in natura’* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu na metafórica locução ‘bruta flor do querer’. E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição. (grifos nossos)

Percebe-se, portanto, uma leitura dos princípios constitucionais não voltada apenas para o seu sentido literal, mas sim buscando a sua adaptação à realidade, que acaba se impondo, ainda que contra a vontade de grupos tradicionais. Observa-se, ainda, uma tendência por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de dar maior autonomia aos cidadãos para que façam escolhas de foro íntimo, como é o caso da sexualidade. Isto demonstra que, a despeito de se tratar de uma instituição com forte conteúdo político, seus componentes procuram não se influenciar pela pressão de grupos religiosos, afirmando o caráter laico do Judiciário.

3 O CONFLITO SEGURANÇA X DIREITO NO SISTEMA *COMMON LAW* E NO DIREITO NORTE AMERICANO

O sistema da *Common Law*, por sua vez, é caracterizado por um extremo pragmatismo e pelo repúdio às conceituações genéricas e abstratas. O direito foi desenvolvido a partir da idéia de equidade e

sempre houve grande preocupação com a efetividade dos julgados e a observância das formalidades processuais. As regras são produzidas a partir do caso concreto e retiradas dos costumes locais. A lei existe, mas só é válida na medida em que incorporada e reafirmada pelos tribunais sendo, desta forma, fonte secundária do direito.

Arnaldo Godoy, ao comentar a evolução da filosofia do Direito nos EUA, afirma que inicialmente havia uma postura formalista, defendida especialmente por John Austin, teórico inglês para quem a lei era um comando do Estado, que deveria ser simples e estritamente considerado. Jeremiah Bentham, por sua vez, defendia o instrumentalismo da lei, que era considerada uma norma que deveria melhorar a vida das pessoas. Ao comentar o pensamento destes dois teóricos ingleses, diz Godoy:

Austin e Bentham justificam o direito positivo como necessário e útil, pragmatismo que bem se associa ao pensamento filosófico norte-americano, a exemplo do ideário de John Dewey e de Charles Pierce. *A recepção da 'common law' inglesa, amalgamada com a relativa onda legislativa e regulamentadora, produziu direito cioso do passado, do julgado, do pacificado. O culto ao pretérito jurisprudencial mesclou-se à adoração da norma como identificadora da excepcionalidade de nova sociedade que brotava no outro lado do Atlântico. Uma religião civil, jurídica, centrada no fetichismo da lei e da ordem, que se tornou nacional e unificadora, tendo como santuário a Suprema Corte e propiciando o agigantamento do capital, a extensão do sistema ferroviário, a manutenção temporária da ordem escravocrata, a ampliação dos poderes do Congresso, a dizimação do nativo, a exploração do trabalhador. O formalismo marcou esta época, que fortaleceu a conquista do velho Oeste e a multiplicação de fronteiras, lecando o desbravador até o Pacífico.*¹⁴ (grifos nossos)

Portanto, a preocupação inicial dos norte-americanos era se diferenciar da metrópole e afirmar o Estado que estava se formando. A situação se equiva a que determinou o pensamento de Kelsen e a solução encontrada também se assemelha, pois tanto num caso quanto no outro recorreu-se ao apego à forma, ao sentido estrito da lei ainda que, no caso de Bentham, se admitisse alguma forma de interpretação com outros fundamentos.

Oliver Holmes foi um grande crítico do formalismo. Suas ideias foram revolucionárias na época, porque reconheciam na realidade

14 GODOY, op. cit. p. 225.

social um papel importante para evitar que a análise dos princípios se desse de forma vazia. Também em confronto com o pensamento que inicialmente marcou o pensamento jusfilosófico norte-americano está a corrente da jurisprudência sociológica, cujo maior precursor foi Roscoe Pound. Godoy traduz este autor neste trecho de especial interesse para a discussão aqui proposta:

Duas necessidades têm determinado o pensamento filosófico em torno do direito. *Por um lado, o superior interesse social na segurança geral, que, com vias na paz e na ordem, ditou o início do direito. Esse objetivo tem levado o homem a buscar bases fixas para o ordenamento da ação humana, limitando o interesse individual e autoritário e assegurando a ordem social estável e firme. Por outro, a pressão dos interesses sociais menos imediatos e a necessidade de reconciliá-los com as exigências da segurança geral e com a contínua construção de novos compromissos, devido às constantes mudanças sociais, o que, pelo menos, tem exigido permanente reajustamento dos detalhes da ordem social.*¹⁵ (grifo nosso)

A segunda geração dos anti-formalistas é a base do realismo jurídico, movimento segundo o qual o juiz não é mero reproduzidor da lei, mas sim seu criador. Seus defensores entendem que a realidade é complexa e fluida demais para ser regulada por normas. Um de seus representantes, Felix Frankfurter, destaca-se por reconhecer a historicidade do fenômeno jurídico, relacionando o ato de julgar com a realidade conjuntural da disputa.

Godoy ressalta que a herança cultural do realismo jurídico está presente tanto no pensamento liberal, quanto no conservador. No primeiro caso para relacionar direito e política e no segundo para aproximar direito e economia. O *Critical Legal Studies (CLS)*, de inspiração de esquerda, é um movimento cujo pensamento se aproxima da Escola de Frankfurt. Os filiados a esta escola como Mangabeira Unger e Duncan Kennedy criticam os excessos do liberalismo, especialmente as noções de neutralidade, objetividade e livre vontade, denunciando a sua incapacidade para solucionar várias questões fundamentais.

Do lado oposto ao *CLS* encontra-se o movimento *Law and Economics*, que tem por objetivo utilizar conceitos tomados da economia, tais como valor, utilidade e eficiência, para a avaliação do direito. Sua inspiração encontra respaldo na direita americana.

15 GODOY, op. cit., p. 229.

Ao idealizar os EUA, Thomas Jefferson acreditava que a Constituição deveria ser capaz de responder às mudanças da ordem social e econômica. Pensava até mesmo que cada geração de americanos deveria cunhar seu próprio texto constitucional. Contudo, esta necessidade pode ser perfeitamente afastada pela atualização da interpretação do texto original. Neste sentido, diz Charles D. Cole, citado por Vittorio Cassone:

Quando a Corte lida com dispositivos não ambíguos da Constituição, o texto é determinante e deve ser supremamente autoritário. Onde, entretanto, o texto não é claro de significado, o intérprete não deve olhar dentro de si mesmo para interpretar as provisões constitucionais, mas, deve buscar a intenção dos adotantes. Esta inquirição deve considerar tanto a intenção dos constituintes como a dos ratificadores, com ênfase, sempre que possível, na intenção desses últimos. Tanto a intenção dos constituintes, como a dos ratificadores, deve considerar as circunstâncias contemporâneas no processo interpretativo, sempre que o intérprete se vê compelido pela cláusula comercial ou dos direitos individuais.¹⁶

O autor, ao propor uma possibilidade de interpretação conceitual para a Constituição Estadunidense, lembra que é preciso dar evidência para outros valores que não estejam expressamente adotados mas que sejam presentes na história e na tradição norte-americanos. Sendo assim, a solução encontrada em muito se assemelha à adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, pois é a partir da interpretação ampliativa dos princípios constitucionais que vamos obtendo respostas aos novos dilemas decorrentes da evolução da sociedade.

4 CONCLUSÃO

Os problemas que se apresentam ao intérprete do Direito são os mesmos independentemente de onde atue, ou de qual sistema de normas está submetido. A necessidade de atualização dos institutos a fim de adequá-los à realidade submetida à julgamento parece ser um dilema universal.

Para atender a esta necessidade, uma estratégia interessante é a atualização da interpretação dos princípios constitucionais. Verificamos que, tanto norte americanos quanto brasileiros, estão atentos a isso e não são raros os exemplos de sua utilização.

16 CASSONE, Vittorio. *Interpretação constitucional da doutrina brasileira e comparada*. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Tributário, 2012. p. 40.

Também é importante salientar que, a despeito das diferenças de método, dedutivo para o sistema *civil law* e indutivo para o sistema *common law*, o que interessa é que ambos chegam à conclusão de que a melhor solução para o problema do conflito entre segurança e justiça é a busca da vontade atualizada do legislador, sempre respeitando os princípios que deram origem às normas constitucionais.

A conclusão a que se chega é que a história e os costumes de cada país serão mais determinantes no momento da interpretação do que o sistema de Direito vigente. Neste sentido, a constituição política das cortes e o posicionamento dos magistrados em relação a isto se mostram de especial relevância. Os norte americanos estão mais limitados por isso do que os brasileiros. De fato, no Brasil as indicações políticas para a constituição do Poder Judiciário se resumem aos tribunais superiores e há garantia vitalícia ao cargo, o que dá mais independência aos juízes, que não necessitam dar constantes satisfações de suas decisões para a sociedade. Nos Estados Unidos, por sua vez, os juízes são escolhidos por critérios políticos e não tem garantia de que ficarão no cargo até sua aposentadoria. Portanto, estão mais submetidos ao controle social e, desta forma, encontram maiores dificuldades em adotar posturas mais avançadas ou menos compatíveis com o pensamento dominante, ou ainda discordante do grupo político ao qual se filia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, L. Teixeira; NETO, J. F. Siqueira. Hermenêutica da razoabilidade e da proporcionalidade na *common law* e na *civil law*. *Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, 227-244, jul. dez. 2011.

CAMARGO, M. M. Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASSONE, Vittorio. *Interpretação constitucional da doutrina brasileira e comparada*. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Tributário, 2012.

GODOY, A.S. de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

JÚNIOR, O. A. de Castro. *Introdução à História do Direito Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Ibradd, Cesusc, 2001.

JÚNIOR, T. S. Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.

UM BREVE ENSAIO SOBRE A EVOLUÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS PAÍSES DO *COMMON LAW* E SUA CORRESPONDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A SHORT ESSAY ON THE EVOLUTION OF PUNITIVE DAMAGES IN THE COMMON LAW COUNTRIES AND ITS CORRESPONDENCE IN BRAZILIAN LAW

Daniilo Barbosa de Sant'Anna

Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito.

Advogado da União.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Origem da Função Punitiva da Responsabilidade Civil; 2 O Distanciamento entre a Função Sancionadora e a Função Reparadora da Responsabilidade Civil; 3 A Reaproximação da Pena e da Responsabilidade Civil. A Origem dos *Punitive Damages* no Reino Unido; 4 O Desenvolvimento dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos; 5 A Função Punitiva do Dano Moral no Brasil; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa a abordar, de forma breve e sintética, a origem do fenômeno da reponsabilidade civil punitiva e seu desenvolvimento nos principais países do *common law* (Inglaterra e Estados Unidos). Busca-se demonstrar o caminho percorrido pelo instituto dos *punitive damages* desde o Direito Romano, até os contornos atuais das verbas punitivas no ordenamento jurídico norte-americano. Por fim, demonstrar-se-á que, embora o sistema brasileiro não reconheça expressamente a função punitiva das indenizações, amplia-se a concepção de dano moral para abarcar tal função, fato este que gera insegurança jurídica na apreciação do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil Punitiva. *Common Law*. *Punitive Damages*. Estados Unidos. Dano Moral.

ABSTRACT: The present study aims to address, briefly, the origin of the phenomenon of the civil punitive responsibility and its development in the major common law countries (England and United States). It attempts to show the path of the institute of the punitive damages from the Roman law until the current characteristics of the U.S legal system. Finally, it will show that although the Brazilian system does not recognize explicitly the role of punitive damages, it broadens the concept of moral damages to cover such a function, a fact that generates legal uncertainty of the assessment of the issue.

KEYWORDS: Punitive Responsibility. Common Law. Punitive Damages. United States. Moral damage.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil punitiva é tema de relevante importância no contexto de prevenção e punição de condutas ilícitas praticadas em diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo nos países do *common law*.

O presente estudo visa a abordar, de forma breve, a evolução do fenômeno da responsabilidade civil punitiva, identificando suas origens e os principais momentos históricos os quais levaram a criação do instituto dos *punitive damages*.

O ensaio se concentra no exame dos contornos da responsabilidade civil punitiva nos principais países submetidos ao *common law* (Inglaterra e Estados Unidos).

Ao final, faremos uma breve análise das características do sistema brasileiro de responsabilidade civil punitiva, sua relação com a extensão do conceito de danos morais e as consequências do não reconhecimento expresso de uma categoria independente de punição cível.

1 A ORIGEM DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Nas sociedades primitivas, o objetivo de vingança era o primeiro a ser perseguido contra o autor de um delito.¹ Historicamente, o sentimento de revanchismo em razão de um malfeito, sempre esteve presente nas condutas dos povos antigos.

A pena privada servia como resposta ao cometimento de ilícitos socialmente reprováveis². Nesse sentido, a carga emotiva relacionada com o sentimento de vingança do sofredor do dano fez parte da própria origem da ideia de justiça difusa.³

Observa-se, pois, que, originariamente, o sistema de responsabilidade civil nasceu voltado à punição do autor do delito, preocupando-se, de antemão, em punir o indivíduo.

A preocupação com a repreensão do ato ilícito, movida pelo sentimento de vingança inato aos seres humanos, refletia à associação dos comportamentos antijurídicos ao ideal de reprovação.

1 FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p.153.

2 Nesse sentido se destacam o Antigo Testamento; Código de Hamurabi; A Lei do Talião; o Código de Manu; e a Lei das XII Tábuas.

3 LEVY, Daniel de Andrade *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas* – São Paulo: Atlas, 2012. p.33: “Ora, em meio a uma sociedade vitimizada, carente de medidas de punição e prevenção adequadas, a Responsabilidade Civil surge, sobretudo graças ao seu caráter fragmentário, como instrumento de predileção de uma justiça difusa.”.

No Direito Romano, marco importante da responsabilidade civil punitiva, pode-se identificar uma atenção da sociedade mais voltada à reprimenda do ato do que na reparação dos danos. As denominadas ações penais mistas buscavam tanto a reparação como a punição do autor da *delicta privata*.

Considerando que com as *actiones mixtae* já se podia enxergar uma preocupação punitiva no direito privado, a maior parte da doutrina considera o Direito Romano como ponto de origem de uma responsabilidade civil punitiva.⁴

Daniel de Andrade Levy cita como exemplos de diplomas que previam delitos privados mesmo antes do desenvolvimento do Direito Romano, a Lei das XII Tábuas (delito de *furtum*) e a *Lex Aquilia* (Capítulo I e III).⁵

Portanto, o caráter punitivo da responsabilidade civil é característica indissociável do comportamento das sociedades antigas, sendo o Direito Romano o marco inicial relevante na reprimenda civil dos atos ilícitos privados.

2 O DISTANCIAMENTO ENTRE A FUNÇÃO SANCIONADORA E A FUNÇÃO REPARADORA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Algumas razões são identificáveis para o distanciamento histórico entre a função punitiva da responsabilidade civil e a reparação do dano causado no âmbito privado das relações jurídicas.

Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que para a burguesia recém-detentora do Poder após a Revolução Francesa, era necessário limitar os poderes dos juízes, formados no regime anterior, sobretudo no que diz respeito à atribuição de caráter punitivo às indenizações.⁶

As consequências negativas geradas pela aplicação das penas privadas corporais nos grupos, notadamente quanto ao enfraquecimento físico dos indivíduos, levou à substituição gradativa do regime da *vindicta* pelo da composição.⁷

Destaca-se ainda, a tentativa de distanciamento da vingança como fundamento da responsabilidade civil e o intuito de neutralizar as

4 LEVY, op. cit., p.38.

5 Ibid., p. 38.

6 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

7 FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 153.

influências da moral cristã, como fatores preponderantes à concentração da disciplina em torno da vítima (dano).⁸

Nesse contexto de separação entre a sanção do ato ilícito e a reparação do dano causado pela conduta reprovável, é que surge a dicotomia entre Direito Privado e Direito Público.

A partir dessa divisão, passou a caber ao Estado a função de reequilibrar as punições impostas aos infratores. As sanções foram retiradas do Direito Privado e situadas no Direito Público, através do Direito Penal.⁹

A referida dicotomia foi responsável pela extinção no âmbito da responsabilidade civil da imposição de penas privadas. A função de punir ficou reservada ao direito público-penal.

Solidificou-se, principalmente nos ordenamentos romano-germânicos, a ideia de que à responsabilidade civil cabia a recomposição do dano, e, à responsabilidade penal, a sanção e a prevenção de novas condutas lesivas.

Na época pós-clássica com o fortalecimento do Império Romano, as ações penais são transferidas para um verdadeiro Direito Criminal, sob a autoridade do Imperador. O Direito dos Delitos, antes privado, passa a situar-se dentro do controle estatal, com uma distinção nítida entre procedimento civil e procedimento penal. O juiz criminal passa a ser competente para atribuir à vítima uma compensação e destinar ao Estado a pena pecuniária.¹⁰

Vê-se, assim, que a dicotomia entre Direito Público e Privado, nasce do anseio do Estado de controlar as punições e sanções antes aplicadas no âmbito privado das relações intersubjetivas.

O afastamento entre pena e indenização representou, na verdade, a limitação da responsabilidade civil à circunscrição da reparação do dano. Enquanto isso, a sanção pelo cometimento de condutas contrárias ao convívio social restou confinada nas mãos do Estado por meio do Direito Penal.¹¹

8 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

9 SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Direito Civil*: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59.

10 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, p.39. O autor faz referência ao fato dessa separação entre pena e indenização ser muito mais uma opção política do que técnico-jurídica: "Percebe-se como a progressiva distinção entre crime e delito entre público e privado e entre pena e indenização decorreu muito mais de um anseio político de dominação estatal do que de um fundamento verdadeiramente técnico jurídico.", p. 39.

11 Ibid., p.39: "O *delictum* se transforma em ação civil pura, baseada apenas na reparação, enquanto a sanção é deixada ao *crimen*, no âmbito estatal. Mesmo nos casos dos delitos privados que conservaram um cunho

3 A REAPROXIMAÇÃO DA PENA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL. A ORIGEM DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO REINO UNIDO

Após a separação conceitual ocorrida no Direito Romano entre pena e indenização, após 18 (dezoito) séculos, eis que no Reino Unido, constata-se a reaproximação dos dois institutos.

Este movimento se deu, notadamente, como um reflexo do contexto vivido à época em meados do século XVIII, contexto este marcado por condenações cada vez maiores dos júris ingleses em casos de danos extrapatrimoniais, sobretudo de violações à honra.¹²

Os ingleses passaram a enxergar uma função não apenas compensatória dos danos extrapatrimoniais, mas também, uma função sancionatória das condenações cíveis.

Surge o conceito de *pain and suffering*, relacionado com a dor e sofrimento como forma de identificar e compensar os danos extrapatrimoniais. Passou-se a investigar a consequência do ato lesivo (dor e sofrimento), como forma de reparar os danos extrapatrimoniais causados.

Tal conceito se assemelha muito mais aos danos morais característicos dos ordenamentos romano-germânicos, que propriamente aos *punitive damage*. Isto porque, a essência dos danos morais desses ordenamentos se relaciona mais com a investigação da dor subjetiva de quem sofreu o dano, do que com a punição do causador do dano.

Outro instituto relacionado com os *punitive damages* é o *agravated damages*, o qual consistia na resposta ressarcitória aos ilícitos de especial gravidade.¹³

Ao final do século XVIII a categoria dos *exemplares damages* surge como forma de justificar indenizações elevadas no caso de prejuízos intangíveis, decorrentes de *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feelings*.¹⁴

Vale frisar, que, muito embora a existência de alguns institutos relacionados com responsabilidade civil punitiva, até durante grande

punitivo, passou—se a distinguir aquilo que era compensatório daquilo que era punitivo, como no caso da pena do triplo, em que o *simplum* era concedido a título de compensação e, o resto, a título de punição.”

12 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p.44.

13 A. MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel. Penas Civiles y Daños Punitivos. *Revista de derecho de daños* 2011-2: daño punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. p.11.

14 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.49.

parte do séc. XIX, os tribunais ingleses não impunham, separadamente, um valor referente aos danos compensatórios e outro atinente à punição do ofensor.

Como já foi salientado, a reponsabilidade punitiva se vislumbrava a partir da estipulação de altos valores indenizatórios os quais abarcavam tanto a compensação dos danos como a sanção pela prática do ato ilícito.¹⁵

Ao longo do século XIX, os danos extrapatrimoniais foram se destacando dos *exemplares damages*. Afasta-se definitivamente a categoria dos danos morais compensatórios e a categoria da indenização punitiva como forma de reprimir uma conduta deliberadamente desrespeitosa.¹⁶

O berço propriamente dito dos *punitive damage* se deu na Inglaterra em casos que se referiam à abuso de poder por parte de agentes do governo monárquico. Em 1763, no famoso caso *Huckle vs. Money*, em razão da prisão abusiva de um editor de jornal a mando de um Secretário de Estado, foi imposta uma indenização punitiva superior ao suposto dano causado ao particular.¹⁷

Assim, os *punitive damages* no Reino Unido nascem e se desenvolvem a partir de uma reprovação especial a condutas que representassem abusos de poder injustificado.

Com efeito, é apenas em 1964 com o caso *Rookes v. Barnard* que são traçados os limites e as funções do instituto na Inglaterra. Estabelecem-se três hipóteses de concessão de indenizações punitivas (*categories test*): a) condutas opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais de servidores do governo; b) condutas lesivas cujos custos eventuais das indenizações seja inferior ao lucro que delas pode resultar para o ofensor; d) quando expressamente previsto em lei.¹⁸

Como se percebe, o sistema inglês de responsabilidade punitiva se calcou em hipóteses estreitas de cabimento de penalidade cíveis.¹⁹ As principais críticas a esse sistema de responsabilidade civil punitiva se concentram em dois aspectos: 1º) não enquadramento de um sem número

15 GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 35.

16 Ibid., p. 49. O autor menciona ainda o caso *Morse v. Auburn & Syracuse R.R.* como paradigma para essa separação.

17 Ibid., p.11. Outro caso paradigma é o *Wilkes v. Wood*.

18 Ibid., p. 50.

19 Para maior aprofundamento nos casos paradigmas que flexibilizaram a utilização dos *punitive damages* no Reino Unido, a exemplo do caso *Kuddus v. Chief of Leicestershire Constabulary*, ver LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

de casos passíveis de responsabilização punitiva aos estreitos critérios estipulados pela jurisprudência inglesa; 2º) inexistência de garantias, no âmbito privado, que possam legitimar a aplicação de sanções.

4 O DESENVOLVIMENTO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS ESTADOS UNIDOS

De acordo com definição trazida por Paula Meira Lourenço, os *punitive damages* são indenizações que não compensatórias ou nominais, são impostas a indivíduo como forma de punir uma conduta inadmissível e prevenir que ele ou outra pessoa possa repetir a conduta lesiva.²⁰

A colonização britânica dos Estados Unidos implicou em diversas influências no ordenamento jurídico dos colonizados, inclusive, na importação da figura dos *punitive damages*.

Os primeiros casos de *punitive damages* nos EUA resultam de insultos e humilhações sofridos pela vítima no caso *Genay v. Norris* em 1784²¹. Com a revolução industrial, os acidentes nas fábricas americanas tornaram-se grandes fontes de indenizações punitivas até meados do séc. XX.²²

A partir de meados do séc. XIX, os tribunais passaram a enunciar expressamente que os *punitive damages* eram atribuídos como forma de punir o agente e prevenir que outros membros da sociedade praticassem o mesmo comportamento lesivo.²³

Nos Estados Unidos, o dano moral passou a ser concedido sob uma rubrica em separado (*pain and suffering*), no âmbito da indenização exclusivamente compensatória. Nas palavras de Vitor Fernandes Gonçalves, “essa rubrica é entendida como um elemento das perdas e danos destinado à reparação de todas as formas de sofrimento consciente, mental e/ou físico”²⁴.

A partir da década de 70, especialmente no que tange aos danos decorrentes de acidentes de consumo (*products liability*), é que o instituto

20 Tradução livre. No original “damages, other than compensatpry or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future”. Restatament (Second) Of Torts § 908 1979. Definição trazida por LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos. A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 169.

21 Nesse caso foi discutida a conduta de um médico que havia colocado, por brincadeira, uma droga inofensiva no copo de um doente, causando-lhe enormes dores.

22 Ibid., p. 55.

23 LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos. A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006. p.170.

24 Ibid., p.37.

dos *punitive damages* passa a ser consideravelmente utilizado pelos juízes, gerando indenizações não raro milionárias.²⁵

Dos 50 (cinquenta) estados americanos, apenas 5 (cinco) estabelecem como regra a proibição dos *punitive damages*: Luisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire e Washington.

No Alabama, Colorado e Illinois não se aceitam as verbas punitivas em casos de conduta médica, enquanto que no Kansas, Kentucky, Oregon e Texas são vedadas nos casos de responsabilidade de laboratórios.²⁶

Destaca-se a previsão no *Century Code* da Dakota do Norte no sentido da condenação em *punitive damages* do réu a título de exemplo e no intuito de punir o demandado.²⁷

No ordenamento estadunidense, observa-se uma preocupação marcante com o caráter preventivo das indenizações a título de *punitive damages*. Vislumbra-se uma função social no litígio, a qual transcende a própria indenização do sofredor do dano, e situa a indenização punitiva como forma de prevenir novas condutas lesivas à sociedade.

Essa preocupação com a função preventiva da indenização levou o ordenamento jurídico norte-americano a estipular indenizações completamente desproporcionais à dimensão individual dos danos causados. Por isso, a principal crítica que se faz aos *punitive damages* nos EUA é a imprevisibilidade, a incongruência entre as situações levadas a juízo e as altas indenizações recebidas pelos autores das ações.

No Direito norte-americano, dois célebres casos tornaram-se marcos tanto da exacerbação da função punitivo-preventiva das verbas punitivas, como da desproporção dos valores das indenizações determinadas pelo Judiciário.

Uma senhora de 79 anos, Stella Liebeck, derramou um café comprado no *drive-through* de uma lanchonete do *McDonald's*, e como indenização punitiva pelas queimaduras, o júri determinou o pagamento da quantia de R\$2.7 milhões de dólares.

O júri, considerando a existência de mais de 700 reclamações acerca da temperatura elevada do café nas redes *McDonald's*, justificou o montante elevado dos *punitive damages* como forma de prevenir que

25 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.229.

26 A. MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel. *Penas Civiles y Daños Punitivos*, *Revista de derecho de daños* 2011-2: daño punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª ed. - Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 11.

27 Ver LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

a rede de sanduíches continuasse a causar os mesmos danos em casos semelhantes.²⁸

Outra demanda emblemática foi o caso BMW of North America v. Gore. O Dr. Ira Gore Jr. Moveu uma ação contra a BMW pelo fato de ter constatado que lhe foi vendido um veículo repintado como se novo fosse. O valor do carro era US\$ 40, 751,88.

O júri da corte de Birmingham julgou procedente a ação e, além de deferir o pagamento de US\$4.000,00 a título de danos compensatórios, estipulou como indenização punitiva a quantia de US\$4 milhões de dólares. Entendeu-se que a política de não divulgação de danos adotada pela ré constituía omissão fraudulenta.²⁹

A Suprema corte do Estado do Alabama, e, posteriormente, a Suprema Corte Americana, considerando a desproporcionalidade entre o dano material causado e a verba punitiva imposta, reduziram a indenização para US\$2 milhões de dólares e, posteriormente, para US\$50 mil dólares.

A importância desse precedente da Suprema Corte americana se reflete no fato de que, pela primeira vez, foi consignada a desproporção entre o valor dos *punitive damages* e o efetivo dano sofrido pela vítima.

A corte maior sedimentou que a *Due Process Clause* deveria efetivamente respeitar certos parâmetros quando da definição das verbas punitivas: i) o grau da responsabilidade da conduta; ii) a relação entre os danos compensatórios e os danos punitivos; e iii) a diferença entre o valor dos danos punitivos e as penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Dentro da lógica de privilegio da função preventiva dos *punitive damages* nos EUA, fica claro que um dos objetivos do sistema jurídico daquele país é impedir que as condutas danosas de empresas possam ser absorvidas por uma ótica econômica do dano. Ou seja, busca-se evitar que, em prevalecer indenizações punitivas modestas, as companhias passem a considerar as indenizações como custo efetivo de produção. É a lógica econômica do dano, em que em um contexto jurídico de indenizações módicas, vale a pena praticar atos lesivos.

Com efeito, conforme salientado alhures, com a proliferação de demandas estapafúrdias e indenizações desproporcionais, o próprio sistema de responsabilidade civil norte-americano percebeu a

28 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.232.

29 Ibid. p., 239.

necessidade de estabelecer parâmetros e soluções para o enriquecimento sem causa³⁰.

Nesse sentido, em 10.03.95 a *House of Representatives* do Congresso Americano votou e aprovou uma legislação que limitaria os *punitive damages* a US\$ 250 mil dólares, ou três vezes o valor dos danos compensatórios. Todavia, o projeto foi vetado pelo então Presidente, Bill Clinton.³¹

O referido projeto de lei tinha como objetivo consolidar a prática de 18 (dezoito) estados americanos que prevêm limitação ao valor dos *punitive damages*.³²

Outra solução apontada para a aleatoriedade da estipulação de verbas punitivas é a retirada ou redução da competência do júri popular nessas questões. Entende-se que quanto maior a autonomia do júri popular maior o risco de proliferação de decisões calcadas na emoção e não na técnica jurídica. Cass Sunstein, Daniel Kahneman e David Schkade sustentam que o montante a ser pago a título de indenização punitiva deveria ser determinado por juízes togados e não por júri popular.³³

5 A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, a função punitiva da responsabilidade civil tem sido relacionada com a ampliação da interpretação do dano moral.

O Brasil, cujo ordenamento jurídico sofreu fortes influências do sistema civil francês e do ordenamento italiano, seguiu rumo diverso dos países de *common law*, não reconhecendo formalmente a função punitiva da responsabilidade civil³⁴.

30 Por isso a atuação da Suprema Corte Americana no caso *BMW of North America v. Gore* representou um avanço no sentido de controlar o enriquecimento sem causa advindo de condenações punitivas.

31 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.

32 Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Mississippi, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Texas e Virgínia. Lista elaborada por LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56.

33 BODIN DE MORAES *apud* C.R. Sunstein; D. Kahneman; D. Schkade, Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *Yale Journal*, May 1998.

34 Como já foi mencionado no presente artigo, nos EUA a indenização é dividida em duas partes: uma a título de compensação dos danos (incluindo os danos materiais e morais) e outra relativa à punição da conduta praticada pelo ofensor (*punitive damage*).

A categoria do dano moral passou a ser interpretada de forma a justificar não apenas a compensação em razão da violação dos direitos da personalidade, mas também, como forma de punir o ofensor e desestimular a reiteração de novas condutas lesivas.

Embora a função punitiva das indenizações não seja reconhecida formalmente no ordenamento jurídico pátrio³⁵, a concepção jurisprudencial do dano moral implica, mediante critérios de estipulação, em um inegável caráter sancionatório em diversos julgamentos cíveis.

O Código Civil de 2002, no que toca à disciplina da responsabilidade civil, deixou de tratar expressamente sobre a função punitiva das indenizações cíveis.

O art. 944 é categórico ao afirmar que “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Não faz menção, pois, a nenhum aspecto subjetivo da conduta do ofensor como critério de estipulação da compensação pecuniária. Ressalta-se, entretanto, que parágrafo único do mencionado artigo estipula que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. Há uma preocupação legislativa com o aspecto subjetivo da conduta ilícita apenas no que se refere à estipulação de indenizações desproporcionais, ou seja, com uma possível incongruência entre a gravidade da conduta e a extensão do dano.³⁶

Dispositivo legal que previa expressamente a punição cível em caso de comportamento abusivo do fornecedor de produtos ou serviços, era o art. 16 do CDC, o qual foi objeto de veto presidencial.³⁷

Nesse sentido, ante um consenso acerca da falta de previsão legal da função punitiva da responsabilidade civil como categoria autônoma, a jurisprudência nacional passou a ampliar a interpretação da categoria do dano moral, de modo a comportar, outrossim, uma função punitivo-preventiva da indenização. De um lado a compensação do ofendido

35 Sérgio Severo, na contramão, defende que no Direito brasileiro o caráter preventivo-punitivo dos danos extrapatrimoniais encontra-se nos seguintes textos legais: art. 1538 do Código Civil; Código Brasileiro de Telecomunicações e no Código Eleitoral.; em SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 191.

36 Maria Celina Bodin de Moraes é categórica ao afirmar que “Adianta-se que o novo Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil contempla o caráter punitivo.”. Nota de rodapé constante em BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.232.

37 O art. 16 do CDC vetado assim dispunha: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.

quanto aos danos extrapatrimoniais causados pelo ofensor, de outro, a punição do agente e a prevenção de novas condutas abusivas.

Destacamos dois enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil que expressamente aceitam a investigação da culpa do ofensor na definição do dano moral e a função punitiva da responsabilidade civil, respectivamente: “458) Art. 944. O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral;”; “379) O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”.

Mesmo considerando a oscilação jurisprudencial sobre o tema, trazemos ementa de julgado emblemático no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu tanto a necessidade de seguimento de certos critérios subjetivos na estipulação do dano moral, como a natureza pedagógica da indenização a esse título:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.

Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido.³⁸(grifo nosso)

O STJ, em alguns casos, vai além e relaciona diretamente a função punitiva do dano moral com o instituto dos *punitive damages*. Eis notícia sobre julgamento recente sobre o tema:

38 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 355.392/RJ. Terceira Turma. Relatora. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 26.03.02. Publicado em 17.06.02.

DANO MORAL. PUBLICAÇÃO. REVISTA.

Trata-se, na origem, de ação indenizatória ajuizada por ex-presidente da República, recorrente, contra grupo editorial, recorrido, em razão de matéria publicada em revista de propriedade da última. Segundo o recorrente, a reportagem agrediu-o com uma série de calúnias, injúrias e difamações. O juízo a quo julgou improcedente o pedido. O tribunal de origem reformou a sentença, fixando a indenização em R\$ 60 mil. O recorrente interpôs recurso especial alegando, em síntese, que o valor da indenização foi arbitrado com excessiva parcimônia, violando o art. 944 do CC, não tendo sido levada em consideração a qualificação das partes envolvidas, a repercussão do dano causado e o lucro auferido pela recorrida com a publicação da reportagem injuriosa. A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso por entender que a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do valor do dano moral. Ademais, essa Corte tem-se pronunciado no sentido de que o valor de reparação do dano deve ser fixado em montante que desestímule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. No caso, o desestímulo ao tipo de ofensa, juridicamente catalogada como injúria, deve ser enfatizado. Não importa quem seja o ofendido, o sistema jurídico reprova sejam-lhe dirigidos qualificativos pessoais ofensivos à honra e à dignidade. A linguagem oferece larga margem de variantes para externar a crítica sem o uso de palavras e expressões ofensivas. *O desestímulo ao escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação autoriza a fixação da indenização mais elevada, à moda do punitive damage do direito anglo-americano, revivendo lembranças de suas consequências para a generalidade da comunicação de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos.* Por outro lado, não se pode deixar de atentar aos fundamentos da qualidade da ofensa pessoal considerados pela douta maioria no julgamento, salientando que o recorrente, absolvido, mesmo que por motivos formais, da acusação da prática do crime de corrupção e ainda que sancionado com o julgamento político do impeachment, veio a cumprir o período legal de exclusão da atividade política e, posteriormente, eleito senador da República, chancelado pelo respeitável fato da vontade popular. Diante dessa e de outras considerações, definiu-se o valor de R\$ 500 mil, fixado à dosagem equitativa em consideração às circunstâncias objetivas e subjetivas da ofensa, ligadas ao fato e suas consequências, bem como à capacidade econômica dos ofensores e

à pessoa do ofendido. Vencidos em parte o Min. Relator e o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que proviam em menor extensão ao fixar a indenização em R\$ 150 mil. REsp 1.120.971-RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28/2/2012.³⁹(grifo nosso)

Como se constata, o Superior Tribunal de Justiça leva em conta como critérios para a fixação do dano moral, a reprovação da conduta, a repercussão social do dano e as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor.

A crítica que se faz ao sistema brasileiro de responsabilidade civil punitiva, se assim pode-se dizer, é que o magistrado tem atuado sem qualquer respaldo legislativo.⁴⁰

Tal contexto de lacuna legislativa⁴¹ acerca das hipóteses e contornos da função punitiva das indenizações gera, sem dúvidas, uma insegurança jurídica tanto para o ofensor que não sabe se vai efetivamente ter que arcar com uma indenização a título de punição, como para o ofendido que não sabe em qual medida está sendo compensado pelos danos ou indenizado em razão da punição do ofensor.

A extensão da função dos danos morais à categoria punitiva camufla a necessidade de reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil. Defende-se, pois, a adoção de uma categoria autônoma referente a uma indenização punitiva como forma de otimizar e deixar mais transparente as regras a serem seguidas quando da punição da conduta ilícita.⁴²

39 Notícia retirada do sítio do STJ. Acesso em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104929>. Acesso em: 10 abr. 2012.

40 LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. , p. 75.

41 Alguns projetos de lei visam a disciplinar a matéria seja para reconhecer expressamente a função punitiva da responsabilidade civil (Projeto de Lei nº 276/2007 do Dep. Léo Alcântara e Projeto de Lei 2.496 de 2007 do Deputado Vital do Rêgo Filho), seja para estipular de forma mais clara os critérios a serem seguidos pelo magistrado quando da estipulação da indenização a título de dano moral (Projeto de Lei nº 334 de 2008 do Senador Valter Pereira).

42 Nesse sentido é o pensamento de do professor Daniel de Andrade Levy: "Enquanto não se refletir acerca de uma categoria autônoma de indenização punitiva, ou ao menos de uma verba autônoma no âmbito dos danos morais, deverá o jurisdicionado contentar-se com um esforço de fundamentação das decisões que nem sempre se coaduna com a nossa carregada Justiça." em LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79.

6 CONCLUSÃO

A função punitiva da responsabilidade civil é característica marcante nas condutas dos povos antigos, sobressaindo-se a necessidade de punição do ofensor também no âmbito privado.

Nos países em que prevalece o sistema do *common law*, sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos, a evolução e reconhecimento dessa função punitiva se desenvolveu de forma natural e mais coerente do que nos países de tradições romano-germânicas.

Enquanto na Inglaterra critica-se o excesso de restrição das hipóteses de cabimento dos *punitive damages* (*categories test*), nos EUA, observa-se um sistema no qual a responsabilidade civil tem um caráter eminentemente preventivo e não raro gera distorções entre o exagero na punição no caso concreto e a necessidade de prevenção de condutas ilícitas similares.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro não preveja expressamente a função punitiva da responsabilidade civil, a jurisprudência, através da ampliação da concepção dos danos morais, não raro reconhece a necessidade de punição do causador do dano.

A falta de reconhecimento legislativo da função sancionatória da responsabilidade civil acaba por gerar uma insegurança jurídica na estipulação de indenizações a título de danos morais, insegurança esta nociva ao desenvolvimento de um sistema coerente e previsível de sanções cíveis.

REFERÊNCIAS

A. MAYO, Jorge; CROVI, Luis Daniel. Penas Cíviles y Daños Punitivos. *Revista de derecho de daños 2011-2*: dano punitivo/dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil – Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. *Danos Extrapatrimoniais coletivos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: A indenização do dano moral e de da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil*: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas – São Paulo: Atlas, 2012.

LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos. A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Direito Civil*: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OS CAMINHOS DA SELF- REPRESENTED NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

*THE PATHS OF SELF-REPRESENTED IN THE
UNITED STATES AND BRAZIL*

Grégore Moreira de Moura

*Procurador Federal. Mestre em Ciências Penais pela UFMG
Autor do livro Do princípio da Co-culpabilidade. Impetus, 2006*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais da “self-represented” ou “pro se litigans”; 2 Desafios para a aplicação da “self-represented” ou “pro se litigans” no Direito norte-americano; 3 A ligação com os princípios jurídicos constitucionais; 4 As experiências de “pro se litigans” no Brasil; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho não é um aprofundado estudo de macro-comparação. Trata-se apenas de um estudo propedêutico, que busca localizar a “*self-represented*” no direito norte-americano, demonstrando sua função, aplicação e regras, com o objetivo de confrontá-lo com as possibilidades de auto-representação ou *jus postulandi* no Brasil, através da análise das normas jurídicas brasileiras, destacando as semelhanças e diferenças entre os dois países, para ao final verificar a possibilidade de ampliação da aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: This work is not an in-depth study of macro-comparison. This is only an introductory study, which seeks to locate the “self-represented” in U.S. law, demonstrating its function, application and rules, in order to confront it with the possibilities of self-representation or *jus postulandi* in Brazil, through the analysis of legal norms in Brazil, highlighting the similarities and differences between the two countries, for at the end, to check the possibility of extending the applicability of the institute in the Brazilian legal system.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Self-represented. Pro se Litigans. Auto-representação. *Jus Postulandi*. Direito norte-americano. Direito Brasileiro. Semelhanças e diferenças.

INTRODUÇÃO

É de se reconhecer o papel fundamental do Direito Comparado para o operador do Direito. Ora, este trabalha diuturnamente com a interpretação e aplicação do Direito à infinidade de situações que surgem na vida em sociedade. Com efeito, o estudo de outras realidades jurídicas, sociais e culturais facilita o trabalho exegético e crítico dos juristas.

Baseado nessa premissa, faremos aqui um pequeno estudo, ainda que superficial, do instituto jurídico denominado nos Estados Unidos da América de “*self-represented*” ou “*pro se litigants*”, destacando sua posição topográfica no contexto do ordenamento jurídico norte-americano, para ao final cotejarmos com a realidade jurídica do Brasil.

Para tanto, faz-se mister esclarecer em pequenas palavras o que se entende por “*self-represented*” ou “*pro se litigants*”.

O próprio nome já nos indica a natureza do instituto quando traduzimos as expressões para a língua portuguesa. Em uma tradução literal temos na expressão inglesa: auto-representação; e na expressão latina: em nome próprio.

Portanto, trata-se da capacidade jurídica dada ao cidadão de postular em juízo sem a presença do advogado, ou seja, permite que o indivíduo bata às portas do Poder Judiciário, em nome próprio, postulando em Juízo sem qualquer tipo de representação técnico-jurídica.

Pela própria definição do Instituto podemos perceber que se trata de instituto polêmico e controvertido, não só pelos aspectos teóricos e práticos na seara jurídica, como também pelos aspectos filosóficos, sociais, políticos e culturais, o que gera um sem número de discussões e teorias para que se permita aos litigantes em nome próprio a concretização do seu direito de acesso à justiça de maneira justa.

Nesta ordem de ideias, o que se pretende neste estudo, é desenvolver um trabalho introdutório e inicial no que tange ao Direito Comparado, especialmente quanto às nuances que envolvem a “*self-represented*” no ordenamento jurídico americano.

Portanto, não pretendemos aqui desenvolver um estudo aprofundado de macro-comparação, mas apenas de forma propedêutica localizar a “*self-represented*” no direito alienígena, demonstrando sua função, aplicação e regras, para, em seguida, confrontarmos com as normas jurídicas brasileiras, destacando as semelhanças e diferenças entre os dois países.

Desta feita, o objeto deste estudo não é esgotar toda a matéria e sim iniciar um debate sobre tema tão intrigante, traçando o seguinte caminho: aspectos gerais da “*self-represented*” ou “*pro se litigants*”

(definição, origem, requisitos, aplicação, limites, etc.); desafios para sua aplicação; a ligação com os princípios jurídicos; as experiências de “*pro se litigans*” no Brasil; conclusão.

1 ASPECTOS GERAIS DA “SELF-REPRESENTED” OU “PRO SE LITIGANS”

A “*self-represented*” ou “*pro se litigans*” é um direito constitucional do cidadão norte-americano, reconhecido pela Suprema Corte, que lhe permite postular em juízo em nome próprio, sem assistência de advogado, isto é, é um direito constitucional que garante ao indivíduo exercer sua autonomia da vontade em escolher ou não um advogado para acompanhá-lo em juízo.

A origem do instituto é controvertida, mas segundo Marie Higgins Williams¹, remonta à época das colônias norte-americanas, onde já se poderia identificar o princípio de *self-reliance* e a falta de confiança nos advogados ingleses (*distrust of England lawyers*), o que já gerava o reconhecimento implícito do direito de se auto representar nas demandas judiciais.

Posteriormente, temos o reconhecimento desse direito em leis esparsas no Direito Americano, mas ainda não se tinha o status de direito constitucional. Esse período é chamado pelos autores de pré-fareta.

Todavia, o reconhecimento da “*self-represented*” como direito constitucional, foi definido pela Suprema Corte Americana em 30 de junho de 1975 ao julgar o caso criminal denominado *Faretta versus Califórnia*².

Desde então, esse direito vem sendo reconhecido por todas as Cortes americanas, já que fundamentado no 6th *Amendment* da Constituição dos Estados Unidos da América³.

1 WILLIAMS, Marie Higgins. *Comment: the pro se criminal defendant, standby counsel, and the judge: a proposal for better-defined Roles*. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=71+U.+Colo.+L.+Rev.+789&srctype=3B15&key=1250e770015096d6c0986ff37e2d18d7>> .

2 Diz Marie Higgins Williams: “When the Supreme Court announced its decision in *Faretta v. California* on June 30, 1975, the right of self-representation at the state level was finally given constitutional stature”. *op. cit.* p. 3.

3 Amendment VI: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.*”

Ressalte-se que, segundo estatísticas, o número de processos judiciais nos EUA em que as partes se auto-representam tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, o que demonstra um crescimento de sua aplicação e, por conseguinte, um aumento das discussões teóricas e práticas sobre o Instituto⁴.

A doutrina e a jurisprudência norte-americana exigem três requisitos para que seja válida a opção do cidadão pela auto-representação. São eles: voluntariedade; capacidade mental; que a manifestação seja expressa e gravada, para registro da Corte.

Portanto, para que seja válido o direito, o juiz deve analisar: a) se a renúncia ao advogado é sabida, voluntária e consciente; b) se o litigante não possui nenhuma doença mental; c) e deve garantir à parte a possibilidade, bem como a informação de que a Corte pode apontar-lhe um advogado⁵.

Estas cautelas devem sempre ser tomadas pelo Juiz da causa, visto que o direito constitucional de “*pro se litigans*” é uma regra do *due process of law* calcada no 14th *Amendment* da Constituição dos Estados Unidos da América, o que gera a possibilidade de apelação e futura anulação do processo, se não respeitada.

Como todos nós sabemos, não existe direito absoluto, não só pelo caráter dialético do Direito, como também pela noção de que o Direito extremo é a consagração da injustiça.

Logo, o direito constitucional de “*pro se litigans*” não é absoluto.

Ressalte-se que este direito pode ser exercido tanto na esfera cível como na esfera criminal, sendo muito comum a sua fruição nas Cortes Americanas, mormente no que tange aos casos de litígios de família, bem como criminais⁶.

4 Para maiores detalhes ver: HASHIMOTO, Erica J. *Defending the right to self-representation: an empirical look at the pro se felony defendant*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac_pm>.

5 Para detalhes, ver: *Handling Cases Involving Self-Represented Litigants. A Bench Guide for Judicial Officers*. Administrative Office of the Courts. January, 2007.

6 Há um crescimento do uso da self-represented nos Estados Unidos. Para ilustrar reproduzimos informação do National Center of State Courts que diz: *While there are no national statistics on the numbers of self-represented litigants, individual states and jurisdictions have documented high numbers of self-represented litigants in domestic-relations (especially divorce and domestic abuse), small-claims, traffic, and landlord/tenant cases. For example: In Utah, for divorce cases, 49 percent of petitioners and 81 percent of respondents were self-represented (Committee on Resources for Self-Represented Parties, “Strategic Planning Initiative: Report to the Judicial Council,” July 25, 2006). In New Hampshire, one party is pro se in 85 percent of all civil cases in the district court, and 48 percent of all civil cases in superior court are pro se (“Challenge to Justice—A Report on Self-Represented Litigants in New Hampshire Courts—Findings and Recommendations of the New Hampshire Supreme Court Task Force on Self-Representation,” January 2004). In California, in a survey of pro se assistance*

Segundo definição da Suprema Corte Americana, no já citado caso *Faretta versus Califórnia*, não há limitação para o exercício deste direito na seara criminal, ou seja, independentemente do crime cometido ou da possível pena a ser aplicada, preenchidos os requisitos de admissibilidade, pode o cidadão se auto-defender no processo criminal⁷.

Todavia, isto não ocorre nos *civil cases*. Vale lembrar que na maioria dos casos não há impedimento para exercer o direito de auto-representação, portanto, a regra geral é a permissão para seu exercício, também na esfera cível. No entanto, em alguns casos pontuais, a auto-representação não é aceita, ora pela natureza do caso, ora pela necessidade extrema de conhecimentos técnicos. É o caso das ações que versam sobre patentes, as ações coletivas (*class actions*), ações de corporações, dentre outras.

2 DESAFIOS PARA A APLICAÇÃO DA “SELF-REPRESENTED” OU “PRO SE LITIGANS” NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Devido à falta de conhecimento técnico-jurídico dos cidadãos que exercem seu direito constitucional da “*self-represented*” ou “*pro se litigans*”, há diversas discussões no direito norte-americano sobre a aplicação do instituto, quais as formas e regras a serem observadas pelos Juízes e, principalmente, como garantir ao cidadão o exercício do seu direito constitucional de maneira plena, para atingir o objetivo maior que é dar uma prestação jurisdicional justa e segura.

Neste diapasão, surgem enormes desafios para os juristas americanos, a fim de tentar equacionar a possibilidade de uma defesa ruim e atécnica com o direito constitucional de imparcialidade e justiça do julgamento.

Preocupados com a observância dos direitos supramencionados, as Cortes americanas têm elaborado diversos manuais, orientações, bem como têm indicado inúmeros sítios na rede mundial de computadores especialmente desenvolvidos para aqueles que querem exercer o direito

plans submitted to the Administrative Office of the Courts by 45 counties, the pro se rate of family-law cases overall averaged 67 percent. In the larger counties, the average was 72 percent. In domestic-violence restraining-order cases, litigants are reported to be pro se over 90 percent of the time (Bonnie Rose Hough, “Description of California Courts Programs on Self-Represented Litigants,” June 2003). Disponível em: <<http://www.ncsc.org/topics/access-and-fairness/self-representation/faq.aspx#How many self-represented litigants are there>>.

7 Tal possibilidade é impensável no direito brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 garante aos acusados o direito à ampla defesa, a qual é constituída pela auto-defesa e a defesa técnica, ou seja, a presença do advogado é obrigatória nos processos criminais, exceto na impetração do habeas corpus, como será tratado mais a frente.

de auto-representação, na tentativa de minorar as conseqüências da falta de formação jurídica⁸.

Baseado no que propõe Jason R. Marks⁹, os principais desafios para a “*pro se litigants*” podem ser assim enumerados:

- a. falta de estratégias e táticas de julgamento;
- b. caminhos e pedidos que devem ser feitos na Corte;
- c. quais testemunhas indicar para ouvir, o que pode e deve perguntar a elas;
- d. como buscar as provas para o seu direito;
- e. como argumentar e convencer o Juiz;
- f. necessidade de tomada de decisões rápidas e sobre pressão durante o julgamento envolvendo matérias técnico-jurídicas;
- g. entendimento correto e perfeito sobre o que está sendo acusado e qual o motivo da acusação;
- h. falta de habilidade oral e escrita para destacar os pontos relevantes para o julgamento;
- i. cognição e comunicação de todos os atos do processo durante o julgamento.

Assim, podemos notar que não são poucas as nuances que devem ser observadas nos casos de auto-representação, principalmente, pelo fato de que a falta dos elementos acima enumerados, pode gerar injustiça no caso concreto.

8 Por exemplo: <<http://www.ncsc.org/topics/access-and-fairness/self-representation/faq.aspx>>

9 MARKS. Jason R. *State Competence Standards for Self-Representation in a Criminal Trial: Opportunity and Danger for State Courts after Indiana v. Edwards*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1607937&http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cts=1331084334401&sqi=2&ved=0CDYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2FDelivery.cfm%3Fabstractid%3D1607937&ei=aLxWT_zoF4TWtge6lajyCA&usg=AFQjCNFb1CZ_qWAgFL6ytAqhsIIWUEKLRg>.

Mas então nos vem o questionamento: por que, mesmo com todos esses desafios, um indivíduo resolve ir à luta em juízo sozinho? Por que ir à Corte sem qualquer conhecimento técnico-jurídico, sem nomear um advogado para representá-lo? Por que exercer esse direito constitucional de auto-representação diante do risco que ele representa?

Os juristas americanos nos dão algumas respostas como:

- a. influencia da mídia (ex: a série de TV americana “Judge Judy”);
- b. a falta de confiança nos advogados;
- c. a falta de dinheiro para pagar um advogado;
- d. a possibilidade de se destacarem e aparecerem (isso ocorre especialmente em casos que envolvem questões políticas, como protestos, por exemplo);
- e. problemas mentais;
- f. excesso de confiança em achar que pode fazer bem feito.

Nesta ordem de ideias, para o direito norte americano, mesmo com todos esses desafios e aparentes desvantagens para o indivíduo que quer exercer a auto-representação, prevalece o princípio da autonomia da vontade, representado e constitucionalmente interpretado no 6th *Amendment* da Constituição dos EUA, cujo sentido e alcance constitucional foi aclarado pela Suprema Corte em duas vertentes: 1) o direito constitucional de ser representado por um advogado na corte; 2) o direito de se auto-defender. Da junção das duas vertentes temos, em suma, a garantia do direito de escolha, o qual nada mais é do que uma faceta do direito de liberdade.

3 A LIGAÇÃO DA “SELF-REPRESENTED” OU “PRO SE LITIGANS” COM OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS

Não raro, ocorre nos diversos ordenamentos jurídicos, o conflito entre princípios constitucionais, o que leva o jurista a propor diversas formas de solução para solver essa difícil equação. Um dos princípios reitores para a solução de conflitos é o chamado princípio da proporcionalidade, aplicado através de um juízo de ponderação.

No direito norte americano não é diferente, quando estudamos a *self-represented* em cotejo com alguns outros princípios como: o acesso à justiça; a reserva do possível; o devido processo legal; a ampla defesa e a imparcialidade do juiz, com o seu consectário sub-princípio da inércia e a duração razoável do processo. Vejamos cada um deles.

- a) Acesso à justiça: a questão da *self-represented* ou *pro se litigans* é debatida no ordenamento jurídico norte-americano como forma de concretização do acesso à justiça, já que garante ao cidadão norte-americano o acesso universal às Cortes, sem depender de advogado para representá-lo. Todavia, a equação não é tão simples, já que a falta de conhecimento técnico-jurídico, pode transformar o processo judicial em uma aventura jurídica, ou seja, o acesso à justiça é apenas formal, mas não material ou substancial, visto que de nada adianta ter universalidade de acesso, se o desenvolvimento do processo é deficiente, gerando injustiça no caso concreto.

Mesmo diante desta dicotomia, ao realizar o juízo de ponderação supramencionado, o direito norte-americano opta pela manutenção da auto-representação, criando mecanismos para suprir a deficiência técnica, através de orientações, guias, etc¹⁰.

- b) a reserva do possível: assim como na economia, no Direito temos a plena aplicação da reserva do possível, isto é, as necessidades são ilimitadas e os recursos são limitados. Nesta esteira, surge o princípio da reserva do possível como argumento jurídico para a não implementação de direitos, em virtude da falta de condições econômicas para tal. A auto-representação, malgrado seja um direito constitucionalmente garantido nos Estados Unidos, esbarra em duas questões sublinhadas, as quais já foram anteriormente tratadas, quais sejam: a falta de condições para se pagar um advogado, bem como o número insuficiente de defensores públicos para exercer a defesa do cidadão, o que muitas vezes “obriga” o indivíduo a se auto-representar perante o Poder Judiciário. Assim, nada impede que se permita a auto-representação como forma de suprir a possível falha estatal em não prover

10 Ver: <<http://www.sconet.state.oh.us/Publications/proSeGuide.pdf>>.

o cidadão de defensores públicos em número suficiente para atender toda a demanda¹¹.

- c) o devido processo legal: o também chamado *due process of Law* é um direito constitucional americano extraído do *14th Amendment* da Constituição norte-americana e assim como no Brasil representa a observância de todas as regras processuais e materiais no caso submetido ao Poder Judiciário. Logo, se debate se a auto-representação garante ao cidadão o *due process of Law*, em virtude do fato de que o indivíduo nem sempre tem conhecimento das regras procedimentais de cada Corte, além do fato de que isso prejudica seu pleito em Juízo. Mais uma vez, diante deste conflito, o direito americano prima pela autonomia da vontade representada no direito de escolha de ir ou não para a Corte sem advogado e não só isso, garante que a auto-representação deve ser estendida e observada a todo cidadão americano, sob pena de anulação do processo por desrespeito ao devido processo legal.
- d) ampla defesa e a imparcialidade do juiz: outra ditocomia que surge no direito norte-americano se consubstancia na intrincada indagação: é possível garantir uma ampla defesa e é possível ao Juiz ser imparcial nos casos de auto-representação? No que tange à ampla defesa, sempre se dá a impressão de que a mesma não existe na auto-representação, já que falta a defesa técnica¹². Para a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a verdadeira ampla defesa, é permitir ao cidadão escolher o que ele entende melhor, ou seja, se prefere ir à Justiça com ou sem defesa técnica. Mais uma vez, no juízo de ponderação prevalece a auto-representação. No que se refere à imparcialidade¹³, normalmente os juízes

11 No Brasil não é diferente. Em 2007 a Associação Nacional dos Defensores Públicos em pesquisa realizada conclui: "o número de defensores públicos no país, 3.440, é insuficiente para atender à parcela da população que depende da prestação gratuita dos serviços de orientação jurídica. O Brasil dispõe de apenas 1,86 defensor público para cada 100 mil habitantes, enquanto que a proporção de juízes é de 7,7 para cada 100 mil habitantes. A pesquisa constatou que o grau de cobertura das defensorias é de apenas 42% das comarcas brasileiras". Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=1879>>

12 No Brasil a ampla defesa se divide em dois aspectos: auto-defesa e defesa técnica, principalmente no processo penal, como já mencionado.

13 Para os americanos o juiz não pode se transformar em advogado da parte que se auto-representa, mas também não pode ser um inquisidor. Deve buscar o equilíbrio, dentro dos limites do seu poder

são mais tolerantes com os erros procedimentais em casos de auto-representação, mas nunca devem se afastar da equidistância das partes, sendo que podem ser encontrados em algumas Cortes Americanas guias orientando os juízes a não se envolverem na causa, com base na ideia de inércia do Magistrado, diante da natural ânsia de querer ajudar os indivíduos sem advogados¹⁴.

- e) duração razoável do processo: assim como no Brasil, nos Estados Unidos temos o princípio da duração razoável do processo, denominado por lá *right speedy trial*. Deriva da estruturação lógica de que para haver justiça é necessário que ela se materialize em curto espaço de tempo, sob pena de se perder eficácia e efetividade. A auto-representação é um desafio ao princípio da duração razoável do processo, já que a falta de conhecimento técnico-jurídico gera diversos incidentes processuais, além de ser muitas vezes estratégia de defesa daqueles que se auto-representam para adiar julgamentos, por exemplo, devendo o magistrado ficar atento a estas discrepâncias.

Todavia, neste caso, é cristalino que deve preponderar o direito constitucional da auto-representação sobre o *right speedy trial*, até porque pode o Juiz, sem desprezar o *due process of Law*, praticar atos que garantam a duração razoável do processo na condução do caso concreto, ou seja, ao mesmo tempo permite o exercício proporcional do direito de auto-representação e julga o processo em tempo hábil¹⁵.

Portanto, o exercício do direito constitucional de auto-representação gera uma série de interfaces com outros princípios jurídicos, ora concretizando-os, ora afastando-os, trazendo ao magistrado norte-americano uma série de desafios na aplicação do juízo de ponderação e elasticidade, tudo em busca do objetivo de determinar uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

discrecionário, sempre sem prejudicar a outra parte.

14 Ao contrário do que ocorre nos EUA, no direito brasileiro existe uma tendência dos magistrados em proteger aqueles que litigam sem advogados, ora pela natureza do direito, ora pela ânsia de querer equilibrar as forças que litigam. Exemplo disso são os trabalhadores que seguem sem advogado na Justiça do Trabalho.

15 Uma das formas preconizadas para garantir a duração razoável do processo é estimular programas de representação, nos quais podem haver treinamento para aqueles que se auto-representam, o que diminui o tempo de prática dos atos processuais e agiliza o processo.

4) AS EXPERIÊNCIAS DE “*PRO SE LITIGANS*” NO BRASIL

Ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, no Brasil a auto-representação não é a regra, mas sim a exceção. Portanto, o exercício de auto-representação só se dá em raros casos expressamente previstos em lei.

Em primeiro lugar, ressalte-se que no Brasil a auto-representação não é um direito constitucional, o que, por si só, já lhe retira força jurídica, se comparado com os Estados Unidos.

Em segundo lugar, não há nenhuma tradição histórica de auto-representação no ordenamento jurídico brasileiro, como ocorre nos EUA, sendo que por aspectos culturais, políticos e sociais, ou talvez por pertencermos à família romano-germânica de Direito, no Brasil quase sempre se postula em Juízo representado por advogado, mesmo nos casos em que é permitida a auto-representação¹⁶.

De toda sorte, a legislação brasileira permite a auto-representação tanto nos casos de processo criminal como nos casos de processo cível.

No processo criminal só se permite se for para interposição de Habeas Corpus¹⁷. Já no processo cível temos a auto-representação na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais Cíveis.

Quanto ao Habeas Corpus, tivemos a oportunidade de escrever sobre o instituto, em artigo intitulado Constitucionalismo, Constituição e Habeas Corpus, publicado em obra coletiva. Naquela ocasião, aduzimos que:

É sabido de todos que o princípio da inafastabilidade da jurisdição está previsto também como garantia fundamental do cidadão no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Todavia, para que o cidadão exerça o seu direito constitucional à prestação jurisdicional, o direito processual impõe algumas limitações de ordem jurídico-processual como a necessidade do preenchimento das chamadas condições da ação e dos pressupostos processuais, o que dificulta o acesso à justiça, ainda que de maneira indireta.

16 Nos Juizados Especiais Federais em Minas Gerais, no ano de 2011 foram ajuizadas 84.242 ações, sendo que destas, apenas 1.998 não tinham a presença de advogado.

17 O Habeas Corpus está previsto no art. 5º, LXXII, CF e o seu procedimento está previsto nos arts. 647 e seguintes do CPP. É uma ação constitucional que nos leva a uma jurisdição constitucional da liberdade frente à violência ou coação ilegal da liberdade de ir e vir dos cidadãos, ou seja, é um instrumento célere e eficaz no reconhecimento do direito fundamental à liberdade, donde decorrem vários outros direitos

Entretanto, no caso do habeas corpus estas limitações são mais tênues, como no exemplo do pressuposto processual relativo à capacidade postulatória.

Diz o art. 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) que apenas os advogados possuem capacidade postulatória, ou seja, postular em juízo em nome próprio ou de outrem é atividade privativa de advogado. No entanto, o próprio Estatuto em seu art. 1º, § 1º traz uma exceção dizendo que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal”.

Logo, a capacidade postulatória do habeas corpus é ampla e irrestrita, tendo-a qualquer cidadão do povo, o que facilita a sua impetração, bem como garante ainda mais a concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, facilitando o acesso à justiça.¹⁸

Com efeito, assim como no direito americano, o legislador brasileiro quis garantir a legitimidade ampla e irrestrita ao cidadão brasileiro, quando se trata da proteção do seu direito de liberdade, permitindo assim a auto-representação, através do *habeas corpus*.

No que tange ao processo cível, temos dois casos, quais sejam: os Juizados Especiais Cíveis e a Justiça do Trabalho.

Os Juizados Especiais Cíveis tem competência para julgar causas que envolvem valores econômicos menores, o que permite ao indivíduo litigar sem representação de advogado, já que são causas que versam eminentemente sobre direito patrimonial. Logo, ao contrário dos Estados Unidos, aqui não se permite a auto-representação em causas de família, por exemplo.

A possibilidade de auto-representação ou, se é que assim poderíamos chamar no Brasil, a possibilidade do cidadão ter capacidade postulatória pode ser exercida nas causas de valor até vinte salários mínimos, no âmbito dos Juizados Estaduais¹⁹, sendo obrigatória a assistência nas causas entre vinte e quarenta salários mínimos, que é o teto ou limite daquele órgão.

18 LACERDA, Bruno Amaro; KOOKKE, Marcelo. *Constituição: Da Antiguidade ao Século XXI*. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 120.

19 Na forma do Art. 9º da Lei 9.099/95 que diz: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”

Já nos Juizados Especiais Federais cuja competência para julgamento se dá nas causas de valor até sessenta salários mínimos, sempre pode haver auto-representação, não existindo diferenciação de valores como ocorre no âmbito estadual.

No entanto, a auto-representação é restrita, tanto no caso dos Juizados Especiais Estaduais, como Federais, já que só pode haver auto-representação em primeira instância, ou seja, sempre que houver interposição de recurso para o órgão julgador superior faz-se necessária a representação de advogado²⁰.

Por fim, temos a auto-representação no âmbito da Justiça do Trabalho conforme previsto nos artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho²¹, os quais permitem que os empregados e empregadores ingressem com suas reclamações ou se defendam sem a presença do advogado.

Todavia, tal direito também não é amplo, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho já editou a súmula de número 425 que diz:

“*O jus postulandi* das partes, estabelecido no artigo 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

Deste modo, temos no Brasil um movimento diametralmente oposto ao que ocorre nos EUA, pois enquanto lá a regra é a possibilidade de auto-representação, aqui se trata de exceção. Como se não bastasse, enquanto lá temos um crescimento do exercício do direito constitucional da *self-represented* nas Cortes, aqui temos não só sua limitação jurisprudencial como legal²².

20 É a previsão do art. 41, § 2º da Lei 9.099/95 que diz: “No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”. Lembre-se que a Lei 9.099/95 se aplica no âmbito dos Juizados Especiais Federais naquilo que não conflitar, como previsto no art. 1º da Lei 10.259/2001, o que induz a aplicação da regra para ambos.

21 “Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Art. 839 - A reclamação poderá ser apresentada:

a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe;
b) por intermédio das Procuradorias Regionais da Justiça do Trabalho”.

22 No Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que equivalente à sigla BAR nos EUA, está encampando e apoiando o projeto de Lei 3.392/2004 que visa acabar com o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, isto é, não se permitir mais a *self-represented* na Justiça do Trabalho, aduzindo a obrigatoriedade da representação por advogado. Informação disponível no *Jornal do Advogado. Expresso OAB-MG*. Informativo da Ordem dos Advogados do Brasil. Seção Minas Gerais. Gestão 2010/212. Edição nº 6-jan./fev. 2012. p.. 04.

5 CONCLUSÃO

Todo acontecimento no mundo fenomênico deve ser analisado segundo duas noções básicas: o tempo e o espaço.

Jean Louis Bergel destaca muito bem a importância do aspecto temporal e espacial do fenômeno jurídico e, por conseguinte, do Direito Comparado.

Em relação ao aspecto temporal, ele diz:

Uma parte da eternidade, uma das quatro dimensões, o tempo, entidade representativa da mudança contínua do universo, tem para o jurista um valor essencial. Observa-se sobretudo que o fenômeno jurídico se situa no tempo

[...]

As relações entre o tempo e o direito concernem, pois, a um só tempo, ao estudo do direito no tempo e ao lugar do tempo no direito.²³

E, com relação ao espaço, continua o insigne autor:

O fenômeno jurídico se desenvolve no espaço (...). No plano geral, na escala “macrojurídica”, a disparidade dos sistemas jurídicos impõe situar o direito no espaço e resolver os problemas ligados à confrontação dos diferentes sistemas jurídicos. Mas, no plano “microjurídico”, quando nos concentramos em situações jurídicas específicas, a localização delas, a proximidade ou o afastamento de seus elementos constitutivos ou os deslocamentos que elas comportam geram conseqüências que o direito positivo deve domesticar. Cada sistema de direito deve, por conseguinte, reger os problemas ligados ao espaço nas relações jurídicas [...]²⁴

Isto não é diferente no estudo da “*self-represented*” ou “*pro se litigants*”. Assim, seu estudo deve estar focado à realidade temporal e espacial de determinado ordenamento jurídico, já que nem sempre a importação de um Instituto para outro país é adequada, justamente

²³ BERGEL. Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 133-135.

²⁴ op. cit. p. 165.

pelo fato das peculiaridades locais. A diferença entre a aplicação da *self-represented* nos Estados Unidos e no Brasil demonstra a assertiva.

Logo, seria viável alargarmos a aplicabilidade da *pro se litigants* no Brasil? Acreditamos que a resposta a esta indagação é negativa, não só porque a tendência do nosso ordenamento jurídico, como já visto anteriormente é restringir a aplicação do *jus postulandi* com base na ideia da indispensabilidade do advogado, como função essencial à justiça esculpido no art. 133 da Constituição Federal de 1988, como também pelo fato de que as instituições políticas não desejam tal ampliação.

Além do mais, pelas nossas condições culturais e educacionais, o acesso à justiça se torna ainda mais distante ao leigo, quando se auto-representa, tendo em vista a realidade socioeconômica do Brasil.

De todo o exposto, concluímos que o instituto ora estudado tem larga aplicação prática nos EUA, porém gera muitos desafios e efeitos dialéticos, haja vista a dificuldade de se ter um julgamento justo e equânime em processos judiciais sem a presença do advogado, todavia, mantido e fomentado pelos *yankees*, já que arraigados em tradição histórica e no princípio da autonomia da vontade, representado pelo direito de escolha.

No Brasil, ao contrário, permanecemos com as poucas possibilidades de auto-representação, já que não somos dotados da outrora dita tradição histórica, nem mesmo somos muito afetos ao princípio da autonomia da vontade, já que sempre acostumamos com o dirigismo estatal.

Quiçá, no futuro, quando tivermos um maior nível de escolaridade da população brasileira, bem como uma maior consciência e disseminação da cidadania, possamos através de uma novel legislação, ampliar o acesso à justiça a todos sem necessidade do advogado. Mas, por enquanto, o que temos é apenas um sonho: tanto da auto-representação, quanto do acesso à justiça!

REFERÊNCIAS

BERGEL. Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Handling Cases Involving Self-Represented Litigants. A Bench Guide for Judicial Officers. Administrative Office of the Courts. January, 2007

HASHIMOTO, Erica J. *Defending the right to self-representation: an empirical look at the pro se felony defendant*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=fac_pm>.

Jornal do Advogado. Expresso OAB-MG. *Informativo da Ordem dos Advogados do Brasil*. Seção Minas Gerais. Gestão 2010/212. Edição nº 6- jan./ fev. 2012.

LACERDA, Bruno Amaro; KOOKKE, Marcelo. *Constituição: Da Antiguidade ao Século XXI*. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

MARKS. Jason R. *State Competence Standards for Self-Representation in a Criminal Trial: Oportunitity and Danger for State Courts after Indiana v. Edwards*.

LOUGHNER, Jamie “Bork”. *Going Pro Se (Representing yourself without a lawyer)*. Disponível em: <<http://www.infoshop.org/breakingglasspress/ProSe.pdf>>.

WILLIANS, Marie Higgins. *Comment: the pro se criminal defendant, standby counsel, and the judge: a proposal for better-defined Roles*. LexisNexis, Summer:2000.

A TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

PUNITIVE DAMAGES AND THEIR APPLICATION IN BRAZIL

Hugo Menezes Peixoto

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério do
Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Características gerais e condições dos punitive damages; 2 A responsabilidade extracontratual por danos morais na ordem jurídica brasileira; 3 A forma de aplicação dos punitive damages no Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Cuida o presente trabalho de estudo sintético acerca da teoria dos *punitive damages* e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um trabalho que identificará os fundamentos teóricos do instituto no direito norte-americano, delimitando suas regras básicas, funções e aplicação no sistema anglo-saxão. Por fim, uma vez pontuadas as diferentes tradições jurídicas (brasileira e americana), posicionar-se-á a doutrina dos danos punitivos no cenário jurídico pátrio, examinando a sua compatibilidade e seu modo de utilização pelas cortes de nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Dano extrapatrimonial. Direito Comparado. *Punitive damages*. Direito norte-americano. Law of torts. Direito Brasileiro. Compatibilidade. Aplicação.

ABSTRACT: This work is a succinct study about the theory of the punitive damages and their insertion in the Brazilian Law. This is a work that will identify the foundations of the American theory, exposing their basic rules, functions and application in the common law system. In the end, considering the differences between both countries (Brazil and USA), this study will place the doctrine of the exemplary damages in the Brazilian legal system, examining its compatibility and its use by the Brazilian Courts

INTRODUÇÃO

Considerando a gênese anglo-saxã da teoria dos *punitive damages* e a sua crescente aceitação pela doutrina e jurisprudência brasileiras, cabe reconhecer o papel fundamental do estudo do Direito Comparado para o operador jurídico.

Em verdade, para que sua utilização se dê de maneira correta na ordem jurídica nacional, é preciso conhecer os fundamentos que alicerçaram a doutrina dos *punitive damages* nos Estados Unidos.

Partindo dessa premissa, é que se fará um trabalho perfunctório, em que se examinará o instituto jurídico norte-americano dos *punitive damages*, analisando seus pressupostos normativos no contexto do ordenamento jurídico alienígena, com o fito de perscrutar sua adequação à realidade brasileira.

De início, vale assinalar que a figura dos *punitive damages* é concebida através da ideia de indenização punitiva, mediante a qual se confere à vítima de dano certo soma pecuniária, em valor consideravelmente superior à compensação daquele dano.

Também conhecidos como *vindictive damages* ou *exemplary damages*, possuem duplo objetivo indenizatório: punição do autor do dano (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da pena (*deterrence*).

Em razão dessa duplicidade de funções, a teoria em questão tem chamado a atenção de países (como o Brasil), cuja tradição em matéria de responsabilidade civil era limitada ao modelo de restituição ao *status quo ante* ou compensação financeira do prejuízo suportado pela vítima.

Acredita-se que a ascensão da doutrina dos *vindictive damages* seja fruto da insuficiência por vezes experimentada nas indenizações concedidas com base somente na ideia de ressarcimento.

Ademais, é sabido que esse caráter punitivo-pedagógico tem o condão de inibir a má-fé de algumas empresas, que, tendo conhecimento da potencialidade lesiva de seus produtos, ainda assim os disponibilizam à sociedade, certas de que levam vantagem na lógica do custo/benefício entre o lucro obtido pela comercialização desses produtos e o prejuízo eventualmente suportado pelas indenizações a serem pagas às vítimas que ajuizarem ações de ressarcimento.

Em que pese a aparente eficácia do instituto, não se pode prescindir de uma análise mais acurada a respeito do seu acolhimento pela nossa jurisprudência, sem olvidar-se de seus critérios e condições, nem dos vetores axiológicos e teleológicos que fundamentaram o surgimento dessa doutrina.

1 CARACTERÍSTICAS GERAIS E CONDIÇÕES DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A gênese do instituto remonta ao ano de 1278 na Inglaterra, tendo sido reconhecido nas colônias americanas quase que imediatamente. Em 1850, os *punitive damages* tornaram-se oficialmente parte do direito civil norte-americano.

Originariamente, o modelo dos *punitive damages* foi concebido como ferramenta apta a legitimar os pedidos de indenização, cujo prejuízo não era flagrantemente tangível, isto é, a doutrina inaugural dos *exemplary damages* restringia-se às hipóteses de dano extrapatrimonial.

Convém ressaltar, entretanto, que, naquela época, as cortes inglesas e americanas não tratavam da matéria com a propriedade necessária, de sorte que as indenizações concedidas não diferenciavam claramente as funções compensatória e punitiva.

Com o passar do tempo, ainda durante o século XIX, a doutrina dos *actual damages* (entendidos como aqueles danos efetivos que ensejam indenização compensatória) sofreu ampliação, abarcando, também, aquelas espécies de dano, cujo prejuízo não é identificado concretamente.

Posteriormente, a função meramente reparatória foi suprimida dos *exemplary damages* e transferida, com exclusividade, para a teoria dos *actual damages*, o que levou a Justiça estrangeira a somente mencionar aquela primeira doutrina em casos de punição e prevenção.

Por conseguinte, sendo certo que o instituto dos *punitive damages* estava calcado nas premissas de penalidade e dissuasão (*punishment and deterrence*), o cerne da questão passou do dano em si para a conduta do seu causador.

Fixado o aspecto fundamental a ser perseguido, qual seja, a conduta do infrator, releva examinar os principais atributos e requisitos da teoria dos *vindictive damages*, encontrados na ordem jurídica dos Estados Unidos.

De proêmio, insta frisar que, da ocorrência do dano não nasce o direito imediato à indenização punitiva para a vítima. Em outras palavras, não existe direito subjetivo à indenização baseada em *punitive damages*. O júri, via de regra, dentro do âmbito da discricionariedade, é que irá decidir pelo seu cabimento ou não.

Impende sublinhar, ainda quanto à incidência dos *exemplary damages*, que eles somente têm lugar nos casos de responsabilidade extracontratual, isto é, mesmo que haja descumprimento de cláusula contratual (independentemente do motivo ensejador), não há que se falar em indenização punitiva.

Visto isso, pode-se afirmar que os *punitive damages* somente são cabíveis em relações extracontratuais, quando configuradas certas situações de natureza subjetiva, assemelhadas ao conceito de dolo em sentido amplo. São as hipóteses de *bad faith, fraud, malice, violence, oppression, outrage, wantonnes, willfulness, wickedness*, entre outras,

Assim, resta claro que a mera culpa não constitui elemento apto a dar azo à indenização punitiva, devendo-se fazer a ressalva, contudo, de que em alguns estados americanos a negligência ou imprudência graves (*gross negligence or recklessness*) ensejam pagamentos a título de *punitive damages*.

Superado este ponto, é preciso tecer alguns comentários acerca dos valores, parâmetros e limites das indenizações punitivas concedidas.

Conforme registrado alhures, cabe ao júri, na maioria das vezes, determinar o *quantum* indenizatório nas ações, cujo pedido seja feito com fulcro nos *exemplar damages*.

Diante dos inúmeros casos de valores excessivamente abusivos, a Suprema Corte, no caso *BMW of North America v. Gore* (1996), decidiu que a concessão de indenizações em montantes flagrantemente desarrazoados ofenderiam o princípio do *Due Process of Clause*.

Com isso, foram fixados três vetores que devem ser seguidos, para fins de quantificação dos *punitive damages*, quais sejam:

- I - grau de reprovabilidade da ação (ou omissão) do causador do dano. E para mensurar esse nível de reprovação, devem-se, consoante a Suprema Corte americana, investigar os seguintes fatos: i) saber se o prejuízo foi físico ou econômico, ii) se houve indiferença ou desconsideração com a saúde e segurança de outrem na prática do ilícito, iii) se a vítima é pessoa financeiramente vulnerável, iv) se a conduta consistiu em incidente isolado ou se trata de ação contumaz, v) se existiu voluntariedade (dolo ou fraude) na conduta ou simples acidente;
- II - discrepância entre o dano sofrido pela vítima e os *vindictive damages*;
- III-diferença entre a indenização sancionadora imposta pelo júri e as multas civis atribuídas em casos similares.

Considerando tais premissas, a partir de então, a discricionariedade do júri na delimitação da indenização punitiva vem sendo objeto

de derrotas em diversos julgamentos, nos quais há declaração de inconstitucionalidade por desrespeito aos parâmetros estabelecidos no caso acima citado.

Apenas a título de ilustração e devido à proposta lacônica deste trabalho, mencionar-se-á um caso judicial americano (mais emblemático e de fácil entendimento), em que se serão expostos os aspectos básicos dos *punitive damages*:

Um automóvel de fabricação da FORD explodiu, tendo causado a morte de três pessoas que estavam no seu interior. No curso da investigação, descobriu-se que o motivo da explosão teria sido a localização do tanque do carburador na parte traseira do carro. Demonstrou-se, também, que a localização desse reservatório da parte de trás do automóvel significaria uma economia de US\$ 15,00 por cada veículo.

Em face de tal cenário, o júri, por considerar a conduta da empresa como altamente reprovável (confronto entre o menor custo da produção em detrimento da segurança dos condutores), a condenou em montante assaz elevado.

Destarte, pode-se observar que, no âmbito do direito norte-americano, a doutrina dos *punitive damages* não é aplicada indistintamente a quaisquer casos de responsabilidade civil. Ao revés, em razão dos critérios acima descritos, verifica-se que ela é restrita aos casos de responsabilidade extracontratual e, além disso, exige a presença de elemento subjetivo do autor do dano, que indique a reprovabilidade de sua ação.

2 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL POR DANOS MORAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Devido ao fim a que se destina este trabalho, far-se-á, em breves linhas, apenas um resumo do cenário jurídico positivo da responsabilidade extracontratual por danos extrapatrimoniais no Brasil, para, em seguida, examinar a sua compatibilidade com a doutrina norte-americana dos *punitive damages*.

O Código Civil de 2002, em seu art. 927, determina que aquele que cometer ato ilícito está obrigado a repará-lo. Por sua vez, o art. 944 estabelece regra, segundo a qual a indenização mede-se pela extensão do dano.

De modo a flexibilizar as amarras do *caput* do art. 944, seu parágrafo único dispõe que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá diminuir, equitativamente, o *quantum* indenizatório.

Nesse sentido, também se observa o disposto no art. 953 do mesmo diploma legal, o qual cuida das indenizações por calúnia, injúria e difamação e assevera que, não sendo possível a comprovação de prejuízo material, pode o juiz, com base na equidade, fixar o valor da indenização mediante análise das circunstâncias do caso concreto.

Por seu turno, o Código de Defesa do Consumidor (artigos 6º, VI e VII, 12 e 14), contempla expressamente o direito do consumidor à indenização por dano moral, independentemente de culpa.

Visto o arcabouço normativo sobre o tema, vale trazer à baila alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstrarão como está sendo tratada a indenização por danos morais no Brasil:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorrido o evento danoso (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002)

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. *O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.*

4. *Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa*

como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. *In casu*, o tribunal a quo condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte do pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.

8. Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997)

9. Recurso especial provido.

(Recurso Especial n.º 210101/PR. Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal convocado do TRF1. DJU: 09/12/2008) (grifo do autor).

AGRAVOS REGIMENTAIS. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA A TRATAMENTO DE URGÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO

DO VALOR DA CONDENAÇÃO E DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO.

1.- É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, sem que, para tanto, seja necessário o reexame de provas.

2.- A fixação dos danos morais no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (um mil reais), cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

3.- Agravos Regimentais improvidos.

(Agravos Regimentais no Agravo em Recurso Especial nº 46590/SP. Ministro Sidnei Beneti. DJ: 07/11/2011)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA.

1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ.

2. Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes.

3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ).

4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento.

(Recurso Especial 1171826/RS. Ministra Nancy Andrigui. DJ: 27/05/2011)

Sem embargo de preocupar-se com a vedação ao enriquecimento ilícito, infere-se dos julgados acima transcritos, que a aplicação da teoria dos *“punitive damages”* pela jurisprudência pátria padece de certa atecnia, posto que ela é utilizada, indistintamente, para casos de responsabilidade contratual e/ou objetiva.

3) A FORMA DE APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL

Uma vez vistos os dispositivos legais que versam sobre a responsabilidade extracontratual e algumas decisões judiciais sobre o tema, cumuladas com a teoria dos *exemplary damages*, cabe agora perquirir a sua compatibilidade com o nosso ordenamento e a real necessidade de sua aplicação no Brasil.

A respeito da sua inserção e aceitação no Brasil, confrontam-se correntes doutrinárias antagônicas, estando de um lado aqueles que refutam a possibilidade do caráter punitivo da compensação por dano extrapatrimonial, ao passo que coexiste a corrente defensora da reparação punitiva por dano moral.

Em posição deveras minoritária, Anderson Schreiber¹ repele a introdução dos *exemplary damages* no Brasil, pois estes criariam, para ele, uma figura esdrúxula de indenização, na qual se desconheceria em que medida o responsável estaria sendo apenado e em que nível estaria sendo compensado o dano. Ademais, propugna o ilustre doutrinador que o fato desse excesso de compensação destinar-se à vítima violaria a vedação ao enriquecimento sem causa.

Urge sublinhar, também, que os sectários da tese do descabimento da compensação punitiva dos danos extrapatrimoniais invocam o já mencionado *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002, o qual preconiza que a indenização é mensurada pela extensão do dano.

Ocorre que tal norma somente reflete sobre os danos eminentemente patrimoniais, visto que é impossível medir-se, com

¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 201.

exatidão, o tamanho do prejuízo suportado pela vítima. O que existe, na verdade, é um juízo axiológico sobre os acontecimentos, que redundarão numa reparação financeira.

De outra sorte, encontra-se a opinião esposada por Youssef Said Cahali², que, defendendo a natureza punitiva da reparação por danos morais, assim leciona:

[...] o fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo, estilizados pelo direito moderno.

Delineados ambos os posicionamentos, pode-se afirmar que não se vislumbra óbice à adoção da doutrina dos *vindictive damages*. No entanto, não se pode olvidar de algumas balizas existentes no nosso ordenamento que devem disciplinar a sua aplicação.

Em primeiro lugar, é imprescindível destacar que somente pode haver imposição de *punitive damages*, nos casos de responsabilidade extracontratual, sendo certo que, em havendo violação contratual, a parte terá que fazer uso de outros mecanismos jurídicos.

Bem assim, é cediço que, nos Estados Unidos, a utilização da teoria dos *exemplary damages* não prescinde do exame do grau de reprovabilidade da conduta do agente, de tal sorte não há que se falar em aplicação dela nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

Ora, se o cerne da análise do instituto norte-americano concentra-se na reprovabilidade da atitude do causador do dano e a reponsabilidade objetiva ignora qualquer aspecto subjetivo da conduta do agente, resta patente a incompatibilidade entre eles.

Ao pensar de forma diferente, chegar-se-ia ao absurdo de medir-se o grau de censura à conduta do ofensor (âmbito da teoria dos *punitive damages*), com vistas a determinar o *quantum* indenizatório, enquanto que no decorrer no processo judicial somente foram examinados o dano e o nexo causal.

Desta feita, apenas há de se permitir a adoção dos *vindictive damages* nos danos decorrentes de responsabilidade subjetiva, em que haja a efetiva análise do aspecto subjetivo volitivo do causador do prejuízo.

Além disso, em virtude da garantia insculpida no art. 93, X, da Constituição Federal de 1988 (fundamentação de todas as decisões,

2 CAHALI, Youssef Said. *Dano Moral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 35-36.

sob pena de nulidade), é direito do ofensor saber em que medida ele está sendo punido e qual parcela da indenização visa à compensação da vítima.

Assim, em nosso sentir, as indenizações concedidas de forma genérica, com o simples arbitramento do valor, sem qualquer referência específica à reparação e/ou punição estariam maculadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Por fim, uma vez desenhadas as balizas para a aplicação da doutrina no Brasil, acredita-se, a despeito disso, que seria juridicamente possível a atribuição de caráter punitivo às indenizações por dano extrapatrimonial.

Conforme explanado anteriormente, nosso Código não contempla vedação a esse tipo de compensação. Pelo contrário, reporta-se à ideia de ato ilícito nos artigos 186 e 187, descrevendo, em seguida, no art. 927, a obrigação de reparar o dano.

Outrossim, vale repisar que o citado código de normas admite as indenizações por equidade (art. 944, parágrafo único e 953), de modo que, na compensação pelos danos morais, poder-se-ia infligir certo caráter sancionador

4 CONCLUSÃO

Portanto, o que se quer dizer com o presente trabalho é que a teoria dos *punitive damages* não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, para aplicá-la de maneira correta, devem ser observados certos limites e requisitos, consoante delineado no decorrer desse estudo (somente em casos de danos decorrentes de responsabilidade extracontratual de natureza subjetiva, mormente nas hipóteses de culpa grave, dolo, fraude etc.)

Além disso, observa-se não ser absolutamente necessária a sua adoção para que se possa imputar aspecto aflitivo e dissuasório às reparações por danos extrapatrimoniais, visto que a ordem jurídica pátria, nesse tema, possui regras que ensejam o liame entre a reprovabilidade da conduta do agente e o aumento da soma da indenização.

Ante o exposto, propõe-se apenas aos operadores do Direito que não se deixem seduzir pelas atraentes finalidades da doutrina dos *exemplary damages*, sem atentar-se para as idiosincrasias do instituto estrangeiro, com o fito de que sua aplicação seja feita em consonância com o arcabouço de normas jurídicas brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cássio Cunha de. *Punitive Damages - Indenização de Caráter Punitivo: Contornos e Possibilidades no Ordenamento Pátrio*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jun. de 2010. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7028/punitive_damages__indenizacao_de_carater_punitivo_contornos_e_possibilidades_no_ordenamento_patrio>. Acesso em: 11 de abr. 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAHALI, Youssef Said. *Dano Moral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUANTÁNAMO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

GUANTÁNAMO AND THE SEPARATION OF POWERS

João Carlos Souto

Procurador da Fazenda Nacional

Mestre em Direito Público

Professor de Direito Constitucional.

*autor, entre outras obras, do livro a “Suprema Corte dos Estados Unidos -
Principais Decisões” (Lumen Juris, 2008).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Barack Obama e a tentativa de fechamento de Guantánamo; 1.1 A Executive Order 13492; 1.1.1 A pressão interna e a erosão da credibilidade externa; 1.1.2 Direito a Habeas Corpus e prazo para fechamento; 12.2 O discurso no National Archives; 2 A oposição de Dick Cheney à política de segurança de Obama; 2.1 O mais influente Vice-Presidente da história americana; 2.2 Cheney no American Enterprise Institute: “Keeping America Safe”; 3 Oposição no Senado e da cidade de Nova Iorque; 4 Nova Ordem Executiva mantém aberta a prisão; 5 “Renegando a Justiça em Guantánamo”; 6 Aguda e complexa realidade; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a tentativa do Presidente Barack Obama em fechar a prisão de Guantánamo, com a remoção dos detidos para o sistema prisional dos Estados Unidos situado no “continente”. Pretende-se demonstrar que para além de uma promessa de campanha o Executivo Federal, sob a administração de um Presidente democrata, a Casa Branca adotou medidas céleres e que se pretendiam efetivas, e que restaram abortadas pela pressão de parte da sociedade e, ainda, do Poder Legislativo. O insucesso da tentativa capitaneada pelo Poder Executivo demonstra em última análise o pleno funcionamento do sistema de freios e contrapesos, que tem na Constituição dos Estados Unidos da América o primeiro documento constitucional a efetivamente adotá-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Guantánamo. Poderes. Barack Obama. Dick Cheney. Fechamento. Trauma. Pressão. Sociedade.

ABSTRACT: This article is about the attempt of President Barack Obama to close the Guantanamo prison, with the removal of detainees to the prison system of the United States located in the “continent”. I intend to demonstrate that in addition to a campaign promise, the Federal Executive, under the administration of a Democratic president, took swift action that intended to be effective, and remaining aborted by the pressure of the society and also of the Legislature. The failure of the attempt led by the Executive ultimately demonstrates a fully functioning system of checks and balances, which has in the Constitution of the United States of America the first constitutional document to effectively adopt it.

KEYWORDS: Guantanamo. Powers. Barack Obama. Dick Cheney. Closing. Trauma. Pressure. Society.

INTRODUÇÃO

Brasil e Estados Unidos da América têm muito em comum. Situados no continente Americano, ambos foram “descobertos” e colonizados por europeus. A América em 1492, pelo genovês Cristovão Colombo. O Brasil, oito anos mais tarde, em 1500, pelo Português Pedro Álvares Cabral.

Ambos têm vasta extensão territorial, embora tenham sido colonizados com uma marcante diferença de método. O território que hoje abriga os Estados Unidos foi dividido, ao longo do tempo, em Treze Colônias.¹ A Colônia portuguesa, diferentemente, foi organizada em uma única Colônia, ainda que no início a metrópole lisboeta tenha tentado administrá-la em Capitânias.

Os Estados Unidos da América foi o primeiro país a formalmente reconhecer a Independência do Brasil, em 1822. Pouco mais de um século mais tarde, proclamada a República e patente a necessidade de uma nova Constituição, os constituintes de 1891 se valeram de alguns institutos jurídicos adotados pela Constituição dos Estados Unidos, elaborada em 1787 e ratificada pelos Estados-membros em 1789.

Com efeito, a primeira Constituição republicana brasileira, para além de adotar o nome “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, se inspirou na Constituição norte-americana e adotou a forma de governo republicana, a forma de Estado federativa, o Congresso bicameral, o formato e a competência da Suprema Corte, bem como o sistema de freios e contra pesos.

A esses institutos o Constituinte de 1891 incorporou o controle de constitucionalidade das leis, que embora para alguns não esteja expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos, restou inaugurado pela sua Suprema Corte, no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 e que é considerado como a pedra fundamental do controle difuso de constitucionalidade.

De modo que não há dúvida acerca de pontos de convergência entre os sistemas norte-americano e brasileiro.

O presente trabalho se ocupa da análise da postura do Presidente Barack Obama na tentativa de fechamento do presídio de Guantánamo, situado na ilha de Cuba. Guantánamo é uma base naval norte-americana e que depois dos atentados de 11 de setembro tem sido utilizada para aprisionar os acusados de terrorismo contra os Estados Unidos.

¹ Sobre a História dos Estados Unidos consultar, entre outros, JOHNSON, Paul. *A History of the American People*. New York: Harper Collins Publishers, 1997.

O grande problema jurídico e moral que se apresenta é que a esmagadora maioria dos presos não tem tido acesso ao Judiciário e as decisões dos tribunais têm sido objeto de protelações e objeções do Poder Legislativo, do Executivo (na época do Presidente George w. Bush) e mesmo de alguns setores do Judiciário, vale dizer, de Tribunais inferiores que de um modo ou de outro criaram dificuldades na implementação de decisões da Suprema Corte.

As dificuldades enfrentadas pelo Presidente Obama demonstram muito menos eventual fraqueza do chefe do Executivo e muito mais a pressão de parte da sociedade, e, ainda, o pleno funcionamento do princípio constitucional do *check and balances*, normatizado pela primeira vez na Constituição Federal de 1787 e objeto de inúmeras decisões da Suprema Corte ao longo de mais de dois séculos de existência.²

1 BARACK OBAMA E A TENTATIVA DE FECHAMENTO DE GUANTÁNAMO

Guantánamo ocupou razoável espaço da campanha presidencial de 2008, que fez de Barack Obama o primeiro afrodescendente a se eleger Presidente dos Estados Unidos.

O presídio se tornou praticamente um símbolo daquilo que o Partido Democrata enxergava como um atentado praticado pela Casa Branca aos valores democráticos da sociedade americana, a que se somava a invasão do Iraque, as técnicas de investigação praticadas pela CIA e a larga utilização de escutas telefônicas e acessos a e-mails de pessoas meramente suspeitas de ser ou colaborar com grupos terroristas, entre outras ações implementadas após o 11 de setembro sob o selo do combate ao terror, inaugurado pelo governo de George W. Bush.

A propósito, durante a campanha, Obama se valeu de uma derrota parcial do Executivo perante a Suprema Corte, no caso *Boumediene v. Bush*, para assinalar que a administração federal estava tentando

2 Nem mesmo a longevidade da Constituição e da *praxis* constitucional norte-americana conseguiram afastar a agudeza do tema separação dos poderes, especialmente quando considerado os limites de cada um, de modo a evitar a interferência indevida, não agasalhada pelo Estatuto Supremo. É o que nos relata, em termos, Richard Fallon Jr., Professor da *Harvard Law School*, em sua conhecida obra escrita em conjunto com outros autores: *A related concern is the extent to which a power expressly granted to one branch must be exercised with a view to avoiding interference the powers of another branch*. LOCKHART, William B. & KAMISAR, Yale & CHOPER, Jesse H. & SHIFFRIN, Steven H. & FALLON Jr, Richard H. *Constitutional Law*. Cases-Comments-Questions. Eighth Edition. St. Paul:West Publishing Co, 1996, p. 172.

criar um buraco negro legislativo com as medidas implementadas em Guantánamo.³

Era natural que assim que chegasse ao poder ele adotasse medidas que reverterse ou ao menos desse novo rumo às medidas adotadas pelo seu antecessor.

1.1 A EXECUTIVE ORDER 13492

O compromisso do Presidente Obama⁴ em ofertar solução definitiva para aquilo que se apresentava como enorme constrangimento para toda a longa história norte-americana de defesa das liberdades públicas, especialmente dentro do seu território, pode ser mensurado com a edição, dois dias depois da posse, da *Executive Order* n 13492,⁵ de 22 de janeiro de 2009, que em sua epígrafe estabelece a revisão, disposição, transferência de indivíduos detidos em Guantanamo e o fechamento da prisão (*review and disposition⁶ of individuals detained at the Guantanamo Bay Naval Base and closure of detention facilities*).

As *Executive Orders* equivalem à Medida Provisória do Direito brasileiro, embora acolha características também de decreto presidencial. Com ela Obama pretendeu imprimir celeridade ao seu compromisso de campanha e simultaneamente resgatar a respeitabilidade do sistema legal norte-americano, arranhado por alguns dos instrumentos de combate ao terror.

3 ZENIKE, Kate. *McCain and Obama Split on Justices' Guantanamo Ruling*. New York: The New York Times, June 13, 2008. A autoria da expressão, a propósito, é atribuída a Lord Steyn, legislador britânico, membro da Câmara dos Lordes. Em 25 de novembro de 2003 ele proferiu uma palestra (*Twentieth-Seventh F. A. Mann Lecture*) à qual intitulou *Guantánamo Bay: The legal black hole*. Worthington, Andy. Cf. *The Guantánamo Files*. London: Pluto Press, 2007, p. xii.

4 Afaste-se, desde logo, qualquer possível ingenuidade nesta assertiva. Não se pode negar que fatores exógenos contribuam decisivamente para o insucesso do compromisso da nova administração. Conforme se verá ao longo do texto eles podem ser resumidos na resistência do Partido Republicano no Congresso Nacional e inclusive de setores do Partido Democrata, na resistência do Prefeito republicano de Nova Iorque, na posição relativamente contrária da sociedade estadunidense em aceitar o julgamento de “terroristas” por cortes civis.

5 Executive Order 13492, Federal Register/Vol. 74, N° 16/Tuesday, January 27, 2009/Presidential Documents, p. 4897/4900. Como se vê o registro foi feito cinco dias depois de sua edição. Curiosamente essa Ordem Executiva encontra-se sem número no site da Casa Branca, somente com o título “Closure of Guantanamo Detention Facilities” (Fechamento de Prisão de Guantanamo). Nesse mesmo dia, 22.01.2009, foram editadas duas outras Ordens Executivas, que trataram de questões relativas ao combate ao terror, procurando amenizar e aprimorar medidas adotadas pelo governo Bush. As citações seguintes, referentes a Executive Order 13492 foram colhidas na publicação Federal Register, mencionada nesta nota.

6 A palavra *disposition* tem, entre outros, o significado de transferência para a responsabilidade de outrem: *Disposition. Act of disposing; transferring to the care or possession of another*. Ou, ainda, decisão final sobre determinado assunto. Cf. *Black's Law Dictionary*, Abridged Sixth Edition, St. Paul, Minn, Est Publishing Co, 1991, p. 326.

1.1.1A PRESSÃO INTERNA E A EROSÃO DA CREDIBILIDADE EXTERNA

A preocupação com a opinião pública interna e externa – embora não se constitua no ponto nevrálgico da medida executiva – aparece estampada já nos primeiros parágrafos⁷ que registram que alguns indivíduos encontravam-se detidos em Guantánamo por mais de seis anos e a maioria por mais de quatro anos.

Essas detenções – continua o texto da Executive Order 13492 – eram fonte de significativa preocupação dentro e fora dos Estados Unidos (*in view of the significant concerns raised by these detentions, both within the United States and internationally*), de modo que se impunha uma imediata e apropriada transferência e solução para os detentos, bem como o fechamento da prisão (*prompt and appropriate disposition of the individuals currently detained at Guantánamo and closure of the facilities in which they are detained*). Tais medidas conduziriam a uma melhora da segurança interna, da política externa dos Estados Unidos e dos interesses da Justiça (*would further the national security and foreign policy interests of the United States and the interests of justice*).

Ainda no mesmo parágrafo o texto normativo menciona que o mero fechamento da prisão sem uma imediata determinação acerca do destino dos presos não serviria adequadamente aos propósitos que a *Executive Order* se propunha, ou seja, resolver o problema, ampliar a segurança interna e evitar o contínuo desgaste externo para os Estados Unidos (*Merely closing the facilities without promptly determining the appropriate disposition of the individuals detained would not adequately serve those interests*). Desse modo, a transferência dos presos deveria preceder o fechamento da prisão de Guantánamo (*the prompt and appropriate disposition of the individuals detained at Guantánamo should precede the closure of the detention facilities at Guantánamo*).

Embora óbvia, a conclusão do parágrafo anterior não restou implementada. E não o foi por razões várias, frustrando aqueles que acreditaram na promessa do candidato Obama e posteriormente na medida normativa adotada pelo Presidente empossado. Entretanto, muito pouco pode ser debitado a Obama nesse caso específico, isso porque os defensores da manutenção dos *enemies combatants* longe do território continental dos Estados Unidos usaram dos mais variados artifícios para não permitir a transferência dos prisioneiros, conforme veremos mais adiante.

7 A técnica de redação legislativa nos Estados Unidos é razoavelmente diferente da adotada no Brasil. Lá é comum que os textos normativos (leis, emendas, etc) acolham parágrafos longos, explicativos, quase como um texto escrito em que se pretende explicar algo com relativo detalhamento. Diferente do nosso estilo mais conciso para o caput, parágrafo ou inciso individualmente considerado.

1.1.2 DIREITO A *HABEAS CORPUS* E PRAZO PARA FECHAMENTO

Dois outros dispositivos da *Executive Order* 13492 merecem destaque. O primeiro expressamente reconhece o direito dos detentos ao Habeas Corpus, centro de uma vasta polêmica que consumiu muita discussão, conforme vimos neste capítulo.

O outro a fixação do prazo não superior a um ano, a contar da edição do ato normativo, para o fechamento de Guantánamo como prisão destinada a acolher os *enemies combatants* (*The detention facilities at Guantánamo for individuals covered by this order shall be closed as soon as practicable, and no later than 1 year from the date of this order*). O prazo relativamente curto pareceu indicar a disposição da Casa Branca em resolver o quanto antes o problema.

Ainda quanto ao fechamento a Ordem Executiva estabeleceu que se por acaso, no prazo de um ano ainda remanescesse algum preso acusado de terrorismo em Guantánamo, ele deveria ser deportado para seu país de origem, liberado, transferido para um terceiro país, ou, ainda, transferido para uma outra prisão nos Estados Unidos, de uma forma consistente com a lei, com a segurança nacional e de acordo com a política dos Estados Unidos.

O que talvez a Casa Branca não tenha mensurado é que diversos países não aceitavam receber seus nacionais que ficaram por longo tempo em Guantánamo. E, ainda, boa parte da sociedade norte-americana igualmente não admitia que estrangeiros acusados de terrorismo fossem transferidos em massa para o continente.

Por fim, importante ressaltar que a Ordem Executiva determinou a revisão do status de cada um dos presos, estabelecendo, ainda, que essa revisão deveria começar imediatamente (*A review of the status of each individual currently detained at Guantánamo (Review) shall commence immediately*). Com isso a administração Obama buscava acelerar a apreciação de cada um dos detentos que, como ela própria reconhecia, alguns estavam em Guantánamo há vários anos, sem qualquer perspectiva de julgamento.

1.2 O DISCURSO NO NATIONAL ARCHIVES

Conforme observado mais acima o 11 de setembro não encontra paralelo na História dos Estados Unidos. De longe supera o trauma causado pelos japoneses em Pearl Harbor. Essas circunstâncias explicam, em parte, a dificuldade enfrentada pelo Presidente Obama em sua tentativa de fechamento da prisão de Guantánamo. A dificuldade

em se conjugar segurança nacional, pressão conservadora favorável à manutenção dos instrumentos de combate ao terror da era Bush e respeito aos valores que nortearam a fundação dos Estados Unidos e os quais ele Obama conhecida muito bem, como legislador e professor de Direito Constitucional.

Esse trauma pode ser parcialmente mensurado no longo discurso proferido pelo Presidente Obama, em Washington, na sede do Arquivo Nacional, em 21 de maio de 2009, especificamente sobre o tema Segurança Nacional, em que estavam presentes os principais integrantes do governo federal.

Sintomaticamente o verbo proteger⁸ aparece vinte e três vezes no discurso de quase uma hora, o que demonstra que passados quase oito anos após os atentados do 11 de setembro o tema continuava prioritário para a Casa Branca. A certa altura Obama ressalta que entre tantos desafios que a chefia do Executivo lhe impunha, a sua mais importante responsabilidade como Presidente era manter a segurança do povo americano (*my single most important responsibility as President is to keep the American people safe*). E em seguida emendou: É a primeira coisa que penso quando acordo pela manhã e a última quando vou dormir.

O discurso de 21 de maio, proferido no *National Archives*, um prédio de estilo clássico, localizado em Washington, e que em sua rotunda encontra-se a reprodução - grande e ostensiva - da Declaração de Independência, da Constituição e do *Bill of Rights*, foi permeado pela demonstração de comprometimento com a segurança do povo norte-americano, da luta contra o terrorismo, e, também, pela irrestrita aderência e respeito aos princípios constitucionais consagrados no *Bill of Rights*, os quais moldaram os Estados Unidos desde o fim do século XVIII.

O Presidente Obama lembrou que a sua jornada americana foi pavimentada por gerações de cidadãos que procuraram imprimir sentido à expressão “formar uma união mais perfeita” (*My own American journey was paved by generations of citizens who gave meaning to those simple words -- “to form a more perfect union.”*). Sobre a Constituição assinalou que a estudou como aluno, a ensinou como professor, obedeceu e a seguiu como advogado e legislador (*I’ve studied the Constitution as a student, I’ve taught it as a teacher, I’ve been bound by it as a lawyer and a legislator*). Ressaltou que jurou preservar, proteger e cumprir a Constituição na qualidade de Comandante em Chefe (*I took an oath to preserve, protect, and defend the Constitution as Commander-in-Chief*) e como cidadão sabia que nunca deveria virar as costas para os princípios que ela agasalha.

8 E variações como proteção, protegendo.

No dia anterior a esse discurso no *National Archives* o Senado havia negado solicitação da Casa Branca para a criação de um Fundo de 80 milhões de dólares, específico para o fechamento de Guantánamo. A derrota imposta a Obama foi por larga margem (90 a 6) e teve a participação de membros do seu Partido. Na ocasião o Senador Mitch McConnell, líder da Minoria, assinalou que os americanos não queriam que alguns dos homens mais perigosos fossem transferidos para o continente.

Nesse mesmo dia que o Senado lhe impôs essa derrota, Obama havia completado quatro meses como Presidente. Não obstante o pouco tempo ocupando a Casa Branca, já se encontrava sob intensa crítica da oposição que lhe atribuía certa fraqueza na condução da guerra ao terror e de adotar medidas que colocavam o país sob risco de um novo ataque; algo que, no dizer da oposição, a mão forte do seu antecessor havia afastado. Àquela altura Obama havia não só editado a Ordem Executiva 13492, determinando o fechamento de Guantánamo, como banira as técnicas de interrogatório adotadas desde o 11 de setembro e afirmara que estudava liberar documentos sobre debates do governo Bush em que se discutiam as vantagens e desvantagens das técnicas pouco ortodoxas de interrogatório.

Esses acontecimentos causaram irritação e severas críticas do Partido Republicano, de alguns democratas e de parte da sociedade e imprensa conservadoras dos Estados Unidos, essa última representada principalmente pela rede de TV Fox News. Da reação conservadora às propostas de Obama concernentes ao destino da prisão de *Guantánamo Bay* se ocupam os parágrafos seguintes.

2 A OPOSIÇÃO DE DICK CHENEY À POLÍTICA DE SEGURANÇA DE OBAMA

Richard Bruce “Dick” Cheney iniciou sua carreira política em Washington em 1969, exercendo alguns cargos públicos de relativa importância. Na década de 70, no governo do Presidente Gerald Ford, com a nomeação de Donald Rumsfeld para a Secretaria de Defesa, Cheney se tornou Chefe de Gabinete da Casa Branca. Após exercer mandatos de Deputado Federal durante a década de 80 do século XX, assumiu o importante cargo de Secretário de Defesa do Presidente George H.W. Bush (1989-1993).

Entrou definitivamente para a história como Vice-Presidente da República durante os dois mandatos de George W. Bush. (2001-2009). E essa entrada não necessariamente triunfal deve-se a quatro situações: primeiro pela longa experiência na política nacional e no Partido Republicano; segundo pelo seu próprio temperamento, por sua

facilidade em liderar; terceiro pelos acontecimentos do 11 de setembro que reclamaram resposta rápida e radical e quarto pela generosa delegação de atribuições que o Presidente Bush lhe conferiu, fundada numa confiança absoluta, conforme se demonstrará mais adiante.

Seja pelas credenciais, seja pelo temperamento, tornou-se, no início do governo Obama, a voz da oposição, o crítico mais agudo e mais ouvido na América, como se verá nos parágrafos seguintes.

2.1 O MAIS INFLUENTE VICE-PRESIDENTE DA HISTÓRIA AMERICANA

A liderança política exercida durante os dois mandatos do Presidente George W. Bush; a onipresença, especialmente nos assuntos de política externa, a defesa de temas agudos concernentes ao combate ao terror, o enfrentamento público e o debate acerca da estratégia política após o 11 de setembro, ajudaram a edificar a fama de político competente, operoso, e, assim, alguns passaram a considerá-lo como o mais importante Vice-Presidente de toda a História dos Estados Unidos.

Robert Kuttner, em artigo publicado no Boston Globe, em que faz graves acusações a Cheney e suas ligações com o mundo dos negócios, talvez tenha sido um dos primeiros a construir - ou constatar - esse raciocínio. Cheney, disse ele, é o mais poderoso vice-presidente na história dos Estados Unidos (*Cheney is the most powerful vice president in US history*).⁹ E completou: há um razoável conjunto de evidências circunstanciais que Cheney, e não Bush, é o poder real na Casa Branca, onde Bush é mera figura decorativa (*Indeed, there is a fair amount of circumstantial evidence that Cheney, not Bush, is the real power at the White House and Bush figurehead*).¹⁰

Numa série premiada com o Pulitzer de 2008, o jornal *The Washington Post*, traçou o perfil de Cheney e sua enorme influência na agenda política dos Estados Unidos durante sua passagem pela Vice-Presidência. Os dois jornalistas que produziram a série e receberam o prêmio, Jo Becker e Barton Gellman, entrevistaram mais de duas centenas de pessoas, incluindo desafetos políticos, e chegaram a conclusão de que nos últimos seis anos Cheney havia moldado a sua passagem na Vice-Presidência como nenhum outro antes (*over the past six years, Cheney has shaped his times as no vice president has before*).¹¹

9 KUTTNER, Robert. *Cheney's unprecedented power*. Boston: Boston Globe, 2004.

10 *Cheney's unprecedented power*, idem.

11 GELLMAN, Barton. BECKER, Jo. *A Different Understanding With the President*. Washington: The Washington Post, 2007. p. A01.

Os autores relatam detalhes de decisões importantes em que vários colaboradores diretos do Presidente (como Colin Powell, então Secretário de Estado, John Ashcroft, então *Attorney General*, entre outros) sequer tomaram conhecimento prévio. Cheney utilizava seu próprio staff para elaborar documentos que eram levados diretamente para assinatura do Presidente, sem que outros assessores pudessem fazer uma leitura prévia e discutir com Bush a repercussão e legalidade do que estava para ser implementado, a exemplo de várias das decisões da denominada guerra ao terror.¹²

No outro lado do Atlântico, a revista *The Economist* segue igualmente essa linha. Ao proceder um balanço do governo republicano, afirmou que Bush confiava totalmente em um pequeno grupo de assessores, entre eles o mais importante era Dick Cheney, que rapidamente se tornou o mais importante vice-presidente da história americana (*Mr. Bush relied heavily on a small inner core of advisers. The most important of these was Dick Cheney, who quickly became the most powerful vice-president in American history*).¹³

Outros textos atribuem a Cheney essa condição de proeminência entre os Vice-Presidentes dos Estados Unidos; listo dois livros: Stephen F. Hayes, *Cheney: The Untold Story of America's Most Powerful and Controversial Vice President*, e John Nichols em *The Rise and Rise of Richard B. Cheney: Unlocking the Mysteries of the Most Powerful Vice President in American History*.

De todas as suposições, teses e teorias conspiratórias acerca do poder de Dick Cheney como Vice-Presidente de George W. Bush, a que me parece mais razoável e factível é de autoria da escritora Shirley Anne Warshaw, que desde longa data tem se ocupado em escrever sobre política norte-americana, com especial ênfase para a Casa Branca.

Warshaw compartilha a ideia de que Cheney foi o mais importante Vice-Presidente da história dos Estados Unidos. Acrescenta - talvez com um pouco de exagero - que jamais outro Vice-Presidente terá igual poder. Entretanto, ao analisar como Cheney conseguiu toda essa proeminência, sua linha de raciocínio apresenta-se bastante verossímil. Ela parte da constatação de que a ascendência de Cheney sobre porção considerável do governo não envolveu nenhum tipo de assalto ou seqüestro do poder presidencial, como alguns haviam sugerido (*Cheney's ascendancy did not involve the stealing or hijacking of power, as some have*

12 Há evidências de que a partir do segundo mandato a influência de Cheney sobre Bush foi diminuindo aos poucos, embora não se possa afirmar que ela desaparecera por completo.

13 *The frat boy ships out. The Economist*, Londres, 15 de janeiro de 2009.

suggested) mas antes decorreu de uma decisão do próprio Bush em atribuir ao seu Vice-Presidente significativo papel na administração (*Rather, Bush handed his vice president a significant role in the administration*).¹⁴

O que talvez Bush não tenha desejado é que sua Presidência se tornasse dual, compartilhada com um Vice-Presidente experiente, hábil e dedicado ao trabalho. De novo parece acertada a tese esposada por Anne Warshaw quando afirma que Bush tinha todas as razões para confiar em Cheney: O Presidente tinha pouca experiência política administrativa. Antes de assumir a Casa Branca a única experiência política relevante de Bush havia sido a de governador do Texas por cinco anos, um Estado em que o Legislativo tem relevante papel, de modo que o Executivo não é tão demandado.

Segundo porque Bush levou para a Casa Branca alguns de seus auxiliares do Texas, com pouca ou quase nenhuma experiência no âmbito nacional. Assim, Cheney era o único próximo ao Presidente com larga expertise no trato de questões nacionais. E, mais importante, não tinha absolutamente nenhuma intenção de se candidatar a Presidente da República, seja pela idade, seja porque já havia tentado, seja, principalmente, por graves problemas cardíacos, de modo que Bush jamais enxergou nele uma ameaça na disputa eleitoral de 2004. Essas circunstâncias contribuíam para imprimir ainda mais peso às opiniões de Cheney.

Essa figura polêmica que representou na Casa Branca a ala mais conservadora do conservador Partido Republicano, ao deixar o poder não se ausentou dos grandes debates nacionais, especialmente aqueles que mais lhe interessavam e que conhecia muito de perto, até porque foi um dos principais senão o principal formulador no governo Bush: a política externa, segurança nacional e combate ao terror.

Sua longa trajetória política em Washington, a ampla experiência no Legislativo e principalmente no Executivo, a coragem e disposição demonstradas na defesa da agenda política do governo Bush e do Partido Republicano, conduziram-no a uma espécie de liderança natural entre os Republicanos naqueles primeiros meses do governo Obama.

Logo se posicionou como a voz da oposição ao governo Obama, seja acusando o Presidente de expandir o governo, mediante incursões desnecessárias na economia, seja com relação às medidas que a nova administração adotou, sob inspiração do Presidente, e que na análise de Cheney colocava em risco a segurança nacional, tornando os Estados Unidos de novo vulneráveis a ataques externos, a exemplo da decisão de fechar Guantanamo e de julgar os acusados de terrorismo em cortes civis.

14 WARSHAW, Shirley Anne. *The Co-Presidency of Bush and Cheney*. Palo Alto: Stanford Politics and Policy, 2009. p. 2.

2.2 CHENEY NO AMERICAN ENTERPRISE INSTITUTE: "KEEPING AMERICA SAFE"

Na mesma quinta-feira 21 de maio de 2009, em que o Presidente Obama discursou no Arquivo Nacional, Cheney proferiu um contundente discurso, em linha diametralmente oposta, defendendo as medidas adotadas durante a gestão Bush, bem como acusando a nova administração de colocar em risco todo o trabalho em prol da segurança do povo norte-americano.

Para o jornal *The Washington Post* o discurso de Cheney, proferido logo após o de Obama, foi como um eclipse sobre a fala presidencial. Cheney discursou igualmente na capital Washington, no *American Enterprise Institute*, uma instituição ultraconservadora, fundada em 1943, destinada à defesa da liberdade, do capitalismo democrático, do governo limitado, da iniciativa privada e da liberdade individual.

Segundo Cheney ele havia agendado seu discurso no *American Institute* para o dia 21 de maio com certa antecedência, e somente na segunda-feira da semana do seu pronunciamento a Casa Branca anunciou o discurso de Obama para o mesmo dia. Ele preferiu que Obama discursasse primeiro. O resultado dessa coincidência de datas é que, consoante registrou o próprio Cheney, a mídia denominou o episódio de *dueling speeches* ("duelos de discursos"),¹⁵ outros como o replay da então recente campanha presidencial de 2008.

O título do discurso de Cheney (mantendo a América segura)¹⁶ já demonstrava o tom que seria imprimido. O ex-Vice-Presidente renovou as críticas a Obama e qualificou de equívoco sua política de defesa nacional. Afirmou que as opções do Presidente concernentes a defesa nacional não deveriam se basear em slogans ou retórica de campanha.

Fez questão de registrar que não falava em nome do governo Bush, mas como um cidadão comum que não almejava mais nenhum cargo político. Assinalou que sendo o primeiro Vice-Presidente que antes havia sido Secretário de Defesa suas responsabilidades tenderam para a área de segurança nacional (*Being the first vice president who had also served as secretary of defense, naturally my duties tended toward national security*) e que *permaneceu diariamente focado naqueles desafios, livre de*

15 CHENEY, Dick; CHENEY, Liz. *In My Time: A Personal and Political Memoir*. New York: Threshold Editions. 2011, p. 521.

16 Em outubro de 2009, Liz Cheney, filha de Dick Cheney, com o apoio de outros republicanos, fundou a instituição *Keep America Safe*, que tem como missão fornecer informações para os americanos que se preocupam com assuntos importantes relativos a segurança nacional.

*outros temas políticos*¹⁷ (*I focused on those challenges day to day, mostly free from the usual political distractions*).

Listou os ataques da Al Qaeda a alvos norte-americanos, fora da América, desde a década de 90 e registrou que essa organização terrorista estava a procura de artefatos nucleares no mercado negro. Disse ter ouvido especulações ocasionais de que ele tornara-se um homem diferente depois do 11 de setembro (*I've heard occasional speculation that I'm a different man after 9/11*), completou que não faria tal afirmação, porém, ele livremente admitia que ao assistir um ataque coordenado e devastador contra seu país, sitiado em um *bunker* sob a Casa Branca, evidentemente que isso pode ter afetado a forma como ele encarava suas responsabilidades.

Cheney rechaçou a afirmação de Obama de que os valores americanos (de respeito aos direitos fundamentais) foram abandonados na luta contra o terror. Segundo ele os americanos que padeceram no conflito jamais abandonaram um padrão moral de conduta e que eles fizeram a coisa certa, tornaram o país mais seguro e que esses homens eram responsáveis pela vida de muitos americanos (*they did the right thing, they made our country safe, and a lot of Americans are alive today because of them*).¹⁸

Em outro momento Cheney afirmou que a decisão de Obama em fechar Guantánamo tinha igualmente o escopo de obter o aplauso fácil da Europa, não obstante colocasse em risco a segurança do país.

Por fim, em seu livro de memórias, que contou com a colaboração de sua filha, Liz Cheney, publicado em agosto de 2011, Cheney observa, com um certo sarcasmo, que dois anos depois desse “duelo” ele constata, feliz, que para o Presidente Obama o imperativo do fechamento de Guantánamo evoluiu para a necessidade de mantê-la aberta (*...I am happy to note that for President Obama the “imperative” of closing Guantánamo has evolved into the necessity of keeping it open*).¹⁹

3 OPOSIÇÃO NO SENADO E DA CIDADE DE NOVA IORQUE

A administração Obama não enfrentou tão somente a oposição contra o fechamento de Guantánamo. Outra questão sensível e

17 Há um certo consenso que o Presidente Obama se dedicou mais à Reforma do Sistema de Saúde do que as questões de segurança nacional, ou que pelo menos esse tema ocupou mais sua agenda durante o ano de 2009 e início de 2010.

18 CHENEY, Dick; CHENEY, Liz. op. cit, p. 523.

19 op. cit., p. 524.

umbilicalmente ligada ao presídio foi a decisão de submeter os terroristas a julgamento em cortes não militares na cidade de Nova Iorque.

Considerável parcela dos nova-iorquinos, alguns Senadores Democratas e a totalidade dos Republicanos marcaram posição contra o julgamento dos acusados de participação no ataque de 11 de setembro, bem como de outros atos terroristas, em cortes civis.²⁰

Em janeiro de 2010 seis senadores, de diferentes Estados, sendo dois deles do Partido Democrata, escreveram ao *Attorney General* Eric Holder protestando contra a decisão e ameaçando bloquear o repasse de recursos federais para a transferência dos presos.

Argumentaram que se mantida a decisão de julgamento em corte criminal, em Nova Iorque, o governo federal estaria proporcionando aos terroristas uma plataforma de visibilidade mundial, a exaltar os atos que eles cometeram e a incentivar outros atos terroristas.

Simultaneamente, o Prefeito de Nova Iorque, Michael Bloomberg, manifestou contrariedade ao julgamento em Nova Iorque, argumentando que a cidade teria um prejuízo gigantesco com o sistema de segurança, com a interrupção de vias e com a paralisação do comércio nas áreas próximas ao local do julgamento.²¹ Bloomberg que antes havia apoiado o julgamento em Nova Iorque, mudou de posição após enorme pressão dos nova iorquinos de todos os cantos da capital.

É importante esclarecer que nos julgamentos anteriores, a exemplo de *Hamdi v. Rumsfeld*, *Rasul v. Bush* e *Boumediene v. Bush*, entre outros, não se fez necessário a transferência de presos para Nova Iorque ou Washington. O que se discutia naqueles casos era o direito ao Habeas Corpus, à presença de advogado, à formalização de culpa, de agendamento de julgamento, enfim, questões mínimas que estavam sendo negadas ante a “construção” de uma nova categoria de prisioneiros, a dos “*enemy combatants*”, a quem se pretendeu negar direitos constitucionais ou de tratados internacionais como a Convenção de Genebra, conforme exaustivamente demonstrado em algumas passagens deste capítulo.

A polêmica Obama, Cheney, Bloomberg, Senadores de alguns Estados, moradores e comerciantes de Nova Iorque tinha uma outra dimensão, discutia-se, protestava-se contra os termos da *Executive Order* 13492 que, entre outras providências, determinava o fechamento de Guantánamo e transferia os detentos para prisões no continente, vale dizer, em cidades norte-americanas. Coincidentemente a primeira

20 A expressão corte civil é usada em oposição à corte militar. Não confundir com o ramo do Direito Civil, até porque o julgamento, nesse caso, ocorreria em uma corte de natureza criminal.

21 *Bloombergn Balks at 9/11 Trial, Dealing Blow to White House*. The New York Times, 2010. p. A-1.

transferência e o primeiro julgamento, ambos para e em Nova Iorque, era justamente do detento Khalid Shaikh Mohammed, considerado por todos como o principal autor dos atentados do 11 de setembro, *the mastermind*, o homem por trás de todo o planejamento.

4 NOVA ORDEM EXECUTIVA MANTÉM ABERTA A PRISÃO

Diante de todos esses acontecimentos, da pressão de parte da sociedade na manutenção de Guantánamo, da oposição dos nova-iorquinos e da população de outras cidades e Estados, do cerco promovido pelo Legislativo federal em não liberar recursos para a transferência dos detentos, da recusa de alguns países em receber seus nacionais que estiveram detidos na ilha, o Presidente Obama recuou em sua decisão inicial de fechar Guantánamo no prazo que ele próprio havia estabelecido.

A todas as luzes não se trata de um recuo deliberado, fundado exclusivamente na vontade do Presidente, mas decorrente, ente outras razões, no sistema de freios e contrapesos inaugurado pela própria Constituição de 1787, que atribuiu ao Legislativo relevante papel, conforme se constata nas manobras regimentais que impuseram essa derrota a Obama, impedindo-o de cumprir promessa de campanha, bem como de revogar instrumento normativo que ele havia editado nos primeiros dias de sua Presidência.

O recuo, ou o adiamento, restou implementado igualmente por uma Ordem Executiva, de nº 13567, de 07 de março de 2011.²² Essa Ordem Executiva se ocupa de outras questões, vale dizer, muito embora tenha sido um recuo, ela se preocupa em garantir aos detentos o mínimo de dignidade. Reitera a aplicação da Convenção de Genebra, tal como havia sido previsto na Ordem 13492, determina a revisão do status de cada detento a cada ano, de modo a evitar que eles permanecessem por longo tempo no esquecimento. A Ordem 13567 determinava ainda a continuidade do processo de transferência, sem, contudo, fixar data limite como havia feito sua antecessora.

Um mês depois de assinar a Ordem Executiva que manteve aberto o presídio, Obama concedeu uma entrevista à Associated Press em que ele reconheceu não ter sido capaz de resolver a questão no tempo que imaginava, ressaltando que sem a cooperação do Congresso essa decisão não seria implementada (*Obviously I haven't been able to make the case right now, and without Congress's cooperation, we can't do it*), contudo,

²² Executive Order 13567, Federal Register/vol. 76, nº 47/Thursday, March 10, 2011/Presidential Documents, p. 13277/13281.

observou que não havia desistido do seu intento inicial (*That doesn't mean I stop making the case*).²³

Com o simples gesto de reconhecer a indispensabilidade do Legislativo na condução desse tema sensível à segurança nacional, o Presidente homenageia a Democracia, comporta-se como um verdadeiro “democrata” e imprime efetividade ao princípio constitucional do *check and balances*, conforme, aliás, ele havia lembrado no seu discurso no *National Archives* quase dois anos antes: *Because in our system of checks and balances, someone must always watch over the watchers -- especially when it comes to sensitive administration -- information*.²⁴ Em suma, não obstante a relevância do tema e a prioridade que Obama lhe emprestou, baixando uma Ordem

Executiva no primeiro dia útil de governo, ele reconhecia como necessária a cooperação de outro Poder, muito embora houvessem opiniões no sentido de que o tema, por suas características não estava sujeito à revisão direta do Legislativo.

Consoante observei acima as cicatrizes causadas pelo 11 de setembro ainda vão permanecer por muito tempo no imaginário da sociedade norte-americana. Uma série de atos terroristas, numa única manhã, contra dois Estados e a Capital, com mais de três mil mortes e quatro aviões derrubados, causou em muitos a sensação de uma guerra, embora o inimigo não tivesse ligação direta com um Estado, não usasse uniforme e não empunhasse uma bandeira, tradicional, palpável.

Essas circunstâncias, sintetizadas acima e objeto deste já longo capítulo, foram e continuarão decisivas na construção de argumentos e teses favoráveis à relativização dos direitos fundamentais, sob o argumento, equivocado ou não, que em uma guerra o Estado assume prerrogativas excepcionais que em última análise têm por escopo proteger sua própria existência.

5 “RENEGANDO A JUSTIÇA EM GUANTÁNAMO”

Em novembro de 2011 o jornal *The New York Times* publicou um editorial com o título acima, que sintetiza um problema não resolvido,

23 FINN, Peter; KORNBLUT, Anne E. *Guantanamo Bay: Why Obama hasn't fulfilled his promise to close the facility*. 2011.

24 Nessa parte do discurso Obama salientou que determinara a revisão administrativa referente à classificação de documentos para estabelecer quais poderiam ser objeto de liberação para acesso de outros Poderes, de modo que eles pudessem exercer de forma ampla a revisão de medidas adotadas pelo Executivo. É uma mudança e tanto considerando que a administração Bush em nenhum momento escondeu a intenção de ampliar e fortalecer a posição do Executivo na condução de políticas públicas que, segundo o Partido Republicano, havia se enfraquecido desde o escândalo *Watergate*.

ou resolvido parcialmente, decorridos mais de dez anos após o 11 de setembro e três anos e cinco meses após a decisão prolatada pela Corte Suprema no caso *Boumediene v. Bush*.

Antes de mais nada o “parcialmente resolvido” do parágrafo anterior funda-se na simples constatação que o caso *Boumediene* constituiu-se em um avanço, — ainda que se possa dizer “relativamente efetivo” — na longa jornada judicial do assunto prisão de *Guantánamo Bay*. Portanto, as dificuldades presentes em 2011 — que inclusive desafiaram solene, pública e real determinação do Presidente Obama — atinentes ao caso *Guantánamo* não pode olvidar que houve um avanço institucional, ainda que pequeno, tímido ou qualquer outro adjetivo que se queira imprimir. O fato objetivo é que em um momento em que o tema segurança nacional estava constantemente presente, em que a Casa Branca encontrava-se sob a direção de um Presidente e de um Vice-Presidente conservadores e que contavam com o apoio do Capitólio, a Suprema Corte pôs um freio nas pretensões quase absolutas do Executivo em matéria de segurança nacional.

A irresignação do “Times” residia na postura da Corte Federal de Apelação do Distrito de Columbia, que insistia em criar dificuldades nos pedidos de Habeas Corpus sob sua jurisdição em casos envolvendo detentos de *Guantánamo Bay*. O editorial tomou como exemplo o caso do iemenita Adnan Farhan Abd Al Latif que sofreu um acidente de carro no seu país e posteriormente se dirigiu ao Paquistão para tratamento de saúde. Nesse interim cruzou a fronteira com o Afeganistão para visitar amigos que lá residiam. Em uma dessas viagens a Kabul foi preso na fronteira com o Paquistão e em seguida transferido para *Guantánamo*.

Sua transferência para *Guantánamo* resultou da acusação de ter sido recrutado pela Al Qaeda e de ter lutado com o Taleban. Fora enviado para a prisão em 2002 e somente julgado em 2011 por um juiz federal que acolheu Habeas Corpus em seu favor. O juiz de primeiro grau entendeu que as provas apresentadas pelo governo não eram suficientes para sustentar a acusação e que a argumentação de Latif se apresentava razoável a demonstrar que sua viagem a Kabul tinha razões de ordem pessoal, particular, não se vinculando a atividades terroristas, determinando, assim, sua imediata soltura.

Ocorre que em grau de apelação a Corte Federal de Columbia reverteu a ordem de soltura, de modo que Latif, ao tempo da publicação do editorial, ainda se encontrava preso, vale dizer, nove anos depois de detido na fronteira com o Afeganistão. O Tribunal, em decisão não unânime, assentou que o relatório apresentado pelo governo, concernente ao apelado, tinha presunção de regularidade (*a presumption of regularity*)

a menos que ele demonstrasse clara evidência contrária (*clear evidence contrary*) o juiz de primeiro grau deveria emprestar maior relevância ao argumento apresentado pelo governo. Assim, tornou ineficaz a decisão do juiz federal.

Em voto dissidente o juiz David Tatel registrou que a decisão da Corte fora tomada com fundamento em um relatório do governo produzido em meio a uma guerra, em circunstâncias não muito claras, nebulosas (*produced in the fog of war*), valendo-se de métodos clandestinos de que se sabia muito pouco (*by a clandestine method that we know almost nothing*).²⁵

Para o Editorial a Corte Federal de Apelação do Distrito de Columbia havia construído uma jurisprudência que estava influenciando as cortes inferiores e que era flagrantemente contrária aos detentos, considerando que desde 2010 — portanto depois de a Suprema Corte julgar o caso *Boumediene* — quinze Habeas Corpus haviam sido por ela negados. A prova dessa influência é que desde julho de 2010 até a data da publicação do Editorial (novembro/2011), os juízes distritais haviam negado dez Habeas Corpus relativos a casos de Guantánamo, sem que nenhum outro tenha sido deferido. Comparativamente, nos dois anos anteriores, portanto, depois da decisão proferida no caso *Boumediene* (2008/2010) esses mesmos juízes haviam concedido vinte e dois Habeas Corpus e negado quinze.

Presentes essas circunstâncias o juiz Tatel assentou que estava difícil de identificar o que restou da decisão da Suprema Corte, referindo ao multicitado caso de 2008 que impôs um freio as pretensões da Casa Branca no sentido de afastar os detentos de Guantánamo da garantia do processo judicial.

A postura da Corte de Apelação do Distrito de Columbia somente reforça o que restou expendido ao longo de algumas passagens deste trabalho. O trauma causado pelo resultado dos atentados do 11 de setembro, aliado ao discurso da máxima preocupação com a segurança nacional, para além do Poder Executivo, influenciou parte significativa da sociedade norte-americana, como se constata de algumas medidas aprovadas pelo Poder Legislativo, da recusa dos nova-iorquinos em receber em sua cidade o julgamento de alguns detentos e desse comportamento da Corte de Columbia, entre outros exemplos.

Nessa linha, relevante registrar que nas prévias do Partido Republicano para a escolha do candidato a Presidente para o pleito de 2012, alguns dos pré-candidatos defenderam a manutenção do presídio, e, outros, sua ampliação.

25 The New York Times. *Reneging on Justice in Guantánamo*. Editorial, 2011.

6 AGUDA E COMPLEXA REALIDADE

Relevante observar que a performance da Corte de Colúmbia não reside em incentivo oriundo da Casa Branca ou mesmo do Capitólio. Vale dizer, o ambiente favorável a uma postura mais radical no que concerne aos detentos de Guantánamo havia sido, de certo modo, sepultado com a derrota do candidato republicano no pleito presidencial de 2008.

Parece fora de dúvidas que embora não tenha conseguido fechar a prisão de Guantánamo, como era sua intenção desde a campanha, o governo Obama, no que concerne ao tema segurança nacional, adotou medidas diametralmente opostas às do seu antecessor. Contudo, não obstante essa postura, nem por isso deixou de considerar a segurança nacional como tema absolutamente prioritário.²⁶

Se sinais da continuidade de um comportamento mais radical no que diz respeito aos direitos dos detentos de Guantánamo não estavam mais presentes, como e por quê a Corte de Columbia - mesmo depois do resultado da eleição presidencial, mesmo após a decisão da Suprema Corte no caso *Boumediene* - insistia nessa postura de dificultar e talvez até mesmo subverter a maioria dos recursos que lhe eram apresentados?

Uma resposta possível, plausível, resida na constatação que como o tema (Guantánamo, direito dos detentos) diminuiu sua presença nas discussões dentro e fora das academias e nas páginas dos jornais, a Corte de Columbia pode ter chamado para si a tarefa de atuar como uma espécie de guardião da segurança nacional e se sentiu mais a vontade para agir ao notar que o assunto já não conseguia galvanizar tanta atenção como anteriormente.

Trata-se de mera suposição minha, contudo, o que parece irrefutável é que parte considerável da sociedade norte-americana, mesmo a mais liberal, não quer e não pretende esquecer o que ocorreu em Nova Iorque, em Washington e na Pensilvânia numa manhã de terça-feira de setembro de 2011.

A meu ver, essas pessoas tem o temor que, como o 11 de setembro é passado, o presente não o considere como deveria, minimizando seus efeitos, suas consequências, sua aguda e complexa realidade.

26 . Ver, a propósito, o item acima intitulado: "Discurso no *National Archive*".

REFERÊNCIAS

Black's Law Dictionary, Abridged Sixth Edition, St. Paul, Minn, Est Publishing Co, 1991.

Bloombergn Balks at 9/11 Trial, Dealing Blow to White House. The New York Times, 28janeiro2010.

CHENEY, Dick; CHENEY, Liz. *In My Time: A Personal and Political Memoir*. New York: Threshold Editions. 2011.

FINN, Peter; KORNBLUT, Anne E. *Guantanamo Bay: Why Obama hasn't fulfilled his promise to close the facility*. 2011. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/world/guantanamo-bay-how-the-white-house-lost-the-fight-to-close-it/2011/04/14/AFTxR5XE_story_4.html>. Acesso em: 23 abr. 2011.

GELLMAN, Barton; BECKER, Jo. *A Different Understanding With the President*. Washington: The Washington Post, 2007.

JOHNSON, Paul. *A History of the American People*. New York: Harper Collins Publishers, 1997.

KUTTNER, Robert. *Cheney's unprecedented power*. Boston: *Boston Globe*, 2004.

LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON Jr, Richard H. *Constitutional Law*. Cases-Comments-Questions. Eighth Edition. St. Paul: West Publishing Co, 1996.

WORTHINGTON, Andy. *The Guantánamo Files*. London: Pluto Press, 2007.

ZENIKE, Kate. *McCain and Obama Split on Justices' Guantanamo Ruling*. New York: The New York Times, 2008.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO ANTITRUSTE: A VELHA E A NOVA ECONOMIA EM DISPUTA

*INTELLECTUAL PROPERTY AND ANTITRUST LAW: THE OLD AND
THE NEW ECONOMY IN DISPUTE*

Leandro Novais e Silva

mestre e doutor em Direito Econômico pela UFMG;

*Aprovado em concurso público para Professor Adjunto de Direito Econômico da
UFMG; Pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e
Regulação (NECTAR-ITA) e Procurador do Banco Central do Brasil*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção dos direitos de propriedade intelectual sob a ótica da AED; 2 A concepção do direito antitruste como política pública de Estado; 3 Interação entre propriedade intelectual e direito antitruste; 3.1 Quando os direitos de propriedade intelectual geram problemas antitruste; 3.2 Reflexões sobre a Supreme Court's Illinois Tool Works Decision 547 U.S. 28; 4 A propriedade intelectual no centro do debate entre a velha e a nova economia; 4.1 Destruição criativa: a velha e a nova economia em disputa; 4.2 Reforço da clássica proteção aos direitos de propriedade intelectual (direitos autorais); 4.3 Repensando o copyright na nova economia e o espírito antitruste; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo debate a interação entre a propriedade intelectual e o direito antitruste, com enfoque para a proteção dos direitos autorais e as novas tecnologias. Com a investigação de Direito Comparado, em particular do Direito norte-americano, referência na matéria, estabeleceu-se um histórico da interação, com apontamento jurisprudencial. Detectou-se os principais pontos problemáticos na interseção entre a propriedade intelectual e o direito antitruste. Nessa linha, aprofundou-se o debate sobre o emergente choque entre os direitos autorais e as novas tecnologias. Discutiu-se, assim, com suporte no histórico já delineado anteriormente, as soluções para a renovação da proteção dos direitos autorais no ambiente digital, com destaque para as legislações americanas denominadas SOPA (Stop On line Piracy Act) e PIPA (Protect Intellectual Property Act) e também as negociações internacionais em torno do ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Por fim, o artigo oferece uma proposta alternativa de regulação da matéria, cujo enfoque – orientado pelo espírito antitruste – garante proteção à criação autoral, em especial quanto à distribuição do conteúdo criado e os efeitos patrimoniais daí decorrentes, mas que o regime protetivo fosse igualmente compatível e adaptado à realidade das novas mídias digitais. O suporte teórico que embasou a respectiva proposta foi a Análise Econômica do Direito (AED).

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual. Direito Antitruste. Interação. Direitos Autorais. Novas Tecnologias. Jurisprudência Norte-Americana. Proposta Regulatória. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: This article discusses the interaction between intellectual property and antitrust law, focusing on the protection of copyright and new technologies. With the investigation of comparative law, particularly the American law, a reference in the field, established a history of interaction with judicial appointment. It turned out the main trouble spots in the intersection between intellectual property and antitrust law. Along this line, deepened the debate on the emerging clash between copyright and new technologies. It has been argued, therefore, supported the historical context outlined above, the solutions for the renewal of copyright protection in the digital environment, with emphasis on the U.S. legislation called SOPA (Stop On-line Piracy Act) and PIPA (Protect Intellectual Property Act) and also the international negotiations around ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement). Finally, the article offers an alternative proposal to regulate the matter, whose approach - guided by the spirit of antitrust - ensures protection

of authorial creation, especially regarding the distribution of content created and the resulting balance sheet effects, but that the scheme would also be protective compatible and adapted to the reality of the new digital media. The theoretical support that its proposal was based the the Economic Analysis of Law (AED).

KEYWORDS: Intellectual Property. Antitrust Law. Interaction. Copyright. New Technologies. U.S Jurisprudence. Regulatory Proposal. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

A interação entre Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Intelectual revela, na maior parte dos casos, sintonia e harmonização. São direitos complementares, enfatiza a literatura jurídico-econômico¹. Os direitos de propriedade intelectual, em definição ampla (propriedade industrial e direitos autorais), proporcionam proteção ao autor/inventor, incentivam a inovação e o remuneram pela descoberta; tal regra de incentivo, tipicamente estudada pela Análise Econômica do Direito², ao resultar em inovação, acirra a competição, a busca por novos produtos e serviços, de melhor qualidade e menor preço. Exatamente o que defende a filosofia antitruste.

Há casos, no entanto, de *abuso* do direito de propriedade intelectual. O incentivo à inovação pode encobrir estratégia anticoncorrencial. O objetivo se torna menos a proteção da inovação, mas a proteção contra os concorrentes. No caso do uso abusivo da propriedade industrial a sanção específica é a licença compulsória³. Nesse ponto, a interação antes harmoniosa e complementar, torna-se conflituosa. O antitruste revela o remédio contra o uso abusivo do direito⁴.

1 Cf. LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011. 681p.

2 POSNER, Richard A. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 19, n. 2 (spring, 2005), p. 57-73.

3 No caso brasileiro, a disciplina está na Seção III da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. O art. 68 tem a seguinte redação: "O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial".

4 O abuso do direito de propriedade intelectual pode eventualmente configurar concorrência desleal, cuja proteção é abrangida pela Lei de Propriedade Industrial. No entanto, quando a própria coletividade é prejudicada, e não necessariamente o concorrente, o abuso pode configurar infração à ordem econômica (art. 36, XIV, da Lei n. 12.529/2011), cuja recomendação de penalidade é imposta no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (art. 38, IV, letra "a").

A literatura jurídico-econômico americana⁵, em particular, cuida dos eventuais choques entre a propriedade industrial (patentes de invenção; modelo de utilidade; desenho industrial; marca), com ênfase nas patentes, e o direito antitruste. No entanto, mais rara é a exploração da interação entre os direitos autorais e o direito antitruste.

Uma investigação possível é se há abusos no uso dos direitos autorais e suas implicações concorrenciais. Mas, especialmente, se o direito antitruste pode participar da modelagem da *distribuição* dos direitos autorais na nova economia tecnológica. É esta a linha e o objetivo essencial do artigo: buscar lições da interação entre o direito antitruste e o direito de propriedade intelectual, empregando-as particularmente no caso dos direitos autorais.

E nenhum debate hoje está mais em evidência, com sensíveis implicações para o Direito e a Economia, do que a proteção dos direitos de propriedade intelectual, em particular os direitos autorais, em face das mídias digitais, com ênfase na internet. O debate americano sobre o tema tem encontrado ampla repercussão, com a participação de inúmeros especialistas, de diferentes tendências, cujo foco essencial é a discussão sobre as novas legislações que reforçam a proteção dos direitos de propriedade intelectual, coibindo com rigor a cópia/distribuição ilegal de conteúdo pela internet.

O debate acima contextualizado permite identificar, ainda que de maneira reducionista e artificial, duas indústrias econômicas “peso-pesado”⁶: (i) a antiga indústria do entretenimento americano, capitaneada por Hollywood, e a (ii) indústria das novas tecnologias, cujas empresas atuam basicamente na internet. A discussão sobre a proteção do direito de propriedade intelectual nessa era digital (como fazer; como restringir; qual o alcance protetivo) configurou o real embate entre a velha e a nova economia. A primeira a defender o reforço tradicional da proteção dos direitos de propriedade intelectual; a segunda, contra tais restrições, defendendo a liberdade de expressão, a criação e a inovação na internet.

Tendo tal pano de fundo como referência, o artigo procura debater algumas questões: (i) é real a disputa entre a velha e a nova economia?; (ii) a solução é o reforço tradicional dos direitos de propriedade intelectual?; (iii) quais seriam as implicações concorrenciais daí decorrentes? E, se for possível, responder à seguinte pergunta, inovando na abordagem

5 Cf. LEMLEY, Mark A. A New Balance Between IP and Antitrust. *John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School*, Working Paper, n. 340, April 2007 e LEMLEY, Mark A; BURK; Dan L. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. The University of Chicago Press: Chicago, 2009. 220p.

6 Cf. In fight over piracy bills, new economy rises against old. *New York Times*, january 18, 2012. Acesso em: 18.janeiro.2012.

sobre o tema: (iv) é possível repensar/readaptar o direito de propriedade intelectual (direitos autorais) em face das novas tecnologias?

Para o desenvolvimento, além desta introdução, o artigo foi estruturado em mais cinco tópicos. O tópico 2, de cunho mais descritivo, trata da proteção aos direitos de propriedade intelectual, com ênfase nas patentes de invenção e nos direitos autorais, pela ótica da Análise Econômica do Direito; o tópico 3, cuida do direito antitruste e de seu alcance como política pública de Estado; o tópico 4, subdividido em dois pontos, realça problemas antitruste gerados pela propriedade intelectual, com ênfase na propriedade industrial, norteados por um caso clássico decidido pela Suprema Corte americana; o tópico 5, subdividido em três pontos, faz a transposição da discussão anterior para os direitos autorais, realçando as novas implicações concorrenciais. E no contexto do debate entre a velha e a nova economia, o tópico debate ideias para o *copyright* na nova economia, discutindo as questões levantadas no parágrafo anterior. O tópico 6 traz as conclusões do artigo.

E, finalmente, para tal abordagem utilizar-se-á essencialmente a Análise Econômica do Direito, como método investigativo. A AED reflete objeto de estudo recente na doutrina jurídica nacional, uma vez que só há pouco as cadeiras de direito econômico das principais faculdades brasileiras iniciaram um estudo aprofundado sobre a teoria norte-americana e a sua relação com processos de regulação estatal, desregulação e concorrência⁷.

1 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A ÓTICA DA AED

A ideia básica da proteção à propriedade intelectual, do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, reside em que os benefícios (incentivo à inovação e ganhos remuneratórios do inventor/autor) do direito de exclusividade – ou do exclusivo⁸ – devem mais que compensar seus eventuais custos (restrição de acesso e de desenvolvimento e

7 Como obra referencial da Análise Econômica do Direito cf. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

8 “De início, note-se que a expressão ‘propriedade’ intelectual já denota tomada de posição ideológica, atribuindo às descobertas, criações e inovações a forte proteção ligada à visão clássica dos direitos absolutos: poderes de usar, fruir e dispor, oponíveis erga omnes. Segundo Ascensão, essa qualificação continua a existir ‘com clara função ideológica, para coibir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade’. Por conta desse viés, vários autores preferem referir-se a ‘exclusivos’ no lugar de ‘direito de propriedade intelectual’” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 337).

eventuais problemas concorrenciais). A perspectiva de auferição de lucros move o agente econômico. Caso contrário, o agente tende a não realizar a inovação⁹.

Projetando a análise exclusivamente sobre as patentes de invenção e sobre os direitos autorais é possível identificar nas regras de proteção os respectivos incentivos econômicos¹⁰.

Nas patentes, segundo dispõe a Lei de Propriedade Industrial¹¹, são indispensáveis os requisitos de *novidade*, *atividade inventiva* e *aplicação industrial*.

É indispensável que o produto ou método patenteável seja novo. A patente de produtos ou métodos já conhecidos resultaria, economicamente, em desestímulo à produção de novos produtos ou métodos. O estoque de saberes (imateriais) públicos disponíveis também reduziria. O incentivo seria aproveitar o que já foi inventado, reduzindo igualmente a quantidade da informação (insumos livres) para a elaboração de novos conhecimentos. E, por fim, a sistemática de licenciamento de qualquer produto ou método já conhecido acarretaria a elevação de custos de transação, ainda que o licenciamento fosse gratuito. O incentivo que compensa, portanto, orienta-se para a invenção de novo conhecimento, nos limites de compreensão da novidade.

A patente deve expressar atividade inventiva, ou seja, não recair em atividade que seja óbvia. O pressuposto econômico é de proteção da atividade que, regra geral, tenha elevado custo econômico. Daí a ideia de segurança do investimento, com a garantia da remuneração futura. Proteger a descoberta óbvia, aquela que exige baixo investimento, não compensa. Os benefícios da invenção óbvia, sem proteção, são suficientes para suprir os custos de investimento. Basta a sua simples exploração para recompensar o custo da descoberta.

O invento, ainda, deve ter aplicação industrial. Proteger um invento sem aplicação industrial ou comercial imediata não tem lógica

9 Em Hovenkamp: "In private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so" (HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A.; LESLIE, Christopher R. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Aspen Publishers, 2011, § 1.1)

10 O tópico aproveita particularmente as ideias desenvolvidas por Fabiano Teodoro Resende Lara, com destaque para o capítulo 5 (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual*. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008. 254p.)

11 Art. 8º da Lei n. 9.279/1996. Há correspondência no artigo 27 do TRIPS (Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

econômica. Configura desperdício de recursos. Alocação inadequada. O benefício é exclusivo do inventor, sem a geração consequente de riquezas oriundas do invento. O invento não geraria benefício ou lucro social, de forma a recompensar sua proteção. Não gera desenvolvimento econômico ou inovação aplicada, razão essencial da proteção.

A não aplicação industrial tem ainda íntima conexão com o *abuso* do direito de propriedade intelectual. Estimula o comportamento de patenteamento estratégico, usado apenas para bloquear outras invenções, gerando problemas antitruste. O benefício econômico decorrente da invenção é postergado no tempo, esperando a descoberta da utilidade da patente, normalmente a ser feita por outro inventor, não pelo originário. Visível estímulo do comportamento parasitário (*free riding*), daquele que não desenvolve a invenção para a utilidade industrial. Funciona simplesmente como obstáculo à inovação por outro concorrente.

Por fim, o regime de proteção da patente, sob a perspectiva econômica, deve evitar a duplicação de investimentos para a invenção. A proteção eficiente deveria levar em conta, além dos requisitos já apresentados, as particularidades da inovação e seu alcance econômico. Quando possível, orientar-se pela fixação de prazos¹² e escopos protetivos diferenciados. O sistema objetivo de proteção – mesmo prazo e mesmo alcance da proteção para qualquer invento – pode premiar, não proporcionalmente, inovações de menor ou maior relevância econômica.

Conquanto a proteção dos direitos autorais tenha, obviamente, especificidades, a transposição da análise econômica obedece a uma lógica protetiva semelhante.

O fundamento econômico de sustentação básica da proteção – que aproxima os dois regimes protetivos – é igualmente no caso dos direitos autorais a *atividade criativa e transformadora* que a obra intelectual deve conter.

Além disso, deve ser expressa em qualquer meio ou suporte, ainda que intangível¹³. Deve ter, assim, representação ou exteriorização, o que equivale aqui a uma ideia de utilidade. Nesse caso utilidade para o

12 No Brasil, o art. 40 da Lei n. 9.279/1996 determina que o prazo de duração da patente de invenção será de 20 (vinte) anos contados da data de depósito. Diferentemente, nos Estados Unidos a proteção não é conferida pelo depósito – ou a quem depositou primeiro –, mas verdadeiramente quem inventou primeiro, o que pode demandar intensa análise probatória. Quanto aos direitos autorais, o art. 41 da Lei n. 9.610/1998 determina a proteção por 70 (setenta) anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor.

13 Art. 7º da Lei n. 9.610/1998. Há correspondência no artigo 9, 2, do TRIPS (Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

espírito. Não se protege, assim, a simples ideia, por mais genial que seja, mas a sua expressão, a sua exteriorização por qualquer meio¹⁴.

Do ponto de vista econômico, a circulação de ideias é totalmente livre. Seria totalmente dispendioso proteger a ideia pura, simplesmente representada. Nesse caso, haveria tão só o estímulo para a produção de ideias originais, não expressas, formando como um “banco de ideias”, aguardando o licenciamento futuro. Além disso, o custo de produção de novas ideias seria impensável. O autor deveria pesquisar quais ideias já foram protegidas, no tal “banco de ideias”, procurar seu autor para licenciá-la e só depois utilizá-la. Não há custo de transação que possa ser calculável para tal operação.

O caráter criativo e transformador também é indispensável. Se não há aqui, integralmente, como na patente, o requisito da *novidade*, é indispensável para a proteção a atividade criativa (ou recriativa, transformadora, com características de originalidade) de uma ideia anteriormente manifestada (expressa). Caso contrário, o retorno econômico do primeiro a manifestar a ideia com o mínimo de expressão, configurando proteção, seria completamente desproporcional ao trabalho necessário para obtê-la.

A recriação, sem plágio, portanto, deve ser protegida, quando novamente expressa. Tal estrutura de proteção cria incentivos econômicos adequados para o crescimento quantitativo e qualitativo do conhecimento humano. Remunera os esforços do autor da obra, permitindo igualmente o uso (recriativo) daquele estoque de matéria-prima, novamente expresso, produzindo novo valor e novo conhecimento.

E, por fim, e sensivelmente importante, a proteção não depende do registro, sendo este facultativo¹⁵. Se o requisito importante não é a originalidade, mas a ideia representada em um meio, expressa, a veiculação do meio, por si só, realça a proteção, inclusive contra o plágio. Haveria custos elevadíssimos para o sistema protetivo identificar a originalidade da ideia e a sua precedência. Não há eficácia econômica para o registro.

14 “Copyrights protect works of authorship fixed in a tangible medium, such as books, film, diagrams, and sound recordings. Copyright does not protect ideas or facts. The federal copyright statute explicitly states that copyright protection does not extend to ‘any Idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or Discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.’ 17 U.S.C. § 102(b). Rather, copyright protection extends to how an idea is expressed. This is often referred to as the idea/expression distinction in copyright. The dividing line between idea and expression is often hard to define, particularly in cutting edge areas of copyright protection such as software” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 11).

15 Na legislação brasileira, artigos 18 e 19 da Lei n. 9.610/1998.

Tal característica direciona inegavelmente o sistema de proteção do direito autoral, mais intensamente do que a patente de invenção, do registro para a regulação da distribuição do conteúdo criado. A base essencial da remuneração do autor da obra intelectual vem da distribuição/comercialização do conteúdo criado. Aqui essencialmente o incentivo econômico à criação, o *copyright* na expressão inglesa. O exclusivo se exerce visivelmente pela comercialização da obra, pela reprodução remunerada do trabalho intelectual. Este elemento distintivo – como se verá mais adiante – tem estreita conexão com os modelos de negócio de “comercialização” da obra intelectual, com inegáveis implicações concorrenciais¹⁶.

2 A CONCEPÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ESTADO

As principais escolas do pensamento antitruste – a escola de Harvard¹⁷ e a escola de Chicago¹⁸ – ainda hoje disputam a compreensão exata de objetivos (ou objetivo) que deve perseguir um sistema de defesa da concorrência. São inúmeros objetivos e estes continuam a oscilar no tempo, a depender do contexto histórico, econômico e social de aplicação da legislação antitruste: (i) proteção da pequena empresa; (ii) controle de preços; (iii) eficiência econômica; (iv) obtenção de resultados econômicos desejáveis.

16 Interessante notar, do ponto de vista econômico, que o exclusivo, para funcionar como tal, tem íntima relação com a notoriedade de autor intelectual. Quanto menor for o conhecimento público do autor da obra, menor a proteção do exclusivo ele exige ou requer. Por óbvio: a remuneração é proporcional à notoriedade do autor. Os problemas gerados para proteção do direito autoral, e seu uso exclusivo (comercialização/reprodução), são proporcionais à popularidade do autor. Assim, há forte incentivo para a ampla reprodução da obra, quase sem custo, quando o autor é desconhecido. Eventuais problemas de autoria só surgem quando a obra intelectual se torna conhecida e popular.

17 “Em linhas gerais, a Escola de Harvard parte do pressuposto de que as empresas com poder econômico usá-lo-ão para implementar condutas anticompetitivas - ‘todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limite, ensina Montesquieu (...) O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado. Dessa forma, dá-se preferência a uma estrutura mais pulverizada, evitando-se as disfunções no mercado. A frase *small is beautiful* identifica-se com a tese que defendem” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-2)

18 “A partir da década de 1980 atinge seu auge a Escola de Chicago, levada ao Poder, nos Estados Unidos, durante o governo de Ronald Reagan. Essa escola, iniciada pelas lições de Aaron Director e Ronald Coase, nos anos 50, tem como principais expoentes Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner (...) A escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa de mercado, que sempre beneficia os consumidores” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 163-4).

Por mais que se possa considerar a escola de Chicago, incorporando ao pensamento antitruste as idéias de rivalidade, de contestabilidade, da teoria dos jogos, cujo objetivo máximo é a eficiência econômica e a proteção ao consumidor¹⁹, como mais próxima de um padrão objetivo e técnico de aplicação da legislação antitruste, é inegável a persistência do modelo *estruturalista* de Harvard (Estrutura – Conduta – Desempenho), como modelo de raciocínio antitruste, dando cobertura às válvulas de escape para a definição de objetivos do direito antitruste.

A realidade oscilante que demanda a aplicação da legislação antitruste permite o uso mais ou menos amplo das válvulas de escape, tais como a regra da razão, o conceito de mercado relevante, ou o jogo do interesse protegido (proteção da concorrência, do consumidor ou contra a concorrência desleal, na defesa da propriedade intelectual).

O que se pode afirmar, para efeito de aplicação no presente artigo, é que há, no entanto um limite intransponível para a aplicação da legislação antitruste, cuja idéia é a *política de Estado*.

É que um sistema de defesa da concorrência – tanto no caso americano, como brasileiro – não deve praticar *política de Governo*. Política circunstancial, conjuntural, cujo lapso temporal é geralmente curto, efêmero, atuando com especificidade sobre determinado setor da economia. Tal política soluciona problemas pontuais. É atribuição do Governo de plantão. É política de passagem.

O direito antitruste é dirigido para política de Estado, de caráter mais perene, constante, política de longo prazo. A defesa antitruste, ainda cíclica, cujas acomodações são permitidas pelas válvulas de escape, tem horizonte contínuo, de garantia da concorrência como viabilidade do próprio mercado, cujo modelo reconhecidamente beneficia os consumidores.

Tal ideia permite conferir maior segurança jurídica para aplicação da legislação antitruste e maior previsibilidade para atuação dos agentes econômicos. Comporta ainda alguma imprevisibilidade, naturalmente. A dinâmica econômica é, por vezes, imprevisível. Instável. Com todos os padrões de verificação do passado, o economista ainda é seguidamente surpreendido. No entanto, há uma aproximação de um padrão objetivo, com limites visíveis, compreendendo a exata política pública do antitruste²⁰.

19 Cf. BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993. 479 p. A defesa de estruturas pulverizadas, como objetivo máximo do antitruste, em algumas situações gera estruturas ineficientes, penalizando o consumidor. Nesse sentido, o antitruste como um fim em si mesmo pode configurar um paradoxo, não perseguindo o objetivo essencial de proteção ao consumidor, segundo o entendimento de Bork.

20 “O superamento do subjetivismo, como nos lembra Esser, exige o conhecimento do processo de política do direito, em medida suficiente para deixar entender a motivação da decisão e suas conseqüências.

Levando em conta tal concepção, não é dado na aplicação da legislação antitruste, especialmente no controle preventivo dos atos de concentração, impor modelos de negócio. As restrições estruturais ou comportamentais impostas pelos órgãos antitruste devem buscar tão somente o controle do poder de mercado a ser exercido por empresas em concentração, salvaguardando um cenário de competição possível. Não se deve impor, com a justificativa de controle, um ambiente de negócio desejável para aquele segmento da economia. De novo: protege-se a concorrência, não um modelo de negócio concorrencial²¹. É uma sintonia fina complexa, mas indispensável.

A mesma idéia tem aplicação, com eventuais temperamentos, para a atuação do sistema concorrencial na atividade de *advocacia da concorrência*. Aqui não se aplica a legislação a um caso concreto, quer seja de controle preventivo ou repressivo (quanto às infrações concorrenciais). A atuação da advocacia da concorrência configura, de forma redundante, uma antecipação da prevenção. Objetiva recomendar, em particular às agências governamentais, regras ou normativos (regulação) que proporcionem ambientes mais competitivos.

Não deve impor ou ir contra modelos de negócios, mas deve advogar a criação ou fomento de ambientes mais competitivos. Em tais ambientes, as empresas são livres para atuar e desenvolver modelos alternativos.

Nesse ponto, a interação entre o direito antitruste, concebido como política pública de Estado, e a propriedade intelectual ganha novo realce, sustentando a linha argumentativa do artigo. Como se verá adiante, não se almeja propor decididamente modelo de negócio para os direitos autorais no ambiente de novas tecnologias. Tal proposta ultrapassaria os limites do antitruste como política pública.

Em outras palavras, para que seja proporcionado certo grau de segurança e previsibilidade, exige-se a definição da política da concorrência, por parte das autoridades competentes" (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 271-2)

21 Publishers argue that the agency model promotes competition by allowing more booksellers to thrive. They say Amazon had sold e-books below cost and that agency pricing saved book publishers from the fate suffered by record companies. But the Justice Department believes it has a strong case that Apple and the five publishers colluded to raise the price of e-books, people familiar with the matter say. Apple and the publishers deny that. The Justice Department isn't taking aim at agency pricing itself. The department objects to, people familiar with the case say, coordination among companies that simultaneously decided to change their pricing policies. "*We don't pick business models—that's not our job*," Ms. Pozen says, without mentioning the case explicitly. "But when you see collusive behavior at the highest levels of companies, you know something's wrong. And you've got to do something about it." DOJ's Latest On Apple Investigation. *Truth on the Market*. Acesso em: 25 mar. 2012.

Busca-se capturar, com a leitura da Análise Econômica do Direito, a realidade positiva do funcionamento da internet, em particular, para sugerir, normativamente, qual é, nesse novo ambiente, o regime mais competitivo e igualmente protetivo dos direitos autorais. Busca-se uma regulação competitiva para o novo ambiente²². Os modelos de negócio que compreenderem antecipadamente – e isto já está acontecendo – o ambiente da nova economia, com soluções adaptadas ao novo contexto de distribuição/comercialização do direito autoral, cujo padrão normativo é objeto do artigo, irão sair na frente e capturar o *market share* do mercado em transição.

3 INTERAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO ANTITRUSTE

3.1 QUANDO OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL GERAM PROBLEMAS ANTITRUSTE

A tensão entre os direitos antitruste e os direitos de propriedade intelectual é antiga, sendo já realçada quando do nascimento da disciplina antitruste nos Estados Unidos, ainda no século XIX, com o *Sherman Act* de 1890²³. Tal tensão segue a lógica econômica da proteção.

Do ponto de vista econômico, a proteção ao direito de propriedade intelectual confere ao titular um direito de uso exclusivo, da fruição autônoma, cuja temporalidade é definida, impedindo o aproveitamento econômico de todos os demais (terceiros), a não ser na hipótese licenciamento voluntário.

Na propriedade material, via de regra, a definição de direitos de propriedade individual segue a lógica econômica do estímulo ao uso adequado do recurso, finito, com a internalização dos custos de utilização da propriedade. A indefinição de direitos redundaria em total desequilíbrio e esgotamento frenético do recurso, tal qual uma *tragédia dos comuns*²⁴.

Mas diversamente da propriedade material, a propriedade imaterial (a patente inventada, a idéia intelectual expressa) não caracteriza um bem escasso. Não há a proteção de um recurso escasso. Protege-se a ideia ou técnica expressa com o objetivo de incentivar a inovação, garantindo uma remuneração exclusiva ao autor/inventor. No entanto, a ideia ou técnica expressa não se esgota, não é finita. O uso

22 Cf. VISCUSI, W. Kip *et al.* *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001. 864 p

23 Cf. HORWITZ, Morton j. *The Transformation of American Law – 1870 - 1960* (The crisis of legal orthodoxy). New York: Oxford University Press, 1977. 356p.

24 Cf. HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. *Science*, 162 (1968), p. 1243-1248.

por um terceiro – a cópia legal ou ilegal de um livro – em nada reduz a própria ideia expressa protegida. A compreensão exata dos objetivos da proteção, sob a perspectiva econômica, tem implicações sobre os modelos regulatórios, como se verá no ponto 5.

Para o presente ponto, a garantia de exclusividade importa na possibilidade da atribuição de um preço exclusivo à criação, com o objetivo de recuperação do investimento. O preço exclusivo aproxima-se do *preço de monopólio*, ao menos quanto à concepção econômica. Daí que parte da literatura atribui à propriedade intelectual à ideia de *monopólio legal*²⁵.

Embora haja, obviamente, uma criação exclusiva (no caso das patentes, com os requisitos de novidade e atividade inventiva; no caso do direito autoral, de uma recriação original), seguramente há no mercado substitutos próximos do método/técnica ou da obra intelectual criada.

No caso do direito autoral, tal ideia resulta muito clara. No cenário de um estilo musical, há inúmeros autores que, invariavelmente, são substitutos próximos uns dos outros. Há, portanto, em razão da substituição próxima – ou da elasticidade da substituição (da demanda) – efetiva concorrência, o que restringe a definição de preços exclusivos. Quanto mais inelástica for essa substituição, quanto mais exclusiva for criação, maior o poder de definição de preços de monopólio.

Aqui a origem da tensão com o direito antitruste. A possibilidade de definição de preços de monopólio – por si só – eventualmente não satisfaz o agente econômico. Para potencializar a exclusividade da criação – e seus efeitos remuneratórios –, viabilizando seu poder de mercado, o agente econômico emprega técnicas as mais diversas, cujos resultados podem caracterizar infração antitruste.

Quase todas as práticas de infração antitruste podem ter como base o abuso do direito de propriedade intelectual²⁶. As práticas de venda casada, ou de forçar a comercialização de um produto ou serviço não exclusivo em vinculação a um produto acobertado pela propriedade intelectual é muito frequente²⁷. Resulta inclusive na definição do poder de mercado²⁸, ainda

25 Cf. Capítulo II de BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010.

26 “Nos Estados Unidos, o problema das questões envolvendo propriedade intelectual e antitruste levou os órgãos de defesa da concorrência a regularem o assunto desde 1970, por meio da publicação, pelo DOJ (Department of Justice), dos chamados *Nine No-No’s*” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 81). Tratava-se da listagem de nove condutas anticoncorrenciais, consideradas *per se*, no âmbito do direito de propriedade intelectual.

27 Cf. *International Salt Co. v. United States*. 332 U.S. 392 (1947).

28 Cf. ANTITRUST GUIDELINE FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission, 1995, Sec.2.2: “Market power is the ability profitably

que hoje tal tensão tenha sido relativizada. A indústria de software vive intensamente tal problema, cujo caso notório foi o da *Microsoft*²⁹.

A conduta de venda casada, com as devidas adaptações, também pode originar o *abuso* do direito de autor, com as práticas de *block-booking copyrighted works*, cuja venda um trabalho intelectual (em particular filmes e livros) fica condicionada à compra de outra obra³⁰. Casos em que a indústria cultural possui efetivo poder de mercado, a compra individual se torna inegociável. Algumas justificativas econômicas, na linha da escola de Chicago, podem explicar a conduta³¹. Mas há casos em que a técnica econômica não consegue dar conta, configurando o abuso.

O uso abusivo da propriedade intelectual pode resultar tanto de acordos horizontais, como nos casos de patentes e cartéis³², de fixação de preço³³, de atuação no mercado (*market allocation*)³⁴, como de acordos verticais, no caso de descriminação ou restrição de preços³⁵ e de estruturação de pagamentos de *royalties*³⁶.

E, por fim, o abuso pode dar origem também às práticas de recusa do direito de licenciar³⁷. Caso clássico do abuso do direito de propriedade intelectual, que integra a linha do patenteamento estratégico e da inovação predatória, bloqueando a atuação dos concorrentes. Literatura abalizada³⁸ tem discutido a ação nefasta das empresas de alta tecnologia,

to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time. The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power”.

29 Cf. U.S. v. Microsoft Corp. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

30 Cf. United States v. Paramount Pictures, Inc. 334 U.S. 131 (1948).

31 Cf. LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 140-1.

32 Cf. United States v. United States Gypsum Co. 333 U.S. 364 (1948).

33 Cf. Standard Oil Co. v. United States. 283 U.S. 163 (1931).

34 Cf. Hartford-Empire Co. v. United States. 323 U.S. 386 (1945).

35 Cf. United States v. Line Materials Co. 333 U.S. 287 (1948).

36 Cf. Zenith Radio Corp. V. Hazeltine Research, Inc. 395 U.S. 100 (1969)

37 Cf. In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation (Xerox). 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000) e KUBRUSLY, Claudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, abr./jun. 2010.

38 “Lawyers and executives in the information technology industries, by contrast, almost invariably see the patent system as a cost rather than a benefit to innovation. Even companies with tens of thousands of patents generally use those patents only ‘defensively’, to minimize the amount they must pay other patent owners to permit them to sell their products. Ask most of these companies and in their candid moments they will tell you that they would be better off without any patent system, or at least with one that was

cujas disputas por patentes – estimulada pela estrutura de mercado e pela competição – tem como objetivo essencial, não a utilidade industrial da criação, mas a criação de obstáculos à concorrência. Em maior intensidade tal caso constitui propriamente a falência do instituto da patente como propriedade intelectual, desvirtuando a lógica de proteção.

Os casos mencionados permitem salientar que, em significativas situações, aquele balanço econômico sugerido anteriormente, como justificativa para a proteção da propriedade intelectual, cujos benefícios à inovação superam os custos da exclusividade e de restrição ao conhecimento, podem resultar sensivelmente desequilibrados. Quem informa tal idéia é o direito antitruste.

Com tal argumento desenvolvido, o simples reforço de proteção aos direitos de propriedade intelectual, no caso dos direitos autorais, pode não ser a solução para a garantia de remuneração da obra intelectual em tempos de nova economia e de transição das mídias.

3.2 REFLEXÕES SOBRE A SUPREME COURT'S ILLINOIS TOOL WORKS DECISION 547 U.S. 28

Em 2006, a Suprema Corte americana decidiu um caso sobre venda casada ou acordos de subordinação (*tying arrangements*) tendo como pano de fundo a edição recente (1995) do *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, guia elaborado em conjunto pelo *Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission*.

A decisão é bastante significativa, tanto por sua decisão final, que entendeu inexistir, na hipótese, poder de mercado da empresa detentora da patente, razão pela qual entendeu não configurada a infração antitruste, como também por elaborar extenso histórico da interação entre o direito antitruste e a propriedade intelectual no direito norte-americano, além da análise recente do guia de licenciamento da propriedade intelectual informado pelo antitruste³⁹.

O caso tem como configuração uma empresa (*Illinois Tool Works*) que desenvolveu uma solução para imprimir códigos de barra em caixas e materiais de embalagem, patenteando um sistema de “impulso piezo elétrico de jato de tinta na cabeça de impressão” e igualmente o “contêiner

radically changed and that left them alone to innovate” (LEMLEY, Mark A; BURK; Dan L. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. The University of Chicago Press: Chicago, 2009, p. 4).

39 “We granted certiorari to undertake a fresh examination of the history of both the judicial and legislative appraisals of tying arrangements. Our review is informed by extensive scholarly comment and a change in position by administrative agencies charged with enforcement of the antitrust law” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 48).

de tinta”, que se ajustava à cabeça de impressão. No entanto, a empresa não patenteou a tinta, especialmente designada para a impressão.

Os principais revendedores da solução e os principais consumidores compravam o pacote completo, sem buscar qualquer outra solução alternativa para a tinta não patenteada. Sequer utilizavam uma tinta concorrente para repor os recipientes de tinta. Uma empresa concorrente (*Independent Ink, Inc.*) desenvolveu uma tinta com a mesma composição química vendida pela empresa que apresentava a solução. A venda combinada, no entanto, impedia a eficiente participação do concorrente. Nesse contexto, a ação judicial da *Independent Ink* contra *Illinois Tool Works*, cujo foco essencial eram as patentes do mecanismo de impressão e o conseqüente poder de mercado.

O caso, polêmico, contou com a decisão da Corte Distrital de Illinois, favorável à empresa detentora das patentes. Foi revertido na Corte de Apelação Federal do 7º Circuito. E novamente modificado pela decisão final da Suprema Corte americana.

O debate principal da decisão era se o fato de possuir uma patente em um dos produtos (*tying product*), normalmente a solução industrial principal, conferia poder de mercado à empresa no segundo produto (*tied product*), eventualmente acarretando uma infração antitruste.

A linha decisória da Suprema Corte, desde o início do século XX, com a modificação da legislação antitruste pelo *Clayton Act* (§ 3) em 1914, era a de *presumir* tal poder de mercado. O “monopólio” caracterizado por determinada patente poderia ser estendido a outros produtos, não patenteados, configurando infração concorrencial, levando-se em conta a presunção do poder de mercado da empresa detentora da patente no produto principal.

A decisão revisitou todo o histórico jurisprudencial da Corte, além da literatura acadêmica sobre o tema, apoiando-se ainda no Guia recentemente editado, para rever tal posicionamento. O poder de mercado não pode ser presumido. É possível a existência de produtos substitutos próximos ao produto patentado, o que proporcionaria efetiva concorrência. Indispensável, assim, a *prova* do poder de mercado da empresa no produto patentado (*tying product*)⁴⁰.

A Corte empregou uma ponderação decisória adequada. O mercado de patentes pode ser competitivo. Em determinadas indústrias, a novidade

40 “Congress, the antitrust enforcement agencies, and most economists have all reached the conclusion that a patent does not necessarily confer market power upon the patentee. Today, we reach the same conclusion, and therefore hold that, in all cases involving a tying arrangement, the plaintiff must prove that the defendant has market power in the tying product...” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 54).

é muito sutil e o avanço tecnológico se dá em pequenos saltos. Os produtos tendem a possuir substitutos próximos. É o que ocorre na indústria de software e alta tecnologia, em que normalmente mais de uma patente é necessária para desenvolver um produto, não acarretando, normalmente, poder de mercado⁴¹. O uso da patente é fragmentado. Diferentemente, na indústria farmacêutica a patente pode gerar rapidamente poder de mercado, uma vez que a descoberta de um novo princípio ativo/fármaco pode revolucionar determinado mercado relevante.

O poder de mercado, portanto, deve ser aferido no caso, sem presunção. A tensão entre o direito antitruste e a propriedade intelectual advoga soluções temperadas, inclusive de garantia do direito de propriedade intelectual, quando a proteção é complementar à principiologia concorrencial.

A decisão traz também uma reflexão do espírito antitruste para o caso dos direitos autorais. A proteção dos direitos autorais tende a ser fragmentada, com inúmeros substitutos próximos, além de originar um substancial *mercado negro*, de cópias ilegais, cujo retorno financeiro é substancial. Singular literatura discute a possibilidade de inclusão do mercado negro no mercado relevante do produto, alterando o poder de mercado daquele detentor do direito de propriedade intelectual⁴². Se o mercado negro de cópias ilegais fizer parte do mercado relevante, proporcionalmente menor será o poder de mercado do detentor do direito autoral e também de infrações antitruste. A solução não será, então, para o caso dos direitos autorais, a inclusão do mercado negro no mercado legal? É o que se discutirá no último ponto.

41 Não foi, contudo, o que aconteceu no caso *Microsoft*. A empresa detinha significativo poder de mercado em razão da predominância do seu sistema operacional *Windows*. A possibilidade, então, de acordos de subordinação (venda casada), associando-se ao sistema operacional o navegador de internet, tornou-se evidente, com eventuais efeitos anticompetitivos. Na linha do julgado da Suprema Corte americana, o poder de mercado da *Microsoft* não foi presumido, mas devidamente comprovado. A literatura sobre o caso é muito extensa, inclusive criticando as decisões judiciais americanas.

42 “Some markets, in which IP rights are important have corresponding black markets. For example, some businesses knowingly sell products that infringe patents, or are illegal copies of copyrighted works, or are counterfeit versions of branded luxury goods, such as purses. Black market Sales generally occur at price less than charged by the seller of the legitimate goods. Because many goods protected by IP rights cost little to manufacture or copy – for example, pharmaceuticals and CD’s – Black market sellers can charge a very low price but still earn considerable profits. Indeed, digital copies of music, movies, and software have a marginal cost that approaches zero. Should the presence of black market Sales affect the court’s determination of whether the owner of intellectual property possesses market power? In particular, should black market Sales be included in the relevant product market?” (LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011, p. 56).

4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CENTRO DO DEBATE ENTRE A VELHA E A NOVA ECONOMIA

5.1 DESTRUIÇÃO CRIATIVA: A VELHA E A NOVA ECONOMIA EM DISPUTA

A ideia básica do embate entre a velha e a nova economia é visivelmente a do surgimento de um novo modelo de negócio, cujo terreno fértil é o ambiente da nova economia. A experiência indica, mais uma vez, um possível cenário de *destruição criativa*, em clara referência às ideias de *Joseph Schumpeter*⁴³ e à eficiência dinâmica.

Inerente ao sistema capitalista, a mola propulsora da inovação cria e recria indústrias, destruindo antigos modelos de negócio, criando outros, causando falências e desemprego para produzir mais riqueza à frente, com novos produtos e serviços, de maior qualidade e menor preço⁴⁴. Está na genética do sistema capitalista e no seu padrão evolutivo a *destruição criativa*: a criação de riqueza pela inovação, com a consequente destruição de modelos de negócios anteriores⁴⁵.

Obedecendo ou não um padrão temporal criativo/destrutivo (ciclo de inovação), o fato é que as transições de atuação da indústria geram crises e problemas, com especificidades e magnitudes diversas, cuja solução – quando há – nunca resulta simples⁴⁶. O conhecimento das

43 Cf. McCRAW, Thomas K. *Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2007. 719p.

44 “Segundo o próprio economista, ‘o impulso fundamental que inicia e mantém o movimento da máquina capitalista decorre de novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria. [...] A abertura de novos mercados – estrangeiros ou domésticos – e o desenvolvimento organizacional, da oficina artesanal aos conglomerados [...] ilustram o mesmo processo de mutação industrial [...] que incessantemente revoluciona a estrutura econômica a partir de dentro, incessantemente destruindo a velha, incessantemente criando uma nova. Esse processo de Destruição Criativa é o fato essencial do capitalismo. É nisso que consiste o capitalismo e é aí que têm de viver todas as empresas capitalistas’” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Singular, 2010, p. 26).

45 “As tecnologias realmente destroem, ao mesmo tempo que criam. Cada nova tecnologia arrasa ou pelo menos diminui o valor de velhas técnicas e posições mercadológicas. O novo produto ocupa o espaço do velho e novas estruturas de produção destroem as antigas. O progresso é consequência deste processo destruidor e criativo” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Singular, 2010, p. 26).

46 “O pensamento de Schumpeter centrou-se nos desequilíbrios que a inovação tecnológica causa sobre a economia. Em outras palavras, o progresso técnico é tanto o motor do sistema capitalista quanto fonte de desequilíbrios estruturais. As inovações e sua difusão são um elemento perturbador do sistema, pois induzem a problemas de ajustamento estrutural entre os diversos setores da economia. A razão para essa perturbação seria o fato de que as grandes inovações não se distribuem homoganeamente ao longo do

características da inovação, da consolidação da nova indústria (da nova economia), pode permitir uma análise mais acurada, com maior grau de acerto. É o que se espera fazer com o debate sobre a propriedade intelectual.

Nessa ordem de ideais, a *velha economia* está centrada no modelo de negócio, ainda que com notável incremento tecnológico, da produção de forma compartimentada, de produtos *físicos*, cujo automóvel é o símbolo. Produção *fordista* ou *taylorista*, de massa, de maneira segmentada, ainda que hoje quase toda transnacional (modelo *toyotista*), com o aproveitamento máximo das vantagens comparativas. Modelo clássico do século XX. Na indústria cultural em particular, o exemplo significativo é a grande indústria de Hollywood e dos estúdios de música, do entretenimento americano, cuja distribuição dos produtos – e consequente controle remuneratório – está centrada prioritariamente nas mídias físicas.

A *nova economia* está calcada no modelo de negócio digital. O modelo do século XXI. Tem como mola propulsora o desenvolvimento da internet e de novas tecnologias associadas. A fragmentação criativa é total, cujo símbolo é a indústria do software⁴⁷. A rede mundial de computadores redefine completamente a forma de distribuição e acesso aos produtos desenvolvidos e igualmente os esquemas de remuneração. Tal processo atinge em cheio a indústria do entretenimento, com a distribuição do conteúdo autoral *on line*.

Nos limites estreitos do artigo, as definições acima, ainda que reducionistas, dão coerência ao argumento. É inegável que o universo industrial é muito mais rico e complexo, e que o conceito de nova economia abrange também outras ideias⁴⁸, mas o choque é real, concreto, visível e as definições da velha e da nova economia permitem qualificar adequadamente o debate.

Obviamente, do ponto de vista da dinâmica capitalista, não se pode falar em uma transição completa de um modelo econômico da velha economia para a nova economia. Modelos de produção já consolidados, da produção física, continuam coexistindo, ainda que sofram impacto de

tempo, mas tendem a se concentrar em determinados períodos e setores” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 27).

47 Cf. FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat – A Brief History of the Twenty-First Century*. New York: Farrar, Straus e Giroux, 2005. 488 p.

48 Em parte, a nova economia abrange também a compreensão da economia sustentável, do uso equilibrado e ambientalmente responsável dos recursos e insumos.

novas tecnologias. É uma convivência complementar entre modelos de negócio⁴⁹.

No entanto, há áreas sensíveis, cujo cenário de transição é muito mais visível, gerando conflitos e choques. Em determinadas áreas há, inegavelmente, destruição de modelos antigos de negócio, com o surgimento de novos. Nessas áreas convivem – conflituosamente – a velha e a nova economia.

Uma dessas áreas de convívio conflituoso, de visível impacto, é a distribuição/comercialização de conteúdo autoral pela internet e pelas novas mídias eletrônicas. E a propriedade intelectual é o centro deste embate.

4.2 REFORÇO DA CLÁSSICA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (DIREITOS AUTORAIS)

Nessa fase de transição, de migração do conteúdo autoral para mídias eletrônicas e para internet, em particular, e verdadeiramente na revolução de acesso a filmes, músicas e livros, com a explosão do mercado de cópias ilegais ou do mercado negro, a grande indústria da produção cultural reivindica (faz intenso *lobby*) a renovação da proteção dos direitos de propriedade intelectual, com novos mecanismos de proteção, endurecendo o jogo em face das cópias ilegais⁵⁰.

49 Nesse sentido, a constituição da bolsa eletrônica americana NASDAQ (1971), para os papéis das empresas de alta tecnologia, em complemento à bolsa de valores da indústria tradicional (*New York Stock Exchange*), de 1792.

50 Paralelamente, a indústria cultural também faz *lobby* para a extensão do prazo de proteção. “Exemplo disso é o chamado ‘Sonny Bono Copyright Term Extension Act’, legislação americana promulgada em 27 de outubro de 1999 que visou estender o prazo de duração dos direitos autorais de 50 para 70 anos nos Estados Unidos, contados a partir da morte do autor. A reforma, que pareceu ir no sentido de oferecer maiores incentivos aos criadores, acabou por gerar grande controvérsia. Tratava-se, em verdade, da décima primeira lei prevendo a extensão do prazo durante um período de 40 anos. Contestadores dessa última lei apontaram para a Disney como a principal responsável por sua existência. Segundo eles, não fosse pelo Sonny Bono Act, o primeiro desenho de Mickey Mouse teria entrado em domínio público no ano de 2003, seguindo de perto pelos desenhos do Pato Donald e do Pateta. Ora, resumem os críticos, se a extensão trata de criações já existentes, o critério de incentivo à criação de obras não poderia servir para esse caso” (BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Editora Singular, 2010, p. 57-8). O *Sonny Bono Copyright Extension Act* foi declarado constitucional pela Suprema Corte americana no caso *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). Sobre o caso cf. POSNER, Richard A. The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: Economics, Politics, Law, and Judicial Technique in *Eldred v. Ashcroft*. *The Supreme Court Review*, vol. 2003 (2003), p. 143-162 e BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. Washington – DC: AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003. 19 p.

No debate para a renovação da proteção dos direitos autorais no ambiente digital, ganhou destaque, em razão da intensa polêmica, as legislações americanas recentemente propostas ao Congresso americano, denominadas SOPA (*Stop On line Piracy Act*) e PIPA (*Protect Intellectual Property Act*) e também as negociações internacionais em torno do ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*).

As duas legislações americanas – com as votações temporariamente suspensas no Congresso americano, até o final de redação deste artigo – estipulavam mecanismos para a completa retirada da rede (internet) de sítios que divulgavam conteúdo autoral (filmes e músicas), caracterizando tal divulgação como “cópia ilegal”. Tal mecanismo funcionaria encontrando-se o endereço IP (Internet Protocol) que abriga a página com conteúdo ilegal, retirando-o do ar, bloqueando-o, sem necessidade de ordem judicial, em alguns casos (ou com ordem judicial americana bloqueando sítios localizados em outros países). No âmbito internacional, as negociações em torno do ACTA também estão baseadas em modelos de proteção semelhantes.

No Brasil, replicando a legislação americana, o projeto mais recente para a renovação da Lei de Direitos Autorais acrescenta um mecanismo conhecido como *notice and take down*, ou notificação e retirada, que possibilitaria a retirada de conteúdo “pirata” do ar, sem a necessidade de ordem judicial, por solicitação dos detentores de direitos autorais. Com o mecanismo, uma gravadora, por exemplo, pode solicitar a um grande portal ou ao *Google*, em cujo domínio está hospedado um Blogger com links para downloads ilegais de disco, a remoção do conteúdo. A ordem deve ser cumprida e tão só, posteriormente, notificado o autor do sítio. Somente aí poderia o autor da página elaborar uma contranotificação, solicitando a manutenção do sítio e assumindo a responsabilidade pelo conteúdo autoral disponível.

A demanda é basicamente dos produtores da área audiovisual e musical, cujo apelo é evidente. O intenso *lobby* da indústria do entretenimento americano (velha economia) pelos novos mecanismos de proteção, repercutida aqui no Brasil⁵¹, suscitou uma frenética reação das empresas de alta tecnologia, baseadas na internet (nova economia), com

51 “Outra forma de pressão política que não pode ser negligenciada, esta última de forma unilateral, são os relatórios do Departamento de Comércio dos EUA (*United States Trade Representative* – USTR), que listam os países na famosa *priority watch list*, a lista negra daquele governo, por entender que não têm seus direitos de propriedade intelectual devidamente protegidos nos demais países. No relatório anual de final de abril de 2006, o Brasil é novamente posto no grau máximo de alerta.” (PARANAGUÁ, Pedro. Descompasso da propriedade intelectual: direitos autorais, novas tecnologias e acesso a conhecimento. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007).

ampla repercussão internacional⁵². O debate, intensamente politizado, ganhou foros de defesa da propriedade intelectual⁵³, de um lado, e da liberdade de expressão⁵⁴, contra a censura prévia, do outro.

Como salientado no início, não é objetivo do artigo discutir a polêmica pelo viés constitucional, cuja proteção à liberdade de expressão é argumento de sustentação do debate. O objetivo é a leitura econômica do problema, que pode igualmente orientar novos modelos normativos.

Na perspectiva econômica, o enfoque contemplado pela velha indústria é a de que as cópias ilegais acarretam uma significativa perda de receita na distribuição e na comercialização do conteúdo autoral. A redução de faturamento se difunde pelo setor, atingindo os grandes produtores, sua força de trabalho e a cadeia de distribuição legal do conteúdo autoral.

O incentivo econômico resulta claro para o reforço da proteção da propriedade intelectual, com os mencionados mecanismos antipirataria. A linha de defesa é o trespasses da clássica proteção aplicada às mídias físicas ao ambiente eletrônico, na tentativa de criar obstáculos à disseminação do conteúdo autoral pela internet. Recolocar a indústria cultural no efetivo controle da distribuição do conteúdo autoral.

Será, no entanto, que a melhor resposta é exatamente o reforço da tradicional proteção dos direitos autorais? Os argumentos elaborados no artigo permitem antever outra perspectiva econômica para a polêmica. O *copyright* pode ser repensado por um caminho alternativo.

5.3 REPENSANDO O *COPYRIGHT* NA NOVA ECONOMIA E O ESPÍRITO ANTITRUSTE

Repensar o *copyright* na nova economia, em uma perspectiva de Direito e Economia (AED), equivale a salientar que (i) o argumento

52 “When the powerful world of old media mobilized to win passage of an online antipiracy bill, it marshaled the reliable giants of K Street – the United States Chamber of Commerce, the Recording Industry Association of America and, of course, the motion picture lobby, with its new chairman, former Senator Christopher J. Dood, the Connecticut Democrat and an insider’s insider. Yet on Wednesday this formidable old guard was forced to make way for the new as Web powerhouses backed by Internet activists rallied opposition to the legislation through Internet blackouts and cascading criticism, sending an unmistakable message to lawmakers grappling with new media issues: Don’t mess with the internet. As a result, the legislative battle over two once-obscure bills to combat piracy of American movies, music, books and writing on the World Wide Web may prove to be a turning point for the way business is done in Washington. It represented a moment when the new economy rope up against the old” (In fight over piracy bills, new economy rises against old. *New York Times*, January 18, 2012. Acesso em: 18.janeiro.2012).

53 Inc. XXVII, do art. 5º, da Constituição da República.

54 Inc. IX, do art. 5º, da Constituição da República.

econômico da velha indústria, de redução de receita, por si só, não é suficiente o bastante, além de que (ii) os mecanismos de proteção dos direitos de propriedade intelectual não serão eficientes na luta contra cópia ilegal, cujo alto custo de implantação desperdiça recursos. E, por fim, que (iii) a inovação de novos modelos de negócio, com geração de novas receitas (riqueza) e bem-estar econômico (*social welfare*) são retardados pela proteção clássica em análise.

O argumento desenvolvido no artigo que necessita ser reafirmado é o de que, no caso dos direitos autorais, não se protege a expressão de um bem escasso. A ideia em si não é escassa. Ela se torna escassa, com valor econômico, em razão da proteção. Por isso, quando distribuído ou comercializado o conteúdo autoral, gerando riqueza, o seu uso – quer seja legal ou ilegal – não torna o bem imaterial finito. Pelo contrário. O amplo acesso ao conhecimento cumpre efetiva função social, reduz o desperdício (peso-morto)⁵⁵ e a eventual ineficácia da distribuição legal⁵⁶.

Ocorre que o salto de inovação trazido pela internet, com os mecanismos de redes de compartilhamento (*peer-to-peer*, P2P) e os seus efeitos positivos (*network externalities*), revolucionaram a forma de distribuição do conteúdo autoral, com qualidade, gerando, obviamente, um poderoso mercado negro. Mas a leitura econômica do mercado ilegal, no caso dos direitos autorais, é que há uma estrondosa demanda pelo conteúdo – cada vez maior – e significativamente *fora da curva* de demanda da distribuição (com preço de mercado) do conteúdo autoral em meio físico⁵⁷.

55 “Much of the debate about SOPA and PIPA has thus far centered around the entertainment industry’s absurdly inflated claims about the economic harm of copyright infringement. When making these calculations, intellectual property owners tend to assume that every unauthorized download represents a lost sale. This is clearly false. Often people copy a file illegally precisely because they’re unwilling to pay the market price. Were unauthorized copying not an option, they would simply not watch the movie or listen to album” (SOPA: Stopping online piracy would be a social and economic disaster. *Slate.com*. Acesso em: 18.janeiro.2012).

56 “A cobrança de preços monopolistas gera uma quantidade de peso-morto, que consiste em perda social, que não é apropriada pelo monopolista. Ou seja, é perda total de riqueza, devendo ser eliminada pela estrutura do direito, porque causa ineficiência. A utilização do objeto da proteção intelectual por aqueles que estão fora da demanda projetada possibilita a eliminação do peso-morto e não implica não implica diminuição do valor da propriedade do monopolista, sendo a situação de eficiência paretiana (ótimo de Pareto)” (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual*. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008, p. 245).

57 “A propriedade intelectual tem função social. A função social da propriedade, no que diz respeito à propriedade intelectual, impõe ao titular o dever de gestão e distribuição da inovação. A função social da propriedade intelectual, ainda que não possa impedir a prática de preços monopolistas, autoriza a obtenção dos proveitos do objeto de propriedade intelectual por aqueles que não têm condição de pagar por isso, ou seja, estão fora da demanda projetada” (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do*

Saltos tecnológicos dessa magnitude, com significativas inovações, revolucionam o *copyright* e necessitam ser assim compreendidos, gerando novos modelos de negócio. O reforço contra a cópia ilegal, em uma proteção maximalista do direito de propriedade intelectual, tal como proposto nas legislações americanas, releva solução jurídico-econômica inadequada, com desperdício de recursos, cuja regulação favorece a indústria que não se adapta à inovação.

O famoso caso *Betamax*⁵⁸ decidido pela Suprema Corte americana em 1984 ilustra adequadamente o atual descompasso da propriedade intelectual. Discutia-se à época os limites de uso do videocassete, com a tecnologia que, ao permitir cópias de filmes em fitas de vídeo, poderia infringir os direitos de *copyright*. Decidiu a Suprema Corte que embora, *circunstancialmente*, determinado uso do sistema de videocassete pudesse infringir direitos autorais, sua utilização normal não comprometia tais direitos. Ou seja: onde a tecnologia tem muitos usos, não se deve impedir os usos legítimos somente porque alguns podem utilizar a inovação para infringir direitos autorais. Nítido espírito antitruste, que privilegia a inovação.

E a realidade da cópia via fita de vídeo já foi completamente ultrapassada por outros meios até a atual evolução da internet⁵⁹. Vive-se, portanto, novo descompasso.

Na linha dos itens elencados no início do ponto, é importante pensar que (i) a inovação trazida pela internet e novas tecnologias também geram riqueza. A geração de riqueza pode mais do que compensar a destruição de receita decorrente do processo evolutivo. Isto não equivale a dizer que a propriedade intelectual não precisa ser protegida, mas que o modelo de negócio deve ser adaptado à nova realidade, o que exige uma regulação diferente⁶⁰.

É também consistente pensar que (ii) a aplicação de mecanismos clássicos para o *enforcement* dos direitos autorais no ambiente digital resulta em altíssimo custo, cujos benefícios são reduzidos. As redes

Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008, p. 245).

58 Cf. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984).

59 Já há novo julgamento da Suprema Corte americana sobre a matéria, de 2005, caso conhecido como MGM v. Grokster. No caso concreto, a Suprema Corte americana salientou que na atuação de inúmeras empresas da internet (Morpheus, Grokster, e o software KaZaA) estas não poderiam distribuir conteúdo autoral. De qualquer forma, a Suprema Corte não derrubou a histórica decisão do caso Betamax, de maneira a caracterizar a inovação tecnológica como infringente do direito autoral. A polêmica persiste.

60 Cf. GALINI, Nancy; SCOTCHMER, Suzanne. Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System? *Innovation Policy and the Economy*, vol. 2 (2002), p. 51-77.

de compartilhamento se reproduzem quase que instantaneamente. Os custos para a supervisão da internet com os objetivos de impedir cópias ilegais são gigantescos. Ademais, afetariam o tráfego normal da rede, com nítidas externalidades negativas. O balanço econômico mostra que a solução não compensa.

E, por fim, é significativo pensar que (iii) a solução de reforço dos direitos de propriedade intelectual retarda os efeitos benéficos ofertados pela inovação. Há modelos de negócio eficientes, incorporando a demanda fora da curva, que garantem proteção ao direito autoral, remunerando o autor, tornando a cópia (*download*) ilegal, legal. É o efeito de contemplar no mercado relevante o mercado considerado negro, fora da curva.

De novo aqui, o espírito antitruste é o condutor do debate. Ao considerar inexorável a inovação, a indústria cultural deveria repensar a proteção do direito autoral, contemplando modelo de negócio adaptado à nova realidade, decorrendo daí imediatos efeitos de bem-estar econômico⁶¹. Quem chegar primeiro – e alguns já estão chegando – receberá a maior fatia da receita deste novo bolo⁶².

5 CONCLUSÃO

O artigo permite a conclusão que há outras formas de compreensão do embate entre a velha e nova economia sobre a proteção da propriedade intelectual. O problema é real, concreto. Há soluções propostas. O fundamento básico é o reforço dos mecanismos tradicionais de combate à cópia ilegal de conteúdo autoral.

A análise de direito e economia propõe uma discussão alternativa. Fundamental para a metodologia é o referencial da jurisprudência americana. O artigo, assim, abusou da análise jurisprudencial comparativa. Com o objetivo bem delineado no início, espera-se, ao final, ter alcançado ideias alternativas que possam contribuir para o polêmico debate.

61 “The American economy has plenty of problems, but lack of adequate entertainment options is not on the list. SOPA isn’t just an overly intrusive way to solve a problem, it’s a “solution” to a problem that’s not a problem” (SOPA: Stopping online piracy would be a social and economic disaster. *Slate.com*. Acesso em: 18.janeiro.2012).

62 É igualmente certo que os novos modelos de negócio, legalizando a cópia do direito autoral no ambiente da internet, podem gerar novos problemas antitruste. Soluciona-se um problema, aparece outro. É assim na economia: o cobertor é curto. Assunto para outro artigo. Cf. FOER, Albert A. E-Commerce Meets Antitrust: A Primer. *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 20, n. 1, Competition Policy and Antitrust Law (spring, 2001), p. 51-63 e HAUSMAN, Jerry A.; SIDAK, J. Gregory. Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3) 2009, p. 411-438.

REFERÊNCIAS

ANTITRUST GUIDELINE FOR THE LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission, 1995.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993. 479 p.

BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual*. São Paulo: Singular, 2010.

BREYER, Stephen. *Economic Reasoning and Judicial Review*. Washington – DC: AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003.

BURTIS, Michelle M.; KOBAYASHI, Bruce H. Why an Original Can Be Better Than a Copy: Intellectual Property, the Antitrust Refusal to Deal, and ISO Antitrust Litigation. *Supreme Court Economic Review*, vol. 9 (2001), p. 143-170.

FOER, Albert A. E-Commerce Meets Antitrust: A Primer. *Journal of Public Policy & Marketing*, v. 20, n. 1, Competition Policy and Antitrust Law (spring, 2001).

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: .Revista dos Tribunais, 2010. 510p.

FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat – A Brief History of the Twenty-First Century*. New York: Farrar, Straus e Giroux, 2005.

GALINI, Nancy; SCOTCHMER, Suzanne. Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System? *Innovation Policy and the Economy*, v. 2 (2002), p. 51-77.

HAUSMAN, Jerry A.; SIDAK, J. Gregory. Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3) 2009, p. 411-438.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. *Science*, 162 (1968), p. 1243-1248.

HORWITZ, Morton j. *The Transformation of American Law – 1780 - 1860*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

HORWITZ, Morton j. *The Transformation of American Law – 1870 – 1960* (The crisis of legal orthodoxy). New York: Oxford University Press, 1977.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark D., LEMLEY, Mark A.; LESLIE, Christopher R. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Aspen Publishers, 2011.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, abr./jun. 2010.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Direito do Desenvolvimento e Direito ao Desenvolvimento: análise econômica da função social da propriedade intelectual*. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutoramento), 2008.

LEMLEY, Mark A. A New Balance Between IP and Antitrust. John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, *Working Paper*, n. 340, April 2007.

LEMLEY, Mark A; BURK; Dan L. *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve It*. The University of Chicago Press: Chicago, 2009.

LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press: New York, 2011.

McCRAW, Thomas K. *Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction*. The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2007.

NACHBAR, Thomas B. *Monopoly, Mercantilism, and Intellectual Property. Working Draft*. Copyright 2005 Thomas B. Nachbar.

PARANAGUÁ, Pedro. Descompasso da propriedade intelectual: direitos autorais, novas tecnologias e acesso a conhecimento. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

POSNER, Richard A. The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: economics, politics, law, and judicial technique in Eldred v Ashcroft. *The Supreme Court Review*, v. 2003 (2003), p. 143-162.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard A. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 2 (spring, 2005), p. 57-73.

VISCUSI, W. Kip *et al.* *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001.

IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DA TNU: AS ALTERAÇÕES NO REGIMENTO INTERNO COMO INSTRUMENTOS DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

*THE UNAPPEALABLE INDIVIDUAL DECISION OF THE TNU'S PRESIDENT:
THE CHANGES IN THE REGIMENT AS A MEANS OF ADAPTATION TO
THE GUIDING PRINCIPLES OF SPECIAL FEDERAL COURTS*

*Maria Regina Dantas de Alcantara
Procuradora da Fazenda Nacional*

*Colaboradora da Universidade Thomas Jefferson School of Law
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Origem e Criação dos Juizados Especiais; 2 Do Sistema de Juizados Especiais e das Small Claims Courts; 3.1 Do Princípio da Oralidade; 3.2 Do Princípio da Simplicidade; 3.3 Do Princípio da Economia Processual; 3.4 Do Princípio da Celeridade; 3.5 Do Princípio da Informalidade; 4 Da Aplicação Subsidiária; 5 Dos Gargalos Existentes na Efetiva Entrega da Prestação Jurisdicional – Alternativas para Solução; 6 Dos Enunciados Fonajef; 7 Do Sistema Recursal nos JEFs; 7.1 Dos Efeitos Recursais no Âmbito dos Juizados Especiais; 7.2 Da Admissibilidade Recursal; 8 Das Alterações Regimentais da TNU como Instrumentos de Adequação aos Princípios Norteadores dos JEFs; 9 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo aborda aspectos processuais da sistemática dos Juizados Especiais Federais (JEFs), mais especificamente a irrecorribilidade da decisão monocrática do presidente da Turma Nacional de Uniformização (TNU) prevista no § 1º do art. 7º do Regimento Interno da TNU (Resolução nº 22, de 4 de setembro de 2008), instituído pela Resolução nº 163, de 9 de novembro de 2011, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O trabalho reflete sobre a adequação desse novel dispositivo aos princípios orientadores dos JEFs enquanto fundamento de validade no sistema processual especial. A apresentação deste estudo tem por finalidade apontar a origem e a criação dos Juizados Especiais, sua inspiração no modelo *da common law* e das *small claims courts*, os desdobramentos naturais e decorrentes gargalos, demonstrando, em seguida, a necessidade da criação de mecanismos aptos à viabilização da efetiva entrega da prestação jurisdicional em prol da justiça social. Para tanto, realizou-se pesquisa na doutrina e em revistas especializadas sobre o tema em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão monocrática irrecorrível. Adequação. Princípios norteadores dos Juizados Especiais Federais.

ABSTRACT: This article intends to approach the procedural aspects of Special Federal Courts, more specifically about the unappealable individual decision of the TNU's President provided by the first paragraph of article 7 of the TNU Intern Regiment (Resolution 22 of September 4, 2008), recently established by Resolution 163 in November 9, 2011 by the National Council of Justice, with reflections on their compliance with the guiding principles of JEFs, as the basis for validity in the special procedures system. The presentation of this work intends to show the origin and creation of the Special Courts, their inspiration in the common law and small claims courts model, the natural consequences and the arising bottlenecks, demonstrating then the need to create mechanisms able to rescue the effective delivery of adjudication in favor of social justice, conducting research in teaching and specialized magazines on the topic in question.

KEYWORDS: The unappealable individual judge's decision. Adequacy. Guiding Principles of Special Federal Courts.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar a alteração regimental promovida pela Resolução nº 163/2011, do Conselho Nacional de Justiça, que introduziu a irrecorribilidade da decisão monocrática do presidente da Turma Nacional de Uniformização (TNU) prevista pelo § 1º do art. 7º do Regimento Interno da TNU (Resolução nº 22/2008), enquanto poderoso instrumento de celeridade e efetividade processual no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em consonância com seus princípios orientadores. O estudo trata, portanto, do novel dispositivo procedimental do Regimento Interno da TNU, com vistas à sua adequação aos primados constitucionais, especificamente no campo dos Juizados Especiais Federais (JEFs).

De acordo com o § 1º do art. 7º do RI da TNU, são irrecorríveis as decisões proferidas pelo presidente da TNU que negarem seguimento ao incidente de uniformização manifestamente inadmissível ou em confronto evidente com súmula ou jurisprudência dominante da TNU, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do Supremo Tribunal Federal (STF), ou, ainda, reformarem a decisão de inadmissão do incidente de uniformização quando o recorrente demonstrar o equívoco no qual incidiu o prolator e quando o pedido de uniformização for interposto contra acórdão em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante da TNU, do STJ ou do STF.

Poderia afirmar-se que, por meio da medida apontada, ter-se-ia atribuído, novamente, mais poder às decisões monocráticas do “relator”; nesse caso, do presidente da TNU, o que implicaria a impossibilidade de apreciação do recurso pelos membros do órgão colegiado.

Em que pesem eventuais críticas sobre sua constitucionalidade, entende-se, neste estudo, que a *mens lege* da criação dos Juizados Especiais e seus princípios norteadores, além de outros não menos relevantes primados constitucionais, justificariam plenamente a sua subsunção.

A sociedade clama por justiça, uma justiça, de fato, justa, célere e eficaz.

Fala-se em processo com período razoável de duração. Mas, o que significa período razoável? E o que seria “razoável”?

As mudanças nas regras processuais têm sido resultado da intolerância da proliferação de expedientes protelatórios destinados a retardar o andamento do processo. Se é verdade que a ideia de recurso surgiu com a sensação de insatisfação do ser humano ante a injustiça de uma decisão judicial, propiciando uma reanálise por outro órgão, não é

menos verdade que esse expediente descambou, notadamente no âmbito dos Juizados, não obstante a necessidade de observação aos princípios da simplicidade, celeridade, economia processual, sem desconsiderar o fato de que possuem, pelo menos, três instâncias de julgamento.

Colocada essa proposição, passa-se à análise da propriedade da citada alteração regimental, de acordo com uma visão sistemática e instrumentalista, sob a égide dos princípios orientadores dos Juizados Especiais.

1 DA ORIGEM E CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

O Direito, enquanto sistema globalizado, interativo e pluralista, passou a distanciar-se por demais da realidade social, dos valores humanos, da ética, enfim, da base de sustentação da cidadania, o que exigiu um repensar da sociedade. Com isso, ganhou novos contornos, representando, por assim dizer, um salto em excelência na consciência política, nas iniciativas nos diversos campos, tais como a luta pelos direitos das minorias, a constituição da sociedade organizada, por meio de iniciativas voluntárias das associações de classes, comunitárias, de moradores, Organizações Não Governamentais (ONGs) etc.

Está-se diante de uma nova ordem social, dotada de um novel formato, externando-se mediante formas alternativas do direito posto, vale dizer, de um novo modo de apreensão do ordenamento jurídico, já que esses movimentos informais acabaram por produzir refluxo político e correspondente refluxo jurídico, eis que a produção legislativa e normativa do Estado nem sempre conseguiu acompanhar o ritmo dessas evoluções.

Com efeito, ante a constatação da existência de uma “Justiça injusta”, inflada, onerosa e ineficaz, nos idos de 1980, surgiu, no Brasil, a ideia da criação de uma nova instância judicial com o fim precípua de administrar conflitos de menor expressão, de forma mais célere e simplificada, de modo a descongestionar o Judiciário, já que este não suportava seu próprio “peso”.

O primeiro embrião de Juizado de Pequenas Causas implantado no País, por meio da instituição do Conselho de Conciliação e Arbitramento, no Rio Grande do Sul, surgiu em 1980, ancorado no modelo norteamericano das *Small Claims Courts*¹, criadas em 1934, cuja tarefa era a promoção do acesso das pessoas hipossuficientes à Justiça, em razão das

1 LEITE, Angela Moreira. *Em tempo de conciliação*. Niterói: EdUFF, 2003. p. 47/53.

dificuldades materiais experimentadas pelo alto custo de um processo judicial.

À época, era comum ouvir-se a expressão “Justiça Alternativa” em referência a esse Conselho, mas ainda assim ele ganhou força, culminando com um anteprojeto do Juizado Especial de Pequenas Causas (JEPC), destinado a solucionar a crise do Judiciário, para, em curto prazo, diminuir os graves efeitos sociais, econômicos e políticos reinantes em face da dificuldade de acesso à Justiça.

Após diversas críticas decorrentes das inovações e do enxugamento de vários recursos entendidos como desnecessários, o projeto sofreu alterações, transformando-se na Lei nº 7.244/1984, cujo principal objetivo era a informalização da Justiça e o barateamento de seu acesso.

Com o sucesso auferido na prática forense, já agora com maior bagagem de experiência mediante a criação de diversas unidades estaduais em todo o País, sem desconsiderar a mudança paradigmática trazida pela Constituição Federal de 1988 que, no art. 98, inciso I, previu a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei nº 7.244/1984 foi revogada pela Lei nº 9.099/1995. Essa nova Lei trouxe, por sua vez, diversas e importantes alterações estruturais.

Surgiu, a partir daí, o procedimento genuinamente sumaríssimo, dotado de natureza especialíssima e direcionado exclusivamente à satisfação dos interesses dos jurisdicionados, com vistas à efetivação da justiça social.

E para que não pairassem dúvidas acerca de sua aplicabilidade com relação à Justiça Federal², a Emenda Constitucional nº 22/1999 acrescentou o parágrafo único ao citado art. 98 da CF, atual § 1º (renumerado pela Emenda Constitucional nº 45/2004). Nele, restou estabelecido que lei federal disporia acerca da criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Isso ocorreu com o advento da Lei nº 10.250/2001, que acabou por compor o ordenamento jurídico nesse campo, constituindo mais um relevante passo para se viabilizar o acesso à jurisdição, no âmbito federal, amenizando-se, por consequência, o peso das demandas existentes na Justiça Federal comum.

Como se pode verificar, inegavelmente, referida produção normativa decorreu de um movimento espontâneo da sociedade que clamava pela diminuição da crise da jurisdição, pela possibilidade de

² TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54.

acesso à Justiça, pela liberação da nefasta litigiosidade contida e pela pacificação social.

A sociedade civil é a representação viva dos interesses e valores da cidadania, quando organizados pelos atores dos movimentos sociais.

É salutar destacar que os Juizados³ não representam uma “Justiça de segunda classe”⁴, nem são vistos como tal.

Vale mencionar, igualmente, interessante dado extraído do Diagnóstico da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais⁵:

Os servidores dos JEFs precisam ser pacienciosos, educados e preparados para lidar com velhos e doentes. As questões previdenciárias envolvem o resto das vidas dos jurisdicionados.

Mas a tônica da maioria dos juízes foi de que, apesar das condições precárias e do volume de trabalho, os servidores são dedicados. Estes adotaram o Juizado como **um projeto quase pessoal**, apresentam satisfação com o bom funcionamento do Juizado.

O modelo, sem sombra de dúvida, traduz importante avanço social, de balizas eminentemente constitucionais que, por meio de uma forma alternativa ou não ortodoxa, assegura uma Justiça capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional simples, econômica, rápida e segura e, por fim, efetiva, servindo de eficiente canal para que os econômica e politicamente hipossuficientes possam manifestar seus anseios e tenham seus interesses tutelados.

2 DO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS E DAS *SMALL CLAIMS COURTS*

Em se tratando de Direito Comparado, o Brasil possui um sistema único no mundo.

3 Em discurso realizado na recente cerimônia de comemoração dos 10 anos dos Juizados Especiais Federais da 3a Região, o eminente Ministro João Otávio de Noronha, Presidente da TNT, os denominou de “o charme” da Magistratura Federal, tamanha a simpatia com que eles são vistos atualmente.

4 TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JR., Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, p. 55.

5 DIAGNÓSTICO da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais. Brasília/DF, 2004. p. 103 (grifo nosso).

Consoante Marcelo da Fonseca Guerreiro⁶:

Assim é que a maioria dos Juizados de Pequenas Causas funciona em sistemas judiciais na *common law*. O nosso, embora criado no mundo jurídico da *civil law*, pode o juiz adotar, em cada caso, a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum (arts. 2º e 6º da lei nº 9.099/95)⁷.

[...]

Como foi dito, nos países da *common law* a existência de cortes especializadas para causas pequenas é antiga. Na Inglaterra já existe há mais de um século. Nos EUA, a partir dos anos 30, surgiram as *small claims Courts*. A Austrália passa por modificações profundas no sistema judiciário, especializando as cortes.

Várias iniciativas, nesses países, buscam soluções alternativas à jurisdição.

Existem experiências muito interessantes com mediação no Canadá e na França. O Canadá desenvolveu um sistema de mediação obrigatória em algumas causas, segundo a qual não se entra em Juízo sem passar por escritório especializado em mediação. Além disso, a conciliação e a mediação são cadeiras obrigatórias nas Universidades.

[...]

Nos países de civil law, para combater o problema da morosidade da justiça, buscou-se a simplificação das leis do processo, como única solução (exemplos: Alemanha e Itália).

Na Ibero América, a *justicia de minima cuantia* vem sendo realizada basicamente, pelos juízes de paz, exercitada na fase pré-processual (México, Costa Rica, Colômbia).

6 GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Como postular nos Juizados Especiais Federais Cíveis*. Niterói: Impetus, 2007. p. 17/18.

7 É pertinente fazer um aparte acerca da afirmação do autor, especificamente no tocante às ações de índole tributária, tendo em vista que o princípio da legalidade estrita aplicável neste campo limita a atividade jurisdicional, muito embora já se observe um início de flexibilização nos JEFs.

Não há respostas inovadoras, à exceção dos Juizados Especiais, no tema do acesso à justiça.

Cite-se, a título de ilustração, como matérias mais comuns tratadas no âmbito das *Small Claims Courts* do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, as ações de ressarcimento de danos materiais e pessoais decorrentes de colisões de automóveis, reclamações envolvendo relações *ex locato*, responsabilidade civil proveniente de danos à propriedade imóvel, bem como reparação oriunda da prestação de serviços de empreitada, dentre outras⁸.

3 DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

É imperativo lembrar, inicialmente, que princípios de calibre constitucional serão sempre a orientação matriz do aplicador do direito, como os princípios da legalidade, da isonomia, do devido processo legal e da moralidade.

Não se tem a pretensão, entretanto, de se aprofundar nessa seara, uma vez que ultrapassaria o escopo deste trabalho; porém, faz-se necessário observar que no modelo do Juizado os princípios apontados funcionam, de um lado, como norteadores, juntamente com os demais princípios, e, de outro, como elemento de interpretação, diante de conflito, de ausência de norma específica ou de conteúdo dúbio.

Os arts. 2º e 62 da Lei nº 9.099/1995 elencam os princípios a serem observados pelos Juizados Especiais. Referidos princípios são expostos a seguir.

3.1 DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Tem-se por princípio da oralidade a exigência constitucional da predominância do uso da forma oral no trato com o processo judicial, diminuindo-se, sempre que possível, o uso da escrita.

Não se trata de qualquer inovação, já que proveniente do direito romano-germânico. Inobstante princípio norteador, sua aplicação será mais ou menos intensa, dependendo da necessidade do caso concreto.

Abrem-se parênteses para salientar, *v.g.* que, embora no âmbito dos JEFs, em matéria tributária, as audiências não ocorram, em face da

8 CALIFORNIA SMALL Claims Court. Disponível em: <<http://www.courts.ca.gov/1256.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

impossibilidade de transação, exceto quando há necessidade de produção de prova, defende-se, aqui, a ideia da conciliação em matéria tributária, ao menos nas causas em que haja o reconhecimento do pedido ou nas matérias em que haja dispensa para contestar e recorrer.

São subprincípios da oralidade o imediatismo, a concentração, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade.

O princípio da oralidade contém, inegavelmente, uma grande praticidade, com vantagens sob várias óticas, como a própria celeridade e a economia processual, reunindo melhores condições psicológicas na busca da verdade real, já que “o papel aceita tudo”. O contato mais próximo e direto com o Julgador acaba por gerar maior confiança pelas partes, com redução dos conflitos. A concentração, por sua vez, é uma decorrência lógica da oralidade, eis que representa a redução dos atos processuais e, por consequência, de alguns prazos.

A identidade física do juiz e a irrecorribilidade igualmente acompanham a oralidade. Na verdade, as audiências no âmbito dos Juizados ainda têm sido reduzidas a termo, o que atrasa por demais o fluxo do processo, infringindo o texto legal, em desrespeito à própria Constituição Federal brasileira.

3.2 DO PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE

Por óbvio, questões mais complexas não têm lugar nos Juizados Especiais, que foram criados, conforme se disse, a partir de casos simples, que até então não eram submetidos ao Judiciário. Assim, qualquer causa de maior complexidade e que exija maior dilação probatória, *v.g.*, deve ser proposta perante a Justiça Comum; do contrário, estar-se-ia desnaturando o procedimento especialíssimo e impedindo a efetivação da justiça célere.

Vale ressaltar, ainda, que o fato de as partes poderem postular seus direitos em nome próprio, sem a intervenção de advogado e, mesmo, sem a presença de Juízes Leigos e Conciliadores, traz igualmente uma carga de simplicidade muito grande, que diminui o formalismo e permite a solução entre os interessados.

É certo que há uma mudança de paradigma a partir do momento em que leigos ingressam no mundo jurídico para “produzir o direito”, fato que deve ser encarado como uma emancipação, o abandono de formalismos desnecessários.

De todo modo, o princípio da simplicidade deve ser internalizado no meio jurídico, não bastando tão somente a existência de um texto legal que o preveja – premissa corroborada pela defesa recorrente da “importação” de parte do modelo dos Juizados para as Varas Cíveis da Justiça Comum.

3.3 DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual é, em verdade, a mola mestra do processo especial dos Juizados Especiais, pois está mais do que comprovado que “os processos se arrastam, envelhecendo junto com as partes”⁹. Não obstante tido como extremamente engenhoso, na prática, o atual modelo processual não se mostra efetivo. Já se disse que, na verdade, a Justiça brasileira está doente.

O importante é que um foro de pequenas causas exige muito menos do que o amontoado de normas e condutas previstas nesse arcabouço processual, eis que o processo consiste em um meio para se atingir um fim, ou seja, “deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo/benefício”¹⁰.

O legislador plasmou um arcabouço mais dinâmico, enxuto, em busca do melhor resultado na aplicação do direito com um mínimo de atos processuais, gerando demandas mais rápidas e eficientes na solução dos litígios, por meio de um rito sumaríssimo – termo expressamente adotado pela Lei nº 9.099/1995.

3.4 DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Como um efeito dos princípios apontados, a celeridade visa rapidez, cumprindo, em outras palavras, com o propósito do Estado, aqui personificado nos Juizados Especiais: a outorga da tutela jurisdicional de maneira breve.

Todavia, vale ressaltar que, no âmbito da Justiça Federal, os Juizados foram criados sem qualquer recurso orçamentário, humano ou estrutural¹¹; portanto, em que pese a previsão do princípio da celeridade, há, ainda, muito por se fazer.

Sobre o tema “celeridade”, é relevante colacionar o que se segue:

Em relação ao tema cálculos, constituem o maior obstáculo ao célere processamento e atualmente o grande desafio dos juizados, à vista do enorme fluxo de processos que demandam a realização de cálculos previamente à prolação da sentença;

9 TOURINHO NETO, Fernando. *Juizados Especiais e o acesso à Justiça*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/juizados_especiais.htm>. Acesso em: 15 mar. 2012.

10 Tourinho Filho citado por CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993. p. 67.

11 TOURINHO NETO, Fernando; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*, p. 47.

A par disso, tem-se buscado alternativas para a superação do entrave, através de parcerias com o INSS, seja para a realização invertida, seja pela disponibilização de dados contidos nos sistemas da Previdência¹².

Por fim, é imperioso refletir acerca do tipo de celeridade que se almeja, em se considerando a necessidade de correção nas decisões judiciais e o real escopo dos Juizados, qual seja, a solução dos conflitos e a consequente a realização da justiça social.

3.5 DO PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE

Conforme já assinalado, o processo é um meio para se atingir determinado fim, o que implica a não inversão de valores, isto é, não se deve tomar o continente pelo conteúdo, a criatura pelo criador.

O princípio da informalidade determina, em síntese, a ausência das formas exigidas no procedimento comum; enseja a concreta aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, despindo-se, portanto, do apego à forma.

Daí porque a previsão da oralidade, da permissão de juízes leigos presidindo às audiências de conciliação e instrução e julgamento; do não pronunciamento de nulidade, exceto quando houver prejuízo para uma das partes; da desnecessidade da assistência de advogado nas causas de determinado valor, cabendo o pedido ser reduzido a termo pelo cartorário é uma inequívoca demonstração da vontade do legislador ao pretender um processo informal e mais viável ao jurisdicionado.

4 DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Após o advento da Lei nº 9.099/1995, coube ao legislador regulamentar os Juizados Especiais Federais. Esse legislador podia pautar-se pelas seguintes opções: a) criar um arcabouço semelhante ao da recém-criada lei; b) proceder a simples regulamentação em capítulo específico inserido na norma; c) criar um microsistema específico, com aplicação subsidiária da Lei nº 9.900/1995, no que coubesse. O legislador optou por este último modelo, ou seja, criou um microsistema específico.

12 CAZERTA, Therezinha. *10 anos dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região*. São Paulo: Divisão de Serviços Gráficos TRF3, 2012. p. 94.

A opção apontada delineou-se desde os primeiros anteprojetos de lei, notadamente o Projeto de Lei nº 3.999-A/2001, do Poder Executivo, que se transformou na atual Lei nº 10.259/2001.

Inexiste, portanto, qualquer equívoco ou dúvida, bastando inicialmente exaurir o exame da “norma-mãe” aplicável para, em seguida, proceder-se a detida exegese da norma subsidiária para a solução de eventual impasse.

No caso de persistir alguma dúvida, incompatibilidade ou omissão, não se pode olvidar da aplicabilidade dos dispositivos constantes do Código de Processo Civil (CPC), bem como do Código de Processo Penal (CPP), uma vez que se trata de macrossistemas instrumentais aptos para tanto, em condições excepcionalíssimas, é certo, quando esgotadas todas as possibilidades de aplicação da legislação especial.

Dessa forma, com relação aos Juizados Especiais Federais, tendo em vista que a Lei nº 10.259/2001 é bastante sucinta, aplicam-se subsidiariamente, em primeiro lugar, a Lei nº 9.099/1995 e, em seguida, naquilo que não conflitar com os princípios orientadores dos Juizados Especiais, o CPC.

Por derradeiro, resta, ainda, a ulterior aplicação da analogia, dos princípios gerais e dos costumes, sem deixar de mencionar a equidade expressamente autorizada pelo art. 6º da Lei 9.099/1995, sendo certo que todas as aplicações normativas e interpretações deverão estar, por óbvio, em sintonia com os postulados constitucionais.

Um aspecto diferencial entre os JECs e JEFs é que, não obstante os primeiros não admitirem como parte pessoas jurídicas de direito público (art. 8º da Lei nº 9.099/1995), nos JEFs, todavia, existe previsão expressa, podendo figurar no polo passivo da demanda a União, as autarquias, as fundações e as empresas públicas federais (art. 6º, II, da Lei nº 10.259/2001). E isso é facilmente compreensível em função da matéria tratada no âmbito da Justiça Federal.

E, dentre as inovações trazidas pela Lei nº 10.259/2001, pode-se citar a inexistência de reexame necessário (art. 13 da lei nº 10.259), bem como de prazo em dobro para recorrer (art. 9º da Lei nº 10.259). O escopo dessas inovações direcionou-se a atender aos princípios da celeridade e da economia processual.

5 DOS GARGALOS EXISTENTES NA EFETIVA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO

O processo eletrônico, introduzido pela Lei nº 11.419/2006, foi, de um lado, uma solução, ao mesmo em tempo que provocou inúmeros

outros “gargalos”. Isso porque o avanço tecnológico experimentado nos últimos 20 anos não foi garantia de desafogamento de trabalho, nas mais variadas áreas da atividade humana, como se supunha inicialmente, mas, ao contrário, acabou por provocar um efeito “bumerangue”, exigindo sucessivos e frequentes ajustes e mudanças. Em 22 de fevereiro de 2012, por exemplo, os Juizados Especiais Federais da 3ª Região implantaram o novo sistema eletrônico, criando o portal de intimações, o que otimizou a sua operosidade, todavia, em um mês de funcionamento, o Núcleo-JEF da Procuradoria da Fazenda Nacional da 3ª Região computou aumento de mais de 200 %, reforçando ainda mais o descompasso entre os operadores envolvidos no “sistema” dos JEFs.

A garantia do acesso à Justiça não é, assim, suficiente para a efetivação da justiça, exigindo-se outras soluções, sem prejuízo dos esforços em andamento. Citem-se a realização dos mutirões, projetos e campanhas de conciliação, bem como os diversos estudos em torno do tema.

Sobre os mutirões, é salutar mencionar evento comemorativo dos 10 anos dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, realizado em 3 de março de 2012, oportunidade em que a Ministra Eliana Calmon noticiou projeto piloto decorrente do Movimento pela Conciliação, cujo objetivo será viabilizar a composição dos conflitos com o Banco do Brasil, no Estado de Sergipe. A depender dos resultados, a iniciativa será estendida a todo o País.

Por fim, não se pode ignorar a necessidade da participação dos demais atores no processo de efetivação da justiça enquanto anseio dos jurisdicionados, em particular no âmbito dos JEFs, quer sejam os advogados, públicos ou privados, quer sejam os próprios entes públicos, os quais também não podem furtar-se à sua responsabilidade social.

Espera-se que a Administração tenha a sensibilidade necessária para compreender o anseio do legislador e a necessidade dos jurisdicionados e se dispa do manto da infeliz e retrógrada indumentária do distanciamento, absorvendo, agora, os novos valores e a verdadeira missão social, cujo repensar é imperioso em face do Estado Democrático de Direito, pois não mais cabem posturas parciais nesse novo conceito do “público”. É o caso de algumas ações adotadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, como, *v.g.*, interação com o cidadão por meio dos diversos canais de atendimento, presencial ou a distância; educação fiscal para o exercício da cidadania.

E é patente o processo de desjudicialização ou “redução de litigiosidade” por que passa o mundo, na tentativa de retirar-se do âmbito do Poder Judiciário aqueles casos que exigem uma atuação de natureza meramente burocrática e homologatória da manifestação de

vontade expressa pelos interessados. No Brasil não poderia ser diferente. Cite-se Parecer inédito à época, editado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), permitindo aos seus dois mil procuradores desistir de recursos para os assuntos que já tenham sido julgados de forma favorável aos contribuintes em recursos repetitivos no STJ ou em repercussão geral no Supremo¹³. Frise-se, ainda, que reduzir a litigiosidade é meta do Planejamento Estratégico em implantação no seio da PGFN desde 2009, além de consistir em missão da Instituição¹⁴.

Seria inócuo, todavia, outorgar à celeridade/efetividade o *status* de direito fundamental, sem que houvesse empenho da parte de todos os agentes e operadores do direito – incluindo-se aqui o Legislativo e o Executivo – de modo a oferecer sustentabilidade a tal garantia e evitar que a burocracia desnecessária dos atos venha a fazer da lei “letra morta”.

6 DOS ENUNCIADOS FONAJEF

Ressalte-se, inicialmente, que o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef) é um evento promovido anualmente pela Associação dos Juízes Federais (Ajufe) desde 2004 com o objetivo de discutir temas, sistemáticas e soluções destinadas a aprimorar o funcionamento dos JEFs, a partir das mais diversas situações vivenciadas pelos juízes federais¹⁵. Com relação, de um lado, à eloquente divergência jurisprudencial e, de outro, à equação efetividade/morosidade dos processos em geral, como forma de contornar o problema, o Judiciário brasileiro vem, há alguns anos, editando Súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, que fazem o papel de filtros para o fim de se evitarem lides semelhantes, cujo objeto tenha sido julgado anteriormente.

Essa recente tendência, embora muito criticada no passado em especial pelos advogados, é oriunda da inspiração em sistemas jurídicos de outros países, que tiveram experiência com problemas semelhantes, notadamente no sistema da *common law* – tanto que o devido processo legal previsto no Texto Constitucional brasileiro é tradução quase literal da expressão *due process of law*.

13 UNIÃO DESISTE de temas tributários. Disponível em: <<http://www.atamericas.org/lerNoticia1.asp?id=701>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

14 RELATÓRIO DE Gestão Exercício 2010. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/institucional/relatorio-de-gestao/Relatorio%20de%20Gestao%202010.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

15 ENUNCIADOS FONAJEF. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1407&Itemid=72>. Acesso em: 20 mar. 2012.

Conforme assinalado, os Juizados Especiais, introduzidos pela CF/1988, também derivam, em boa parte, do modelo norte-americano, que prevê as *small claims courts*, objeto de franco interesse de vários países componentes do sistema *civil law*.

Guardadas as devidas diferenças entre ambos os sistemas jurídicos, a começar pela sua origem, eis que o *common law* deriva dos costumes e precedentes jurisprudenciais, sendo o texto de lei fonte secundária, ao passo que o *civil law* pressupõe primeiro o arcabouço jurídico, para depois serem aplicados os preceitos legais a situações concretas, em função da globalização e do maior estreitamento entre os países, em algumas situações essas existentes diferenças passaram a ser agregadoras.

Grassam exemplos nesse sentido, como a denominada *alternative dispute resolution* dos Estados Unidos, enquanto alternativa de incentivo à conciliação, que prevê as diversas vias de transação, mediação e arbitragem (e combinações entre si), e que vem sendo, pouco a pouco, introduzida no ordenamento jurídico. Cite-se a característica conciliatória existente no âmbito dos Juizados Especiais.

Um desdobramento desse processo, no campo dos Juizados, é a criação de Enunciados, que expressam a orientação dos julgadores acerca de temas controversos, com o objetivo de harmonizar em nível nacional os entendimentos, não possuindo *status* de lei, tampouco sendo de aplicação obrigatória, inobstante seu peso por ocasião da prolação das decisões.

No sistema jurídico hodierno, só existe súmula vinculante quando proferida pelo STF, eis que fruto de reiteradas decisões do Pretório Excelso e aprovada por 2/3 dos ministros. Em que pese o fato de as súmulas e os enunciados dos Tribunais apenas terem natureza jurídica de orientação, grande parte da doutrina entende que deveriam integrar os microssistemas legais.

O presente estudo segue nessa trilha, ressaltando que esse instrumento de integração não poderá sobrepor-se aos ditames da legislação processual.

7 DO SISTEMA RECURSAL NOS JEFs

Há que se destacar, com relação ao sistema recursal no âmbito dos Juizados Especiais, que diferem em suas órbitas específicas, pois, enquanto a legislação que rege os Juizados Especiais Estaduais prevê o cabimento de apenas três espécies de recurso – o recurso inominado, ou apelação, os embargos de declaração e o recurso extraordinário –, nos JEFs são cabíveis cinco espécies de recurso.

Importa aqui tratar especificamente do sistema recursal nos JEFs, considerando o objeto do presente trabalho. Assim sendo, tem-se, como primeira modalidade o recurso contra as decisões interlocutórias proferidas em tutelas de urgência que causem gravame às partes (arts. 4º e 5º da Lei nº 10.259/2001). Não obstante a ausência expressa de denominação, é pacífico na doutrina que o recurso em tela é o de agravo de instrumento – embora no JEF da 3ª Região a designação seja Recurso de Medida Cautelar –, a ser interposto diretamente perante as Turmas Recursais (segundo grau de jurisdição) e com a obediência às regras atinentes ao agravo, entre elas impondo-se a necessidade de formação do instrumento. A esse propósito, ressalte-se que:

Ao se ampliar esta interpretação para o art. 526 do CPC, que obriga ao Agravante à realização do protocolo da cópia do Agravo de Instrumento em 3 (três) dias, após o ingresso do recurso no Tribunal, verifica-se que tal artigo torna-se também sem utilidade. O próprio sistema informatizado poderá fazer a notificação diretamente ao magistrado a quo sobre o ingresso do incidente do Agravo de Instrumento. Assim, o requisito, que é hoje obrigatório, não o é com o Procedimento Eletrônico

Aliás, o sistema informatizado, que formatará o *modus operandi* dos autos, deverá adaptar o Processo ao Procedimento Eletrônico [...] Até para que não exista contradição interna e sobreposição de procedimentos, o que inviabilizaria os benefícios do Procedimento Eletrônico.¹⁶

O recurso inominado, a segunda espécie de recurso, está ligado às sentenças. Está previsto no art. 41 da Lei nº 9.099 e, embora também não tenha uma denominação específica, é semelhante ao recurso de apelação contemplado no CPC.

Os embargos de declaração são a terceira modalidade de recurso nos JEFs, sendo previstos no art. 48 da Lei nº 9.099. Nesse particular, existe uma incoerência do legislador, no tocante aos efeitos de sua interposição em relação ao curso do prazo. Enquanto o art. 50 da Lei nº 9.099 estabelece que, quando interposto contra sentença, opera-se somente a suspensão do prazo para a interposição de outro eventual recurso, em sentido inverso, quando interposto contra acórdão de Turma Recursal, seu efeito

16 GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *O regime do agravo no novo procedimento eletrônico* – 2011. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/o-regime-do-agravo-no-novo-procedimento-eletronico/28/>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

é interruptivo, devendo-se operar *in totum* o prazo para a interposição de algum outro recurso. Essa incongruência é bastante temerária, porque pode facilmente induzir o operador a equívocos.

O art. 14 da Lei nº 10.259/2001 prevê como quarta modalidade o pedido de uniformização perante as Turmas Regionais de Uniformização e/ou a TNU.

O pressuposto para a interposição do pedido de uniformização perante a TNU é exatamente a existência de divergência entre Turmas Recursais ou entre Turma Recursal e súmula ou jurisprudência dominante do STJ, e por conta disso poderia ser comparado ao recurso especial por divergência (art. 105, III, “c”, da CF/1988).

Outro pressuposto é que a questão divergente seja relativa a direito material, eis que o art. 14 da Lei nº 10.259 não admite a interposição do PU em relação a questões processuais. Não obstante, o CJF tem possibilitado que as Turmas Recursais ou Regionais formulem consultas sobre matéria processual, uma vez verificada divergência no processamento dos feitos, consoante o art. 2º da Resolução nº 390 do CJF.

Por ser recurso excepcional, não se destina a tratar de matéria fática, mas exclusivamente de questões de direito. Existem três modalidades de recurso excepcional: o regional, o nacional e o para o STJ.

Tem-se, ainda, a previsão do recurso extraordinário, a ser interposto nos moldes do CPC. Não existe previsão de possibilidade de interposição do Recurso Especial no âmbito dos Juizados Especiais.

Por fim, observe-se que há severas críticas com relação ao sistema recursal dos Juizados Especiais Federais, porquanto distante das suas reais necessidades, “importando-se” o modelo recursal do procedimento ordinário, com muito poucas alterações, e acompanhado de todas as suas incômodas intempéries.

Grosso modo, com relação ao tempo do processo no JEF, ainda que no primeiro e no segundo graus o processo tenha um trâmite mais célere, a partir da interposição dos recursos excepcionais (PU e RE), ter-se-á um longo decurso temporal, muito semelhante àquele do procedimento ordinário. O que reclama atitudes mais concretas e efetivas para a concretização de sua missão.

7.1 DOS EFEITOS RECURSAIS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Em regra, o efeito do recurso inominado é apenas o devolutivo (art. 43 da Lei nº 9.099/1995); entretanto, o Enunciado nº 61, editado pelo Fórum Nacional dos Fonajef, estabelece que “o recurso será recebido no

duplo efeito, salvo em caso de antecipação de tutela ou medida cautelar de urgência”¹⁷.

O referido Enunciado é produto de adaptação legal pelo Judiciário, eis que o legislador, ao prever apenas o efeito devolutivo aos recursos nos Juizados Especiais, esqueceu-se da Fazenda Pública, até porque não foi contemplada pela Lei nº 9.099/1995.

Com a Emenda Constitucional nº 30/2000, foi alterada a redação do § 1º do art. 100 da CF/1988. Com isso, passou a exigir-se o trânsito em julgado da decisão, inadmitindo-se a execução provisória de sentença em face das entidades de direito público.

Assim, em se tratando de ente público, há que se cumprir o citado dispositivo, razão pela qual o pagamento dar-se-á mediante expedição do Ofício Precatório ou Requisitório de pequeno valor, se for o caso.

7.2 DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

No que tange ao recurso nominado, semelhante, como se disse à apelação, o exame de admissibilidade é exercido da mesma forma que na Justiça Comum, ou seja, tanto em primeiro quanto em segundo graus.

Já o pedido de uniformização possui certas peculiaridades, eis que se submete à análise de admissibilidade recursal pelo Presidente da Turma Recursal ou pelo Presidente da TNU, conforme o órgão perante o qual o pedido tenha sido interposto. Não obstante, uma vez admitido o recurso e enviado para o órgão julgador (TNU ou STJ), será feita nova análise de admissibilidade.

Por fim, no tocante ao recurso extraordinário, este é interposto perante a Turma Recursal, tendo sua admissibilidade analisada tanto pelo Presidente da Turma Recursal quanto pelo STF, posteriormente. No caso de inadmissão pelo Presidente da Turma Recursal caberá agravo de instrumento perante o STF, que poderá ser processado nos próprios autos principais (Enunciado do Fonajef nº 31).

8 DAS ALTERAÇÕES REGIMENTAIS DA TNU COMO INSTRUMENTOS DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JEFs

Como se disse, os “gargalos” grassam em várias etapas e setores dos JEFs, não sendo diferente no âmbito da TNU, ante o enorme acúmulo de recursos, muitas vezes, desnecessários.

17 ENUNCIADOS Fonajef. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/pdfs/Enunciados_consolidados.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

Para evitar esses “gargalos” e racionalizar o sistema recursal, foram aprovadas, pelo CJF, algumas mudanças no seu Regimento Interno. A proposta, representada pela Resolução nº 163/2011, altera a Resolução nº 22/2008 do CJF, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma e revoga a Resolução nº 62/2009.

Dentre as inovações, importa fixar a atenção no § 1º do art. 7º. No tocante à irrecurribilidade das decisões proferidas pelo do Presidente da TNU que:

- negar seguimento ao incidente de uniformização manifestamente inadmissível ou em confronto evidente com súmula ou jurisprudência dominante da TNU, do STJ ou do STF;
- reformar a decisão de inadmissão do incidente de uniformização quando o recorrente demonstrar o equívoco no qual incidiu o prolator e quando o pedido de uniformização for interposto contra acórdão em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante da TNU, do STJ ou do STF.

É relevante mencionar a Lei nº 11.187/2005, cuja principal novidade foi a previsão da irrecurribilidade da decisão monocrática que determina a conversão do agravo de instrumento em agravo retido e da que concede efeito suspensivo ao agravo ou antecipa a tutela recursal (parágrafo único do art. 527).

Evidente, porém, que, ao tratar de dispositivos de um Regimento Interno, está-se a cuidar de um ato normativo infralegal, que dispõe sobre normas regimentais de uma Casa julgadora. Nem mesmo se trata de lei, e seus mais fortes contendores poderiam alegar eventualmente inconstitucionalidade ou mesmo a possibilidade da ocorrência de grave risco ou de difícil reparação à parte “prejudicada”¹⁸.

É certo que decisões teratológicas justificariam plenamente o uso do mandado de segurança, instrumento destinado a combater falhas no sistema de recursos que impedem a proteção do jurisdicionado contra arbitrariedades e decisões potencialmente lesivas.

O que não se pode perder de vista, porém, é o objetivo de tal alteração, que consiste no atendimento aos primados constitucionais da celeridade e economia processual na outorga da prestação jurisdicional e na realização da justiça social.

18 “O juiz não é um legislador. Certo. Mas, também, não é um mero aplicador de leis. Não é la bouche qui prononce les paroles de la loi. Não é um ventríloquo. Não é um porta-voz do sistema” (TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JR., Joel Dias. Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, p. 751).

Inegável que o excessivo número de recursos é extremamente nocivo e perverso, consistindo em conduta danosa ao bom funcionamento da Justiça, enquanto deturpação do sistema. Todas essas reformas, portanto, traduzem a tentativa do legislador, ainda que infralegal, de atender ao clamor social, ou seja, às expectativas da sociedade, que no presente momento histórico se resumem à celeridade e à efetividade, afastando-se a ideia de uma Justiça meramente protocolar, dentro de balizas da moralidade.

Ronald Dworkin, um dos filósofos do direito mais importantes da atualidade e crítico da Jurisprudência Positivista, não aceita a tese que trata o direito como um conjunto de regras passíveis de análise independentemente da moralidade. Sustenta que o Direito possui relevante finalidade social ao realizar-se a Justiça, dando um salto em excelência e importância, a partir do momento em que as decisões jurídicas adequadas se baseiam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em determinada comunidade, o que traz uma solução única, exclusiva. Em suma, a “incerteza jurídica seria, portanto, uma simples derivação da incerteza moral ou política”¹⁹. Vale dizer, o reflexo da sociedade.

Poder-se-ia alegar que referido dispositivo violaria os princípios do devido processo legal e do juiz natural; no entanto, a supressão de um recurso também poderia ser encarada como um retrocesso aos direitos fundamentais.

Mas essas alegações não nos convencem. Nada garante que essa enxurrada de recursos inúteis estaria a merecer tamanha rigidez formal, notadamente no âmbito dos Juizados Especiais, em prol da prevalência de princípios válidos no âmbito da Justiça Comum, mas um tanto distanciados da novel Justiça Especializada, em detrimento da simplicidade, celeridade e economia processual.

Consoante o dizer do Ministro João Otavio de Noronha, Corregedor do Conselho Nacional de Justiça e Presidente da TNU:

Um sistema não pode, ao mesmo tempo, prestigiar a celeridade, a informalidade, a economia processual e a proliferação de recursos. Se esta última já é um problema da Justiça brasileira como um todo, não se pode permitir que se instale, de forma definitiva, nos juizados especiais federais, cujo propósito é atender de forma rápida e segura pretensões que tenham valor reduzido²⁰.

19 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. Tradução: Raíssa R. Mendes. *Caderno da Escola Legislativa*, Belo Horizonte, p. 45-71, jan./jun. 1997.

20 CJF aprova alterações no sistema recursal da TNU. Disponível em: <<http://agregario.com/cjf-aprova-alteracoes-sistema-recursal-tnu>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

Atente-se que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, tratando do tema (art. 8º, item 1), assegura que:

[...] toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (sem grifo no original)

O Brasil é signatário dessa Convenção, de modo que o juiz brasileiro tem o dever de prestar a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável; além disso, o art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*” (sem grifo no original).

Ressalte-se que, pelo sistema anterior, a banalização dos pedidos de reconsideração tinha seu destino certo: prolatar decisão monocrática do Presidente da TNU e que, por sua vez, admitia a interposição de agravo regimental, com consequente distribuição ao Colegiado para reanálise.

Com a inovação trazida pela Resolução nº 163/2011, substituiu-se o pedido de reconsideração pela possibilidade de recurso de agravo nos próprios autos em face de inadmissão do incidente. Todavia, essa decisão do presidente da TNU será irrecurável.

No âmbito da TNU, proliferavam a cada dia os pedidos de reconsideração nos casos de inadmissão do incidente, o que caminhava na “contramão” da pretendida celeridade e da razoável duração do processo, indo de encontro com o regular funcionamento da Justiça e do verdadeiro sentido dos Juizados.

9 CONCLUSÃO

Cresce o debate de como encarar o direito produzido exclusivamente pelos órgãos estatais (positivado), seja na atividade típica, seja na atípica (pelos órgãos do Judiciário e do Executivo).

São notórias as porosidades das diferentes ordens jurídicas, diversamente da falsa ideia da existência de uma unidade de ordenamentos. Referidas porosidades “legitimariam” os processos emancipatórios, chegando-se à ideia da “alternatividade” do Direito.

Em tempos de questionamentos éticos, em que se pugna pela dignidade e valorização da cidadania, já não há espaço para uma atuação protocolar.

Era inegável o descompasso entre o sistema recursal dos JEFs e seus princípios inspiradores, o que permitia que também essa Justiça Especialíssima resvasse na mesma situação dramática da Justiça Comum, em que pesem todos os esforços para outorgar-se maior efetividade e celeridade aos feitos.

O sopesamento dos princípios constitucionais orientadores dos Juizados Especiais outorga a legitimidade da alteração regimental e, no âmbito de sua aplicação normativa, esses princípios adquirem primazia quando confrontados com os demais valores. Tanto decisões pragmáticas de realização de preferências quanto de valores normativos devem passar pelo crivo da compatibilidade com os princípios apontados.

A irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo presidente da TNU em sede de agravo e recém-introduzida pela Resolução nº 163/2011 do CNJ traduz, inegavelmente, arrojada atitude do Judiciário, em sua atividade atípica, no tocante a atender aos reclamos da sociedade que clama por efetiva justiça social.

É bem verdade que a aludida introdução no ordenamento jurídico representa mais um tímido passo, porém não menos corajoso, em prol do resgate do verdadeiro “espírito da pequena causa”, em prol da adequação do processo no âmbito dos Juizados Especiais Federais aos princípios que nortearam a sua criação. Mas sabe-se que a montanha rochosa é um conjunto de inúmeras e pequenas pedras que, ao longo do tempo, passam pelo processo de sedimentação.

Os primeiros passos devem ser dados, ainda que, nessa seara, não se possa percorrer um longo caminho em um curto espaço de tempo. O importante é que se deem os primeiros passos – e que eles sejam firmes.

Acredita-se na Justiça – e não poderia ser diferente; afinal, ela é o último recurso do cidadão, quando esgotadas todas as outras possibilidades de solução do conflito.

Os Juizados Especiais, o modelo brasileiro das *small claims courts*, têm produzido uma justiça mais concreta e acessível. Constituem, sem sombra de dúvida, o embrião da Justiça do futuro e isso, por si só, justifica que eles sejam merecedores de total atenção dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BRITO, Fabio Leite de Farias. *O Sistema Recursal dos Juizados Especiais Federais Cíveis: uma abordagem a partir dos princípios constitucionais do processo*. 2004. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2004.

CALIFORNIA SMALL Claims Court. Disponível em: <<http://www.courts.ca.gov/1256.htm>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

CAZERTA, Therezinha. *10 anos dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região*. São Paulo: Divisão de Serviços Gráficos TRF3, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

CJF aprova alterações no sistema recursal da TNU. Disponível em: <<http://agregario.com/cjf-aprova-alteracoes-sistema-recursal-tnu>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

CONHEÇA a Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/SRF/ConhecaRFB.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

DIAGNÓSTICO da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais. Brasília/DF, 2004.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. Tradução: Raíssa R. Mendes. *Caderno da Escola Legislativa*, Belo Horizonte, p. 45-71, jan./jun. 1997.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENUNCIADOS FONAJEF. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/pdfs/Enunciados_consolidados.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

EVENTOS FONAJEF. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1407&Itemid=72>. Acesso em: 15 mar. 2012.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *O regime do agravo no novo procedimento eletrônico* – 2011. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/>

informacao/revista-juristas/o-regime-do-agravo-no-novo-procedimento-eletronico/28/>. Acesso em: 15 mar. 2012.

GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Como postular nos Juizados Especiais Federais Cíveis*. Niterói: Impetus, 2007.

LEITE, Angela Moreira. *Em tempo de conciliação*. Niterói: EDUFF, 2003.

MARTINEZ, Osvaldo Lopes. Acesso à justiça. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

PESQUISA sobre JEFs apontará gargalos e soluções. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/noticias/2821985/pesquisa-sobre-jefs-apontara-gargalos-e-solucoes>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

PGFN. *Missão e visão de futuro*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/institucional/missao-e-visao-de-futuro>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Cognição e execução à luz da efetividade do processo*. 2001. 270f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Ação: teoria e procedimentos*. Colaboração: Márcia Garcia. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/50/A%C3%A7%C3%A3o_-%C2%A0Teoria_e_Procedimento.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

SORDI, Neide Alves Dias de. *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais*. Brasília/DF: Divisão de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados Especiais e o acesso à justiça*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/juizados_especiais.htm>. Acesso em: 15 mar. 2012.

_____; FIGUEIRA JR.; Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

UNIÃO DESISTE de temas tributários. Disponível em: <<http://www.atamercas.org/lerNoticia1.asp?id=701>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

O DIREITO CONSTITUCIONAL ESTADUNIDENSE NA PERSPECTIVA RETÓRICA DE NEIL MACCORMICK

*THE US CONSTITUTIONAL LAW IN THE PERSPECTIVE OF NEIL
MACCORMICK RHETORIC*

Murilo Strätz

Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União no Rio de Janeiro, pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela Unb e Mestrando em Direito pela UFRJ.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Constitucionalismo Norte-Americano e a Suprema Corte; 2 As visões da Doutrina sobre a Interpretação Constitucional e o *Stare Decisis*; 3 O Modelo Constitucional Brasileiro e as influências que o formataram; 4 Breve Nota sobre a Visão Kelseniana; 5 O Pós-Positivismo de MacCormick; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho traz noções introdutórias sobre o Direito Constitucional dos Estados Unidos da América e o seu cotejo com o Constitucionalismo brasileiro.

Na comparação entre os respectivos sistemas jurídicos, procura-se, neste ensaio, fazer uma releitura da interpretação constitucional que logre, sob a perspectiva retórica fornecida por Neil MacCormick, aplicar-se tanto ao *Common Law* quanto ao *Civil Law*.

Para tanto, investigar-se-á se é possível, dentro de uma Democracia Constitucional, haver conciliação entre o “caráter argumentativo” do Direito [que explora a “derrotabilidade” (*defeasibility*) e as “certezas provisórias” do Direito], de um lado, e a *Rule of Law*, a qual, por sua vez, exige, de outro lado, previsibilidade e certeza do fenômeno jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Interpretação. Retórica. Estado de Direito. Derrotabilidade.

ABSTRACT: This paper presents introductory material on the Constitutional Law of the United States of America and its comparison with the Brazilian Constitutionalism.

Comparing these legal systems, under the rhetorical perspective provided by Neil MacCormick, the article attempts to reconsider the constitutional interpretation in order to apply to both Common Law and the Civil Law.

To this goal, it will investigate whether it is possible, within the Constitutional Democracy, a reconciliation between the “argumentative character” of the Law (which operates the defeasibility and the “provisional certainty” of Law), on the one hand, and the Rule of Law, which, in turn, requires, on the other hand, predictability and certainty of the legal phenomenon.

KEYWORDS: Constitution. Interpretation. Rhetoric. Rule of Law. Defeasibility.

INTRODUÇÃO

O ideal político do Direito moderno exige a certeza e a previsibilidade das decisões jurídicas, o que, em uma primeira abordagem, revela-se teoricamente contraditório à postura argumentativa do Direito, pois, se tudo está sujeito, em alguma medida, à argumentação, não se poderia, em tese, alcançar a pretendida certeza sobre o resultado da aplicação das normas jurídicas.

Todavia, Neil MacCormick, na obra *“Retórica e o Estado de Direito”*, demonstra, conforme se verá, que o ideal do Estado de Direito é dinâmico, e não estático, de modo que a certeza jurídica pode existir dentro de alguns limites, embora seja relativa e esteja sempre sujeita a exceções (*defeasance*) vindouras, as quais, por sua vez, também serão excepcionadas no futuro (“certezas provisórias”). Assim, propõe-se que, na concepção “maccormickiana”, o caráter argumentativo é um ingrediente do Estado de Direito (*Rule of Law*), e não a sua antítese.

Tentar-se-á demonstrar, ademais, que, apesar de eventuais defeitos dessa concepção, ela é melhor que as alternativas (as formas extremadas de formalismo e realismo, por exemplo), podendo mesmo ser caracterizada como um marco distintivo das sociedades civilizadas, a aplicar-se tanto no âmbito do Direito Norte-Americano (regido pela *Common Law*), quanto no âmbito do Direito Brasileiro (filiado ao *Civil Law*).

E presente proposta de aplicação do pensamento de MacCormick a ambos os troncos jurídicos levará em conta as peculiaridades constitucionais de cada qual, especialmente nas versões estadunidense e brasileira, atentando-se, sobretudo, para os aspectos de certeza e previsibilidade das decisões jurídicas.

Enfim, serão considerados, para tanto, os traços distintivos primordiais entre os sistemas constitucionais norte-americano e brasileiro, tais como a diversidade existente na vinculação operada pelos precedentes judiciais, na interpretação dos textos codificados e na extensão dos efeitos decorrentes dos pronunciamentos das respectivas Supremas Cortes (*US Supreme Court* e Supremo Tribunal Federal).

1 O CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO E A SUPREMA CORTE

Em 1776, foi proclamada a Declaração de Independência das treze colônias. Em 1781, foi ratificado o que se denominou *“Articles of*

Confederation”, por meio do que as treze colônias aliaram-se para formar “a national government that was a loose confederation of members states”¹.

Porém, esta Carta (Artigos da Confederação), ao atribuir praticamente todo o poder de gestão aos treze Estados-membros sem nada reservar ao poder central, não permitia ao Governo Nacional desincumbir-se das suas tarefas a contento. Na verdade, o poder dos Estados era tão grande, e tão fora de controle, que não havia sentimento de unidade ou de nação dentro daquela Confederação. Os norte-americanos temiam que, após terem passado por uma dura e sangrenta revolução emancipatória, estariam agora sujeitos a ver seu recém-criado país desintegrar-se internamente ou mesmo ser conquistado por invasores externos.

Para evitar tais temores, os reformadores, após reunirem-se em Anápolis em setembro de 1786, recomendaram uma convenção nacional, o que foi aceito pelos Estados. Assim, o Congresso Continental, em fevereiro de 1787, instou os Estados a enviar representantes para participarem da Convenção que seria realizada na Filadélfia no próximo verão, cujo único objetivo era o de revisar os Artigos da Confederação.

Os delegados enviados pelos Estados para a Convenção Constitucional de 1787 rapidamente resolveram escrever uma Constituição totalmente nova, dotada de mecanismos estruturais como os *checks and balances*, para, resolvendo o dilema de Madison, proteger a liberdade individual e, ao mesmo tempo, fortalecer o Governo Nacional, sem deixar, de outro lado, espaço para o surgimento da tirania das maiorias. Como se vê, não foi a Constituição que criou os Estados, mas sim estes que a criaram.

Em resumo, a marca desse novo constitucionalismo é a “*Rule of Law*” e o republicanismo (forma republicana de governo), que são os dois pilares básicos do modelo político que vigora nos EUA até os dias atuais.²

A “*Rule of Law*” tem origem em Aristóteles e Cícero, passando pela Magna Carta. Os fundadores norte-americanos a consideravam um dogma essencial. Revolucionários como Thomas Paine e John Adams insistiam, em seus escritos pró Declaração de Independência, que a *Rule of Law* era a condição *sine qua non* do auto-governo. O Juiz Scalia afirmou, no caso *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 697 (1988): “*It is the proud boast of our democracy that we have ‘a government of laws and not of men’.*”³

1 BAKER, Thomas E. and Jerre S. Willians. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2ª edition. Thomson West: 2003, p. 2.

2 Ibid., p. 3.

3 Ibid., p. 4.

Tal princípio inspirou diversos dispositivos constitucionais que desaprovam leis que não têm aplicabilidade geral ou leis que não são prospectivas, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal na quinta e décima quarta emendas, a cláusula de igual proteção na décima quarta emenda, e as proibições de imposição de pena sem julgamento, de criação de leis com efeitos retroativos (*ex post facto*), leis de exceção (*Bill of attainders*) ou que alterem obrigações previstas em contratos, conforme consta do artigo I, seção 10, da Constituição.⁴

Já o segundo pilar do constitucionalismo norte-americano, a forma republicana de governo, é “a filosofia política fundamental da Constituição” (Baker, 2003, p. 6). Segundo consta da presente obra, quando o patriarca Benjamin Franklin foi perguntado por um espectador o que a Constituição havia trazido ao povo norte-americano, ele respondeu: “*a Republic, if you can keep it*”. Afastada a possibilidade de se instaurar uma monarquia, a Constituição, uma vez redigida na Convenção Constitucional de 1787, realizada na Filadélfia, e posteriormente ratificada por cada um dos Estados-membros, inicia afirmando, em seu preâmbulo: “Nós, o povo dos Estados Unidos (...)”. Tudo a reforçar a proposta de um autogoverno, ou seja, um governo pelo povo e para o povo, a dar-se mediante uma democracia representativa (mediante representantes, e não, como na Grécia Antiga, diretamente pelo povo).

O objeto do presente trabalho tem também íntima relação com o federalismo norte-americano, visto que as decisões proferidas pela Suprema Corte não podem desconsiderar a autonomia que os Estados possuem na interpretação da legislação local. E, assim como o princípio da separação entre os Poderes da República, o princípio do federalismo não é explorado de forma expressa na Constituição, embora também seja um pilar básico da estrutura constitucional norte-americana.

Conforme descreve Charles Sheldon⁵, o modelo federalista divide-se em vertical e horizontal, de sorte que o federalismo vertical traça a relação entre o poder da União e o poder dos estados, ao passo que o federalismo horizontal disciplina as relações entre os Estados.

O nascimento do federalismo decorreu de um desmembramento, ocorrido no século XVIII, do conceito de soberania. Nas palavras do Juiz Antony M. Kennedy, da Suprema Corte, no julgamento de *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 US 779, 838 (1985): “*The framers split atom of sovereignty. It was the genius of their idea that our citizens would*

4 BAKER, op. cit., p. 5.

5 SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution*. Albany: Westview, 2002, p. 79.

have two political capacities, one state and one federal, each protected from incursion by the other".⁶

De acordo com a 10ª Emenda, as competências atribuídas à União estão expressamente previstas na Constituição, cabendo aos Estados as competências residuais, salvo aquelas consideradas pela Suprema Corte como decorrentes dos "poderes implícitos" que tocam à União a partir da "*Supremacy Clause*" e do "*Grant of judicial Power*".

Eis a redação da 10ª 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*".

Disputas acerca do federalismo são constantes desde o início da Convenção da Filadélfia até os dias atuais. Aliás, foi a principal razão da Guerra Civil Americana (1860/1865). Nas palavras ditas pelo Juiz Chase três anos após o armistício, "*The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States*" (Texas v. White, 74, U.S. (7 Wall.) 700, 725 (1868)).⁷

O surgimento da própria Constituição traz em si notas da tensão que os Estados temiam vivenciar em relação à União. Como exemplo disso, o art. VI da Constituição prevê que a União deveria garantir débitos estaduais contraídos em momento anterior à promulgação da Carta, o que demonstra ter havido um pacto entre os Estados e o Poder Central, por meio do qual este assumiria certos encargos estaduais em troca da parcela de poder que lhe seria outorgada pelos Estados.

Em regra, compete à Justiça Estadual apreciar os processos comuns, a menos que se faça presente um destes dois critérios, os quais atraem a competência de julgamento para as cortes federais: a) diversidade: conflito entre dois Estados ou entre cidadãos domiciliados em Estados distintos; b) questão federal: controvérsias a respeito da interpretação de texto da Constituição ou de lei ou tratado federal.

Não obstante essa relativa primazia dos Estados, a balança do federalismo norte-americano tem, desde 1930, em especial durante a gestão do Presidente Franklin D. Roosevelt, pendido em favor do poder central (União), em detrimento dos Estados.

Neste sentido, podem ser citados os seguintes exemplos, que tradicionalmente ilustram a tendência de migração do poder dos Estados em direção à União: 1) a edição da 13ª, 14ª e 15ª Emendas (*Civil War Amendments*), por meio das quais a União restringiu em grande parte o poder dos Estados, ao proibi-los de conferir tratamento atentatório

6 SHELDON, op. cit., p. 6.

7 Ibid., p. 11.

à dignidade ou discriminatório às pessoas que estivessem sob sua jurisdição; 2) a invocação alargada da Cláusula de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Clause*) para atrair para a União a competência para disciplinar um campo muito variado de matérias, muitas das quais não se subsumiam ao conceito de comércio interestadual; 3) o condicionamento da liberação de verbas (*conditional spending example*) à adoção, pelos Estados, de políticas públicas incentivadas pela União, tal como se deu no caso *South Dakota v. Dole*, de 1987, em que a Suprema Corte considerou constitucional lei federal que permitia que o governo federal retivesse fundos destinados a estradas federais nos Estados cuja idade mínima para consumo de bebidas alcoólicas fosse inferior a 21 anos, sob o entendimento de que o Congresso poderia usar o seu poder de regulamentar o gasto de fundos federais para induzir cooperação dos Estados em áreas que não pode regulamentar diretamente, tal como a fixação de idade mínima para consumo de bebidas alcoólicas.

Outro exemplo no sentido da “federalização” de competências estaduais pode ser extraído de caso (*Lochner v. Nova Iorque*, de 1905) relatado em artigo da autoria do professor Arnaldo Godoy⁸, segundo o qual, o Estado de Nova Iorque, no exercício de seu poder de polícia, havia limitado em dez horas diárias o trabalho de padeiros. *Lochner*, proprietário de uma padaria, violou a lei, contratando padeiros que trabalhavam *overtime*, excedendo as dez horas. Naquela época, entendia-se que a autoridade legislativa somente poderia restringir a liberdade de contratação em circunstâncias excepcionais. Com base nessa premissa, pretendeu *Lochner* que a Suprema Corte decretasse a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, que limitava tal liberdade. O relator da decisão, Juiz Peckam, entendeu que a lei de Nova Iorque interferia na liberdade de contrato entre patrões e empregados. Com base na 14^a Emenda, afirmou que o Estado não poderia privar o indivíduo da liberdade e da propriedade sem o devido processo legal, o que o Estado de Nova Iorque estaria fazendo ao limitar as horas de trabalho na padaria. A questão apreciava dois valores: a liberdade de contratar e o poder de polícia dos estados. No mérito, afirmou que não havia, nesse sentido, poder de polícia que justificasse a lei limitativa de horas de trabalho. Declarou-se, portanto, a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho nas padarias.

A própria possibilidade de a Suprema Corte rever atos dos Estados que contrariem a Constituição ou Leis Federais, o chamado *judicial*

8 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte-americano.html>.

review, é manifestação dos “poderes implícitos” que são conferidos à União, e seus tribunais, pela *Supremacy Clause*, prevista no art. VI, seção 2, que prevê:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.

Com base nestes “poderes implícitos”, a Suprema Corte decidiu, em 1819, que era constitucional a lei que havia criado o *Central Bank* (Banco dos Estados Unidos) norte-americano. Conforme relata o já citado Professor Godoy⁹, o caso *MacCulloch v. Maryland*, de 1819, fundamentou a teoria dos poderes implícitos no constitucionalismo norte-americano. O Estado de Maryland tributou em US\$ 15.000 os bancos que funcionavam no Estado sem alvará específico de funcionamento do próprio Estado. Era o caso do Banco dos Estados Unidos, que, sem o recolhimento de tais valores, funcionava no Estado de Maryland. O gerente da agência de Baltimore, James McCulloch, recusou-se a pagar o tributo. A Suprema Corte de Maryland manteve a imposição. McCulloch apelou para a Suprema Corte. O Juiz Marshall observou que, além dos poderes enumerados na Constituição, havia outros implícitos no próprio texto, de competência do Congresso. Se o governo federal tem objetivos e responsabilidades, deve deter os meios para realizar seus fins. Tratava-se do princípio da supremacia nacional, que justificaria a teoria dos poderes implícitos, também chamada “teoria dos poderes resultantes”. Embora não houvesse autorização expressa para que a União criasse bancos, implícita estava sua necessidade, por imperativo de ordem pública. O Congresso detém competência implícita para criar bancos e qualquer lei estadual que direta ou indiretamente limitasse tal competência seria inconstitucional. O Estado de Maryland, cobrando impostos, não poderia restringir aplicação de lei federal. O Estado não poderia tributar instrumentos do governo federal, concepção que justificará a teoria tributária da imunidade fiscal. Anulou-se, assim a lei estadual de Maryland que tributava o Banco Federal. O caso, portanto, estabeleceu e firmou limitação implícita na autoridade dos Estados.

9 GODOY, op. cit.

Também o caso *Gibbons v. Ogden*, de 1824, dá os contornos do conceito norte-americano indicativo de supremacia de lei federal. Em 1815, Aaron Ogden, ex-governador do Estado de Nova Jersey, comprou direitos de explorar a navegação comercial entre os portos de Nova Iorque (no estado de Nova Iorque) e Elisabeth Town (no Estado de Nova Jersey). Quatro anos depois, processou seu ex-sócio Thomas Gibbons porque este passou a explorar linha com o mesmo itinerário, desrespeitando os direitos que Ogden comprara, garantidos pelas leis do Estado de Nova Iorque. Gibbons argumentou que licença federal lhe autorizava a operar com barcos em qualquer lugar nos Estados Unidos. A Corte de Nova Iorque, por decisão do Juiz Kent, rejeitou a tese de Gibbons, que apelou para Suprema Corte. Esta reconheceu a supremacia da lei federal em face da lei estadual, garantindo a Gibbons o direito de operar com seus barcos, na linha Nova Iorque/Elisabethtown. Segundo Marshall, era claro o texto constitucional: o Congresso teria poderes para regular o comércio com nações estrangeiras, entre os Estados e com as tribos indígenas (Constituição, Seção 8, inciso 3). Aos Estados eram reservados poderes para legislar em tema de comércio interno. A Linha Nova Iorque/Elisabethtown ligava dois estados (Nova Iorque e Nova Jersey), exigindo competência normativa federal. Trata-se de mais uma aplicação da já citada cláusula de comércio interestadual (*interestate commerce clause*).

2 AS VISÕES DA DOUTRINA SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O STARE DECISIS

Para os norte-americanos, filiados que são à tradição do *common law*, na interpretação da lei, não se aplica analogia nem interpretação extensiva, o que tem lugar apenas na interpretação dos precedentes (*case law*). Tal postura se deve, historicamente, à desconfiança com que os juízes viam os atos emanados do Legislativo, os quais, no entender dos magistrados, limitariam seu poder de criar o Direito para o caso concreto.¹⁰

Considerando que a Constituição Norte-Americana é sintética, pouco ou nada estabelecendo a respeito de uma plêiade de importantes assuntos que diuturnamente batem às portas do Judiciário, à Suprema

¹⁰ Palestra ministrada pelo Professor Thomas Golden no Curso de Introdução ao Direito Americano, promovido pela Thomas Jefferson *School of Law* em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União, no período de 07 a 28 de janeiro de 2012, na cidade de San Diego, Estado da Califórnia, Estados Unidos da América.

Corte tem sido reservado o papel de construir o arcabouço jurídico a partir do qual a interpretação constitucional deve ser norteadada. Assim se deu, por exemplo, no julgamento, em 1973, do caso em que se reconheceu às mulheres o direito ao aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113), pois não havia qualquer dispositivo constitucional expreso neste sentido. A Suprema Corte aplicou ao caso a proteção à intimidade e a cláusula do devido processo legal, entendendo, assim, que a penalização do aborto feria tais postulados constitucionais.

Conforme alertam Thomas E. Baker e Jerre S. Willians¹¹, os tribunais federais em geral, e a Suprema Corte em particular, contribuíram muito para o robustecimento do esquálido art. III da Constituição, ao acrescer-lhe um extenso corpo de precedentes e anotações bem fundamentadas que passaram a servir de norte aos intérpretes constitucionais. Na verdade, a Constituição é tão enxuta, que a Suprema Corte é o único tribunal criado diretamente por ela, cabendo ao Congresso a criação das demais Cortes Federais. Entretanto, em que pese o laconismo da Constituição Norte-Americana, qualquer interpretação deve partir de um texto, ainda que este seja sucinto.

É isso o que defendem os citados autores¹² e o próprio Neil MacCormick (conforme se verá mais adiante).

Constitutional analysis ought and does begin with the text. Every student and every interpreter of the Constitution is a documentarian. [...] Always start with the text. But our study of constitutional law requires some appreciation for the historical and philosophical context of the Constitution.

As formas mais comuns de interpretação constitucional são, em livre tradução, construídas sobre as seguintes bases: literal (*text*), original (*original understanding*), histórica (*history and tradition*), estrutural (*structure*), jurisprudencial (*precedent or doctrine*) e moral (*philosophy or moral reasoning*), de acordo com Baker (2003, p. 334/335).

Historicamente pode se falar de duas correntes hermenêuticas no constitucionalismo norte-americano. Um certo ativismo, próprio dos adeptos da corrente denominada *living breathing view*, marcou a atitude de juizes construtivistas, mais identificados com o partido democrata e divorciados de correntes originalistas (*original intent*). Os construtivistas pretendem leitura contemporânea do texto constitucional

¹¹ Ibid., p. 28.

¹² Ibid., p. 1.

norte-americano, subsumindo-o à realidade, que exigiria a intervenção do judiciário, na consecução da justiça social. Em contrapartida emerge corrente mais identificada com o pensamento republicano, de feição conservadora, e que defende uma leitura minimalista do texto constitucional, originalista ao extremo, supostamente fiel à vontade do legislador que detinha o poder constituinte originário e empiricamente marcada por interpretação literal da constituição norte-americana.

Não se enquadrando em nenhuma dessas correntes mais extremadas (originalismo e ativismo), Herbert Wechsler¹³ defende que a *judicial review* de atos legislativos somente se dê em casos nos quais as exigências procedimentais e jurisdicionais se façam presentes, de modo que, nestes casos, os tribunais têm não só o poder, mas também o dever, de decidir os casos constitucionais com base em raciocínios e análises que transcendam o resultado imediato. Vale dizer, Herbert Wechsler sustenta uma teoria principiológica que não seja casuística (*ad hoc*), nem consequencialista.

Para tanto, Wechsler critica a posição do juiz americano Learned Hand¹⁴, segundo a qual os Tribunais só deveriam exercer a autoridade suprema sobre a interpretação constitucional quando isso fosse necessário para a sobrevivência do Estado, ocasião em que o Judiciário serviria de árbitro entre os outros poderes.

Segundo Wechsler¹⁵, Learned Hand teria afirmado, em tradução livre:

quando a Constituição emergiu da Convenção em setembro de 1787, a estrutura do governo proposto, se se olhar para o texto, não permitiu inferir-se que as decisões da Suprema Corte e, por conseguinte, das cortes inferiores, fossem impositivas em relação ao Executivo e ao Legislativo”; e “de outro lado, era provável – se de fato não fosse certo –, que, sem algum árbitro cuja decisão deveria ser final, o sistema como um todo colapsaria, por ser extremamente improvável que o Executivo ou o Legislativo, uma vez tendo decidido, se submetessem ao posicionamento contrário de outro departamento, mesmo das cortes.

13 WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review, Vol. 73, nº 1, nov., 1959, pp. 1-35.

14 Como exemplo da posição de Learned Hand, cita-se a decisão proferida pela Suprema Corte no famoso caso Brown, de 1954, ao interpretar a cláusula constitucional da igualdade de proteção como abrangente da proscrição da segregação racial nas escolas públicas.

15 Ibid., p. 3.

Wechsler afirma, porém, que sua discordância em relação ao Juiz Learned Hand não é insolúvel, pois a cláusula da supremacia, constante do art. VI, § 2º, da Constituição Norte-Americana, pode ser aplicada para, ao invés de limitar o poder jurisdicional, ampliá-lo. Assim, os condicionamentos impostos pela posição de Hand para manter íntegra a referida cláusula de supremacia, tais como a exigência de que a Constituição Federal prevaleça sobre as demais normas, podem, ao revés, ser utilizados como cláusula aberta para o alargamento da jurisdição, a qual poderia acabar exercendo um papel político, o que Wechsler condena.

A busca de um método jurídico de objetividade tão plena quanto possível e a neutralidade do intérprete é o que motiva as críticas feitas por Wechsler a algumas decisões proferidas pela Suprema Corte e ao ativismo judicial, procurando, assim, diferenciar a atuação do Judiciário e a dos outros dois poderes, pois o que caracteriza as decisões judiciais é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de vontade ou sentimento pessoal.

Discorda de que a interpretação das leis esteja sujeita a um “teste de virtude”, para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças, pois quem julga com os olhos no resultado imediato e em função das próprias simpatias ou preconceitos regride ao governo dos homens e se afasta do governo das leis.

As decisões constitucionais devem ser motivadas, cabendo aos tribunais expor os autênticos fundamentos (princípios neutros) de seus julgados e desenvolver claramente cada fase do raciocínio que conduziu ao resultado produzido. A impossibilidade de se chegar a uma objetividade plena não minimiza a necessidade de uma objetividade possível, de modo que a interpretação não seja uma atividade discricionária (tal como a criação de direitos pelo ativismo) ou mecânica (de viés originalista), mas um produto da interação entre o intérprete e o texto. A neutralidade se dilui em muitos aspectos, entre os quais a imparcialidade (ausência de interesse imediato na questão) e a impessoalidade (atuação pelo bem comum).

Mas a neutralidade exige, ainda, que o intérprete não seja influenciado por questões consequencialistas, tais como o resultado que pretende obter com a interpretação. Para tanto, o juiz deve manter-se vinculado não só ao texto, mas especialmente à história da Constituição, sem legitimação para erigir direitos novos, não autorizados nos mandamentos constitucionais, porquanto, se os constituintes de Filadélfia realmente quisessem delegar aos juízes essa função criativa, tal como na prática efetivamente se fez pelo trabalho da Suprema Corte,

na trilha de John Marshall, teriam conferido à Nona Emenda redação autorizativa, que expressamente outorgasse à Suprema Corte o poder de acrescentar direitos ao texto constitucional, considerando a filosofia, a ética e a moral ou, ainda, as ideias dominantes do governo republicano. Entretanto, como isso não foi feito, nos casos em que a Constituição não contém uma opção moral ou ética, o juiz não pode utilizar seus próprios princípios ideológicos para rechaçar a decisão da coletividade expressa na lei, fruto da política, com a qual não se confunde a jurisdição. Daqui se poderia extrair dura crítica a Dworkin.

Concluindo a visão de Wechsler, o que caracteriza as decisões judiciais, diferenciando-as dos atos praticados pelos outros dois poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de política ou de mera vontade pessoal. Daí por que Wechsler discorda, com veemência, daqueles que sujeitam a interpretação da Constituição e das leis ao referido ‘teste de virtude’, haja vista que, se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá que admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente, o que é o mais profundo problema do constitucionalismo, o chamado julgamento *ad hoc*.

O sistema da *Common Law*, que vigora nos países de origem anglo-saxônica, é caracterizado por privilegiar a força dos usos e costumes em sua tradição jurídica, formando complexas regras consuetudinárias e deixando a lei como vetor norteador de segundo plano, ao contrário do que se observa nos países que, como o Brasil, seguiram o legado deixado pelo Direito Romano e que integram o sistema da *Civil Law*, ou Romano-Germânico.

Aquele sistema, que se orienta pelo direito consuetudinário, revela-se, por um lado, mais dinâmico na criação do Direito, já que se inspira, para tanto, primordialmente nas orientações emanadas das decisões concretas proferidas pelos Tribunais nos casos que se apresentam diariamente.

Neste sentido escreve Luís Kietzmann, *verbis*:

Historicamente, pode-se afirmar que o sistema da *common law* decorre da atividade prática dos tribunais de justiça na Inglaterra durante o século XIX, de modo que a experiência, consolidada nos reiterados julgamentos, é que se firmou como fonte elementar do Direito naquele país. Deste modo, por razões sociais e históricas, houve a formação de um sistema jurídico dinâmico, em que o

ordenamento normativo decorre de uma imediata resposta dos julgadores à realidade social, deixando em segundo plano, portanto, o processo legislativo formal.¹⁶

Esse caráter dinâmico pode ser atribuído ao fato de inexistir, desde logo, um repositório normativo pelo qual as questões devam ser apreciadas. Dessa forma, o direito material define-se empiricamente, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo).

Por outro lado, contudo, se não houver uma constante atenção por parte dos julgadores no que tange às especificidades dos casos que lhe são rotineiramente submetidos à apreciação, esse sistema pode acabar deixando de ser assim tão dinâmico, dado o risco de que não se faça a devida distinção (*distinguishing*) entre o precedente norteador e o caso que está sob julgamento. Afora isto, tal sistema, para que se mantenha dinâmico, deve também sempre estar aberto à possibilidade de superação (*overruling*) dos seus precedentes, sempre que estes passem a se mostrar inadequados face às mudanças pelas quais passa a sociedade.

Aliás, a própria doutrina que embasa o Sistema Comum – denominada *stare decisis* (forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*¹⁷ – ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso) – reflete, por sua origem semântica, o mencionado risco de empedernimento do sistema jurídico.

O *stare decisis* veio da Inglaterra em 1066. O precedente é a decisão que provê a razão de decidir os futuros casos ou questões jurídicas semelhantes.

Ainda segundo Luís Kietzmann¹⁸, a decisão judicial inserida nesse sistema “assume a função não só de dirimir uma controvérsia, mas também a de estabelecer um precedente, com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma”.

16 KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

17 SEIGLER, Timothy John. *Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause*. *Educational Administration Quarterly* 2003; 39: 208. Disponível em: <<http://eaq.sagepub.com>> at CAPES on September 30, 2008, p. 224.

18 Ibidem.

Michael J. Gerhardt, no capítulo VI da obra *The Power of Precedent* (Oxford University Press, 2008), faz menção a chamados “súper precedentes”, entendidos estes como as decisões, judiciais ou não, que, por terem sido citadas com tanta frequência pelas Cortes e outras autoridades, acabaram se incorporando ao Direito e à cultura jurídica em geral, ainda que não previstas expressamente em lei ou em algum precedente específico. Exemplos de “súper precedentes”, dados por Gerhardt, são as práticas fundantes (como o *judicial review*, pelo Judiciário, e o poder de veto, pelo Presidente da República, das leis por ele reputadas inconstitucionais) e a doutrina sobre a fundação (incorporação).

Várias são, entretanto, as críticas que se fazem à vinculação que o *stare decisis* representa para o sistema constitucional.

Lawrence B. Solum¹⁹ destaca, no cenário jurídico estadunidense, dois conjuntos de críticas que se apresentam no debate alusivo à constitucionalidade do *stare decisis*: o primeiro conjunto circunscreve-se à visão realista / instrumentalista que se pode ter do precedente; o segundo abarca a doutrina da Suprema Corte Norte-Americana segundo a qual esta teria poderes ilimitados para superar (*overrule*) a sua própria decisão anterior.

De acordo com o Realismo / Instrumentalismo²⁰ – o qual, sendo avesso a qualquer tipo de amarras, prega a resolução dos casos de forma casuística, ou seja, com base em argumentos de política / economia²¹ ou em ponderação de interesses –, o *stare decisis* seria uma forma de Positivismo (“*legal formalism*”), e por isso deveria ser rejeitado, eis que inimigo da Constituição viva (“*living constitution*”).

Já de acordo com a segunda corrente de críticas, o *stare decisis* é questionado diante da fragilidade de sua vinculação quando o tema seja de natureza constitucional. Assim, o precedente representaria nada mais que uma mera presunção de que o entendimento originalmente adotado é o correto, presunção esta que poderia ser afastada caso a Suprema Corte superasse o entendimento anterior. O precedente, dessa forma, vincularia apenas as instâncias inferiores, porém não a própria Suprema Corte, a qual somente estaria vinculada à Constituição e ao

19 SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006, p. 155-160.

20 Livre tradução de *Realism / Instrumentalism*.

21 Poder-se-ia citar como exemplo de doutrina instrumentalista a “Análise Econômica do Direito”.

seu significado, de sorte que o precedente que contrariasse uma norma constitucional deveria ser desconsiderado.

Tais críticas, contudo, sofreram recente revés. De acordo com Thomas Healy²², uma Turma do Tribunal Federal de Apelação da 8ª Região dos Estados Unidos entendeu, no caso *Anastasoff v. United States* (julgamento realizado no ano de 2000, Relator o Juiz Richard S. Arnold), que a doutrina do *stare decisis* está tão incrustada no *common law* que os fundadores deste sequer poderiam conceber um poder judicial que não estivesse balizado por aquela doutrina. Assim, a Turma assentou ser contrária ao art. III da Constituição, que institui o Poder Judiciário, a prática forense de prolatar decisões que não venham a gerar efeitos vinculantes para o futuro, bem como a de deixar de publicar os fundamentos de suas decisões, pois tais práticas contornariam a exigência formulada pelos fundadores da Constituição no sentido de impor limites à discricionariedade judicial, de diferenciá-la da atividade legislativa e de inibir o abuso do poder conferido à magistratura federal.

Nos termos do voto-condutor, “*when the Constitution vested the judicial Power of the United States in the federal courts, it necessarily limited them to a decision-making process in which precedent is binding*”. O Relator entendeu, porém, que é até possível que os Tribunais superem alguns precedentes, desde que, ao fazê-lo, justifiquem publicamente tal superação mediante fundamentos que sejam convincentemente claros.

Thomas Healy afirma que este entendimento teve a virtude de trazer à tona uma discussão até então pouco agitada, tanto no meio acadêmico, quanto nos Tribunais, os quais, aliás, quase em sua totalidade, incorrem naquelas práticas condenadas pelo referido julgamento proferido no caso *Anastasoff v. United States*. Todavia, no mérito, o autor discorda deste posicionamento, colocando em dúvida o argumento, utilizado neste julgamento, de que o *stare decisis* fora concebido originalmente pelos fundadores da Constituição e de que seja parte inarredável desta, servindo-lhe como mecanismo do sistema de *checks and balances*. Não nega que o *stare decisis* possa, teoricamente, até ser considerado uma exigência constitucional, mas afasta a inconstitucionalidade das decisões que não gerem efeitos vinculantes prospectivos²³, já que o *stare decisis* não pode ser visto como um fim em

22 HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. West Virginia Law Review. Morgantow. v. 104, 2001, p. 43-122.

23 O autor adverte que, mais importante do que garantir que uma decisão forme oficialmente um precedente - e assim tenha efeitos prospectivos -, é garantir que ela seja bem fundamentada e amparada na *rule of law*, o que preserva o ordenamento e poupa o tempo dos Tribunais na publicação de decisões que formam precedentes. Propõe, na p. 114, que só seja atribuído efeito de precedente às decisões que se enquadrem

si mesmo, senão como meio para resguardar importantes valores no ordenamento jurídico.

Como se vê, a doutrina do precedente judicial, conquanto possa ser academicamente questionada como mecanismo absoluto que estrutura o sistema judiciário norte-americano e o diferencia do *civil law*, é, sem sobra de dúvida, um importantíssimo vetor voltado a preservar princípios como a estabilidade, a previsibilidade e a certeza. Tal como observa Lawrence B. Solum, a adoção dessa doutrina não significa renúncia, pelos juízes, ao seu dever de analisar criticamente as particularidades de cada caso, pois tal comportamento equivaleria a estabelecer-se uma “jurisprudência mecânica” (*mechanical jurisprudence*), segundo a qual os precedentes seriam dotados de um poder mágico para, por si sós, solucionar os casos sem a necessidade de que o juiz procedesse a uma análise crítica e procurasse dar a solução racionalmente correta que é exigida. A fundamentação racional que deve estar presente em qualquer julgado, bem como o forçoso cotejo que deve haver entre o precedente utilizado e a Constituição, são exigências inafastáveis do ponto de vista do devido processo legal, ainda que se adote um sistema no qual os órgãos judiciários devem prestar deferência (nunca absoluta) à doutrina do *stare decisis*.

H. P. Monaghan²⁴ afirma que, quando em uma sociedade, como a norte-americana, certas decisões judiciais lhe são centrais, a sua revisão / superação provavelmente implicará ameaça à legitimidade do próprio sistema de controle judicial (*judicial review*).

A partir dessas breves considerações sobre a doutrina do *stare decisis*, pode-se aquilatar o peso que a força do precedente tem no sistema da *common law*. Pode-se, também, questionar se, no Brasil, a jurisprudência dos Tribunais Superiores exerceria papel análogo no funcionamento do Poder Judiciário, especialmente após o entendimento assumido pelo STF em alguns julgados proferidos em controle incidental, cujos efeitos foram abstrativizados, tal como na Reclamação nº 4.335, em que se estendeu ao reclamante a tese fixada no julgamento do HC nº 82.959, sob o pretexto de garantir a autoridade desta decisão tomada em sede de controle incidental.

Não obstante o relevo com que é tratado o Direito Judicial no *Common Law* – sistema ao qual os EUA se filiam –, também lá as fontes formais e primordiais do Direito são a Constituição, leis e tratados,

em pelo menos uma das treze tipologias elencadas (por exemplo, que reveja um entendimento da própria Corte ou que reforme uma decisão inferior já publicada).

24 Apud SIEGLER, op. cit., p. 224.

ficando em terceiro lugar, no plano hierárquico, as “decisões judiciais”, que podem ser divididas em “meramente interpretativas” (*case Law interpreting enacted Law*) e “integrativas” (*common Law caselaw*).

Por fim, há pensadores, como Daniel Farber e Suzanna Sherry²⁵, que contestam qualquer tentativa de se unificar teorias ou de se criar uma “*foundational idea*” que se aplique a todo o Direito Constitucional. Tais autores sustentam que nenhuma uma grande teoria pode abarcar integralmente a história constitucional norte-americana. Preferem, ao revés de teorizações jusfilosóficas, ater-se ao modo pelo qual a Constituição é concretamente implementada pelas autoridades estatais, no melhor estilo *pragmático*.

Todavia, a perspectiva de Neil MacCormick, como se verá adiante, volta-se, se não a resolver definitivamente o problema da segurança jurídica, pelo menos a fornecer caminhos tendentes a minimizar as incertezas que rondam a interpretação e o fenômeno decisório.

3 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E AS INFLUÊNCIAS QUE O FORMATARAM

Registram-se, no direito comparado, três modelos clássicos de controle de constitucionalidade – o francês, o americano e o austríaco –, dos quais partem os demais sistemas adotados pelos países que se enquadram na noção que se convencionou denominar Estado de Direito, “que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais”²⁶.

Na França, por questões históricas ligadas à desconfiança que os revolucionários nutriam pelos juízes (em geral ligados ao Antigo Regime), a letra da lei²⁷, emanada do Poder Legislativo, sempre representou, no imaginário dos franceses, uma das maiores garantias à disposição do cidadão, garantia esta sobre a qual não deveria haver interferência judicial. Daí que o controle de constitucionalidade francês é eminentemente político (não-judicial), concentrado (não-difuso) em seu Conselho Constitucional²⁸ e preventivo (antes da promulgação da lei),

25 FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

26 MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 8, , p. 7, nov. 2001.

27 Este paradigma pode ser sintetizado na célebre expressão, atribuída a Montesquieu, de que o “juiz nada mais deve ser que a boca que pronuncia a lei” (*Le juge, bouche de La loi*).

28 Este órgão foi previsto somente na Constituição da V República, de 04 de outubro de 1958, até hoje em vigor, que lhe cometeu, entre outras atribuições, a de examinar a constitucionalidade das leis antes de sua promulgação.

subtraindo, assim, ao Poder Judiciário o exercício desta magna missão fiscalizatória. Em verdade, a própria sindicância de atos administrativos em geral já era, desde a Constituição de 1791, subtraída à jurisdição *comum*, já que cometida, exclusivamente, ao Conselho de Estado, órgão ao qual incumbia e ainda incumbe a jurisdição *especial* do contencioso administrativo. Dessa maneira, de qualquer sorte, ainda que não houvesse o Conselho Constitucional, as questões de direito público não seriam mesmo resolvidas no Judiciário francês, mas sim em seu Conselho de Estado.²⁹

O sistema francês influenciou sobremaneira o modelo de controle instituído pela Constituição Imperial Brasileira (1824), ao outorgar ao Poder Legislativo a atribuição de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º), conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes³⁰, que destaca tratar-se tal modelo de verdadeira “consagração do dogma da soberania do Parlamento”.

Já o sistema americano, também conhecido como *judicial review*, é o que realmente inaugurou o modelo de controle judicial de constitucionalidade tal como é universalmente conhecido hoje, sendo o precedente *Marbury v. Madison* (1803) considerado como a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de lei que considerava inconstitucional, malgrado se possa falar, consoante adverte Barroso³¹, de precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos do período colonial (com base no direito inglês), o que de certa forma afasta o pioneirismo daquele clássico precedente.

O modelo da *judicial review* influenciou personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, o que, a Gilmar Mendes³², parece ter sido fator decisivo à consolidação do modelo difuso em nossa Carta Republicana de 1891. Assim como a Constituição americana, a brasileira também não se referia expressamente ao controle de constitucionalidade, o que levou Rui Barbosa a destacar, com vistas a defender a amplitude do novel instituto, *verbis*:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seção

29 Note-se que a jurisdição na França, ao contrário do que ocorre no Brasil, não é una.

30 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189-190.

31 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 5-6.

32 Op. cit., p. 191.

2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.³³

Por fim, o modelo austríaco, engendrado por Hans Kelsen, símbolo da Escola de Viena e principal responsável pela elaboração da Constituição Austríaca de 1920 e sua reforma constitucional de 1929, oferece um sistema concentrado de controle, que não seria propriamente uma atividade judicial, mas sim uma função constitucional cometida a um órgão específico (Corte Constitucional), que atuaria como legislador negativo, expungindo, com efeitos *erga omnes* (daí outra diferença do modelo americano), a lei considerada inconstitucional. Tal modelo influenciou a adoção da representação de inconstitucionalidade, através da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, inaugurando a modalidade de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil, visto que a ação direta como procedimento preliminar do processo interventivo, já introduzida originalmente pela Constituição de 1934, ainda não constituía um controle *abstrato* propriamente dito.

O modelo brasileiro, por sua vez, contempla um sistema misto ou híbrido, ostentando características dos três modelos vistos acima e ainda lhes acrescentando outras próprias, fazendo com que o controle de constitucionalidade possa ser realizado por órgão político e judicial (nas formas concentrada e difusa, quanto ao órgão judicial, e nas formas principal e incidental, quanto ao modo de controle), nas modalidades preventiva e repressiva.

4 BREVE NOTA SOBRE A VISÃO KELSENIANA

Segundo Kelsen³⁴, se a ordem jurídica conferisse a qualquer pessoa competência para decidir uma questão jurídica, dificilmente se formaria uma decisão judicial que vinculasse as partes envolvidas. Por isso, a questão somente pode ser decidida pelo próprio tribunal competente ou por um tribunal superior. Quanto a isso, não há maiores problemas.

Porém, Kelsen provoca celeuma quando afirma:

O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode,

³³ *Apud* Mendes, *ibidem*, p. 191.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Ltda: 1987, p. 284.

ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.³⁵

Em arremate, aduz que “Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (legal)”³⁶, porquanto:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.³⁷

Com base nisso, Kelsen reconhece que é consideravelmente limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais. Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.³⁸

Como se vê, apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever, de modo convincente, o mecanismo pelo qual as normas jurídicas gerais logram, de modo racional, predeterminar o conteúdo das primeiras, sem que o julgador incorra em decisionismos. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que o levou a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo.

35 KELSEN, op. cit., p. 285.

36 Ibid., p. 286.

37 Ibid., p. 290.

38 Ibid., p. 297.

A doutrina neoconstitucional se levanta contra a afirmação de que “o conteúdo da norma jurídica individual está predeterminado pela norma jurídica geral”, pois, segundo o neoconstitucionalismo, a lei geral e abstrata não tem o poder de determinar, de antemão, o conteúdo da norma que regerá o caso concreto, especialmente no que tange às peculiaridades que o podem excepcionar do âmbito de aplicação daquela previsão geral.

Insurge-se, outrossim, contra as afirmações de que o “o tribunal pode criar uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado pela norma geral”, pois o reconhecimento deste decisionismo implicaria afronta ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Para o Neoconstitucionalismo, uma das missões da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) consiste em analisar a racionalidade que inspira o raciocínio jurídico, a racionalidade que deve presidir o trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz. Este trânsito é denominado por Peczenik como “salto” ou “transformação”, já que a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação / aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. Quanto mais difícil for um caso, maior será este “salto” ou “transformação”. Há quem sustente que todos os casos são difíceis, porque todos os casos são, pelo menos teoricamente, capazes de provocar controvérsia. Todos os casos são problematizáveis teoricamente. No entanto, a realidade é que na prática do Direito todos temos a sensação de que há casos que provocam discrepâncias sérias, enquanto que outros se resolvem de forma rotineira, como se não houvesse a menor sombra de dúvida acerca de como se teria que decidir. Do que foi dito, caberia deduzir que teoricamente todos os casos são difíceis, mas na prática se deve distinguir entre casos fáceis e casos difíceis. Em outras palavras, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis se mantém em um nível pragmático.

As modernas teorias da argumentação jurídica pretendem reforçar o papel da razão em sentido forte no campo da argumentação jurídica. A TAJ atual é uma aposta na racionalidade no discurso jurídico frente às correntes irracionalistas. As circunstâncias que favoreceram o auge da TAJ moderna são muitas, entre as quais o majoritarismo cínico, o libertarismo inadequado, o relativismo ético, o pseudo-freudianismo, o dedutivismo inapropriado, o determinismo ideológico e o cientificismo.

A proposição de MacCormick³⁹ finca suas raízes na realidade das decisões judiciais, para construir a partir de sua análise, uma teoria da

39 Com base em sua principal obra: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

argumentação. Certamente são muitos os traços que singularizam a teoria standard da argumentação jurídica em relação às antigas teorias da argumentação jurídica às quais já me referi. No entanto, caberia insistir em dois aspectos fundamentais nos quais a teoria atual pretende superar as proposições prévias a fim de reforçar a racionalidade da argumentação jurídica. O primeiro aspecto relevante é constituído pela assunção por parte da teoria *standard* da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. O segundo elemento a ressaltar vem aqui representado pela delimitação da justificação interna e a justificação externa.

O realismo jurídico baseou grande parte de sua análise do Direito na concepção do raciocínio judicial como um processo psicológico. A argumentação realista chegou a essa concepção a partir de uma desvalorização da capacidade justificadora do sistema jurídico, depreciação baseada em uma atitude profundamente contrária à idéia de sistema jurídico do positivismo. A ideia de sistema jurídico pressupõe a existência de um conjunto de normas vinculadas entre si por algum tipo de relação, especialmente por relações lógicas.

A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação resgata, historicamente, aquela outra contraposição entre *inventio* e *iudicium* que oferecera Cícero. Como vimos no contexto da descoberta aparecem as motivações de ordem psicológica ou sociológica que condicionaram um conhecimento científico ou, em nosso caso, uma determinada resolução judicial ou argumentação jurídica. Partindo do contexto de justificação se prescinde do processo mental que conduziu à decisão. Em outras palavras, no contexto da descoberta encontramos *causas*, enquanto que no contexto de justificação encontramos *razões*.

Portanto, a questão não é como se chega a uma decisão jurídica, mas apenas se essa decisão é justificável juridicamente.

MacCormick faz distinção entre uma “justificação de primeira ordem” e uma “justificação de segunda ordem” (*second order justification*). A justificação de primeira ordem reproduz a interna e a de segunda ordem a externa. A justificação externa pretende cobrir a lacuna de racionalidade que se verifica nos “saltos” ou “transformações”. Por isso, “o próprio campo da interpretação é a justificação externa”. O critério da dificuldade dos casos na realidade se refere ao problema da aplicação da lógica ao Direito e a seus limites. O critério do caráter externo das premissas evoca o problema dos limites entre Direito e moral e a questão da discricção judicial. Vejamos estes problemas separadamente.

Segundo este critério, é justificação interna a justificação lógico-dedutiva de um raciocínio jurídico e é justificação externa a parte

do raciocínio jurídico que não apresenta caráter lógico-dedutivo. O problema básico se origina no fato de que a lógica trata com proposições, isto é, orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma expressa mediante o enunciado: “Abra a porta!” não é verdadeira nem falsa. Podemos dizer dela que é: *eficaz* se se cumpre, *válida* se a emite uma autoridade competente mediante procedimento apropriado, ou *justa* se é moralmente correta. Consequentemente, a lógica, vinculada aos valores de verdade ou falsidade, não poderia ser aplicada às normas.

A lógica, ciência formal por excelência, não pode pretender abarcar a totalidade dos problemas que estuda a filosofia jurídica, pela razão trivial de que só nos pode oferecer respostas de caráter formal e não de caráter substantivo. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica. A lógica é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal. Se se olhar para o passado, sua importância foi notavelmente incrementada com o auge da filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância será crescente com o desenvolvimento de sistemas expertos. Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também o seria a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas que ocupam a teoria da interpretação.

5 O PÓS-POSITIVISMO DE MACCORMICK

O professor Donald Neil MacCormick ocupa a cátedra de filosofia do Direito em Edimburgo (Escócia) e é um seguidor do legado intelectual de H.L.A. Pertence à cultura jurídica da *common law*, é seguidor de Hart e da filosofia de Hume. Parte das decisões dos tribunais para induzir os princípios gerais de sua teoria.

O autor escocês destaca quatro grandes problemas que concernem a uma justificação meramente interna, dois deles se situam na premissa normativa e os outros dois na premissa fática. Reitero esta questão para introduzir os critérios de resolução que propõe e para destacar alguma particularidade que adquirem estes problemas na cultura jurídica anglo-americana. Os problemas da premissa normativa são os problemas de relevância e interpretação. Os problemas da premissa fática são de prova e de qualificação dos fatos.

MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos, com exclusão das questões de fato, propõe como critérios gerais de resolução uma exigência de racionalidade geral, que é a coerência, um princípio

da tradição utilitarista, que é o consequencialismo, e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade.

Quando passa a tratar do valor-verdade, MacCormick refuta a visão kelseniana de que, sendo as normas atos de vontade, estas não poderiam servir de premissas para um raciocínio lógico em qualquer sentido forte ou estrito. E a refuta argumentando que as formas assertivas e descritivas de vocalizar algo, ao contrário do que se dá com as formas imperativas de vocalização, têm, sim, valor-verdade, podendo, portanto, ser objeto de juízos de verdade ou falsidade. Há distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como o marcador de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo.

Da mesma forma repele a “teoria da verdade-correspondência”, a qual chama de ingênua por estabelecer que somente é possível atribuir-se valor-verdade a elementos que possuam algum tipo de correspondência exata a um estado de coisas encontrável no mundo fenomenológico. MacCormick socorre-se, para tanto, da noção de “fatos institucionais”, os quais são *“aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso”*⁴⁰.

Assim, a teoria dos fatos institucionais, não obstante concorde com a noção de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade, possibilita que se atribua valor-verdade às afirmações descritivo-interpretativas do Direito. E, na transformação de fatos brutos em fatos institucionais, o estabelecimento de uma determinada proposição jurídica no processo será tão mais verdadeira quanto mais coincidir efetivamente com aquilo que o mundo real apresenta, de sorte que a verdade jurídica (convencional por excelência, já que é verdadeira para os fins de um processo judicial) possa se aproximar de uma verdade para todos os propósitos.⁴¹

MacCormick esclarece que a argumentação jurídica não fornece toda a informação requerida para a justificação de pretensões ou

40 MACCORMICK, op. cit., p. 87.

41 Ibid., p. 96.

decisões judiciais, mas apenas utiliza um processo dedutivo a partir de premissas, de modo que, sendo o raciocínio jurídico uma modalidade da lógica predicativa ordinária, tanto as premissas, quanto as conclusões dela extraídas, devem ser justificadas por argumentos práticos ou retóricos, conforme se exija, em cada caso, uma argumentação prática (que exige virtudes como sabedoria, humanidade e bom-senso), ou uma argumentação dedutiva.

Embora MacCormick não seja um formalista, ele busca encontrar um método que proveja segurança à tomada de decisão judicial, um critério racional que demonstre, a partir da interpretação argumentativa do texto escrito, ter o juiz prolatado a melhor decisão para o caso concreto, sem que incida, com isso, no chamado pragmatismo jurídico.

O capítulo I é iniciado com uma citação de parte da argumentação utilizada pelo Juiz Lord Nicholls no chamado “Caso dos Suspeitos de Terrorismo”, para que se traga à baila a importância dos argumentos jurídicos na discussão, por exemplo, sobre até que ponto o Estado de Direito deve ser mantido diante dos perigos contemporâneos do terrorismo.

MacCormick confessa que, na presente obra, cuja edição original em língua inglesa é de 1995, reviu alguns aspectos do pensamento que orientara a sua obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, escrita em 1978, sobretudo por agora estar mais afastado do positivismo apresentado por Herbert Hart e do ceticismo moral ou não-cognitivismo derivado de David Hume. A argumentação tem caráter *persuasivo*, e não *demonstrativo*, o que revela uma verdadeira contribuição à “Nova Retórica” de Chaim Perelman, devendo-se entender por “retórica” “o estudo dos bons e maus argumentos”⁴².

A “Teoria Institucional do Direito” é a diretriz que norteia a visão pós-positivista pressuposta na obra de MacCormick, baseada na ideia de ordem normativa institucional, que tenta “*garantir a existência de julgamentos imparciais e respeitados em casos que envolvam disputa ou controvérsia acerca do significado de uma norma em um dado contexto prático, ou que envolvam sua aplicação justa em um determinado caso*”⁴³. Os critérios para tanto exigidos são a definição de: quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para agir como julgadores; quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência; e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de julgamento, para levá-lo adiante isento

42 MACCORMICK, op. cit., p. 7.

43 Ibid., p. 4.

de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão na forma de decisão vinculante em relação àqueles a quem é endereçada.

Com a formação dessa versão institucional de ordem normativa, dois problemas surgem: o problema da *identidade* e o da *mudança*. O primeiro diz respeito à possibilidade de determinar, em qualquer momento, se uma norma particular ou disposição normativa é relevante e vinculante para os órgãos judicantes, para o que Hart sugere as “regras de reconhecimento” como critério de distinção das normas reconhecidas como de aplicação obrigatória. Já o problema da *mudança* surge da necessidade sentida pelos seres humanos de ajustar suas expectativas a um ambiente natural, tecnológico e social em mudança, o que exige a definição de quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para atuar de modo a alterar as normas em vigor, bem como quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de criação de normas, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão.

Já no capítulo II, MacCormick desenvolve a Retórica como a disciplina por meio da qual se deve tentar uma reconciliação convincente ou um reequilíbrio entre os dois lugares-comuns (caráter argumentativo do Direito e o *Rule of the Law*) em aparente contradição.

Como já se disse anteriormente, MacCormick, revendo significativamente seus posicionamentos anteriores, aproxima-se de Dworkin, principalmente porque ambos refutam o caráter demonstrativo dos argumentos jurídicos, em que pese entenderem que isso não seja empecilho para que tais argumentos possam ser considerados sólidos, em um contexto no qual um argumento sólido consiga genuinamente derrotar outro. Além disso, ambos encontram no Direito um aspecto moral, “já que é moralmente relevante que as pessoas tenham um corpo de regras comuns disponível para propósitos tais como regular a alocação de riquezas entre as pessoas e lidar com problemas de coordenação complexos (como é o tráfico (sic) de veículos automotores nas estradas e ruas atuais)” (p. 18).

A retórica não é uma ciência exata, mas sim uma habilidade prática, que depende, entretanto, de conhecimento e aprendizado, já que o Direito é uma “profissão erudita” (p. 20). E, como um “freio fundamental” (p. 23) para o processo de reconciliação dos dois lugares-comuns, MacCormick, seguindo a tese sugerida por Alexy, concebe a argumentação jurídica como um tipo especial do raciocínio prático geral, de modo que aquela, assim como este, precisa, por conseguinte, conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todas as espécies de razão

prática, de modo que não haja asserções desprovidas de razões. Esta é, portanto, uma vertente limitada do caráter argumentativo do Direito, pois confinada à consideração daquilo que é racionalmente defensável.

Por isso, do ponto de vista da razão prática, a persuasão imediata e concreta de um argumento não é necessariamente a mesma coisa que sua efetiva adequação, visto que se exige a persuasão de uma instância decisória racional (“auditório universal”, na expressão de Chaim Perelman), e não apenas de um júri em particular. De outro lado, MacCormick também aponta para a significativa contribuição de Theodor Viehweg, que, inspirando-se em Aristóteles, prestigiou a importância dos *topoi*, ou lugares-comuns, nos argumentos retóricos, que funcionam como ponto de partida para a argumentação.

O caráter dinâmico do Estado de Direito exige que o seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança jurídicas, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de “deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado” (p. 42). Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas como Dewey, Holmes Jr. e Llewellyn.

Com efeito, qualquer petição jurídica é uma tentativa de construir um silogismo jurídico, quer em sistemas de *civil law*, quer na *common law*, uma vez que sempre se parte, por coerência, de uma premissa maior e universal, limitando-se, assim, o horizonte de uso de argumentos em princípio não-dedutivos (retóricos). No *common law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, porquanto “a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo” (p. 57).

Concluindo, qualquer pretensão jurídica (acusação ou ação civil) pressupõe alguma concepção de “universalizabilidade” (p. 63).

Além de defender a “universalizabilidade”, MacCormick também exalta o silogismo, pontuando que este se aplica caso a caso, e não de modo a pressupor que o Direito seja um sistema axiomático, ou governado por regras estritas, como no xadrez⁴⁴, no qual todas as possibilidades

44 Fernando Atria diferencia “instituições autônomas”, que constituem certas atividades, como os jogos, e se aplicam necessariamente de forma absoluta, e “instituições regulatórias”, tais como o Direito, que, sendo intrinsecamente excepcionáveis (*defeasible*), regulam atividades que, de outro modo, ficariam sem sentido. Nota de rodapé da p. 70.

estariam predefinidas necessariamente nas regras. As fontes de Direito irão quase sempre conter alguns elementos explicitamente contraditórios, cabendo às decisões judiciais tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem, e não pressupor que elas não existam ou que sejam meramente aparentes. Neste sentido o recurso aos silogismos é uma parte necessária da retórica da justificação do Direito, já que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige observância às regras do Direito.

Em defesa do deducionismo, MacCormick repele as objeções que lhe são aventadas. A primeira delas é a objeção kelseniana, segundo a qual as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que levou Kelsen a negar que pudesse haver qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo.

MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

Passando ao capítulo 5 (“Universais e Particulares”), o autor escocês deixa claro que, conquanto defenda enfaticamente a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática (da qual a argumentação jurídica é uma espécie), não nega que as razões particulares devam sempre existir para decisões particulares, sem que se sobrevalorize, contudo, o caráter particularista do julgamento.

As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. Isso não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, até porque sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas. Mas, mesmo os casos singularíssimos, tais como aquele das gêmeas siamesas Jodie e Mary (p. 119), que dificilmente (para não dizer nunca) se repetirão, devem ser vistos pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso. Características relevantes que aparecem em outro caso podem alterar a solução dada, mas a exceção é válida apenas se tiver também a mesma qualidade universal.

Distinção relevante que se faz é entre “universalização” e “generalização”. Quando uma universalidade excepcional ocorre, ela dá lugar a generalizações descritivas sobre o Direito, do tipo “nas disputas sobre guarda, a custódia é quase sempre entregue à mãe” (p. 124). Entretanto, essas generalizações são muito pouco úteis, pois, ao contrário da universalidade, não podem ser utilizadas como uma

condição de justificação na argumentação. Assim, “universal” contrasta com “particular”, pois são propriedades lógicas, enquanto que “geral” contrasta com “particular”, por serem propriedades quantitativas (admitem diferenças de grau). Conclui-se que não há justificação sem universalização, já que fatos particulares, para que possam ser razões justificadoras, têm que ser universalizados, ainda que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*).

O capítulo VI, intitulado “Argumentação fundada em Consequências”, traz as posições existentes sobre a argumentação fundada em consequências. Há duas posições extremadas. Uma defende que a única justificação para uma decisão deveria levar em conta todas as suas consequências, mesmo que remotas, tais com a capacidade da decisão em produzir o maior benefício líquido (o prazer ou a satisfação de preferências), sob algum critério adequado de custo / benefício. A outra sustenta que a natureza e a qualidade da decisão seriam os únicos elementos que deveriam ser considerados relevantes na justificação de sua correção, sem considerara qualquer de suas consequências, ainda que próximas.

MacCormick rejeita os dois extremos. Prefere uma visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões. A questão do consequencialismo está ligada ao tema universalista desenvolvido no capítulo V, pois decidir um caso e justificar a decisão exigem que essa decisão possa ser universalizada e comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival, de modo que razões sejam dadas a favor da alternativa escolhida. Uma das armadilhas postas em desfavor dos consequencialistas diz respeito ao fato de os juízes, e mesmo os juristas em geral, serem muito mal aparelhados para a avaliação adequada das consequências de suas decisões, em comparação com os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo. Por exemplo, há uma discussão, trazida na nota de rodapé da pág. 143, sobre se a exploração de locatários por locadores foi consequência do *Rent Act* de 1957, editado por um governo conservador, ou se, ao contrário, foi apenas uma decorrência da escassez de imóveis naquele período. Por isso, um desafio para MacCormick é encontrar uma versão satisfatória do consequencialismo jurídico que escape de armadilhas como esta.

Retomando o exemplo dado no capítulo 4, relativo ao caso *R. v Dudley*, evocado para ilustrar o ditado antigo segundo o qual “casos difíceis produzem um mau Direito”, que retrata a exortação no sentido de que os juízes se abstivessem de “distorcer” o Direito em face de situações individuais excepcionalmente duras, MacCormick adverte que a única

forma plausível de estabelecer uma exceção adequada à tipificação do homicídio seria uma sentença judicial, ou, segundo o termo utilizado por Coleridge, a declaração de um princípio jurídico que autorizasse as pessoas cujas vidas estivessem em perigo imediato a julgarem se deveriam matar outra vítima inocente desse mesmo perigo de modo a salvarem suas vidas. O exemplo dado é aquele em que as pessoas que mataram o membro mais fraco de um grupo de náufragos para beber seu sangue, na suposição equivocada de que não seriam resgatadas, tiveram posteriormente sua pena de morte por homicídio convertida em prisão perpétua, ficando presas por apenas uns seis meses depois de seu julgamento. Neste caso, para abrandar o rigor da punição e, ao mesmo tempo, não distorcer o Direito e também não criar um precedente que pudesse no futuro ser usado por certas pessoas acusadas de homicídio, o Juiz Presidente da Inglaterra entendeu por valer de benesses como o indulto e a graça.

O que assusta nesse princípio universalista é a possibilidade lógica de que ele se transforme em norma capaz de governar casos futuros, pois a adoção daquele princípio criaria uma regra segundo a qual a defesa daqueles acusados pudesse também ser admitida em qualquer outro caso similar de extrema necessidade. De forma semelhante, no caso das gêmeas siamesas, a operação para separá-las não poderia ser justificada sem uma regra segundo a qual tal operação fosse possível sempre que circunstâncias raras se colocassem justificando uma cirurgia capaz de salvar a vida de uma irmã à custa da vida da outra.

No capítulo 7 (“Argumentando sobre a Interpretação”), MacCormick inicia diferenciando a concepção mais estreita da interpretação daquele de sentido bastante amplo do termo. Segundo esta última, qualquer ato de apreensão de significado, por mais simples, imediato e mundano que seja, é considerado interpretação, tal como a absorção de sentido do sinal “não fumar”. Já de acordo com a concepção mais estreita, a qual é utilizada pelo autor, a interpretação ocorre apenas quando o intérprete se depara com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, seguida pela resolução dessa dúvida por referência a alguma razão que dê apoio à preferência pelo sentido escolhido.

Passando às categorias principais de argumentos interpretativos, distinguem-se três tipos: 1) *argumentos linguísticos*; 2) *argumentos sistêmicos* (que se subdividem nos seguintes casos: harmonização contextual; argumentos a partir de precedentes; argumentos por analogia; argumentos conceituais; argumentos a partir de princípios gerais; argumentos a partir da história); e 3) *argumentos teleológicos*. Sobre os argumentos sistêmicos, destaca-se que, se o Direito não fosse concebido de forma holística e coerente, cada decisão teria presumivelmente que ser considerada em seus próprios

méritos, no que diz respeito a qualquer interpretação atraente das normas relevantes ao caso que estiver sendo analisado. Para evitar tal incoerência e falta de inteligibilidade, MacCormick propõe a sobreposição de um princípio de racionalidade na realidade concreta do Direito, de modo que o argumento de coerência seja um suplemento necessário aos argumentos relativos aos valores particulares próprios de alguns segmentos legais e aos objetivos político-jurídicos específicos que tenham motivado o legislador na elaboração de determinadas leis.

O Capítulo 8 (“Usando Precedentes”) foca-se na importância dos precedentes como razão para promover um tratamento igual a casos iguais e um desigual a casos desiguais, bem como para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem o esteja julgando. Uma terceira razão para aderir-se a precedentes seria a economia de esforço por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

O direito jurisprudencial (*case Law*) – sistema no qual não apenas o Legislativo, mas também o Judiciário produz o Direito –, mesmo nos países do *common law*, não é em regra puro, pelo menos atualmente, pois acaba tomando a forma de interpretações explicativas da lei (glosas ou comentários). E, mesmo nos sistemas em que o precedente é vinculante, há partes na decisão que não são vinculantes, mas apenas persuasivas. Estas, conhecidas como *obiter dicta*, são “opiniões que vão além dos pontos necessários para a decisão do caso particular” (p. 193). Já o elemento forte de um precedente é chamado *ratio decidendi*, definido por MacCormick (Legal Reasoning, p. 215) como “uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso” (p. 203).

Para uma teoria mais formalista do precedente, este somente pode ser afastado se se mostrar que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria a mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do precedente.

E, para mitigar a abertura excessiva da justificação jurídica, MacCormick propõe o atrelamento da justificação às regras jurídicas como forma de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da deliberação judicial. Assim, filia-se a Kant, ao propor a sujeição a um sistema jurídico comum a todos para, só assim, poder universalizar

racionalmente máximas de ação. E, da mesma forma, filia-se a Alexy, ao buscar combater a indeterminação onipresente da razão prática geral através da busca de modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões práticas, como o recurso ao Direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica. Assim, demonstra-se que a exigência de universalizabilidade tem o condão de conectar a justificação jurídica com a justificação em geral.

A lei não é a *ratio*. Esta é o que a Corte afirma como interpretação correta da lei, ou seja, é a solução do juiz, e não qualquer regra da qual sua conclusão dependa. Na aplicação da *ratio*, o processo de justificação deve ser visto como implicação, e não como afirmação, da proposição jurídica universal, o que denota que, se determinados fatos ocorrem, então determinada decisão deve ser tomada, levando-se em consideração, para tanto, apenas os fatos considerados juridicamente relevantes. E são assim considerados relevantes aqueles fatos que o juiz representa como fatos em razão dos quais ele chega à sua decisão, de modo que o que é universalizado é a máxima da decisão tomada pelo juiz, e não apenas a máxima que poderia emergir dos fatos comprovados. Os fatos, portanto, nem sempre são tomados pelo juiz tais como são, mas sim “*vistos pelo prisma de certas descrições fáticas padronizadas*” (p. 210), segundo o que se denominou “método de Goodhart”, o qual é um corolário importante da teoria de MacCormick, segundo ele mesmo admite.

A primazia de princípios e valores sobre regras expressas é uma questão de julgamento, de sorte que algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora MacCormick defenda, para arrepio dos realistas, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja “determinada”, e não “deduzida”.

No embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual, como no exemplo da promessa, dado na pág. 323. Para os particularistas, como Jonathan Dancy, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

Não obstante, para os universalistas, como MacCormick, uma promessa particular é uma razão para executar o ato prometido, até porque não é possível que se enumerem exaustivamente todas as exceções

possíveis para cada regra ou cada promessa. Amparando-se em Hart, afirma-se que uma regra que termina com “*a menos que...*”, é, ainda, uma regra (ver nota de rodapé da p. 327). O que é universal e excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa da sua excepcionabilidade, de ser universal.

Ao tratar “sobre questões de opinião”, o autor rejeita a visão cognitivista, no seu entender ingênua, acerca da qualidade intrinsecamente melhor ou pior dos argumentos. Entende, ao revés, que a filiação a uma corrente ou outra na tomada de decisão em casos difíceis é uma mera questão de opinião ou de julgamento, não uma questão do que o julgador vê simplesmente porque tal decisão está ou não diante dos seus olhos. Isso é assim porque o Direito não é a única disciplina ou arte prática na qual os especialistas mais altamente qualificados podem ter diferentes opiniões sobre os casos difíceis, pois o mesmo se observa na medicina, na engenharia, na contabilidade etc.

O desacordo sobre um caso concreto, longe de ser abrangente e universal de todo o sistema jurídico, é focado, episódico e local. Para resolver tais desacordos interpessoais, a única solução apropriada é a adoção de um procedimento decisório razoável, seja por maioria, seja por unanimidade⁴⁵ dos membros de um Tribunal.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensina que, para a “teoria declaratória”, a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como única alternativa para contornar tal teoria, a “visão decisionista” propõe que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu, e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick opõe-se ao modelo decisionista, o qual foi fortemente adotado por Kelsen. Em contrapartida, enaltece a teoria de Dworkin, a qual, na década de 1970, desafiou a tese de que “não há resposta certa”, tese esta que chegou a ter como adeptos juristas como Hart e o próprio MacCormick.

Este último autor, revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese, também seguida por John Finnis, de acordo com a qual “*desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido*” (nota de rodapé da p. 358).

Isso não significa, porém, que não haja casos em que a razoabilidade não determinará finalmente a solução da controvérsia. Em tais casos, não haverá outro recurso senão atribuir o poder de decidir definitivamente

45 Na França, por exemplo, as cortes colegiadas (p. 331) não permitem a proliferação de votos dissidentes, para que não se prejudique a confiança da população na clareza e na certeza da lei.

a alguma pessoa dotada de autoridade, cujo pronunciamento deverá ser aceito por todos, ainda que esta solução não seja autocertificadora e racionalmente indefectível.

Por tratar-se de uma questão de julgamento, algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora MacCormick defenda, para arrepio dos realistas jurídicos, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja “determinada”, e não “deduzida”. E, como visto no capítulo 12, no embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual. Para os particularistas, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

6 CONCLUSÃO

Como foi visto acima, o Professor Neil MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos, com exclusão das questões de fato, propõe como critérios gerais de resolução: uma exigência de racionalidade geral, que é a coerência; um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo; e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade.

Tais critérios podem ser aplicados tanto ao Direito Estadunidense, quanto ao Direito Brasileiro, pois o caráter dinâmico do Estado de Direito exige que seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança jurídicas, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado.

Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas.

Com efeito, qualquer petição jurídica é uma tentativa de construir um silogismo jurídico, quer em sistemas de *civil law*, quer na *common law*, uma vez que sempre se parte, por coerência, de uma premissa maior e universal, limitando-se, assim, o horizonte de uso de argumentos em princípio não-dedutivos (retóricos). No *common law*, as premissas para

o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, porquanto “a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo” (p. 57).

MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. Isso não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, até porque sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas. E, mesmo os casos singularíssimos devem ser vistos pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso.

Viu-se nos precedentes – que ostentam papel de destaque nos EUA – razão para promover tratamento igual a casos iguais e desigual a casos desiguais, bem como para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem o esteja julgando. Além disso, verificou-se a economia de esforço na utilização de precedentes por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

E, para mitigar a abertura excessiva da justificação jurídica, propôs-se o atrelamento maccormickiano da justificação às regras jurídicas como forma de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da deliberação judicial. Assim, mitiga-se a indeterminação onipresente da razão prática geral através da busca de modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões práticas, como o recurso ao Direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica, cabendo à exigência de universalizabilidade a função de conectar a justificação jurídica com a justificação em geral.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensinou que, para a “teoria declaratória”, a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como única

alternativa para contornar tal teoria, a “visão decisionista” (Kelsen) propõe que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu, e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick, superando ambas tais teorias e revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese de Dworkin, também seguida por John Finnis, de acordo com a qual desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido.

Por fim, em defesa da universalizabilidade, viu-se que o que é universal e excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa da sua excepcionabilidade, de ser universal.

REFERÊNCIAS

BAKER, Thomas E. and Jerre S. Willians. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2. ed. Thomson West: 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford University Press, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>.

HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. West Virginia Law Review. Morgantow. v. 104, 2001.

KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768>>. Acesso em: 02 maio 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. – 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Obtida via internet. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 de maio de 2008.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 8, novembro, 2001.

SEIGLER, Timothy John. *Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause*. Educational Administration Quarterly 2003; 39; 208. downloaded from <http://eaq.sagepub.com> at CAPES on September 30, 2008.

SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution*. Albany: Westview, 2002.

SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006.

WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review, V. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS – UMA ANÁLISE COMPARATIVA

*ENVIRONMENTAL TAXATION IN BRAZIL AND IN
UNITED STATES – A COMPARATIVE ANALYSIS*

*Rafaela Franco Abreu
Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Direito Empresarial*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A tributação ambiental no Brasil; 1.1 A função extrafiscal dos tributos no Brasil; 1.2 O princípio do poluidor pagador e o conceito de protetor receptor no Direito Ambiental Brasileiro; 1.3 Os tributos ambientais no Brasil; 2 A tributação ambiental nos Estados Unidos; 3 A política americana de desoneração por práticas favoráveis à conservação do meio ambiente; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como objeto de estudo a utilização da tributação na proteção e defesa do meio ambiente. São apresentadas as políticas e práticas adotadas no Brasil, com relação à tributação ambiental. São apontadas as diferenças entre a função fiscal e extrafiscal dos tributos. Apresenta-se uma análise do princípio do poluidor-pagador, com especial ênfase ao conceito de protetor-receptor. Apontam-se as políticas e práticas adotadas nos Estados Unidos, com relação à tributação ambiental. Salienta-se a adoção, pelos Estados Unidos, de uma política de desoneração tributária por práticas favoráveis ao meio ambiente. Por derradeiro, é traçado um paralelo entre as medidas adotadas por cada país.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Direito Ambiental. Tributação Ambiental. Proteção do meio ambiente.

ABSTRACT: This article has as object of study the utilization of taxation in protection and defense of the environment. It presents the policies and actions adopted by the Brazilian Government, regarding Environmental Taxes. It points the differences between the fiscal function and regulatory function of taxes. It presents an analysis of the polluter-pays principle, with special emphasis on the concept of protector-receptor. It points the policies and actions adopted by the United States Government, regarding Environmental Taxes. It stresses the adoption, by the United States, of a policy of tax exemption for protective actions regarding environmental issues. Last, it traces a parallel among the measures embraced by each country.

KEYWORDS: Tax Law. Environmental Law. Environmental Taxes. Environment Protection

INTRODUÇÃO

O homem depende dos recursos naturais para garantir a sua sobrevivência. Todavia, enquanto suas necessidades são ilimitadas e estão sempre em expansão, esses recursos naturais de que ele necessita são limitados. Somente há poucas décadas iniciou-se uma conscientização da população acerca do caráter limitado desses recursos naturais. O homem, enfim, passou a preocupar-se com o futuro, pondo em prática ações para a conservação e recuperação do meio ambiente.

Após um período de intenso desenvolvimento, com utilização irracional dos recursos naturais, muitos não renováveis, a questão da preservação do meio ambiente tem preocupado toda a humanidade. Com a conscientização de que a preservação e a recuperação da natureza são indispensáveis à continuação da vida, as nações passaram a buscar mecanismos para atingir tal fim.

O marco inicial dessa nova política foi a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, em 1972, na Suécia, que culminou com a Declaração de Estocolmo, a qual enumerou vinte e seis princípios relativos à proteção ambiental.

Vinte anos depois, no Rio de Janeiro, aconteceu a ECO-92, Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento, em que representantes de vários países discutiram sobre a busca de desenvolvimento sustentável e equilíbrio ecológico. Foram enumerados desta vez vinte e um princípios voltados à proteção ambiental.

Houve ainda a Conferência sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, Egito, em 1994; a Conferência Mundial sobre Assentamentos Humanos - Habitat II, em Istambul, na Turquia, em 1996. Já em 2002, aconteceu a “Rio+10” – Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, na África do Sul.

O Protocolo de Kyoto, discutido e negociado em 1997, ratificado pelo Brasil em 1998, entrou em vigor a partir da adesão de 55 países, o que ocorreu apenas em 2005.

Como se pode perceber, em razão da extrema relevância do tema, faz-se necessária a ação do Estado, representando o interesse da coletividade, em busca de meios para executar os programas dedicados à matéria.

Observadas tais considerações, levantam-se os questionamentos acerca da utilização da tributação na proteção do meio ambiente. Trata-se, mais especificamente, da análise das práticas adotadas pelo Brasil e pelos Estados Unidos nesta área do direito tributário, observadas as diferenças concernentes ao sistema jurídico de cada país.

1 A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

O direito brasileiro adota o sistema jurídico do *civil law*, com origem na família romano-germânica, que nasceu com o *corpus iuris civilis* do Imperador Justiniano. É fundamentado na codificação de regras gerais e pré-estabelecidas, que constituem fonte primária do direito para aplicação ao caso concreto. Desta forma, a autorização concedida ao Estado Brasileiro para tributar, bem como os limites a esse poder de tributar estão descritos na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional, e na legislação esparsa atinente à matéria.

Também na Constituição Federal, estão descritas as regras que devem nortear a atuação do Estado com relação ao meio ambiente. Este, desde a Constituição de 1988, é considerado bem de uso comum do povo, de acordo com as disposições do art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo”.

O art. 170, inciso VI, inserido no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, desde a nova redação dada pela EC nº 42, de 2003, autoriza o tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental do produto ou serviço:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Os artigos do texto constitucional acima citados, ao impor tanto ao Poder Público, quanto à coletividade, o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, dão ensejo à atuação conjunta das esferas pública e privada, para a defesa do bem comum.

O Estado tem, como uma das possibilidades de atuação, a utilização da tributação em favor do meio ambiente. Os tributos, além de constituírem fonte de receita, podem ser utilizados com outras finalidades.

1.1 A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DOS TRIBUTOS NO BRASIL

Embora a idéia essencial acerca da finalidade dos tributos seja claramente a de fornecer ao Estado os meios financeiros para sua atuação em benefício da sociedade, é possível, dentro dessa idéia principal, enumerar diferentes funções dos tributos, conforme a sua destinação. A doutrina classifica os tributos em: a) fiscais; b) extrafiscais e c) para fiscais. Machado¹ esclarece:

No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação. Pode ser a arrecadação o seu principal objetivo, mas não o único. Por outro lado, segundo lição prevalente na doutrina, também o tributo é utilizado como fonte de recursos destinados ao custeio de atividades que, em princípio, não são próprias do Estado, mas este as desenvolve, por intermédio de entidades específicas, no mais das vezes com a forma de autarquia. É o caso, por exemplo, da previdência social, do sistema financeiro da habitação, da organização sindical, do programa de integração social, dentre outros.

Ataliba² conceitua a extrafiscalidade como o:

uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.

Conforme se extrai do art. 225 da Constituição Federal, é dever do poder público manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, deve o Estado destinar recursos do montante de sua arrecadação à satisfação das necessidades dos administrados, tais como saúde, educação, segurança, bem como, proteção do meio ambiente.

A tributação pode constituir meio de proteção ao meio ambiente através de duas funções do tributo. A mais óbvia é a utilização dos recursos financeiros obtidos com a cobrança de tributos, em sua função fiscal, para a execução de ações voltadas à defesa do meio ambiente. Além disso, não podemos olvidar da função extrafiscal, que buscará

¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81

² apud OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.271.

incutir nos contribuintes a consciência na utilização dos recursos naturais, objetivando a adoção de comportamento ambiental adequado ao desenvolvimento sustentável, visando incentivar conduta positiva ou evitar conduta nociva ao meio ambiente.

Sobre o tema, Mukai³ observa:

A extrafiscalidade, já assentou a doutrina tributária brasileira, onde se incluem as reduções, isenções ou o agravamento das alíquotas, desde que se leve em conta sempre a capacidade contributiva, é sempre legítima e constitucional, posto que não ofende os princípios da igualdade e da uniformidade.

[...]

A utilização dos tributos com fins extrafiscais ou regulatórios é instrumento importante para a defesa do meio ambiente. É comum a sua utilização, no Direito Brasileiro, no âmbito do Direito Urbanístico, que tem como objeto básico de disciplina o uso da propriedade, razão por que neste campo poderão ser utilizados com fins regulatórios apenas o IPTU e o ITR (progressivamente, por exemplo – art. 156, §1º da CF, com relação ao IPTU).

Já no campo do Direito Ambiental, uma gama maior de tributos poderão ser utilizados com fins extrafiscais, já que aqui a disciplina diz respeito a atividades também.

Assim, ficam estabelecidas as premissas acerca das funções a serem desempenhadas pelo tributo ambiental em nosso ordenamento jurídico.

1.2 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR E O CONCEITO DE PROTETOR RECEPTOR NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Como todos os ramos do direito, o direito ambiental também tem princípios próprios, que o norteiam e fundamentam. São proposições básicas, as quais informam e inspiram as normas jurídicas. A doutrina traz diversos conceitos de princípio. Como define Cretella Júnior⁴, “Princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais,

3 MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 48.

4 apud MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73.

típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, soa alicerces da ciência”.

Pode-se entender que a noção de princípio é bem mais abrangente que a de norma ou regra, pois estas tem seu fundamento, limitação e diretrizes naquele. De tal sorte, a inobservância de um princípio é bem mais gravosa ao direito do que o não atendimento a uma regra ou norma, pois estaria ferindo a base em que se alicerça o direito.

No que concerne ao direito ambiental, cada autor traça diferente estudo dos princípios que entende pertinentes à matéria, havendo divergência tanto de nomenclatura quanto de conteúdo. Para Antunes⁵, os princípios fundamentais do direito ambiental são: o princípio do direito humano fundamental, o princípio democrático, o princípio da precaução, prudência ou cautela, o princípio do equilíbrio, o princípio do limite, o princípio da responsabilidade e o princípio do poluidor-pagador. Passa-se à análise do princípio do poluidor pagador (*Polluter-Pays Principle*), por sua conexão com o tema objeto de estudo.

O princípio do poluidor pagador foi formulado pela primeira vez pela OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), na Recomendação C(72) 128⁶, de 26 de maio de 1972 (OECD, 2009c), referente à adoção de princípios orientadores das

5 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

6 Cost allocation: the Polluter-Pays Principle

2. Environmental resources are in general limited and their use in production and consumption activities may lead to their deterioration. When the cost of this deterioration is not adequately taken into account in the price system, the market fails to reflect the scarcity of such resources both at the national and international levels. Public measures are thus necessary to reduce pollution and to reach a better allocation of resources by ensuring that prices of goods depending on the quality and/or quantity of environmental resources reflect more closely their relative scarcity and that economic agents concerned react accordingly.
3. In many circumstances, in order to ensure that the environment is in an acceptable state, the reduction of pollution beyond a certain level will not be practical or even necessary in view of the costs involved.
4. The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment is the so-called “Polluter-Pays Principle”. This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should not be accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment.
5. This principle should be an objective of Member countries; however, there may be exceptions or special arrangements, particularly for the transitional periods, provided that they do not lead to significant distortions in international trade and investment.

políticas ambientais que apresentam implicação econômica e comercial no cenário internacional. Encontra-se expresso em nosso ordenamento, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em seu artigo 4º, inciso VII, que prevê a:

imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Por este princípio, o responsável pela emissão de agentes poluentes ou pela degradação em outra de suas formas deverá arcar com o ônus dessa degradação causada por sua atividade, devendo agregar o valor correspondente ao prejuízo ambiental ao custo da produção.

O princípio do poluidor-pagador consta na Declaração do Rio-92, como Princípio 16⁷:

As autoridades nacionais deverão esforçar-se por promover a internalização dos custos ambientais e a utilização de instrumentos econômicos, tendo em conta o princípio de que o poluidor deverá, em princípio, suportar o custo da poluição, com o devido respeito pelo interesse público e sem distorcer o comércio e investimento internacionais.

Seu principal objetivo é conter a produção e consumo desmedidos, às custas da redução e degradação dos recursos naturais, estes já escassos, pregando a utilização racional dos recursos ambientais. Como exemplo de sua aplicação, podemos citar a obrigação de as empresas produtoras de pilhas e baterias de dar-lhes a correta destinação ambiental após sua vida útil, conforme estabelecido pela Resolução nº 401/2008, do CONAMA.

Atualmente, tem sido comentado pela doutrina o princípio do protetor-recebedor, que pode ser definido como uma outra face do princípio do poluidor pagador. Ele tem a intenção de fazer com que as pessoas físicas ou jurídicas que promovam a preservação do meio ambiente sejam recompensadas com algum benefício, como retribuição por sua cooperação com a sociedade.

É importante ressaltar o caráter pedagógico do princípio do protetor-receptor, pois, com sua utilização, fica invertida a abordagem do problema ambiental. Ao invés de se cobrar do poluidor o custo

7 Disponível em: <<http://www.abdl.org.br/article/view/1824/1/247>>. Acesso em: 04.03.2012.

ambiental, a sociedade recebe estímulo para a consecução de boas práticas com relação ao meio ambiente.

1.3 OS TRIBUTOS AMBIENTAIS NO BRASIL

Existem diversos conceitos para definir o que constitui tributo ambiental. Tôrres⁸ conceitua Direito Tributário Ambiental como o:

ramo da ciência do direito tributário que tem por objeto o estudo das normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia ou preservação de bens ambientais.

Costa⁹, define tributação ambiental como:

o emprego de instrumentos tributários para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (aspecto fiscal ou arrecadatório), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente (aspecto extrafiscal ou regulatório).

Por sua vez, Amaral¹⁰ entende que consistem tributos ambientais aqueles cuja receita seja destinada à proteção do meio ambiente, ou cujos elementos da regra-matriz tributária sejam estruturados de forma a cumprir com a tutela ambiental.

Diante da dificuldade de conceituação única, optamos, neste trabalho, por utilizar as diretrizes propostas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, na publicação *Taxation, Innovation and the Environment*¹¹, adotou como critério para identificar o tributo ambiental como aquele cuja base de cálculo remeta ao agente poluente ou ao comportamento poluidor.

Utilizando-se do conceito de tributo ambiental da OCDE, atualmente, em âmbito Federal, o Brasil ainda não possui tributo

8 TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 641-652.

9 COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 312-332.

10 AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.203.

11 OECD. *Environmental Taxation – A guide for Policy Makers*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/17/7/48164926.pdf>> Acesso em: 04.03.2012.

verdadeiramente ambiental, muito embora existam alguns tributos que podem ser ambientalmente orientados.

É o caso do Imposto Territorial Rural (ITR), tendo em vista os critérios utilizados na definição da sua base de cálculo, pela Lei nº 9.393/96, que exclui da área tributável: a) as áreas de preservação permanente e de reserva legal; b) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas; c) comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual; d) sob regime de servidão florestal ou ambiental e e) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração.

Da mesma forma, acontece com o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que tem nítida função extrafiscal, sendo utilizado como instrumento de políticas econômicas, tendo em vista a autorização concedida constitucionalmente ao Poder Executivo para alterar suas alíquotas (art. 153, §1º) nas condições e limites estabelecidos em lei (art. 153, *caput*). O IPI incidente sobre produtos de elevado custo ambiental pode ser majorado, enquanto o incidente sobre produtos favoráveis ao meio ambiente pode ser reduzido.

Em âmbito municipal e estadual, podemos citar o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU), o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), os quais também podem ser ambientalmente orientados.

A Constituição Federal, em seu art. 182, §4º, inciso II, autoriza a cobrança de IPTU progressivo no tempo, no caso de o proprietário do solo urbano não promover o adequado aproveitamento do bem. Todavia, para sua aplicação, necessária se faz a existência de Plano Diretor do Município, bem como de Lei Federal e Municipal que regulamentem a hipótese.

O município de Campo Grande, no estado do Mato Grosso do Sul, através da Lei Complementar nº 1501/2010, criou a possibilidade de os contribuintes obterem descontos de até 10% sobre o IPTU e o ISS relacionado à construção civil, de acordo com a adoção de medidas ecológicas, tais como sistemas de captação de águas pluviais e sua reutilização; sistemas de aquecimento solar, além da utilização de materiais ecologicamente corretos.

Com relação ao IPVA, alguns estados, como o Rio de Janeiro (através da Lei nº 5.635/2010), promoveram a redução da alíquota

incidente sobre veículos bicom bustíveis, movidos a álcool e/ou gasolina, já que o álcool é combustí vel menos poluente.

A orientação ambiental do ICMS já é aplicada em alguns Estados da Federação. No Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 2.055/93 determinou a redução da alíquota do ICMS, de 18% para 12%, na hipótese de operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e veículos, destinados à implantação, ampliação e modernização ou realocização de unidades industriais ou agro-industriais, que, aprovados pelos órgãos competentes, visem à defesa do meio ambiente.

O ICMS Ecológico, que não constitui realmente tributo ecológico, eis que sua base de cálculo não remete a agente poluente ou a comportamento poluidor, trata da distribuição da parcela do ICMS pertencente aos Municípios, utilizando-se de critérios ambientalmente relacionados conforme a legislação estadual. São utilizados critérios tais como manutenção de áreas de proteção ambiental e serviços de tratamento de resíduos sólidos, como autoriza o art. 158, inciso IV, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal.

A iniciativa já é aplicada em grande parte do país, incluindo os seguintes estados: Paraná (que foi o primeiro a adotar o instituto); Acre; Amapá; Rondônia; Mato Grosso; Mato Grosso do Sul; Tocantins; Piauí; Ceará; Pernambuco; Minas Gerais; Rio de Janeiro; São Paulo e Rio Grande do Sul¹².

Em linhas gerais, essas são as hipóteses de utilização ambiental dos tributos atualmente existentes no sistema jurídico Brasileiro.

2 A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, adota-se o sistema jurídico da *commom law*, que nasceu na Inglaterra, com a criação de Tribunais que tomavam suas decisões diante do caso concreto, devotando-se grande valor ao precedente e à jurisprudência, que constituem fonte primária do direito. A legislação é utilizada como fonte secundária.

Com relação à tributação ambiental, entretanto, podemos encontrar diversas disposições legais que tratam do tema.

É o caso da Seção 59A – *Environmental Tax*¹³, do *Internal Revenue Code* (IRC), de 1986, que estabelece adicional de 0,12%, incidente sobre o imposto de renda de pessoa jurídica, a título de imposto ambiental.

¹² Disponível em <<http://www.icmsecológico.org.br>> Acesso em: 04.03.2012.

¹³ Sec. 59A Environmental tax
(a) Imposition of tax

Além do citado imposto adicional, os Estados Unidos também estabelecem, em nível Federal, imposto sobre petróleo e seus derivados (*Tax on Petroleum*), conforme previsão da Seção 4611 do IRC¹⁴. O imposto é incidente sobre petróleo bruto que ingressa na refinaria, bem como sobre os produtos derivados de petróleo que ingressam no país para consumo, uso ou estocagem.

A Seção 4661¹⁵ do IRC, por sua vez, prevê a imposição de imposto sobre certos produtos químicos (*Tax on Certain Chemicals*). Os produtos químicos sobre os quais o imposto vai incidir são todos potencialmente danosos ao meio ambiente, tais como: Benzeno; Butano; Metano; Amônia; Arsênico; Bromo; Cádmio; Cloro; Cromo; Ácido Clorídrico; Óxido de Chumbo; Mercúrio; Níquel; Ácido Sulfúrico e Ácido Nítrico.

Há também a cobrança de imposto sobre certas substâncias importadas (*Tax on Certain Imported Substances*), conforme previsão da Seção 4671¹⁶, do IRC. As substâncias listadas na norma tratam-se, em sua maioria, de produtos químicos prejudiciais ao meio ambiente.

Outro imposto ambiental existente nos Estados Unidos, é o imposto sobre produtos químicos que importam esgotamento da camada de ozônio (*Ozone-Depleting Chemicals Tax*), o qual tem como objetivo impor o ônus do custo ambiental da degradação da camada de ozônio àqueles que lidam com substâncias que lhe são prejudiciais, tais como gases clorofluorocarbonetos (CFC). Encontra-se previsto na Seção 4681¹⁷, do IRC.

In the case of a corporation, there is hereby imposed (in addition to any other tax imposed by this subtitle) a tax equal to 0.12 percent of the excess of--

- (1) the modified alternative minimum taxable income of such corporation for the taxable year, over
- (2) \$2,000,000.

14 Sec. § 4611 - Imposition of tax

(a) General Rule

There is hereby imposed a tax at the rate specified in subsection (c) on—

- (1) crude oil received at a United States refinery, and
- (2) petroleum products entered into the United States for consumption, use, or warehousing.

15 §4661 – Imposition of tax

a) General rule

There is hereby imposed a tax on any taxable chemical sold by the manufacturer, producer, or importer thereof.

16 § 4671 - Imposition of tax

(a) General rule

There is hereby imposed a tax on any taxable substance sold or used by the importer thereof.

17 § 4681 - Imposition of tax

(a) General rule

There is hereby imposed a tax on—

- (1) any ozone-depleting chemical sold or used by the manufacturer, producer, or importer thereof, and

Os fabricantes de automóveis são sujeito passivo de outro imposto ambiental americano. É o imposto sobre veículos com alto consumo de combustível (*Gas Guzzler Tax*), previsto na Seção 4064¹⁸, do IRC. O valor do tributo pode variar de zero a US\$ 7,700.00 (sete mil e setecentos dólares), conforme a eficiência do veículo com relação à economia de combustível. Assim, fica favorecida a comercialização de veículos movidos a combustíveis alternativos, como energia elétrica, o que contribui para a redução da emissão de gases poluentes, como o dióxido de carbono.

Ainda em nível federal, há a cobrança de imposto sobre combustíveis (*Fuel Taxes*), que inclui a cobrança de imposto sobre gasolina (*Gas Tax*); sobre o diesel e o querosene (*Tax on Diesel Fuel and Querosene*); sobre combustíveis alternativos (*Alternative Fuels Tax*) e sobre Gás Natural (*Tax on Compressed Natural Gas*), todos com previsão na Seção 4041, do IRC¹⁹. É discutível a caracterização do imposto sobre combustíveis nos Estados Unidos como imposto ambiental, tendo em vista que, embora

(2) any imported taxable product sold or used by the importer thereof.

18 § 4064 – Gas guzzler tax

(a) Imposition of tax

There is hereby imposed on the sale by the manufacturer of each automobile a tax determined in accordance with the following table:

‘If the fuel economy of the model type in which the automobile falls is: The tax is:

At least 22.5	\$0
At least 21.5 but less than 22.5	1,000
At least 20.5 but less than 21.5	1,300
At least 19.5 but less than 20.5	1,700
At least 18.5 but less than 19.5	2,100
At least 17.5 but less than 18.5	2,600
At least 16.5 but less than 17.5	3,000
At least 15.5 but less than 16.5	3,700
At least 14.5 but less than 15.5	4,500
At least 13.5 but less than 14.5	5,400
At least 12.5 but less than 13.5	6,400
Less than 12.5	7,700.

19 § 4041 – Imposition of Tax

(a) Diesel fuel and special motor fuels

(1) Tax on diesel fuel and kerosene in certain cases

(A) In general

There is hereby imposed a tax on any liquid other than gasoline (as defined in section 4083)—

(i) sold by any person to an owner, lessee, or other operator of a diesel-powered highway vehicle or a diesel-powered train for use as a fuel in such vehicle or train, or

(ii) used by any person as a fuel in a diesel-powered highway vehicle or a diesel-powered train unless there was a taxable sale of such fuel under clause (i).

[“.”]

(2) Alternative fuels

(A) In general

tenham como fato gerador fato danoso ao meio ambiente (venda e utilização de combustível), o produto de sua arrecadação é, quase em sua totalidade, dirigido ao *Highway Trust Fund*, um fundo para o sistema de transportes, que é responsável pela construção das estradas americanas. É fácil perceber que o aumento do número de estradas é capaz de gerar o aumento da quantidade de combustível utilizada no país, o que pode gerar mais degradação ambiental, ao invés de evitá-la.

Além dos tributos ambientais federais, há também a possibilidade de cobrança de exação dessa natureza em nível estadual ou local. Muitas localidades americanas utilizam-se do sistema *Pay-As-You-Throw*²⁰ para a cobrança referente à coleta de resíduos sólidos. Consiste na cobrança de taxa variável conforme a quantidade de lixo produzida pelo contribuinte. Através desse sistema, são incentivados o consumo consciente, a reciclagem e reutilização de materiais, bem como a redução do volume de resíduos sólidos. É um sistema muito utilizado pelas localidades dos estados da Califórnia; Iowa; Minnesota; New York; Oregon; Washington e Winsconsin²¹.

Outra medida utilizada é a imposição de sobretaxa no preço de certos produtos potencialmente poluentes, tais como vasilhames de bebidas, pneus e baterias de automóveis. Quando os produtos, após sua vida útil, são devolvidos aos postos de coleta credenciados, o valor da sobretaxa é devolvido ao consumidor. Assim, a cobrança da sobretaxa tem

There is hereby imposed a tax on any liquid (other than gas oil, fuel oil, or any product taxable under section 4081 (other than such tax at the Leaking Underground Storage Tank Trust Fund financing rate))—

- (i) sold by any person to an owner, lessee, or other operator of a motor vehicle or motorboat for use as a fuel in such motor vehicle or motorboat, or
- (ii) used by any person as a fuel in a motor vehicle or motorboat unless there was a taxable sale of such liquid under clause (i).

[...]

(3) Compressed natural gas

(A) In general

There is hereby imposed a tax on compressed natural gas—

- (i) sold by any person to an owner, lessee, or other operator of a motor vehicle or motorboat for use as a fuel in such motor vehicle or motorboat, or
- (ii) used by any person as a fuel in a motor vehicle or motorboat unless there was a taxable sale of such gas under clause (i).

The rate of the tax imposed by this paragraph shall be 18.3 cents per energy equivalent of a gallon of gasoline.

[...]

20 Disponível em: <<http://www.epa.gov/epawaste/conserves/tools/payt/index.htm>>. Acesso em: 04.03/2012.

21 Dados de 2006, da Environmental Protection Agency – Disponível em <<http://www.epa.gov/epawaste/conserves/tools/payt/states/06comm.htm>>. Acesso em: 04.03.2012.

como efeito o estímulo à reciclagem e à destinação adequada de produtos poluentes usados. Estados que adotam o sistema são Michigan e Oregon²².

Observa-se que o sistema tributário relacionado ao direito ambiental, nos Estados Unidos, encontra-se bem mais avançado do que no Brasil. Vale salientar que a tributação ambiental nos Estados Unidos é considerada aquém da existente em alguns países europeus, tais como Suíça, Noruega e Dinamarca, os quais, segundo dados da OCDE, detem sistemas de tributação ambiental bastante eficientes²³.

3 A POLÍTICA AMERICANA DE DESONERAÇÃO POR PRÁTICAS FAVORÁVEIS À CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A última iniciativa para a instituição de novo tributo ambiental nos Estados Unidos se deu no governo de Bill Clinton, em 1993, quando foi proposta a criação de imposto sobre energia (*Btu Tax*). Todavia, a proposta não foi aprovada pelo Senado.

A partir daí, é possível observar que a política tributária ambiental, em âmbito federal, foi dirigida para a criação de deduções e concessão de créditos, buscando beneficiar atuações ambientalmente positivas. Ao invés de tributar maior número de produtos ou atividades danosas ao meio ambiente, buscou-se desonerar os contribuintes que tenham contribuído, de alguma forma, para a preservação do meio ambiente.

O conceito americano de *Tax Expenditures* guarda correspondência, no direito brasileiro, ao conceito de renúncia ou despesa fiscal. Significa as receitas tributárias às quais o Estado renuncia, por razões políticas e extrafiscais. Podem concretizar-se através de deduções, descontos, incentivos, créditos, dentre outros.

É exemplo dessa política o *Energy Policy Act*²⁴, de 2005, sancionado pelo presidente George W. Bush, através do qual foram concedidos incentivos fiscais para medidas ambientalmente positivas nas áreas de energia nuclear; produção de combustíveis fósseis; produção de energia elétrica renovável; utilização de carvão limpo e fabricação de veículos movidos a combustíveis alternativos, como o Bioetanol.

Outras previsões no sistema tributário americano para renúncia fiscal relacionada ao meio ambiente são: a) dedução do imposto de

22 Disponível em: <<http://hanneby.com/2011/08/what-is-deposit-refund-schemes/>>. Acesso em: 04.03.2012.

23 OECD. Environmentally related taxes in OECD countries: Issues and Strategies. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/10/2385291.pdf>> Acesso em 04.03.2012.

24 Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ58/pdf/PLAW-109publ58.pdf>>. Acesso em: 04.03.2012.

renda pessoa física e pessoa jurídica dos gastos com recuperação ambiental de instalações industriais e comerciais abandonadas (*brownfields*), com previsão na Seção 198²⁵, do IRC; b) concessão de créditos no caso de construção ou reforma de residências dotadas de eficiência energética; instalação residencial de equipamentos para captação e utilização de energia solar, eólica ou geotermal; fabricação de eletrodomésticos com eficiência energética e instalação de prédio comercial dotado de eficiência energética, com previsão nas Seções 25C²⁶, 25D²⁷, 45M²⁸ e 179D²⁹, do IRC.

25 § 198 - Expensing of environmental remediation costs

(a) In general

A taxpayer may elect to treat any qualified environmental remediation expenditure which is paid or incurred by the taxpayer as an expense which is not chargeable to capital account. Any expenditure which is so treated shall be allowed as a deduction for the taxable year in which it is paid or incurred.

26 § 25C - Nonbusiness energy property

(a) Allowance of credit

In the case of an individual, there shall be allowed as a credit against the tax imposed by this chapter for the taxable year an amount equal to the sum of—

- (1) 10 percent of the amount paid or incurred by the taxpayer for qualified energy efficiency improvements installed during such taxable year; and
- (2) the amount of the residential energy property expenditures paid or incurred by the taxpayer during such taxable year.

27 § 25D - Residential energy efficient property

(a) Allowance of credit

In the case of an individual, there shall be allowed as a credit against the tax imposed by this chapter for the taxable year an amount equal to the sum of—

- (1) 30 percent of the qualified solar electric property expenditures made by the taxpayer during such year,
- (2) 30 percent of the qualified solar water heating property expenditures made by the taxpayer during such year,
- (3) 30 percent of the qualified fuel cell property expenditures made by the taxpayer during such year,
- (4) 30 percent of the qualified small wind energy property expenditures made by the taxpayer during such year; and
- (5) 30 percent of the qualified geothermal heat pump property expenditures made by the taxpayer during such year.

28 § 45M - Energy efficient appliance credit

(a) General rule

(1) In general

For purposes of section 38, the energy efficient appliance credit determined under this section for any taxable year is an amount equal to the sum of the credit amounts determined under paragraph (2) for each type of qualified energy efficient appliance produced by the taxpayer during the calendar year ending with or within the taxable year.

29 § 179D - Energy efficient commercial buildings deduction

(a) In general

Há também a concessão de créditos para pessoa jurídica pela produção de energia por fontes renováveis, tais como eólica, biomassa, geotermal, solar e hidrocinética, bem como pela auto-suficiência energética, de acordo com as Seções 45³⁰ e 48³¹, do IRC.

Com relação às emissões de carbono, há previsão de concessão de créditos pelo sequestro de carbono, bem como pelo investimento em tecnologias com baixa emissão de carbono – previsão das Seções 45Q³² e 48C³³, do IRC.

There shall be allowed as a deduction an amount equal to the cost of energy efficient commercial building property placed in service during the taxable year.

30 § 45 - Electricity produced from certain renewable resources, etc.

(a) General rule

For purposes of section 38, the renewable electricity production credit for any taxable year is an amount equal to the product of—

(1) 1.5 cents, multiplied by

(2) the kilowatt hours of electricity—

(A) produced by the taxpayer—

(i) from qualified energy resources, and

(ii) at a qualified facility during the 10-year period beginning on the date the facility was originally placed in service, and

(B) sold by the taxpayer to an unrelated person during the taxable year.

31 § 48 - Energy credit

(a) Energy credit

(1) In general

For purposes of section 46, except as provided in paragraphs (1)(B), (2)(B), (3)(B), and (4)(B) of subsection (c), the energy credit for any taxable year is the energy percentage of the basis of each energy property placed in service during such taxable year.

32 § 45Q - Credit for carbon dioxide sequestration

(a) General rule

For purposes of section 38, the carbon dioxide sequestration credit for any taxable year is an amount equal to the sum of—

(1) \$20 per metric ton of qualified carbon dioxide which is—

(A) captured by the taxpayer at a qualified facility, and

(B) disposed of by the taxpayer in secure geological storage and not used by the taxpayer as described in paragraph (2)(B), and

(2) \$10 per metric ton of qualified carbon dioxide which is—

(A) captured by the taxpayer at a qualified facility,

(B) used by the taxpayer as a tertiary injectant in a qualified enhanced oil or natural gas recovery project, and

(C) disposed of by the taxpayer in secure geological storage.

33 § 48C - Qualifying advanced energy project credit

(a) In general

For purposes of section 46, the qualifying advanced energy project credit for any taxable year is an amount equal to 30 percent of the qualified investment for such taxable year with respect to any qualifying advanced energy project of the taxpayer.

Tais medidas, por tratarem de renúncia de receita, podem encontrar certa resistência política. É o que esclarece Milne³⁴:

Thus, tax expenditures cannot be divorced from their fiscal consequences. Their feasibility will depend on internal rules and the political willingness of the government to find new revenue or spending cuts to pay for them, or to engage in deficit financing. Tax expenditures may be more politically popular than tax increases, but budget discipline may limit their use³⁵.

É possível observar, portanto, que a inclusão de disposições relativas à tributação ambiental em um dado sistema tributário requer uma análise aprofundada de seus possíveis efeitos. O ideal, a fim de se atingir a coexistência harmônica dos elementos que compõem o sistema, é que haja uma reforma tributária ambiental, a partir da qual todo o sistema seja reestruturado.

4 CONCLUSÃO

A manutenção de um meio ambiente equilibrado é de grande relevância para toda a sociedade. Diante disso, são essenciais as ações que visem à preservação dos recursos naturais de que o homem necessita, sem que isso constitua entrave ao desenvolvimento econômico. Dentre os instrumentos que podem ser utilizados para promover esse equilíbrio entre a utilização de recursos naturais e o crescimento econômico e tecnológico, está a tributação ambiental.

Através da estruturação de um sistema tributário ambiental, em sentido amplo, incluindo a cobrança de tributos ambientais, bem como a renúncia fiscal ambientalmente relacionada, é possível obter-se tanto a arrecadação financeira apta a ser utilizada em benefício da preservação do meio ambiente, quanto o estímulo de condutas ambientalmente positivas por parte dos cidadãos. Além disso, torna-se possível incluir os custos ambientais nos preços dos bens e serviços postos à disposição da população.

34 MILNE, Janet E. *Environmental Taxation in the United States*: The long view. *Lewis & Clark Law Review*, Oregon, v. 15, n.2, p. 417, 2011.

35 NDT. Assim, as renúncias (despesas) fiscais não pode ser dissociadas de suas consequências fiscais. Sua viabilidade dependerá de normas internas e da vontade política do governo para encontrar novas receitas ou cortes de despesas para pagar por elas, ou sujeitar-se ao financiamento do déficit. Renúncias (despesas) fiscais podem ser politicamente mais populares do que o aumento de impostos, mas a disciplina orçamental pode limitar seu uso.

A cobrança de tributos ambientais também tem o condão de promover a busca por meios alternativos de produção que sejam ambientalmente menos danosos, estimulando avanços tecnológicos em diversas áreas.

É importante que sujeitos ativos da relação tributária, aos instituírem a cobrança de tributos ambientais, promovam estudos aprofundados sobre seus possíveis efeitos na economia. Há a possibilidade de destinação do produto da arrecadação para a utilização em projetos de recuperação do meio ambiente e de promoção de sustentabilidade. Há ainda a possibilidade de compensação da arrecadação dos tributos ambientais com a desoneração de outros tributos, o que, embora não gere aumento de receita para o Estado, pode gerar a mudança de pensamento de sua população, aumentando a consciência acerca da importância da proteção do meio ambiente.

O uso da renúncia fiscal como meio de estímulo de condutas ambientalmente positivas tem relevante importância prática, pois pode promover alterações substanciais de comportamento da sociedade. Todavia, é necessário que haja cautela na sua implantação. A escolha de determinados setores para a concessão de incentivos, em detrimento de outros, pode promover a desigualdade de condições e importar privilégios injustificados. Além disso, via de regra, o corte de uma fonte de receita gera a criação de outra, para manutenção do equilíbrio financeiro, e tudo deve ser levado em consideração para o funcionamento eficiente do sistema tributário.

A análise do que existe em termos de tributação ambiental no Brasil e nos Estados Unidos mostra que o sistema Americano, embora ainda não se encontre em seu estado ideal, já apresenta muito mais avanços se comparado ao sistema Brasileiro. A criação de tributo verdadeiramente ambiental, nos termos das orientações da OCDE, – o que ainda não existe no Brasil – representa a assunção de posicionamento definido a respeito de matéria tão relevante. Neste ponto, a legislação Brasileira ainda tem muito a avançar.

A troca de experiências entre países Europeus, os que possuem legislação mais ampla a respeito da matéria, os Estados Unidos, o Brasil, e outros países da América do Sul, é muito salutar. Modelos de práticas bem sucedidas na implantação de uma reforma tributária ambiental podem e devem ser exportados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005

MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.

MILNE, Janet E. *Environmental Taxation in the United States: The long view*. Lewis & Clark Law Review, Oregon, v, 15, n.2, p. 417, 2011

_____. et al. Environmental taxation in Europe and the United States. In: *Encyclopedia of Earth*. Eds. Cutler J. Cleveland (Washington, D.C.: Environmental Information Coalition, National Council for Science and the Environment), agosto, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 19. ed. 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

APONTAMENTOS SOBRE ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E CONTRAPONTO COM OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*NOTES ON PUBLIC ADMINISTRATION'S LAWSUITS ARBITRABILITY
IN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF AMERICA'S SYSTEM AS A
COUNTERPOINT*

Sônia de Almendra Freitas Portella Nunes

Procuradora da Fazenda Nacional

Coordenadora-Geral de Operações Financeiras da União

Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arbitragem no Mundo; 2 Arbitragem no Brasil; 2.1 Fenômeno Marcado por Vanguardismo e Desconfiança; 2.2 Arbitrabilidade de Causas da Administração – Experiência Brasileira; 2.3 Legislação e Doutrina Atuais; 2.4 Arbitrabilidade de Causas da Administração e Poder Judiciário; 2.5 Atuação do Tribunal de Contas da União; 2.6 Arbitrabilidade de Causas da Administração e o Princípio de Legalidade; 3 Arbitragem nos Eua; 3.1 Cultura Arbitral nos Eua; 3.2 Arbitrabilidade dos Litígios nos Eua; 3.3 Administração Pública e Arbitragem nos Eua; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a arbitrabilidade de litígios da Administração Pública no Brasil, estabelecendo contraponto com o Direito dos Estados Unidos da América. Ao investigar a visão prevalente da doutrina especializada quanto aos aspectos jurídicos da arbitragem na Administração Pública, os pronunciamentos judiciais emblemáticos e a posição exibida pelo Tribunal de Contas da União, busca-se demonstrar que a Lei de Arbitragem autoriza o uso do instituto pela Administração nas causas em que o Estado atua no âmbito do Direito Privado, carecendo, todavia, de maior amadurecimento jurisprudencial de modo a ensejar difusão de seu uso. Relativamente à arbitragem nos EUA, busca-se historiar brevemente a relevância do instituto na cultura jurídica daquele país e comentar o exame da arbitrabilidade das causas por meio do conceito de *ordem pública*.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Arbitrabilidade. Administração Pública. Princípio da Legalidade. Direito Público. Direito Privado. Contrato Administrativo. Estados Unidos da América.

ABSTRACT: The present article aims to analyse the arbitrability of the Public Administration's lawsuits establishing counterpoint with the United States of America's system. While investigating the specialized doctrine rationale regarding the legal aspects of the public administration's arbitrability, the emblematic judicial decisions and the Tribunal de Contas da União's pronouncements, the intent is to demonstrate that the Law of Arbitration authorizes the use of the mechanism by the public administration whenever the state acts in private law context. It points out, however, that there's a lack of judicial maturity that disturbs a major diffusion of its use. Regarding arbitration in USA, it is provided a short account of the mechanism's relevance in the legal culture of the country and comments about the arbitrability exam of the general cases through the concept of public order.

KEYWORDS: Arbitration. Arbitrability. Public Administration. Principle of the Legality. Public Law. Private Law. Administrative Contract. United States of America.

Minha vontade e instruções expressas são de que todos os litígios (se infelizmente surgirem) deverão ser resolvidos por três homens inteligentes e imparciais, conhecidos por sua probidade e sensatez; dois a serem escolhidos pelos litigantes – cada um deles podendo escolher um – e, o terceiro, pelos dois antes escolhidos. E que esses três homens assim escolhidos, não tolhidos pela lei ou interpretações legais, declarem seu entendimento quanto às intenções do testador; e tal decisão será, por todos os propósitos e consequências, *tão obrigatória como se fora dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos*.¹ (Extraído do testamento de George Washington, datado de 9 de julho de 1799). (Grifei)

INTRODUÇÃO

Arbitragem e Administração Pública são conceitos jurídicos ainda vistos como inconciliáveis por parte significativa dos advogados do setor público, a principal razão parecendo residir na resistência à absorção do aspecto privatístico da atuação do Estado. E a despeito do grande salto do instituto em termos normativos e de ampliação do seu uso, é fato que remanescem grandes incertezas quanto aos limites da arbitrabilidade dos litígios da Administração vis-à-vis o princípio de legalidade da administração pública (art. 37 da Constituição) e a variabilidade conceitual, encontrável na doutrina e na jurisprudência, quanto a *bens disponíveis, indisponibilidade de bem público, contrato administrativo e jurisdição*.

O que aqui se pretende demonstrar é o quanto os juristas brasileiros vêm revelando visão e ousadia ao considerar não apenas que os litígios da Administração no âmbito de sua atuação *ius gestionis* compreenderiam direitos disponíveis, mas que não careceriam de autorização legal para serem submetidos a arbitragem, entendendo-se autorizado o procedimento pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, popularizada como *Lei de Arbitragem*. Embora julgados do STF e STJ embasem o entendimento segundo o qual a atuação da Administração envolveria, a par de seus objetivos finalísticos, atividades da esfera do

¹ My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants--each having the choice of one--and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their sense of the Testators intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States. Citado em BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Netherland: Wolters Kluwer – Law and Business, 2009, p. 56-7.

Direito Privado, a envolver direitos disponíveis, restam frequentemente obscuros os limites dessa divisão de atuações de direito público e de direito privado do Estado, além de não ter sido enfrentado o aspecto da incidência do princípio de legalidade no que se refere à administração direta e em que casos ela se dá, ou não.

A postura da Administração tem sido, justificadamente, de grande cautela quanto ao uso do instituto, quase sempre buscando respaldo em autorização legal de forma a promover maior segurança jurídica e acautelar-se contra a desconfiança e pouca tolerância ao instituto tradicionalmente demonstradas pelo Tribunal de Contas da União.

Para desenvolver o argumento, julgo necessário apresentar, ainda que muito resumidamente, os ciclos de evolução do instituto na história do Brasil e, a partir do séc. XX, no campo do direito internacional, notadamente pela assinatura da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), de 1958, e pela elaboração das regras da Comissão das Nações Unidas para Regras de Arbitragem de Direito Comercial Internacional (Regras da UNCITRAL), de 1976, seguida da lei-modelo da UNCITRAL, de 1985, todas iniciativas da Organização das Nações Unidas (ONU) de larguíssima adesão mundial. Em seguida, analisarei os fundamentos das posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema da arbitrabilidade da Administração Pública, culminando com a análise da arbitrabilidade em face do princípio de legalidade dos atos da Administração. Finalmente, esboçarei aqui o quadro normativo dos Estados Unidos da América (EUA) relativamente à utilização da arbitragem em geral e pelos entes públicos em particular, buscando contrastar nos dois exemplos a expressiva diferença cultural entre Brasil e EUA quanto ao apreço e utilização do instituto, para então oferecer a conclusão deste trabalho.

1 ARBITRAGEM NO MUNDO

Nos tempos atuais, em face da quase universalização das normas de arbitragem geradas no ambiente do Direito Internacional, há tendência mundial à adesão à tese segundo a qual o instituto constituiria um tipo de jurisdição complementar à jurisdição do estado. A harmonização de regras entre os países surgiu como resultado de pressões dos diversos setores econômicos atuantes em âmbito interno, notadamente o de comércio internacional, incentivado pela ação influente da Organização Mundial do Comércio (OMC). O concerto de forças internacionais interligadas, no ambiente de reconstrução de

pós-Segunda Guerra Mundial, resultou em ações da ONU de promoção de acordos internacionais disciplinadores do mecanismo de arbitragem que, paulatinamente, vieram a influenciar a edição ou reforma das legislações nacionais dos países, incutindo também nas atividades comerciais internas o apreço pelo instituto.

O esforço na busca de regras comuns a todas as nações, de forma a propiciar previsibilidade e estabilidade aos negócios, gerou uma série de acordos internacionais. O Protocolo de Genebra², celebrado já em 1923, estabeleceu, dentre outros, o avanço de proibir revisão judicial do mérito do laudo arbitral, no processo de reconhecimento judicial a ser realizado pelos países signatários do acordo, o Brasil dentre eles. Mas o ato internacional de maior relevância para a arbitragem no mundo, quer pela extensão das suas regras, quer pela abrangência de sua adesão – alcançando hoje cerca de cento e cinquenta países – é a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), celebrada em 1958. Concluída sob os auspícios das Nações Unidas, cujo projeto posto para análise foi fruto de sugestão da Câmara de Comércio Internacional (CCI), com sede em Paris, trata-se do fator que mais contribuiu para o rápido incremento da arbitragem internacional no mundo. Vejamos o comentário de Arnold Wald e Selma Ferreira Lemes sobre o assunto, em prefácio conjunto de obra sobre estudos do referido ato internacional:

[...] Acresce que a vigência interna da Convenção de Nova Iorque transcende o aspecto jurídico para ingressar no econômico, pois estudos na área da Análise Econômica do Direito demonstram que o fato de um país ratificar a citada Convenção altera a percepção na qualidade das instituições jurídicas (Judiciário e Lei) e contribui para o incremento do fluxo comercial.³

Quanto aos benefícios normativos trazidos pela referida Convenção ao instituto, cite-se: a uniformização de conceitos básico;

2 O Protocolo de Genebra, promulgado pelo Decreto nº 21.187, de 22.3.32, dispõe: “Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”;

3 WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraivam, 2011. p. 10.

equiparação do laudo arbitral a sentença judicial; e limitação das hipóteses de impugnação dos laudos.⁴

2. ARBITRAGEM NO BRASIL

2.1 HISTÓRIA MARCADA POR VANGUARDISMO E DESCONFIANÇA

Signatário do Protocolo de Genebra, de 1923, do Código Bustamante, de 1929, e da Convenção do Panamá, de 1975⁵, o Brasil, já se encontrava inserido no rol dos países que demonstravam aceitação à arbitragem em âmbito internacional, mas mostrava-se pouco afeito à sua prática. Foi apenas com a Lei de Arbitragem que o País fundou definitivamente os alicerces necessários à difusão do instituto, dissipando aspectos de insegurança jurídica existentes em razão de suas deficiências normativas. A mencionada lei optou por seguir a tendência mundial ao apropriar-se do modelo UNCITRAL, formulado em 1985 pelas Nações Unidas, além de disposições das Convenções de Nova Iorque e do Panamá, ambas firmadas pelo Brasil, mas apenas a segunda devidamente inoculada no ordenamento jurídico pátrio ao tempo da edição da Lei.⁶

Embora já se contasse no Brasil com normativa que assegurasse a possibilidade jurídica da utilização da arbitragem, para solucionar pendências judiciais ou extrajudiciais concernentes a direitos patrimoniais sobre os quais a lei admitisse transação, a disciplina jurídica existente no Código Civil e no Código de Processo Civil, a par de lacônica, não tratava da cláusula compromissória e obrigava a homologação judicial do laudo arbitral, não lhe conferindo, por conseguinte, status de decisão jurisdicional.

O caminho até a instituição da Lei de Arbitragem, todavia, foi longo e cercado de desconfianças, antecedido de pelo menos três projetos rumorosos que não receberam o devido apoio e seguimento no Congresso. Editada a lei, foi envolta sob suspeição dos que vislumbavam

4 Ver . WALD, Arnoldo. *Opus cit.* p. 84.

5 O Código Bustamante, promulgado pelo Decreto nº 18.871, de 13.8.29, dispôs sobre direito Internacional Privado entre países americanos e representou importante arsenal de regras para fins de arbitragem internacional; do Panamá, promulgada pelo Decreto nº 1.902, de 9.5.96 dispõe: “É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.”

6 A Convenção de Nova Iorque, considerada o mais importante ato internacional sobre arbitragem, embora assinada em 1958, foi referendada pelo Congresso Nacional apenas em 2002, mesmo ano de sua promulgação pelo Decreto nº 4.311.

inconstitucionalidade em alguns de seus dispositivos relativos ao compromisso arbitral, acusado de violar a garantia constitucional da universalidade da jurisdição estatal, expressa no art. 5º, inc. XXXV da Constituição ⁷. Em 2001, finalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu fim à polêmica, por sete votos a quatro, assegurando aos contratantes o direito de, comprometendo-se com a arbitragem, afastar a jurisdição estatal para solucionar qualquer pendência que, resultante do contrato, envolva direito patrimonial.⁸

2.2 ARBITRABILIDADE DE CAUSAS DA ADMINISTRAÇÃO – EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A face mais conhecida do uso do método arbitral pelo Estado é aquela que diz com a sua utilização para resolução de conflitos com estados estrangeiros, no campo do direito público internacional, casos envolvendo, sobretudo, disputas de fronteiras, questões marítimas ou conflitos de natureza financeira.⁹ Dentre esses, vale lembrar o famoso litígio, instaurado pela França no Tribunal Internacional de Justiça, órgão das Nações Unidas sediado em Haia. A questão versou sobre a cláusula-ouro constante de títulos brasileiros em francos franceses, com decisão desfavorável ao Brasil exarada em 1929.¹⁰ A opção pela arbitragem com a finalidade de cessar litígio com outros países sempre foi considerada conforme o ordenamento jurídico do País, eis que em consonância com o primado da solução pacífica dos conflitos nas relações com os Estados estrangeiros.¹¹

Na mesma linha, os litígios enfrentados pelo Brasil, ao longo da sua história, concernentes a inadimplementos de dívidas representadas por títulos lançados no mercado externo, foram sempre resolvidas por

7 Art. 5º, inc. XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

8 Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206-8/247, de 2001, em que se concluiu pela constitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/96.

9 Segundo informação no sítio do Ministério de Relações Exteriores (WWW2.mre.gov.br/missões_paz/port/capitulo4.html), o Barão do Rio Branco teria assinado mais de trinta acordos de arbitragem.

10 Representando o interesse de investidores franceses, a França levou ao Tribunal de Haia questão contra o Estado brasileiro acerca da manutenção de cláusula-ouro no pagamento de títulos emitidos antes da 1ª Guerra Mundial, cujos valores fixados em francos tinham sofrido grande desvalorização. O Tribunal deu ganho de causa à França, obrigando o Brasil a manter o padrão ouro nos pagamentos de juros dos mencionados títulos.

11 Art. 4º, inc. VII da Constituição: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – solução pacífica dos conflitos.” Ver FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 217.

canais diplomáticos, em relações bilaterais com os países do local de pagamento, instados pelos portadores de títulos a representar os seus interesses. Mas há também inúmeros casos, ocorridos antes e depois da época republicana, em que o Estado expressou opção pelo mecanismo arbitral em contratos com particulares, tanto em avenças tipicamente de direito administrativo - como casos de concessão - quanto em contratos de empréstimo internacional. Embora de naturezas muito distintas, ambos os contextos envolviam, de regra, relações jurídicas com pessoas estrangeiras que viam na arbitragem instrumento de maior segurança jurídica e eficiência de resultados.¹² A extraordinária relevância dos contratos de concessão (portos e estradas de ferro), como a imperiosidade da asseguuração de financiamento no mercado externo, oportunizava legislações e entendimentos jurídicos vanguardistas que restavam confinados às suas circunstâncias excepcionais¹³.

2.3 LEGISLAÇÃO E DOUTRINA ATUAIS

De fato, a despeito de o Brasil de hoje contar com feixe de normas jurídicas internacionalmente aceitas para regulamentar a arbitragem, além de um judiciário mais maduro e afeito às execuções de laudos arbitrais, com larga utilização de arbitragem pelas áreas de negócios privados, pouco mudou em termos de uso de mecanismo arbitral pela Administração.¹⁴ Hoje, como ontem, os regramentos permissivos de arbitragem pela Administração Pública são aqueles que tratam de

12 O Decreto nº 12.184, de 30 de agosto de 1916, instituiu o mecanismo arbitral para solucionar litígio com a Companhia *Port of Para* nos seguintes termos: Art. 1º [...] § 2º As duvidas e questões que se suscitarem entre o Governo e a companhia, relativas ao serviço desta, e as que disserem respeito à intelligencia das clausulas do contracto, *serão definitivamente decididas por arbitros, um dos quaes nomeado pelo Governo, outro pela companhia, e um terceiro para desempenhar, previamente escolhido pelos dous, ou por elles sorteado, na falta de accôrdo entre dous outros nomes, respectivamente indicados pelas partes*; ficando, porém, entendido que as questões previstas ou resolvidas em clausula deste contracto, como as de multa, rescisão e outras, não são compreendidas neste paragrapho. (Grifo nosso)

13 Por pressão dos países credores, a comunidade de países devedores passou a aceitar a tese da Imunidade Relativa como resultado dos chamados *atos de comércio*, de forma a aceitar, além da arbitragem, a submissão à jurisdição do mutuante em empréstimos externos. O Brasil constitui uma das poucas exceções onde se mantém a Imunidade Absoluta como regra geral.

14 A Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, instituiu a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, com a finalidade de resolver, em sede administrativa, controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, além de dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação. A iniciativa carece ainda, contudo de normatização adequada e amadurecimento institucional

concessões de serviço público (art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.897/95) e contratos de financiamento externo (art. 11 do Decreto-lei nº 1312). A previsão surge, ainda, no regramento relativo às parcerias público-privadas (art. 11, inc. III, da Lei 11.079/2007), no que segue a mesma lógica da concessão pública, em que a Administração precisa atrair empresários portentosos, nativos ou estrangeiros, assegurando-lhes as vantagens de procedimento jurisdicional célere, com isenção de nacionalidade e de cunho especializado.

Em vista da brevidade que cabe a um artigo, e por não considerar imprescindível para o tema em apreço, não explorarei aqui o conceito de “ordem pública”. Se de significância fundamental para fins de exame da arbitrabilidade no Direito dos EUA, a categoria jurídica mostra-se de grande relevância no Brasil para a finalidade de homologação de sentença arbitral em face de direito alienígena.¹⁵

A questão jurídica hoje posta quanto à arbitrabilidade dos litígios da Administração repousa principalmente na interpretação a ser dada ao art. 1º da Lei de Arbitragem, que dispõe, *in verbis*:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Juntos aqui, por conseguinte, o que a doutrina nomeia de componentes de natureza *subjettiva* e *objetiva* da arbitrabilidade.

Do componente subjettivo, extrai-se que todas as pessoas capazes de contratar podem ser partes em arbitragem. O conceito empresta, portanto, do direito civil o instituto da *capacidade*¹⁶ que, como se sabe, serve ao direito público na medida em que todas as pessoas jurídicas são também capazes de expressar sua capacidade por meios de atos jurídicos. Do ponto de vista subjettivo, por conseguinte, não há polêmica quanto à inclusão dos entes e entidades públicas entre os aptos à utilização do método arbitral, assim como encontram-se incluídas as pessoas jurídicas de direito privado. Selma Lemes ensina, a esse respeito, que, no passado, em vista de que o Código Civil de 1916 trazia referência oblíqua à transação ao tratar de arbitragem, intérpretes entenderam que a Fazenda estaria impedida de compromisso arbitral, já que não lhe era

15 No dizer de Clávio de Melo Valença Filho, “ordem pública não é categoria normativa, mas instrumento à disposição do juiz estatal para excluir do ordenamento jurídico norma estrangeira incompatível.” FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 125.

16 Lei nº 10.406, de 10.1.2002 (Código Civil): “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

dado transacionar. A autora transcreve, então, manifestação de Pontes de Miranda segundo a qual:¹⁷

Quem transige não se compromete; não se submete à decisão de alguém. Quem se compromete não transige, porque exige o julgamento sem nada conceder. Por isso mesmo poderes para transigir não envolvem poderes para assinar compromisso, nem poderes para assinar compromisso; nem poderes para assinar compromisso implicam os de transigir.

Mas embora ainda haja uma minoria entendendo que a Lei de Arbitragem não seria aplicável à Administração no seu componente subjetivo, o aspecto fulcral do debate quanto à arbitrabilidade da Administração reside no componente objetivo da lei, que introduz o conceito de *litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*.

A Lei de Arbitragem, seguindo o modelo UNCITRAL e da Convenção de Nova Iorque, não contempla previsão quanto a categorias de litígios não arbitráveis, deixando ao intérprete a análise sobre o aspecto da disponibilidade dos direitos em cada caso, tarefa difícil quando se trata de direitos da Administração Pública. A tendência da doutrina no Brasil e no exterior é no sentido de que a análise da arbitrabilidade de um litígio envolve em seu centro a investigação de seu aspecto patrimonial. Isso significa dizer que, mesmo nas causas trabalhistas, de direito de família, de direito penal, de direito concorrencial ou envolvendo contratos administrativos (áreas tradicionalmente consideradas, aqui e alhures, como não passíveis de solução arbitral), poderá haver direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, de possível submissão arbitral. É o que nos ensina Carlos Alberto Carmona, *in verbis*:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infrigência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais

17 LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 73.

como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas de fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.

Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as conseqüências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso. É nesse sentido, portanto, que deve ser interpretado o art. 852 do Código Civil¹⁸, ao vedar o compromisso arbitral para questões de estado, de direito pessoal de família e “de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”¹⁹ (Grifei)

Sob o ponto de vista dos bens patrimoniais disponíveis da Administração, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece acerca dos chamados bens dominicais o seguinte²⁰:

Os bens do domínio privado do Estado, chamados bens dominicais pelo Código Civil, e bens do patrimônio disponível pelo Código de Contabilidade Pública, foram definidos legalmente como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades (art. 66, III, do Código Civil de 1916).”²¹

18 CC, Art. 852: “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

19 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 38-9.

20 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 639-10.

21 Art. 99, III do CC: São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou

O Código Civil de 2002, no artigo 99, III, mantém o conceito, alterando-o apenas para deixar claro que são titulares de bens dominicais todas as pessoas jurídicas de direito público. Estabelece o dispositivo que os mesmos “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma delas”.

Alem disso, o parágrafo único determina que “não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.” Conforme visto no item 10.2.2, tais pessoas poderiam ser as fundações de direito público que, não obstante dotadas de personalidade pública, têm a mesma estrutura das fundações privadas.

O Código de Contabilidade os define como “os bens do Estado, qualquer que seja a sua proveniência, dos quais se possa efetuar a venda, permuta ou cessão, ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições legais especiais de autorização” (art.810).

[...]

Comparando os bens do domínio público com os do domínio privado do Estado, pode-se traçar a seguinte regra básica quanto ao regime jurídico que se submetem: os primeiros, ao direito público, e, os segundos, *no silêncio da lei*, ao direito privado. O mesmo pensamento encontra-se em Pontes de Miranda (1954, v. 2:136): “na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos *stricto sensu* (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público”.

Exceto por uma minoria recalcitrante, a polêmica quanto à existência de direitos patrimoniais disponíveis da Administração parece estar hoje pacificada na doutrina especializada e nas decisões de tribunais superiores e até em decisões do TCU (aspectos a serem abordados nos próximos itens deste trabalho), órgão pouco afeito às instâncias de fortalecimento da capacidade gerencial do Estado. Resta a indagação jurídica, contudo, relativamente à necessidade de autorização legal para que o Estado possa formalizar compromissos arbitrais em

real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (Grifei)

seus contratos, tanto os administrativos quanto os de índole privatista, tema a ser tratado adiante.

2.4 ARBITRABILIDADE DE CAUSAS DA ADMINISTRAÇÃO E PODER JUDICIÁRIO

Como afirmado acima, já há arsenal suficiente de decisões jurisprudenciais de tribunais superiores que referendam a doutrina administrativa quanto à aceitação da atuação da Administração na órbita do direito privado e, portanto, dos direitos disponíveis. O precedente considerado mais relevante a tal respeito é o chamado “Caso Lage”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).²² Em 1973, em sua 3ª instância decisória, a causa foi finalmente julgada pelo STF, em votação unânime, em desfavor da União e pela aceitação da validade do laudo arbitral, que fixou o quantum da indenização a ser paga à família que, sob justificativa de estado de guerra, teve confiscado patrimônio que englobava vinte e nove empresas. Além do aspecto exemplar de cultura jurídica exibido na decisão, o caso serve de forma eloquente ao argumento de defesa do procedimento arbitral por mais célere e eficiente do que a jurisdição estatal. Neste caso, o laudo arbitral foi produzido um ano e meio após a sua autorização legal, enquanto o Poder judiciário demorou dezoito anos apenas para oferecer a resposta quanto à legitimidade daquele procedimento.

Outro caso recente, e já considerado emblemático, julgado no Superior Tribunal de Justiça em 2008, sob relatoria do hoje Ministro do STF Luiz Fux, envolveu litígio entre a TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande, empresa concessionária de serviço público, e a NUCLEBRÁS Equipamentos Pesados S.A. (NUCLEP) acerca de contrato de concessão. A despeito do contrato entre as partes contemplar compromisso arbitral para solução de conflito, a NUCLEP decidiu unilateralmente dar por findo o contrato. Ato contínuo, o então

²² Agravo de Instrumento nº 52.181, de 14.11.73, sob a relatoria do Ministro Bilac Pinto, cujo Acórdão estatuiu pela legalidade do juízo arbitral e pela legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, não ofensiva à Constituição. A questão jurídica versou sobre ato legislativo que, editado em 1944, incorporou ao patrimônio nacional os bens da Organização Lage e do espólio Henrique Lage. Em face da irrisignação dos herdeiros quanto ao valor apurado como pagamento de indenização, o então Procurador-Geral da República Themístocles Brandão Cavalcanti acatou proposta para instituição de juízo arbitral para fixação do valor a ser pago. Autorizada a arbitragem pelo Decreto-lei nº 4.648, de 26.7.46, a decisão unânime dos três árbitros veio a lume em 21.1.48. A mudança de governo ensejou, todavia, suspeição à medida por parte do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Procurador-Geral da República, acarretando o descumprimento da decisão pela União. Em 1955 os interessados ajuizaram contra o Poder Público Federal com vistas ao cumprimento da decisão arbitral.

Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia entendeu-se competente para, mediante portaria, determinar a assunção imediata do objeto do contrato pela NUCLEP. A empresa reagiu ingressando com Mandado de Segurança contra o Ministro para a finalidade de cassar os efeitos da Portaria abusiva, quer por ausência de legitimidade, quer porque vigente contrato com cláusula de compromisso arbitral para solução de litígio. Também neste caso produziu-se decisão unânime com voto que estatuiu precedente de grande relevância para a matéria e que adiante se transcreve em parte:

É dizer que a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.

Assim sendo, com o advento da Lei 9.307/96 permitiu-se a celebração de cláusulas contratuais em sede de contratos administrativos estipulando cláusula compromissória, exigindo-se, como requisito, a presença de direitos disponíveis.

[...]

Todavia, não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”, consoante as lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e do já citado Ministro Eros Grau.

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

*Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da Administração.*²³ (Grifei)

E mais adiante:

²³ Mandado de Segurança nº 11.308 – DF (2005/0212763-0) de 9/4/2008.

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos *patrimoniais disponíveis*, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Claramente esposado, ali, entendimento segundo o qual a Lei de Arbitragem traz no seu art. 1º autorização suficiente para que a Administração efetue, em contratos administrativos, compromisso arbitral quanto a direitos disponíveis. Mas embora o argumento se desenvolva, quase todo, acerca de contratos da Administração, há obscuridade quanto a se o conceito de Administração incluiria a administração direta ou tão só a administração indireta, ou, ainda mais restritivamente, como na hipótese da questão posta em juízo, apenas empresas de economia mista.

A dúvida se vê reforçada quando se analisa o argumento do voto do Ministro voltado para as sociedades de economia mista, *in verbis*:

Destarte, as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, máxime quando legitimadas para tal as suas congêneres.

Ainda que as sociedades de economia mista estejam inseridas na órbita da Administração Pública Indireta, é bem verdade que suas atividades restam disciplinadas, majoritariamente, pela disciplina negocial das empresas privadas, como por exemplo, a penhorabilidade dos seus bens, aplicando-se-lhes direito público apenas subsidiariamente, naquilo que não for incompatível com o seu regime privado, como aos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Por sua vez, evitar que em um contrato administrativo, firmado entre as partes de natureza comercial estipule-se cláusula arbitral é restringir aonde a lei não o fez.

Portanto, nenhum regime jurídico aplicável à sociedade de economia mista (exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos) será idêntico ao regime jurídico das pessoas de direito público (a Fazenda Pública). (Grifei)

2.5 ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Selma Lemes tece os comentários seguintes sobre a posição do TCU:

Com a vigência da Lei nº 8.987, de 1995, lei geral das concessões de obras e serviços públicos, o Tribunal de Contas da União – TCU, flexibilizou sua postura antagônica referente à arbitragem, pois entendia que havia necessidade de previsão legal específica, bem como que a arbitragem violava “princípios básicos de Direito Público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado...). Assim, passou a admitir a arbitragem para as questões de direitos disponíveis, desde que as matérias submetidas aos árbitros “não ofendam ao princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público.” (TCU, Processo TC n. 006.0986/93-2. Relator Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão n. 188/95, Plenário, DOU de 22.05.95, p. 7.277)²⁴

É fato que o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu inúmeras manifestações²⁵ em que considerou ilegal o compromisso arbitral pela Administração Pública, sob o entendimento de que tal compromisso afrontaria o princípio da supremacia do interesse público e da legalidade. Em 2008, em decisão em âmbito de auditoria relativa a contrato de concessão, fazendo uso dos fundamentos da decisão do STJ de 2008, em que foi relator o Ministro Luiz Fux (comentada no item 2.4. acima), o TCU mantém a mesma posição de cautela da decisão anterior. Abaixo, transcrição parcial do Acórdão que teve relatoria do Ministro Marcos Vileça:

Impende assinalar que, atualmente, a discussão sobre a possibilidade de adoção de juízo arbitral nos contratos de concessão de serviço público assume novos contornos, tendo em vista a inclusão do artigo 23-A ao texto da lei nº 8.987, promovida pela lei nº 11.195, de 2005. Eis o que ele dispõe: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

²⁴ LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

²⁵ Acórdãos do TCU em contrário à opção arbitral pela Administração: nº 584/2003, 537/2006 TCU – 2ª Câmara e Acórdão nº 1099/2006.

Bem verdade que, para alguns administrativistas, como Diogo Figueiredo Moreira Neto, esse novo dispositivo legal não trouxe alterações de fundo sobre a matéria, pois já enxergavam na redação do art. 23, inc. XV, da Lei de Concessões, a autorização legal necessária para adoção da arbitragem nos serviços públicos concedidos.

[...]

A partir da citada alteração legislativa, tenho para mim que a decisão sobre a matéria se transfere da possibilidade ou não de utilização da arbitragem para a delimitação da extensão e do alcance da aplicação desse instituto (e outros mecanismos privados de solução de divergência) nos serviços públicos concedidos.

[...]

Reconheço também que boa parte dos atos praticados pelas agências está circunscrito ao seu poder discricionário técnico. Todavia, o que nos afigura de difícil aferição é ex-ante definir as situações em que nos referidos atos se verifica a existência de direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, a possibilidade de serem submetidos ao juízo arbitral. Certo é que esse árduo esforço cabe à jurisprudência que, caso a caso, pode melhor avaliar e diferenciar tais espécies de direitos.

Acredito que uma vez constatada a existência de direitos patrimoniais disponíveis deve-se conferir eficácia ao citado art. 23-A da Lei nº 8.987/95, de modo a admitir a previsão contratual da arbitragem. Medida esta que procura preservar a segurança jurídica do contrato e afasta o que atualmente vem-se denominando “incerteza jurisdicional”.²⁶

De fato, a decisão do TCU anuncia acautelamento de molde a afastar os termos e o sentido da lei, parecendo indicar haver necessidade de detecção prévia do litígio antes do comprometimento com a arbitragem. Vale dizer, o TCU parece prevenir, em decisão plenária, que, a despeito de autorização legal para tanto²⁷, a Administração deve eximir-se de celebrar contratos de concessão com cláusula de compromisso arbitral.

²⁶ Acórdão TCU 391/2008 - Plenário

²⁷ Art. 23-A da Lei 8.987/95: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada

2.6 ARBITRABILIDADE DE CAUSAS DA ADMINISTRAÇÃO E O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

Selma Lemes - que exerce grande protagonismo na defesa do uso da Arbitragem pela Administração - entende que a arbitragem, embora não seja objeto do Direito Administrativo, já que inserida no campo do Direito Processual Civil e do Direito Civil, respalda-se no princípio constitucional da eficiência administrativa e alinha-se à nova vertente do Direito Administrativo contemporâneo, que se utiliza da Análise Econômica do Direito para análise da repercussão econômico-financeira nos contratos administrativo. Ao ver da autora, “a Administração Pública brasileira direta e indireta não precisa de lei especial para eleger a arbitragem nos contratos administrativos, pois a Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) a ela se aplica”.²⁸

Outro notório defensor da desnecessidade de lei que autorize a opção de arbitragem pela Administração, Carlos Alberto Carmona, fundamenta sua posição na incidência do direito privado nas atuações de natureza *ius gestionis* da Administração, *in verbis*:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório entendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, “tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza.”²⁹

no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

28 LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32.

29 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 45-6. As aspas no texto são creditadas em pé de página a José Carlos Magalhães.

Notável estudioso do tema da arbitrabilidade, Clávio de Melo Valença Filho - também ele um entusiasta do uso da arbitragem pela Administração, mas conferindo enfoque menor ao aspecto patrimonial da lide do que à natureza do direito que a circunda - assim se manifesta, *in verbis*:

Mesmo os que desgraçadamente confundem e contrapõem disponibilidade de direitos patrimoniais à indisponibilidade de interesse público, têm o cuidado de indagar se interesse público envolvido é do tipo primário ou se, ao contrário é mero interesse da Administração. *A indagação é pertinente, já que o princípio da indisponibilidade do interesse público é de alcance restrito às questões primárias.* Os chamados contratos da administração não estariam submetidos a tal exigência.³⁰

Embora claramente entusiástico da utilização do método arbitral pela Administração, o entendimento do citado jurista difere daquele de Selma Lemes e Carlos Alberto Carmona no sentido de empreender divisão de cunho mais formal quanto a contratos administrativos e contratos da administração, sobre os quais prevaleceria o direito público ou o direito privado, respectivamente. Diz o autor que:

Nesse sentido, a Lei 8.666, de 21.06.1993, consagra a distinção entre *contratos administrativos* - relação jurídica vertical entre Estado e particulares submetida ao direito público - e *contratos da administração* - expressão mais ampla utilizada para abarcar tanto os contratos administrativos como as relações contratuais marcadas pela horizontalidade, isto é, onde o Estado apresenta-se, perante o particular, despido do poder de império. As relações horizontais estão excluídas do regime de direito público e, portanto, não incide sobre elas o princípio da indisponibilidade.

[...]

Impossível, então, não concluir pela arbitrabilidade de litígios envolvendo o Estado, desde que versem restritamente sobre interesse público derivado decorrente de relação horizontal.³¹

30 FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 439

31 Ibid., p. 218-9.

E, adiante, explicita melhor o que entende por “interesse público indisponível”:

Também os litígios envolvendo interesse público indisponível são arbitráveis, desde que expressamente autorizados por lei. Isso ocorreu no Caso Henrique Lage, quando, mediante decreto do Presidente da República – que, à época, como hoje, concentrava funções legislativas e executivas –, autorizou-se a conclusão de compromisso arbitral, tendo em vista a apuração das indenizações devidas pelo torpedeamento de navios requisitados em tempos de guerra.³²

O autor parece estar em situação solitária sobre o que entende quanto a “interesse público indisponível”, divergindo de Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Caio Tácito, Eros Grau, o Ministro Luiz Fux e tantos outros que se dedicam ao tema, já que considera que o “Caso Lage” envolveu interesse público indisponível. Ao contrário disso, a causa submetida à apreciação dos árbitros, deixando de versar sobre o mérito do confisco (e sem poder fazê-lo sob pena de avançar sobre atividade primária do Estado e, portanto, esfera de interesse público indisponível), examinou, tão apenas do que era de natureza patrimonial disponível – o quantum da indenização, como aliás foi o teor do voto vencedor do Ministro Bilac Pinto.

Embora divergindo da possibilidade jurídica de que causa que envolva interesse público possa ser objeto de arbitragem, pois que isso infringiria a ordem pública, parece assistir razão ao autor quando sugere que os conteúdos de arbitrabilidade de contratos administrativos, ou de objetos relativos à atuação primária do Estado, concernentes ao seu poder *ius imperii*, careceriam de autorização legal para formalização do compromisso arbitral.

Ao mesmo tempo em que há razoabilidade jurídica no entendimento segundo o qual a Lei de Arbitragem contém autorização para que a Administração celebre compromisso arbitral *nas causas em que atua em situação igualitária com o particular, ou seja, em atividade de índole secundária quanto às finalidades da Administração*, o mesmo não ocorre em sede de contrato administrativo típico, que versa sobre serviço público próprio da Administração. Neste caso, por força dos princípios de legalidade dos atos administrativos e de isonomia, afigura-se juridicamente problemática a situação de divisão do conteúdo do contrato, em que parte dele restaria sombreado pelo direito administrativo – fora do

³² FILHO, op. cit., p. 220.

alcance da Lei, portanto – enquanto o restante dele, acenando índole privatística, poderia assegurar-se da autorização genérica do art. 1º da Lei de Arbitragem como fundamento de legalidade.

No âmbito, ainda, da análise quanto à legalidade da opção arbitral pela Administração, a Lei nº 8.666, de 1993, vem desafiando magistrados e doutrinadores quanto à interpretação a ser dada aos seus arts. 32, § 6º e 55, § 2º, que tratam de previsão de foro para solução de litígio. O Prof. Carlos Alberto Carmona oferece a seguinte contribuição ao debate:

Outra questão importante diz respeito ao correto entendimento do que vem disposto no art. 55, §2º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), eis que o dispositivo legal, que trata das cláusulas obrigatórias em todos os contratos administrativos que rege (obras, serviços – inclusive publicidade – compras, alienações e locações no âmbito com dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios), impõe que “nos contratos celebrados pela Administração pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual”, o que transmite a muitos a sensação de que, no âmbito dos contratos administrativos estaria banida a arbitragem (exceção feita às licitações internacionais de que trata o §6º do art. 32 da referida Lei). É preciso notar, antes de mais nada, que a Lei de Licitações, não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através de transação; *o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica*. Explico: o vocábulo foro, na técnica processual, significa território, indicando, portanto, um local (Município ou pluralidade de Municípios sujeitos à competência de um ou vários juízes, ou ainda, como ocorre na Justiça Federal, o espaço geográfico que forma uma sessão judiciária) onde o juiz exerce a jurisdição. [...] Nada disso é incompatível com a arbitragem: elegendo as partes foro no contrato (e nos contratos administrativos submetidos à Lei de Licitações é obrigatória a eleição do foro da sede da Administração), estarão apenas determinando que o eventual concurso do juiz togado para realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência, (atos que impliquem a utilização de coerção, execução de sentença

arbitral, execução de medidas cautelares) sejam realizados, em princípio, na comarca escolhida. E digo em princípio porque, na hipótese de medida de urgência, será perfeitamente possível recorrer ao juiz do local em que o ato deve ser praticado, superando-se a escolha das partes em prol da efetividade do processo.³³ (Grifei)

Na mesma linha, ouçamos Clávio Valença Filho:

Outro óbice comumente invocado à validade da convenção de arbitragem decorre da prescrição contida no art. 55, § 2º, da Lei 8.666, cujo conteúdo atribui competência ao foro da sede da Administração. Decerto que a imposição de foro legal exclusivo, como um cláusula de eleição de foro, pode provocar disfunções no funcionamento da convenção de arbitragem. Não significa, porém, que seja inválida ou que se contraponha ao foro legal. Ocorre que conflitos entre juízes e árbitros são travados no plano pré-processual da jurisdição, não no da competência. Assim, onde houver direitos patrimoniais disponíveis, tem jurisdição o árbitro; onde não houver, tem jurisdição o juiz estatal. [...] Do exposto, onde houver patrimônio público disponível, é válida a convenção de arbitragem e não incidem as regras atribuidoras de competência exclusiva, em matéria de contratos administrativos, como em outras matérias. [...] Ora, arbitragem não tem foro, pelo menos não no sentido técnico que o direito processual civil empresta à palavra. A arbitragem tem sede, e esta não pode ser ditada por regras de processo civil judicial, destinadas, por óbvio, aos juízes estatais, não aos árbitros.³⁴

Nesse particular, é de se dar razão aos autores quanto ao entendimento de que a opção pela arbitragem não é de molde a agredir, e sequer afastar por inteiro – vez que a jurisdição arbitral é sempre restrita – a previsão do foro da Administração para efeito da jurisdição estatal.

Trata-se de matéria complexa, que conta com decisões do poder judiciário que, sob fundamento diferente, validou a opção arbitral. No caso, o entendimento é de que as normas da Lei nº 8.666, de 1993, não alcançariam as questões da Administração na órbita do direito privado, merecendo que aqui se comente o famoso precedente da então

33 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009. p. 47-48.

34 FILHO, op. cit., p. 439-40

Desembargadora Ministra Nancy Andrigli, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, com ementa nos termos seguinte:

[...] III – Pelo art. 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do Juízo arbitral para dirimir questões contratuais.³⁵

3. ARBITRAGEM NOS EUA

3.1 CULTURA ARBITRAL NOS EUA

À parte as profundas diferenças entre a cultura judicial brasileira e aquela dos EUA, tributárias que são de linhagens jurídicas diversas, o reconhecido pragmatismo estadunidense leva o país a resolver a grande maioria de suas disputas por meio de acordo entre as partes. Estima-se que mais de 90 por cento³⁶ das disputas cíveis são resolvidas dessa forma, formalizadas que são em algum momento anterior ou durante o procedimento judicial.

O mecanismo arbitral foi largamente utilizado no período colonial dos Estados Unidos, por influência britânica. Gary Born, um dos mais influentes pensadores sobre arbitragem internacional, comenta que o método arbitral era largamente utilizado, nos EUA, inclusive para solucionar litígios de natureza não-comercial, conhecendo sua maior propagação e apreço durante o século XIX. Depois, em face da hostilidade que os poderes legislativo e judiciário passaram a demonstrar ao instituto durante o séc. XIX, grande esforço da comunidade empresarial fez surgir, já em 1925, do *Federal Arbitration Act* e, com ele, a proteção legal necessária ao cumprimento dos compromissos arbitrais e execução dos laudos deles decorrentes.³⁷

Juntamente com o instituto da *mediação*, a Arbitragem impôs-se à pragmática sociedade dos EUA como meio eficiente, rápido e – quase sempre – de menor custo do que os serviços judiciários estatais. De fato, por sua complexidade, e porque a sétima emenda da Constituição dos EUA garante o direito a julgamento por júri na maioria dos casos

35 MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, 1999, menção extraída de Acórdão do STJ- MS nº 11.308 – DF (2005/0212763-0)

36 FINE, Toni M.. *Introdução ao Sistema Jurídico Norte-Americano*. São Paulo. AMF Martins Fontes. 2011, p. 87.

37 Ver BORN, Gary B., opus cit. p. 34 e segs.

cíveis federais – sendo que previsão semelhante consta também das constituições estaduais –, o método arbitral é o meio preferencial nos EUA para resolução de conflitos do mundo dos negócios.

O fundamento para uso do método arbitral encontra-se solidamente estabelecido na mencionada lei federal de 1925, o FAA, e reforçado por decisões reiteradas da Corte Suprema do País. Os 50 estados norte-americanos editaram leis próprias sobre a matéria, mas tais leis assumem caráter residual à disciplina constante da FAA, por caber ao Poder Público Federal legislar sobre comércio interestadual.³⁸

Visto que a Constituição reserva aos estados federados o poder de legislar sobre comércio dentro de seu território, tal competência acarreta indagações jurídicas quanto à possibilidade da regulamentação interna sobrepor-se à disciplina do FAA em relações de negócio que não envolvam outros estados. Em razão disso, algumas legislações estaduais e decisões de tribunais locais foram trazidas ao exame da Suprema Corte do País, que, de forma consistente e reiterada, pronunciou-se sobre a prevalência do regramento da FAA sobre qualquer legislação estadual que diminua o escopo da arbitrabilidade dos litígios. A legislação estadual, por conseguinte, visa, de regra, a tão apenas complementar a FAA no que ela é silente, sempre respeitados os seus termos.

Em 1926, foi fundada nos EUA a American Arbitration Association (AAA), instituição sem finalidade de lucro que edita regras e provê os serviços necessários à realização de mediações e arbitragem de âmbitos nacional e internacional. Também aqui se faz notar a extraordinária influência das regras da UNCITRAL, que serviram de modelo de suas Regras para Arbitragem Internacional (*International Arbitration Rules*). Com sede em Nova Iorque, a AAA mantém atualmente quatro centros para solução de conflito e 84 escritórios espalhados no território dos EUA, sendo que a sua divisão voltada para arbitragem internacional, o International Centre for Dispute Resolution (ICDR), conta com centros internacionais na Irlanda, México e em Singapura, além de Nova Iorque.³⁹

3.2 ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS NOS EUA

O conceito de “arbitrabilidade” no Direito dos EUA é normalmente ligado ao aspecto da extensão do acordo das partes para fins de submissão do contrato à arbitragem. Essa análise da arbitrabilidade

38 O artigo 1, Sessão 8, Cláusula 3, da Constituição dos EUA estabelece a competência do Congresso para “regular comércio com nações estrangeiras e entre Estados e com tribos indígenas.”

39 Informações colhidas no sítio WWW.adr.org

da matéria inserida em compromisso ou cláusula arbitral é de se dar, por conseguinte, por meio da interpretação dos termos estabelecidos no acordo entre as partes, e não tanto na investigação de restrições normativas ao exercício da arbitragem – embora também essas existam, por óbvio.⁴⁰ Para fins da presente análise, contudo, o termo obedecerá tão apenas o conceito como utilizado no Brasil, como indicativo da disponibilidade do direito envolvido.

Nos Estados Unidos, há incentivo legal e institucional para o uso do método arbitral de solução de conflito, havendo programas voltados para o fomento da arbitragem e disposições normativas estaduais para que pequenas causas se resolvam por esse mecanismo.⁴¹

A FAA dispõe regra geral quanto à arbitrabilidade das matérias de cunho comercial, trazendo tão só sujeição às restrições dos fundamentos de ordem pública (*public policy*) aplicáveis a qualquer contrato. Por conseguinte, para que o compromitente de procedimental arbitral possa desobrigar-se dele, terá de demonstrar que a matéria litigiosa encontra-se expressamente excluída em lei federal federal ou que existe conflito entre a finalidade de determinada lei e o procedimento arbitral.⁴²

No tocante a medidas cautelares, embora a FAA não traga provisões sobre a matéria e tampouco tenha sido a Suprema Corte chamada a pronunciar-se a respeito, as cortes dos EUA fazem cumprir as decisões originadas por tribunais arbitrais em procedimentos preparatórios ao exercício de jurisdição.

Como já mencionado acima, relativamente à ausência de competência dos poderes legislativos estaduais para excluir matérias do procedimento arbitral, a Suprema Corte já se pronunciou reiteradamente, tendo havido recente decisão em fevereiro deste ano, no julgamento do caso *Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown*, 565 US ⁴³, quando prolatada decisão no sentido de que ações envolvendo ofensa pessoal ou indenização em razão

40 Por pelo menos duas vezes a Suprema Corte dos EUA definiu o conceito “arbitrabilidade”: no caso *AT & Technologies, Inc v. Communications Workers of America*, a Corte definiu que a análise da arbitrabilidade consistiria no exame quanto à inclusão na cláusula arbitral do litígio originado pelo contrato; e já no caso *First Options of Chicago, Inc v. Kaplan*, de 1995, essa análise caracterizou-se pela investigação quanto à vontade das partes de submeter à arbitragem decisão quanto ao mérito do litígio.

41 Ver ROWLEY QC, J William, *Arbitration World – Jurisdictional Comparisons*. London. The European Lawyer Ltda. 2006, p. 399.

42 Ver ROWLEY QC, J William. Op.cit., p. 399-400.

43 Em 12.2.2012, a Suprema Corte dos EUA rejeitou a decisão da Suprema Corte de Apelação da West Virginia que entendeu, relativamente a três contratos de serviços de enfermagem contra empresas do estado, que, por se tratar de questão de ordem pública, o acordo prévio sobre arbitragem não poderia ser alegado, em causa envolvendo ofensa pessoal ou indenização em razão de morte, contra ações instauradas pelas famílias das vítimas, em causa envolvendo ofensa pessoal ou indenização em razão de morte.

de morte (*personal injury or wrongful death*) não envolve matéria de ordem pública, e, o que é mais importante, de que não há competência estadual para aumentar as hipóteses de lei federal sobre matéria de ordem pública. Na decisão mencionada, disse a Corte que:

A interpretação da FAA feita pela Corte de West Virginia foi tão incorreta quanto inconsistente com as claras instruções dos precedentes desta Corte. A FAA determina que ‘uma provisão escrita [...] .em um contrato evidenciando um negócio comercial cuja controvérsia que dali surja deverá ser decidida por arbitragem [...] .deverá ser válida, irrevogável e executável, exceto se com base em lei ou em equidade possa o contrato ser rescindido.’ 9 U.S.C.§2. (Tradução livre)

3.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM NOS EUA

A grande influência e o prestígio da AAA nos EUA vem possibilitando histórico de sucesso de trabalhos realizados para diferentes níveis e setores do Poder Público no País. Dentre inúmeras outras, são exemplos eloquentes as seguintes atuações⁴⁴:

- 1) por designação do Congresso, a AAA administrou programa para solução de conflitos relativos a negócios jurídicos cancelados como resultado de falência e reestruturação financeira da General Motors e Chrysler. Como resultado, 1.500 disputas foram resolvidas por meio de discussões, mediações ou arbitragens, em aproximadamente sete meses;
- 2) o Departamento de Justiça utilizou os serviços da AAA para solucionar conflito envolvendo disputa relativa a norma antitruste;
- 3) os Centros para Serviços de Medicaid e Medicare⁴⁵ (CMS), da esfera federal, juntamente com representantes dos estados de Connecticut, Massachussets e Nova Iorque desenvolveram

⁴⁴ Informações colhidas no sítio da instituição: www.adr.org/cs/idcplg?idcService=FILE&dDocName=ADRSTG_004329&RevisionSelectionMethod=LatestReleased

⁴⁵ Medicare e Medicaid são os dois programas federais de saúde mais importantes, o primeiro voltado para idosos e pessoas com necessidades especiais, e o segundo direcionado às faixas mais pobres da população (www.medicalnewstoday.com/info/medicare-medicaid/)

e implementaram mecanismo para arbitragem especializada voltada para julgar questões de reembolso de gastos com saúde;

- 4) por determinação legal, a AAA promove arbitragens concernentes a discussões quanto à avaliação do valor de terra em disputas entre cidadãos e o Departamento do Interior dos EUA; e
- 5) o Estado de Louisiana contratou a AAA para realização de programa para mediações e arbitragens de modo a assistir de forma rápida, justa e eficiente as disputas decorrentes do furacão Katrina.

Como visto no item anterior, os EUA ostenta legislação fomentadora da utilização de arbitragem, havendo tão só como restrição, segundo previsão na FAA, o exame da “ordem pública”, em geral indicada pela existência de atuações finalísticas do Estado, ou seja, de cunho fiscalizatório ou repressor, para além de mera mensuração patrimonial.

O aspecto de arbitrabilidade da demanda, por conseguinte, não se presume, de regra, em razão da matéria, já que, como vimos, elas trazem em si componentes de teor de ordem pública e outros de caráter disponível, e portanto, passíveis de solução pela via arbitral. Exemplo disso é a *Tax Court Rule* 124, editada em 1990, que veio permitir que a Administração entre em acordo com o contribuinte para nomear um ou vários árbitros para decidir acerca de questões de fato envolvendo incidência de impostos, decisões que vinculam juridicamente o juiz estatal. O Professor Clávio de M. V. Filho comenta que o mecanismo tem se revelado útil em conflitos que, de natureza complexa, lucra com decisões advindas de especialistas.⁴⁶

O tema da concorrência é também de molde a suscitar polêmica quanto ao seu inegável conteúdo de ordem pública, em que competentes as autoridades administrativas para decisão de conflitos e aplicação de penalidades. Não obstante isso, a matéria pode surgir de maneira incidental no escopo de uma arbitragem de modo a possibilitar o não-cumprimento de contrato que o árbitro julgue nulo em face de lei anti-truste, tal como ocorreu no caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, de 1985, em que a Suprema Corte, reconheceu a validade da decisão do árbitro que aplicou ao caso as normas do direito concorrencial.⁴⁷

⁴⁶ FILHO, op. cit., p. 226.

⁴⁷ FILHO, op. cit., p. 226-7.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura jurídica necessária à difusão do instituto da arbitragem e o seu reconhecimento como prática de solução de litígios ao alcance da Administração parece ser filha, aqui como alhures, das inquietações das necessidades de negócios dessa mesma Administração. Prova disso é o fato de que as concessões públicas abriram-se para o mecanismo desde, pelo menos, o século XIX a fim de atrair investidores estrangeiros que nutriam justificável desconfiança do Judiciário do País. À parte, pois, as concessões e alguns dos contratos internacionais (os financeiros e os de cunho administrativo decorrentes de financiamento concedido por organismo financeiro internacional, a teor do art. 32§ 6º da Lei nº 8.666, de 1993), há grande resistência no meio jurídico à utilização de arbitragem pela Administração Pública.

Ao apresentar as ferramentas normativas brasileiras, originárias de leis e atos internacionais, e o inequívoco entendimento dos tribunais superiores no Brasil quanto à arbitrabilidade de litígios da Administração que versem sobre direitos disponíveis, objetiva-se aqui demonstrar que o que falta ao setor público brasileiro é antes uma mudança de cultura rumo a maior acolhimento da arbitragem, em prol de uma burocracia mais eficiente e célere, compatível, por conseguinte, com o Estado que as atuais circunstâncias históricas exigem.

No caso brasileiro, isso é tanto mais importante quanto tem se mostrado ineficiente o sistema Judiciário do País. A opção pela arbitragem é capaz de oferecer, na maior parte das vezes, soluções cirúrgicas que, ainda que analisadas apenas pela rapidez e aspecto definitivo do resultado, são aptas a minimizar os custos econômico-financeiros da alternativa institucional, contumaz perpetuadora de litígios pela imobilidade de que padece. Mais do que isso, todavia, a arbitragem vem se afirmando como o único meio jurisdicional capaz de oferecer especialistas em qualquer matéria controversa, de forma a assegurar aporte técnico na apreciação de matéria cuja complexidade nem sempre está ao alcance de um juiz a quem falte familiaridade com o tema, a despeito de toda a qualificação que possa deter quanto aos princípios gerais de Direito.

Na apreciação do jurista Clávio Valença Filho, temos que:

[...] o debate em torno do conflito entre juízes e árbitros se localiza no plano pré-processual da jurisdição, não no da competência. Decorrem, daí, premissas menores e conclusões que dizem respeito à validade e à eficácia da convenção de arbitragem inserida em contratos

administrativos, temas que analisaremos à luz da jurisprudência estatal produzida nestes dez anos da Lei de Arbitragem. Ambas são frequentemente negadas. Único fundamento: certo preconceito ainda nutrido por parte de alguns órgãos estatais. Vêem, no árbitro, um concorrente. Trata-se de um Judiciário reticente, cuja importância diminui a cada dia, graças à popularização das categorias jurídicas ligadas à arbitragem, o que, aliás, era de se esperar aos dez anos da Lei de Arbitragem [...]. Se fortalece, por outro lado, um Judiciário entusiasta, normalmente representado pelas instâncias superiores, cujas decisões são capazes de vislumbrar, no árbitro, um parceiro na distribuição da tutela jurisdicional.⁴⁸

Ora, embora o uso da arbitragem esteja presente na história do Brasil desde o princípio, foi vista sempre como medida de exceção à regra da jurisdição estatal. A mudança de cultura na Administração Pública brasileira está, pois, a depender de uma maior harmonização de conceitos e interpretações legais, especialmente nas diversas instâncias judiciais e nos tribunais e órgãos de fiscalização, de modo a assegurar a necessária segurança jurídica para sua disseminação no seio da Administração Pública. A despeito de todas as diferenças de cultura de sistema jurídico, os Estados Unidos da América têm a oferecer ao Brasil modelo aplausível de eficiência no uso do mecanismo arbitral pela Administração Pública, modelo que vem influenciando positivamente grande parte da doutrina nacional, atenta à necessidade de aprimoramento da burocracia nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues; VIGGIANO, Letícia M.F. do Amaral. *A Lei de Arbitragem nos Tribunais*. São Paulo: LEX S.A., 2008.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Netherland: Wolters Kluwer – Law and Business, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas S.A. 2009.

48 FILHO, op. cit., p. 436-7.

FILHO, Clávio de Melo Valença. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002.

FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema Jurídico Norte-Americano*. São Paulo: AMF Martins Fontes. 2011.

LEMES, Selma Ferreira. *A Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

ROWLEY, William. *Arbitration World – Jurisdictional Comparisons*. London: The European Lawyer Ltda. 2006

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: LTR, 1998.

WALD, Arnold; LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem Comercial Internacional – A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NA TEORIA DO PRECEDENTE VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*THE INFLUENCE OF COMMON LAW IN THE THEORY OF BINDING
PRECEDENT IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes
Procuradora Federal. Especialista em Direito Público
Mestranda em Direito Tributário

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 Surgimento da *common law*; 3 Surgimento da civil law ou sistema romano-germânico; 4 Características da *common law* em comparação com a *civil law*; 5 Força vinculante dos precedentes judiciais; 5.1 A doutrina do *stare decisis*; 5.2 A norma jurídica geral e a individualizada construídas pelo Judiciário; 5.3 A eficácia do precedente judicial; 5.4 Da possibilidade de não aplicação e de revisão do precedente judicial: do “*distinguishing*” e do “*overruling*”; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro é filiado à família jurídica romano-germânica ou da *civil law*, que historicamente considera a lei como fonte principal do direito, ao mesmo tempo em que confere liberdade aos magistrados para julgar de acordo com o seu livre convencimento. Por outro lado, é da essência dos países da *common law* considerar o direito principalmente como jurisprudencial, visto que se atribui aos precedentes judiciais a função de dizer o direito com força vinculante. Apesar das diferenças estruturais entre as duas famílias jurídicas, o presente artigo buscará demonstrar a influência recíproca que elas sofrem nos dias atuais, com ênfase na importância da doutrina do *stare decisis* para o ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Common Law. Civil Law. Teoria dos Precedentes. Força Vinculante. Decisão Judicial.

ABSTRACT: The Brazilian legal system is affiliated with the Roman-Germanic legal family or Civil Law, which historically considers the statutory law as the primary source of law, although it also gives the judges some freedom to decide by his own convictions. On the other hand, the essence of the Common Law system is to use jurisprudence as its primary source of law, with binding or persuasive force of precedents. Despite the structural differences between Common Law and Civil Law, this article demonstrates the reciprocal influence that each legal system presents in the other, emphasizing the importance of the doctrine of *stare decisis* for the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Common Law. Civil Law. Theory of Precedents. Binding Precedent. Court Decision.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notória e crescente a força que as decisões judiciais dos tribunais superiores vêm adquirindo perante a sociedade brasileira, culminando com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que prevê a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, além da inclusão do artigo 543-C do Código de Processo Civil, que tratou do recurso especial repetitivo.

Essa tendência de conferir efeitos vinculantes aos precedentes judiciais pode ser creditada à maior aproximação do ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à *civil law*, à família jurídica da *common law*, que considera a jurisprudência como base do direito.

Nesse sentido, para uma melhor compreensão a respeito do tema, mostra-se oportuno uma digressão a respeito das duas principais famílias jurídicas, no intuito de identificar a influência do direito comparado no sistema brasileiro, em especial de institutos historicamente consagrados pela *common law*, tal como a doutrina do *stare decisis*.

2 SURGIMENTO DA COMMON LAW

Com o objetivo de entender a teoria dos precedentes judiciais, faz-se necessário estudar o surgimento e desenvolvimento da *common law*, que historicamente atribui força vinculante a determinadas decisões judiciais. Nesse sentido, o presente estudo passará a, em breves linhas, analisar as origens históricas e o processo de formação daquela família jurídica.

A *common law* possui as suas raízes no direito inglês, cuja principal característica é o seu caráter histórico e tradicional, ou seja, o direito se desenvolve como produto de uma longa evolução, que, de regra, não é interrompida por revoluções. Entretanto, apesar dessa característica, pode-se identificar quatro períodos históricos na formação da *common law* inglesa¹: a) anglo-saxônico; b) formação da *common law*; c) rivalidade com a *equity*; e d) moderno.

O período anglo-saxônico se refere à época anterior a 1066, ano no qual a Inglaterra foi conquistada pelos normandos. Nessa ocasião, o direito era pouco conhecido e de abrangência apenas local, não existindo direito comum para todo o território. É justamente a partir da conquista normanda que a Inglaterra passa a ter um poder centralizado e forte, o que propicia a formação de um direito comum a todo país, cabendo aos Tribunais Reais de Justiça essa tarefa centralizadora. Esses tribunais, contudo, atuavam apenas em determinadas matérias, quais sejam,

1 DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 355-356.

finanças reais, propriedade imobiliária e graves questões criminais que se relacionassem com a paz no reino. Ademais, o acesso a esses tribunais era tido como um privilégio, e não um direito dos particulares².

Com o passar do tempo, contudo, a população pressiona para o alargamento das competências dos Tribunais Reais, o que passa a paulatinamente acontecer. Foram esses tribunais os responsáveis por elaborar o novo direito, a *common law* ou *comune ley*, que retira seus elementos de diversos costumes locais da Inglaterra. Durante esse período, a preocupação inicial dos juristas era com o processo, o que marca o direito inglês como formalista e voltado essencialmente para a prática³.

O terceiro período histórico da *common law* abrange os anos de 1485 a 1832 e é caracterizado pelo surgimento de um sistema rival, a *equity*. Por conta de seu excesso de formalismo, a *common law*, passou por um período de crise, não conseguindo satisfazer às necessidades da população. Esse contexto propiciou o surgimento de um sistema baseado na equidade, em que o julgamento era realizado pelo Chanceler. Após a ocorrência de conflitos entre os dois sistemas, em que a *common law* chegou a ficar ameaçada de cair em desuso, estabeleceu-se uma estrutura dualista, existente até os dias atuais, em que soluções de equidade complementam e aperfeiçoam as regras da *common law*⁴.

Por fim, o período moderno é marcado por uma maior ênfase ao direito substantivo, com um agrupamento das soluções da *common law*. Em termos de organização judiciária, há a supressão da distinção formal dos tribunais da *common law* e do Tribunal da *equity* da Chancelaria, o que atribui competência para que todas as jurisdições inglesas apliquem da mesma forma tanto o direito da *common law* quanto a *equity*. Merece registro ainda o movimento da aproximação entre o direito inglês e o do continente europeu, sobretudo em razão das novas demandas entre a Administração e os cidadãos, geradas pelo Estado de bem-estar social⁵.

Já com relação aos Estados Unidos, cujas treze colônias pertenciam à Inglaterra, a regra era a de que, a princípio, a *common law* inglesa deveria ser aplicável, pois os súditos ingleses deveriam levar a *common law* com eles, quando fossem se estabelecer em localidades não civilizadas. Contudo, eram admitidas algumas nuances a fim de que fosse possível adaptar o sistema às condições de vida dos colonos. Durante o século XVII, entretanto, o direito inglês era inapropriado para a realidade dos colonos. Assim, na prática,

2 DAVID, op. cit., p. 356-361.

3 Ibid., p. 361-370.

4 Ibid., p. 370-377.

5 Ibid., p. 377-379

aplicava-se um direito bastante primitivo, em algumas localidades baseado na Bíblia, no intuito de diminuir o poder arbitrário dos magistrados. E foi justamente com esse objetivo que se buscou a codificação de certos regramentos, o que já indicou – desde a origem – uma divergência de princípios entre o direito norte-americano e o inglês⁶.

O maior desenvolvimento das colônias durante o século XVIII criou um movimento de aproximação do sistema norte-americano com a *common law*. Entretanto, com a independência americana e a consequente formação dos Estados Unidos da América, surge um sentimento de autonomia do direito americano, ao mesmo tempo em se difundia a ideia da codificação, com vários Estados prevendo, em suas Constituições, a posterior edição de um código. Essa disputa entre a filiação norte-americana à família jurídica da *common law* ou à romano-germânica iria perdurar até meados do século XIX, quando se pode falar no triunfo, com peculiaridades, da *common law*, exceto no território de New Orleans, atualmente Estado da Louisiana⁷.

Esclareça-se que apesar de ter sua origem na *common law* inglesa, a adoção por parte dos Estados Unidos do direito inglês só foi admitida até a independência norte-americana. Assim, a partir de 1776, a *common law* inglesa e a norte-americana se desenvolveram de forma independente, apesar de continuarem a se influenciar reciprocamente⁸.

Nesse sentido, apesar de possuírem características comuns e se filiarem a mesma família jurídica, “o direito dos Estados Unidos não pode ser o direito inglês; está dele separado por toda a distância que separa a vida e a civilização americanas da vida e da civilização inglesas.”⁹.

3 SURGIMENTO DA CIVIL LAW OU SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

No intuito de melhor compreender as diferenças estruturais das duas principais famílias jurídicas, quais sejam, a *common law* e a *civil law*, faz-se interessante analisar, nesse momento, o surgimento e a consolidação da família romano-germânica.

Inicialmente, cabe registrar que até o século XII, o direito europeu se apresentava como consuetudinário. É certo que o Império Romano desenvolveu um sistema jurídico sem precedentes, mas com a

6 DAVID, op. cit., p. 449-451.

7 Ibid., p. 451.454.

8 Ibid., p. 456.

9 Ibid., p. 455.

derrocada do referido império no século V, o direito por ele construído seguiu a mesma sorte. A partir de então, pode-se identificar algumas leis tribais, mas tais normas não eram sistematizadas e regulavam apenas setores restritos da sociedade. Apenas nos séculos XII e XIII que se pode falar na criação da família de direito romano-germânica, momento no qual a Europa ocidental passa a enxergar a autonomia do direito. Este, teria uma função própria, qual seja, propiciar a ordem e o progresso da sociedade civil, sendo cognoscível por meio da razão, ao mesmo tempo em que sobrevém o repúdio do apelo ao sobrenatural¹⁰.

De início, pois, já se percebe uma distinção fundamental entre o direito romano-germânico com o direito da *common law*, pois enquanto este se desenvolveu em razão do progresso do poder real, fortemente centralizado, aquele surgiu independentemente de objetivos políticos, fundando-se sobre uma comunidade cultural.

Nesse sentido, o direito romano-germânico se difundiu sobretudo por meio das universidades. Saliente-se que o direito ensinado nas universidades é aquele ligado à moral, tendo como função indicar como se deve estabelecer de acordo com os ideais de justiça. Trata-se, assim, de um direito dirigido ao que se deve fazer e não ao que acontece na prática. Não se cuidava, portanto, de ensinar o direito local, pois este não representava a justiça para as universidades. Admirava-se, contudo, o direito romano, de mais fácil conhecimento por conta das compilações de Justiniano e da difusão do latim, em razão da Igreja. Assim, durante muito tempo a base do ensino nas universidades foi o direito romano, sem ignorar o direito canônico. Apenas no século XX, com a difusão das codificações nacionais, as universidades voltaram à atenção para o ensino do direito nacional¹¹.

Nesse ponto, cabe esclarecer que o estudo do ordenamento jurídico romano teve um papel essencial para aceitação do direito como instrumento que visa assegurar a ordem e o progresso da sociedade, ao mesmo tempo em que fez com que ressurgisse a concepção do direito como fundamento da ordem civil. Ademais, como consequência do referido estudo, passou-se a utilizar as classificações, institutos e conceitos do ordenamento jurídico romano, podendo citar como exemplos a divisão do direito em público e privado e a classificação dos direitos entre reais e pessoais¹².

¹⁰ DAVID, op. cit., p. 37-41.

¹¹ Ibid., p. 41-44.

¹² Ibid., p. 52-53.

Durante esse período, as ordenanças tiveram papel importante, sobretudo no âmbito do direito público, para organizar e facilitar a administração da justiça. Cabe esclarecer, contudo, que nesse momento a legislação possuía uma função mais administrava e menos jurídica, uma vez que se considerava que o direito existia independentemente dos comandos da autoridade¹³.

A esse respeito, deve-se atribuir à escola do direito natural a vantagem da codificação. Esta, teria a função de transformar em direito positivo aquilo que era ensinado pelas universidades, completado e adaptado pelo direito natural. Destarte, passa-se a aceitar que o soberano possui competência para dizer o direito e reformá-lo. A codificação, portanto, teria a função de demonstrar de uma forma sistematizada o direito que condiz com a realidade social e, portanto, que deve ser aplicado pelos tribunais¹⁴.

A codificação e o posterior movimento legislativo revelaram um aspecto negativo desse processo: um movimento de positivismo e nacionalismo jurídicos, em que os países se voltaram para construção do direito internamente, ignorando o fato de que pertenciam a mesma família jurídica romano-germânica. Essa atitude, contudo, veio a se modificar com o advento do século XX e o consequente envelhecimento das codificações, oportunidade na qual se passou a aceitar a interferência da doutrina e da jurisprudência na formação e evolução do direito, ao mesmo tempo em que se mostrou imprescindível para compreensão do direito o estudo de outros sistemas jurídicos e a harmonização entre eles¹⁵.

Por fim, cabe esclarecer que o estabelecimento do direito em códigos facilitou a expansão da família romano-germânica quando da colonização da Europa nos diversos países, que, de um modo geral, aceitaram e adaptaram o referido sistema à realidade local¹⁶.

4 CARACTERÍSTICAS DA COMMON LAW EM COMPARAÇÃO COM A CIVIL LAW

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro se espelhou no sistema romano-germânico ou *civil law*. Esse modelo, pelas razões históricas anteriormente expostas, confere grande importância aos

13 DAVID, op. cit., p. 62-63.

14 Ibid., p. 65-66.

15 Ibid., p. 68-70.

16 Ibid., p. 77.

atos normativos editados pelo Poder Legislativo, razão pela qual o magistrado, ao analisar o caso concreto, baseia primordialmente a sua decisão no direito escrito, codificado, levando em consideração os precedentes judiciais apenas de forma supletiva. Por seu turno, é da tradição da *common law* conferir grande importância às decisões judiciais, sendo a fonte primária do ordenamento jurídico o direito consuetudinário criado pelos tribunais.

Como se percebe, a distinção usual a ser feita entre os dois sistemas é a de que o julgamento na *common law* tende a ser centrado no caso e, portanto, cabe ao magistrado examinar minuciosamente os julgamentos prévios para deles extrair os princípios gerais a serem aplicados ao caso concreto submetido à análise. Por outro lado, o sistema da *civil law* tende a seguir um corpo codificado de princípios gerais abstratos.

Isso não quer dizer, contudo, que os juízes da *civil law* simplesmente ignoram os julgamentos realizados anteriormente pelas Cortes superiores, mas apenas que a principal fonte de aplicação dos magistrados é o direito codificado. Assim, ao decidir, o julgador busca a solução primeiro no ordenamento jurídico posto, para só então analisar se existem decisões judiciais sobre o tema.

No caso brasileiro, é certo que o sistema jurídico, apesar de historicamente se fundar na *civil law*, sempre conferiu certa importância aos precedentes judiciais. Nesse sentido, pode-se afirmar que, desde a inauguração da República, o ordenamento jurídico brasileiro aceitou institutos típicos da *common law*, tais quais o controle judicial difuso da constitucionalidade, o *judicial review*, e o controle dos atos da administração pelo Poder Judiciário, o *judicial control*¹⁷.

Entretanto, essa tendência de aproximação entre os dois sistemas se mostrou mais acentuada nos dias atuais, podendo-se creditar esse fenômeno tanto à globalização quanto à necessidade de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade aos atos jurisdicionais.

Cumpra, outrossim, registrar que, hodiernamente, em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações – observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “*commonlawlização*” no

17 DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudências, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 76.

comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “*commonlawlização*” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestigiamento da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz¹⁸.

Atualmente, portanto, pode-se afirmar que, apesar de subsistirem diferenças marcantes entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, ambos sofrem influências recíprocas. Basta citar como exemplo, de um lado, o fato de a Inglaterra ter adotado um Código de Processo Civil, o *Rules of Civil Procedure* e, de outro, a súmula vinculante adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

5 FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

5.1 A DOCTRINA DO STARE DECISIS

O sistema jurídico da *common law* adota a doutrina do *stare decisis*, forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa “ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso”. De acordo com esse entendimento, a decisão judicial assume grande importância, pois caberá a ela estabelecer um precedente com força vinculante. Essa teoria também é denominada de *doctrine of binding precedent*¹⁹.

Assim, no sistema da *common law*, a decisão judicial tem a função não apenas de resolver a questão passada, que se encontra posta em juízo, mas sobretudo de se tornar um precedente, que terá efeitos vinculantes no futuro. Destarte, a doutrina do *stare decisis* está ligada à idéia de que os casos futuros devem ser decididos da mesma forma que os casos passados²⁰.

18 PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre A Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

19 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 2, p. 348.

20 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul, MN: Thomson West, 2006. p.39.

A respeito do assunto, é interessante transcrever a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Nos EUA é inadmissível que um órgão jurisdicional inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito (*the law of the land*). Como recentemente afirmou o Justice Kennedy ao decidir o caso *Lawrence v. Texas*, “a doutrina do *stare decisis* é essencial para o respeito para com os julgamentos da Corte e para a estabilidade do direito” (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577, 2003 - “*The doctrine of stare decisis is essential to the respect accorded to the judgments of the Court and to the stability of the law*”).

Ressalte-se que o chamado efeito vinculante (*binding effect*), que subordina os demais órgãos do Judiciário e da Administração às decisões da Suprema Corte, não têm fundamento no direito positivo. Trata-se de concretização do princípio do Estado de Direito (*rule of law*), fundamental para a estabilidade do direito²¹.

Com efeito, esse precedente judicial terá como objetivo garantir que, no futuro, um caso semelhante venha a ser decidido da mesma maneira. Merece registro o fato de que esse precedente adquire força vinculante não apenas na própria Corte, isto é, o *stare decisis* horizontal, mas sobretudo nos demais juízos que lhe são hierarquicamente inferiores, ou seja, o *stare decisis* vertical.

Esclareça-se que a doutrina do *stare decisis* foi criada para conferir segurança jurídica aos ordenamentos que seguem a *common law*. Afinal, como nesses países o direito tende a ser bastante fluido, já que não se encontra rigidamente codificado, foram criados mecanismos para, de um lado, avalizar a coerência do sistema e, de outro, garantir estabilidade e isonomia de tratamento entre os cidadãos.

Sobre o assunto, são esclarecedoras as palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

O efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade. Nelson de Sousa Sampaio apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante. Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença

21 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 94.

clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido²².

Diante da força vinculante conferida ao precedente judicial por meio da doutrina do *stare decisis*, cabe indagar qual parte da decisão judicial é que vinculará os outros julgadores. Ademais, cabe perquirir ainda de que maneira pode ser revisto o referido precedente judicial, a fim de se evitar o engessamento do sistema jurídico.

5.2 A NORMA JURÍDICA GERAL E A INDIVIDUALIZADA CONSTRUÍDAS PELO JUDICIÁRIO

Sabe-se que toda decisão judicial possui sempre duas partes, quais sejam, a fundamentação e o dispositivo. Apesar do Código de Processo Civil, em seu art. 458, prescrever três requisitos essenciais para a sentença: o relatório, os fundamentos e o dispositivo, leis esparsas dispensam o relatório em alguns tipos de procedimento, tal como

22 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1008

a sentença proferida nos Juizados Especiais Cíveis (art. 38 da Lei nº. 9.099/1995). Dessa maneira, os elementos que nunca são dispensados de qualquer decisão judicial são a fundamentação e o dispositivo.

Na fundamentação, o magistrado vai decidir as questões incidentes, isto é, aquelas que, apesar de não corresponderem ao objeto central da demanda, precisam ser resolvidas para que a pleito principal seja solucionado com coerência. Assim, serão analisadas na fundamentação as questões de fato e de direito postas sob o crivo do Poder Judiciário. Por sua vez, é no dispositivo que o magistrado resolverá efetivamente a questão principal a ele submetida, isto é, o próprio pedido. Pode-se assim dizer que na fundamentação o magistrado decide “*incidenter tantum*”, enquanto que no dispositivo o julgador resolve “*principaliter tantum*”.

Destarte, o magistrado vai determinar a norma jurídica individualizada do caso concreto no dispositivo. Estabelece-se, então, a norma individualizada, aquela que vai regular uma situação específica. É justamente essa norma individualizada, contida no dispositivo da decisão, que formará a coisa julgada formal e material, tornando imutável e indiscutível a decisão judicial tanto dentro do mesmo processo, quanto de qualquer outra ação, desde que entre as mesmas partes.

De seu turno, o magistrado irá estabelecer qual é a norma jurídica geral do caso concreto na fundamentação. Para tanto, ele terá que interpretar o direito positivo e retirar do ordenamento jurídico a norma jurídica geral aplicável àquela demanda posta para sua análise. Tal norma geral encontra-se, portanto, na legislação em vigor e, como tal, pode ser utilizada em outros casos. Essa norma jurídica geral do caso concreto recebe o nome de “*ratio decidendi*”, ou seja, é a razão da decisão, que corresponde a interpretação do direito feita pelo magistrado, ao analisar uma demanda. O precedente judicial, assim, nada mais é do que a própria “*ratio decidendi*” da decisão²³.

Destarte, o precedente representa uma compreensão pretérita do direito feita pelo Judiciário. É, portanto, uma norma que pode ser aplicada a outros casos, não se confundindo com o dispositivo da decisão judicial. Sobre o assunto, transcrevemos as didáticas lições de Fredie Didier Júnior:

Ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de

23 PORTO, op. cit.

constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade). Nesse sentido, o julgador cria uma norma jurídica (= norma legal conformada à norma Constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação). A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, [...] Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações²⁴.

Observe-se, contudo, que na fundamentação da decisão é comum existirem comentários que o magistrado elabora, mas que não se tratam da “*ratio decidendi*”, porquanto não se está a decidir o caso concreto. Esse comentário realizado pelo julgador recebe a denominação de “*obiter dictum*”, ou seja, aquilo que foi dito de passagem, lateralmente, sem enfrentar a questão diretamente²⁵.

Apesar de não ser “*ratio decidendi*”, a “*obiter dictum*” é importante para uma melhor compreensão do julgamento, além de sinalizar uma orientação do magistrado para julgar casos futuros. É o que se chama de “*signaling*”.

É a partir dessa norma geral que o julgador extrai a norma específica, a qual, como visto, está sujeita à coisa julgada. Essa norma geral, contudo, não faz coisa julgada, conforme expressa disposição contida no inciso I do art. 469 do Código de Processo Civil. Por esse dispositivo, não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

24 DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 269.

25 Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem: “*Judges are expected to give reasons for their decisions. In the process of doing so, they are conscious of the fact that they are not only deciding a case; they are also making law. As a result, they will often seek to elucidate the impact of their decision for future cases. However, not all statement of legal principles by judges deciding a case are part of the holding. Statements that were not necessary to the decision of that case can have no binding authority in a later case, and should be ignored in stating the holding of the case. A statement that is not necessary for decision of the case is called “dictum” or “obiter dictum”*”. BURNHAM, op. cit., p.67.

A partir dessas considerações, cabe então explicar como se forma a jurisprudência.

Pode-se afirmar que a jurisprudência é uma determinada norma geral do caso concreto, que passa a ser reproduzida e, dessa maneira, vários casos semelhantes começam a adotar essa norma geral. A jurisprudência, portanto, nada mais é do que a reiteração de uma norma geral construída pelo judiciário.

É justamente a “*ratio decidendi*” reiterada em diversas decisões que gera a jurisprudência. Ocorrendo esse fenômeno, a “*ratio decidendi*” pode igualmente se transformar em enunciado de súmula.

A súmula, portanto, é elaborada a partir do precedente judicial, isto é, da “*ratio decidendi*”, ou ainda da norma jurídica geral do caso concreto, mas nunca da norma jurídica individualizada. Afinal, esta é bastante específica, e possui a função de decidir aquele caso concreto entre litigantes determinados.

Dessa forma, precedente não se confunde com jurisprudência; aquele é uma decisão, esta é a aplicação reiterada de um precedente. Por sua vez, a súmula é o texto de um precedente reiteradamente aplicado.

5.3 A EFICÁCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Enquanto a norma jurídica individualizada é protegida sob o manto da coisa julgada, o que impede a sua rediscussão, após o término no processo, desde que entre as partes litigantes, pode-se afirmar que a “*ratio decidendi*” possui um efeito ainda maior, qual seja, o efeito do precedente judicial, o qual pode ser utilizado indistintamente por qualquer pessoa. O precedente, portanto, possui eficácia *erga omnes*, tendo em vista que se trata de uma norma geral.

É possível identificar no precedente judicial três eficácias: a) a persuasiva; b) a bloqueadora ou impeditiva, e; c) a vinculante. A eficácia persuasiva é a forma tradicionalmente utilizada do precedente, ou seja, o emprego do precedente judicial como método de persuasão do magistrado. Por sua vez, o efeito bloqueador ou impeditivo ocorre nas hipóteses em que os precedentes impedem recursos contra as decisões que nele se fundamentem. Por fim, conforme sugere o nome, o efeito vinculante do precedente ocorre nas hipóteses em que ele deve ser obrigatoriamente seguido. Difere do efeito bloqueador porque neste o magistrado pode julgar de acordo com o seu livre convencimento, mas, uma vez decidindo de acordo com o precedente, o recurso contra essa decisão não será recebido.

No ordenamento jurídico brasileiro há pelo menos três exemplos de precedente vinculante: a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, com previsão no art. 103-A da Constituição Federal, a súmula dos tribunais, a qual vincula os julgadores dos próprios tribunais e o Recurso Especial Repetitivo, regulado pelo 543-C do Código de Processo Civil.

De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive daquelas que estão em andamento²⁶.

Atualmente ainda se discute a respeito do precedente com eficácia vinculante oriundo do pleno do Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, o que vincularia seria o próprio precedente da composição plenária daquele tribunal, mesmo que não sumulado. Trata-se da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões do STF, pela qual os precedentes judiciais, isto é, as normas gerais extraídas do caso concreto, desde que advindos do pleno da Corte Suprema, possuiriam eficácia vinculante.

Nesse ponto, cabe enfatizar que o próprio Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes nos autos da Reclamação 1.987/DF, quando restou reconhecida a aplicação da referida teoria, conforme se observa da emenda do julgado:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/ PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

26 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 237.

1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.

2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.

4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. *A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.*

5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (Min. Maurício Correa. DJ 21/05/2004) (realce atual)

Na citada decisão, restou asseverado que o alcance do efeito vinculante das decisões proferidas pela Corte Maior não ficaria restrita a sua parte dispositiva, abrangendo também os fundamentos relevantes do julgado. Argumentou-se, nesse sentido, que a limitação

do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão acabaria por tornar desnecessário esse instituto, tendo em vista que em nada acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei ou eficácia *erga omnes*.

5.4 DA POSSIBILIDADE DE NÃO APLICAÇÃO E DE REVISÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Após compreender o sentido e o alcance do precedente vinculante, cabe rechaçar a crítica comumente aceita no sentido da possível perda de liberdade do magistrado, o qual supostamente estaria restrito à aplicação, de forma mecânica, de julgados anteriores.

De início, esclareça-se que, como o precedente advém de um caso concreto, não há como entender o seu real sentido sem conhecer o caso original, de modo que ele só poderá ser aplicado em caso semelhante. Assim, apenas se o magistrado considerar que o caso dos autos se subsume à hipótese de incidência prevista no precedente vinculante, terá que aplicar o referido precedente.

Sempre é cabível, portanto, ao magistrado demonstrar que o caso a ele submetido destoa do caso do precedente e, portanto, afastar a sua incidência. Com base nesse mesmo argumento, o julgador igualmente pode afastar a incidência da súmula vinculante, desde que explique de forma motivada que os elementos fáticos da demanda que ele está a analisar é diferente daquela que fora decidida pelo Supremo Tribunal Federal quando da elaboração do enunciado.

Nessa hipótese, quando o juiz realiza a interpretação do precedente para verificar se ele se aplica ao caso, a isso se denomina “*distinguishing*”²⁷, isto é, a distinção entre o caso e o precedente. Portanto, os precedentes devem ser interpretados por um método de comparação entre caso concreto e o que gerou o precedente, o “*distinguishing*”, a fim de verificar se há semelhanças que viabilizam a sua aplicação. De acordo com Fredie Didier “pode-se utilizar o termo ‘*distinguishing*’ tanto para utilizar o método de comparação entre o caso concreto e o precedente, como para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença”²⁸.

De seu turno, para que não ocorresse um engessamento do sistema jurídico, fez-se necessário a criação de mecanismos que permitissem uma eventual rediscussão do precedente. Trata-se do “*overruling*”, que

27 BURNHAM, op. cit., p. 69.

28 DIDIER, op. cit., p. 353.

significa a superação do precedente²⁹. Dessa forma, percebe-se que os precedentes não são eternos e podem ser revistos, o que permite uma oxigenação no sistema jurídico.

É certo, contudo, que não se deve permitir que o precedente seja revisto a todo momento, caso contrário se inverte a ordem do sistema, fazendo com que perca força a doutrina do *stare decisis*. É necessário, portanto, uma forte carga argumentativa por parte daquele que pretende ver o precedente superado.

Nesse contexto, enquanto a coisa julgada pode ser revista por intermédio da ação rescisória, o precedente pode vir a ser superado pela técnica de “*overruling*”. Este, por sua vez, pode ocorrer de duas maneiras, a depender da situação do precedente, se estiver estabilizado ou não.

Na hipótese de o precedente já se encontrar estabilizado, a sua eventual superação só pode trazer conseqüências para o futuro. Nesse sentido, o tribunal que ultrapassar o seu precedente só poderá fazê-lo dali para frente, isto é, com efeitos *ex nunc*, tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Trata-se do “*prospective overruling*”.

Entretanto, há a excepcional possibilidade de superação do precedente com a revisão do que já foi feito. Vale dizer, de forma extraordinária, é possível a revisão do precedente com efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, mas tal hipótese só se justifica se o precedente tiver vida curta. É o caso do “*overruling*” retrospectivo.

O precedente pode ser superado ainda de forma expressa, na hipótese em que o tribunal resolve adotar expressamente nova interpretação, é o caso do *express overruling*. Nessa linha, o art. 103-A da Constituição Federal prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, em decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos seus membros, rever enunciado de súmula vinculante na forma estabelecida em lei. Em casos raros, pode ainda ocorrer o *implied overruling*, situação em que a Corte adota posição diversa, substituindo suas posições anteriores, sem mencionar claramente a superação³⁰.

Por fim, pode ocorrer a hipótese de o magistrado concluir que a situação submetida a seu julgamento não possui qualquer precedente a respeito, devendo ser enfrentada pela primeira vez. Quando isso ocorre, afirma-se que o julgador está diante de um *hard case*. Por sua vez, o primeiro precedente gerado receberá o nome de *leading case*.

29 PORTO, op. cit.

30 DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit, p. 354.

6 CONCLUSÃO

Conforme se observou no presente estudo, as famílias jurídicas da *common law* e da *civil law* historicamente se desenvolveram de maneiras absolutamente distantes e fundadas em premissas diferentes. Vale dizer, enquanto o direito consagrado pela *common law* possui caráter histórico e tradicional, tendo servido, em suas origens, como instrumento de manutenção do poder real, a *civil law* se desenvolveu independentemente de objetivos políticos, tendo encontrado campo fértil sobretudo no âmbito das universidades europeias.

Destarte, partindo de estruturas distintas, as famílias jurídicas ora estudadas chegaram à princípios e fundamentos opostos. Assim, enquanto a *common law* se alicerça no respeito à força persuasiva dos precedentes judiciais, a *civil law* toma por base a segurança e previsibilidade do direito codificado.

Entretanto, apesar das diferenças estruturais, restou-se evidenciada a influência recíproca que as duas famílias jurídicas sofrem nos dias atuais. Ademais, enfatizou-se a crescente preocupação da *civil law* em conferir eficácia vinculante às decisões judiciais, citando-se como exemplo a edição de súmula vinculante editada por parte do Supremo Tribunal Federal, a súmula dos tribunais e o procedimento de recurso especial repetitivo.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro segue a tendência de tentar conferir maior objetividade e previsibilidade às decisões judiciais, no intuito de alcançar um duplo objeto, qual seja, o de garantir a celeridade processual e a segurança jurídica.

Buscou-se ainda demonstrar que, diante dos institutos do *distinguishing* e do *overruling*, não é possível que se aceite como verdadeiras afirmações no sentido de que se está a suprimir a independência ou o livre convencimento do magistrado, ou ainda de que vai ocorrer o engessamento do direito. Afinal, o magistrado continua a possuir plena liberdade para decidir se aqueles fatos narrados pelos litigantes se encaixam no precedente vinculante, além de ser permitida a superação do referido precedente.

7 REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul, MN: Thomson West, 2006.

DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, João Luis Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudências, das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

BREVE REFLEXÃO SOBRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS¹

*A BRIEF VIEW OF CONSTITUTIONAL MUTATION IN BRAZIL AND
THE UNITED STATES OF AMERICA*

*Teresa Cristina de Melo Costa
Procuradora Federal
Coordenadora Substituta do GECOPA/AGU*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Mutação constitucional no Brasil e nos EUA; 2 Limites à mutação constitucional; 3 Conclusão; Referências.

¹ Em agradecimento ao Consultor-Geral da União, Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por autorizar meu afastamento para a realização do Curso de Introdução ao Direito Americano; à Dra. Luciana Hoff, que com a operosidade habitual cumulou as suas e as minhas atribuições no GECOPA/AGU e, acima de tudo, pela amizade e confiança.

RESUMO: O artigo apresenta brevemente o conceito de mutação constitucional, além de apontar sua origem, terminologias mais utilizadas e algumas modalidades do fenômeno para, a partir dessas noções gerais, estudar hipóteses de mutação constitucional na jurisprudência de cortes do Brasil e dos Estados Unidos da América. Visa estabelecer, a partir do voto apresentado pelo Relator da Reclamação 4.335/AC, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, limites mínimos para o reconhecimento de mutações constitucionais legítimas, concluindo que os fundamentos presentes no voto configuram mutação inconstitucional. Parte da experiência americana para concluir que um dos limites impostos à mutação constitucional, dentre outros também estudados, refere-se ao consenso democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Mutação. Limites. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT: This paper presents the concept, origin, terminology and aspects of constitutional mutation to first familiarize the reader with this idea. Then it showcases Brazilian and American precedents where the phenomenon occurs to put the theory into practice. Using a pending case, to be decided by Brazil's Supreme Court, the author presents an argument for systematizing limits to a legitimate constitutional mutation, which if not observed, will result in illegitimate and unconstitutional mutation. This article uses the United States jurisprudence to affirm that one of the main limits to constitutional mutation is the democratic consensus.

KEYWORDS: Constitution. Mutation. Limits. Brazil. United States of America.

INTRODUÇÃO

Nas constituições, como na vida, é preciso envelhecer sem ficar velho, mudar o necessário sem atingir o essencial, renovar, repaginar, sem descaracterizar-se. Mudanças, entretanto, são acompanhadas de resistência, de críticas e até de certa desconfiança, razão pela qual deve seguir certo rito, não ocorrer a qualquer momento e observar alguma limitação.

A autoestima constitucional, aqui entendida como o juízo de valor que de seu texto se faz, a partir da capacidade de efetivamente reger as situações para as quais foi concebida, passa necessariamente pelas vias de reforma, de alteração. Qual a fórmula para manter atual e, mais importante, igualmente legítima, a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada há mais de duzentos anos, com menos de dez artigos? Como legitimamente reconhecer que o texto aprovado em um cenário de escravidão, escrito por constituintes sem iPhones ou contas no Facebook, é o mesmo a reger o Século XXI, de liberdades públicas e com política sendo feita via Twitter?

Em termos muito mais técnicos e compreensíveis pelos operadores do Direito, Morton Horwitz² pontua a questão de forma precisa: como manter a fundamentalidade da Constituição sem fundamentalismo? A resposta passa, sem sobra de dúvidas, pelo conceito da mutação constitucional, cuja aplicação os Estados Unidos muito têm a nos ensinar, ainda que lá o fenômeno seja praticado sem um nome de batismo³.

No Brasil, segundo Nadjia Botelho, “a questão que subjaz a contemporânea crise de legitimidade constitucional é, portanto, como desvincular fundamentalidade de fundamentalismo, ou, noutras palavras, como legitimamente incorporar mudanças em ideais e valores numa teoria constitucional que aspira à permanência”⁴.

De fato, embora hoje pareça estabelecida a tese de que, para se manter vivo, o conteúdo de constituição precisa de permanentes “atualizações”, a noção de *living constitution*⁵ foi e ainda é muito

2 HORWITZ, Morton. *The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism*. Harvard Law Review, v. 107, n. 1, nov. 2003.

3 Afinal de contas, como nos lembra Shakespeare, “*What’s in a name? That which we call a rose/ By any other name would smell as sweet.*”

4 BOTELHO, Nadjia Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 16.

5 Sobre o tema, conferir ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, n. 7, 2007; TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008 e STRAUSS, David A. *The living constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

questionada. Polêmicas à parte, o ponto central a ser lembrado é que a Constituição não corresponde apenas ao aspecto jurídico, que “não é responsável, sozinho, pelo seu acatamento no seio social e pela identificação da correspondência que este encontre na cláusula na cultura política do seu povo”⁶. Nesse contexto, o sistema do *common law* precisou deixar de lado a apoteose do precedente para admitir que mudanças fáticas e sociais pudessem imprimir certo dinamismo ao sistema⁷, o que passa pelo reconhecimento da mutação constitucional. Vale dizer:

Buscando fundamentação no princípio do *stare decisis* e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais. A reflexão aponta as incoerências do originalismo e do textualismo e os riscos do *stare decisis* se transmutar em jurisprudência mecânica, que perca a conexão com a mudança social.⁸

A resposta, conforme já defendia Konrad Hesse, é enxergar o embate entre a estabilidade e o dinamismo constitucionais como uma questão de coordenação, não de alternativa⁹.

Neste contexto apresenta-se a atriz principal deste pequeno roteiro: a mutação constitucional. Apesar de não se tratar propriamente

6 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 51.

7 Aliás, como mencionado pelo Professor Thomas Golden no Curso de Introdução ao Direito Americano, o sistema atual dos Estados Unidos deve ser entendido como *híbrido*. Nesse sentido, também, Nadja Botelho: “Em diferentes graus e de formas diversas, tanto americanos como brasileiros encontraram dois grandes caminhos para a mudança constitucional e incorporação de novos valores constitucionais: decisões judiciais (superprecedentes) e leis especiais (landmark statutes). Se, nos Estados Unidos, os denominados landmark statutes vêm sendo incorporados à tradição do common law, mediante a integração dos princípios estatutários e a consideração de que alguns framework statutes desempenham funções quase constitucionais, não há razão para se negar que papel semelhante possa ser preenchido no nosso sistema de civil law, já tão influenciado por doutrina de common law, mesmo que isso ainda se dê em pequena escala, justamente em virtude da crise de legitimidade que se abateu sobre o legislador brasileiro”. (*Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 51).

8 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

9 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 45.

de uma estreia, faz-se necessário lembrar um pouco da sua carreira, iniciada na Alemanha, no final do século XIX.

De acordo com estudo de Wellington Márcio Kubliskas, o termo foi utilizado pela primeira vez “no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, escrito por Paul Laband em 1895, no qual é introduzida a diferenciação entre a *Verfassungänderung* – reforma constitucional – e a chamada *Verfassungswandlung* – mutação constitucional”.¹⁰

A propósito dessa diferenciação, em pequeno *flashback*, importante lembrar que a mutação constitucional é estudada como uma peça do conjunto “reforma constitucional” que, por sua vez, integra-se ao quadro maior representado pelo Poder Constituinte¹¹. Com efeito, a alteração da Constituição pode ocorrer pela via formal (emendas à Constituição) ou pela via informal (mutação constitucional). A mutação permite que o sentido, o alcance e o conteúdo da norma constitucional sejam alterados sem que haja qualquer modificação no *texto* do dispositivo da Constituição¹², podendo se observar tanto em constituições rígidas como flexíveis. Muito embora não se desconheçam as modalidades de mutação constitucional¹³, o tema será aqui analisado em primeiro plano.

10 KUBLISKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 70.

11 O Poder Constituinte pode ser originário, derivado ou difuso. O Poder Constituinte Originário é inicial (porque inaugura uma nova ordem jurídica); ilimitado (porque não se submete aos limites impostos pela ordem jurídica anterior); autônomo (porque exercido livremente por seu titular - o povo) e incondicionado (por não se submeter a nenhuma forma preestabelecida para sua manifestação). Importante ressaltar que, para a doutrina jusnaturalista, o direito natural impõe limites ao poder constituinte originário que, por essa razão, não seria totalmente autônomo. Ao contrário do Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado (ou constituído, ou instituído) é secundário, subordinado, limitado, e exercido pelos representantes do povo. Daí resulta a conclusão de que o poder constituinte derivado encontra limites nas regras previstas pelo constituinte originário. Como defendido em doutrina, o poder constituinte derivado pode ser exercido através da reforma da Constituição Federal ou da Constituição Estadual (poder constituinte derivado reformador), pela revisão da Constituição Federal (poder constituinte derivado revisor, art. 3º do ADCT) ou por intermédio da elaboração das constituições estaduais e da lei orgânica do Distrito Federal (poder constituinte derivado decorrente). A mutação constitucional, paralelamente, é considerada exercício do Poder Constituinte Difuso, em expressão cunhada por Georges Burdeau.

12 A terminologia, apesar de amplamente utilizada no Brasil, não goza de consenso doutrinário. Para Jorge Miranda, trata-se de *vicissitudes constitucionais*, que podem ser expressas ou tácitas. Luís Pinto Ferreira refere-se à mutação constitucional como mudança material. Já para o mestre J. J. Gomes Canotilho está-se diante de transição constitucional ou revisão informal.

13 Em obra sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos (*Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63), observa que: “Hsü Dau-Lin, seguido por Pablo Lucas Verdú e por Manuel García Pelayo, esboçou quatro categorias: 1ª) mutação constitucional através de prática que não vulnera a Constituição; 2ª) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3ª) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; 4ª) mutação constitucional através da interpretação”. Ainda de acordo com o autor (p. 66), “[...] podem ocasionar mutações

1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NOS EUA

Os estudiosos do tema da mutação constitucional identificam que sua incidência em determinado sistema jurídico é inversamente proporcional ao número de reformas formais sofridas pela Constituição. Isso porque reforma e mutação constitucional visam ao mesmo fim, qual seja adequar a linguagem constitucional aos valores e ideais observados na sociedade, ainda que o meio utilizado para tanto seja diverso. São, por assim dizer, complementares. Dessa forma, a importância da mutação constitucional é muito menor no Brasil, onde a Constituição já conta com setenta emendas, que nos EUA, onde a reforma do texto da Constituição é praticamente um tabu. Outros fatores contribuem para a equação, conforme lição de Nadja Botelho:

Reforma e mutação operam de maneira complementar, pois quando um ordenamento jurídico é submetido a reformas contínuas, a mutação perde muito do seu sentido, mas, inversamente, quando se receia recorrer à reforma, proliferam as mutações constitucionais, o que demonstra ser inútil tentar barrar as mudanças.

Outrossim, são comuns os casos de emendas à Constituição destinadas a afastar mutações constitucionais, especialmente aquelas decorrentes de interpretação judicial [...] Se é verdade que o tamanho da Constituição e a facilidade do processo de reforma costumam contribuir para um maior percentual de emendas, também é correto dizer que quanto menor o percentual de emendas numa Constituição longeva, maior o uso de meios alternativos, judiciais ou legislativos, de mudança constitucional¹⁴.

Também ao analisar a experiência americana, Luís Roberto Barroso afirma que a mutação constitucional é, ao mesmo tempo, potencializada e diluída, em razão de dois fatores: primeiro porque a Constituição dos Estados Unidos é sintética (o que corrobora o exposto

constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência dos grupos de pressão". Luís Roberto Barroso, em classificação tripartite, identifica três modalidades de mutação constitucional: a) por interpretação; b) por atuação do legislador e c) por via de costume (*Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010).

14 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-38.

acima), segundo porque o papel do juiz no sistema do *common law* é mais livre e, em certa medida, discricionário. Nas palavras do autor:

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juízes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras¹⁵.

As diferentes experiências constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos, portanto, devem ser levadas em consideração quando do estudo de casos de mutação constitucional, cuja aplicação encontra-se mais amadurecida em terreno estadunidense. Por outro lado, exige dos intérpretes brasileiros maior esforço de entendimento do tema, que poderia diminuir sobremaneira a inflação de reformas que a Constituição do Brasil tem sofrido.

Tendo-se em mente essa premissa, tome-se o exemplo do caso *Brown v. Board of Education*¹⁶, conhecido pelos americanos apenas como *Brown*, muito referido pelo direito brasileiro quando do estudo do direito de igualdade, mas que também deve ser lembrado em matéria de mutação constitucional. Isso porque, sem alterar o texto da Constituição dos Estados Unidos da América, determinou a integração entre negros e brancos nas escolas, procedendo à verdadeira revolução na interpretação da doutrina do “*separate but equal*”, superando (*overruling*) o entendimento antes legitimado em *Plessy v. Ferguson*¹⁷.

Ao julgar o caso *Brown*, a Suprema Corte Americana atendeu aos anseios da sociedade por igualdade racial, promovendo mutação constitucional para concluir que a Constituição dos Estados Unidos

15 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

16 347 U.S. 483 (1954).

17 163 U.S. 537, 552 (1896).

não autorizava a anterior separação entre brancos e negros nas escolas. O acerto da decisão, hoje inequívoco, foi objeto de questionamentos à época por parte da população branca, conforme lembra Bruce Ledewitz:

Brown was enormously controversial when it was decided. The extent of the white backlash¹⁸ it sparked in the affected states is widely forgotten today. The decision was not well-reasoned, nor it well-grounded in the text or history of the passage of the Fourteenth Amendment. The reliance in the opinion on social science research was not well-received, and the opinion was subjected to a celebrated critique by Herbert Wechsler. Nevertheless, even at the time, there was a rightness about *Brown*. It was, as the *New York Times* wrote at the time, that the Justices ‘have felt behind them the solid weight of public opinion’. Despite real opposition, the *Brown* decision became a symbol of national resolve to move, belatedly, toward racial justice. (...) The decision has been adopted by the American people, almost none of whom have ever read it and most of whom know of it only vaguely. What has been adopted is the principle that the government may not discriminate on the basis of race. It is fair to say that this proposition has now become, in the words of Justice Harlan, a matter settled by this ‘nation’ and not just by the courts¹⁹.

Outro exemplo igualmente importante de mutação constitucional nos Estados Unidos refere-se ao impacto das decisões judiciais a respeito da *interstate commerce clause* presente no art. 1º, seção 8ª, na Constituição dos Estados Unidos, apontada como o mais importante “enumerated power” atribuído ao Poder Legislativo federal.

De acordo com a Suprema Corte Americana, seria legítimo à União dispor sobre temas que tivessem vínculo estreito e substancial com o tráfico interestadual. Apesar disso, conforme lição de José Adércio Leite Sampaio, “a União passou a reconhecer na cláusula de comércio uma

18 Segundo Nadja Machado Botelho (*Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 59), a expressão pode ser entendida como “a reação contrária, repercussão negativa ou resistência que pode decorrer de decisões judiciais sobre temas controvertidos. Ou, nas palavras de Cass Sustein: ‘Let us define public backlash, in the context of constitutional law, in the following way: intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force’ (SUSTEIN, Cass. Backlash’s Travels. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, 2007, p. 435-449).”

19 LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan’s Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 400. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012. Ainda que objeto de maior detalhamento a seguir, registre-se desde já o primeiro limite à mutação constitucional, sem o qual a mutação não sobrevive: o lastro democrático.

atribuição geral de competência, permitindo-lhe dispor, praticamente, sobre todos os assuntos: de higiene dos alimentos à prostituição; de educação a Direito Penal”²⁰. Não se apresse o leitor em concluir que aqui se defende uma mutação constitucional sem freios (antes, o contrário), mas a transcrição visa a demonstrar o alcance das possibilidades que a aplicação da mutação constitucional atingiu nos Estados Unidos.

A mutação constitucional da cláusula de comércio, também com certa surpresa em relação à extensão que lhe tem sido conferida, é igualmente identificada em doutrina estrangeira, ainda que sob o enfoque da utilização da cláusula para o fortalecimento do poder central dos Estados Unidos:

Sin tocar una sola palabra de la constitución el Congreso de los Estados Unidos, a través de su poder para regular el comercio entre los distintos estados, tiene autoridad sobre una extensa gama de actividades de la mayor importancia para el pueblo de los Estados Unidos. Esta autoridad no se ha tomado de los estados, puesto que éstos nunca la tuvieron. Había pertenecido desde el principio al Congreso, se bien no tuvo mucho campo para su ejercicio. Con el desarrollo del tráfico entre los estados se produjo un aumento del poder del Congreso de los Estados Unidos y el correspondiente cambio en el equilibrio de poder entre la unión y los estados que la componen.²¹

Por fim, além das conquistas já arroladas por Luís Roberto Barroso como fruto de mutação constitucional nos Estados Unidos da América (como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade), um terceiro exemplo de mutação constitucional naquele país, igualmente lembrado pelo autor, corresponde à jurisprudência formada a partir do *New Deal*, que rompeu com o entendimento consagrado na Era Lochner, “passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição”²².

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 612.

21 WHEARE, Karl. *Las constituciones modernas*. Barcelona: Labor, 1971. p. 77.

22 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

No Brasil, exemplo mais atual e significativo de mutação constitucional diz respeito ao recente julgamento da ADPF 54, que autorizou a interrupção terapêutica do parto em caso de feto comprovadamente anencefálico. Muito embora o acórdão encontre-se pendente de publicação, o Supremo Tribunal Federal concluiu que não se trata de ofensa do direito à vida, afastando o crime de aborto, devendo-se prestigiar a dignidade da pessoa da gestante e a autonomia da sua vontade.

Um segundo exemplo brasileiro corresponde ao emblemático caso de mutação constitucional em relação ao foro por prerrogativa de função, didaticamente explicado pelo Professor Luís Roberto Barroso:

Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. Nesse exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo – art. 102, I, “b”, da Constituição – sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto²³.

Outra questão séria discutida fora do âmbito da reforma constitucional é a possibilidade ou não de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 132), que pode implicar em mutação do conceito constitucional de família.

Ainda que a mutação constitucional tenha surgido de forma tímida no Brasil, o julgamento da ADPF 54, por muitos considerado o mais importante do Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas, bem como o futuro julgamento sobre a possibilidade ou não de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, demonstram a importância que o tema hoje alcançou no Brasil. De figurante, a mutação pode passar a ser a estrela principal do cenário constitucional. Para tanto, precisa tomar alguns cuidados. Reflexões para o próximo capítulo.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

3 LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A noção de limites é estritamente ligada à ideia de constituição. De igual maneira, a própria constituição, em sua maioria, traz em si regras para a sua modificação, limitando o poder de reforma. A imposição de limites ao poder de reforma da Constituição, ao contrário do que se possa supor, é salutar e deve ser entendida como uma forma de proteger o próprio povo – titular do poder constituinte.

Em matéria de mutação constitucional, Uadi Lammêgo Bulos defende que “é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional”. Entretanto, após a primeira afirmativa categórica, vislumbra a existência de alguma limitação, defendendo que a “única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior”.

Por fim, parece concluir que existem, sim, limites à mutação constitucional, uma vez que admite a existência de mutações inconstitucionais e “o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante”.²⁴

Destarte, mesmo aqueles que afirmam inexistirem limites à mutação constitucional intuitivamente concluem que a limitação é própria do sistema, sob pena de produzir mutações inconstitucionais.

Para Luís Roberto Barroso, os primeiros limites correspondem a “a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição”. Isso porque, continua o autor, “se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário”²⁵.

Outra limitação ínsita ao sistema constitucional brasileiro, mas por poucos lembrada, corresponde às cláusulas pétreas. Atenta aos limites

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89 e 91.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128-129.

e possibilidades da mutação constitucional, Nadja Machado Botelho leciona que, “mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição”. E conclui afirmando que “aplica-se à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda”²⁶.

Assim, até aqui, pode-se listar no mínimo três limites à mutação constitucional: a) as possibilidades semânticas do próprio texto constitucional; b) os princípios fundamentais e c) as demais cláusulas pétreas. Caso não observadas tais restrições, a mutação constitucional será inconstitucional, em esdrúxula sobreposição do fato ao direito. Nesse sentido José Afonso da Silva:

Admitir o triunfo dos fatos sobre a norma como queria Jellinek, como forma de mutação constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa. [...] Nesse contexto, admitindo a possibilidade da existência de mutações constitucionais, ou seja, mudanças de significado, sentido e alcance das normas constitucionais sem a alteração do texto escrito, ganha relevância a questão dos limites das mutações constitucionais. Admitir que as mutações constitucionais são ilimitadas eliminaria o caráter normativo da Constituição e colocaria em risco seu caráter estabilizador²⁷.

Pois bem. Tendo em mente os limites até aqui expostos, questiona-se se a norma do art. 52, X, da Constituição Federal, encontra-se em vias de sofrer legítima mutação constitucional, conforme defendido pelo Relator da Reclamação 4.335/AC, Ministro Gilmar Mendes, e pelo Ministro Eros Roberto Grau.

Em síntese, a ação trata de alegação de ofensa à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82959/SP, em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

26 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-40.

27 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 297.

Ao discorrer sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, o Ministro Relator Gilmar Mendes aduziu que a suspensão pelo Senado Federal da execução do ato declarado inconstitucional pelo STF constitui ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da Constituição de 1988, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes hoje ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, concluiu que 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. O Ministro Eros Grau, em voto-vista, seguiu o entendimento do Relator e afirmou ter o art. 52, X, da CF sido objeto de mutação constitucional.

Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence aduziu que a adoção de súmula vinculante dispensaria a intervenção do Senado Federal, impedindo de reduzir o órgão a mero agente de publicidade das decisões do STF.

No que aqui interessa, o Min. Joaquim Barbosa afastou 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 consequente e definitivo desuso do dispositivo²⁸. Por fim,

28 Com a devida vênia, não há mutação constitucional por desuso: "De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, en algún caso, su propósito normativo para la vida estatal" (JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 51).

ênfatiou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição²⁹.

Diante dos fatos narrados e considerando a enumeração dos limites à mutação constitucional, um primeiro obstáculo se apresenta à tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: a literalidade do art. 52, X, da CF, como afirmado pelo Ministro Joaquim Barbosa. A redação do art. 52, X, da CF não permite interpretá-lo de forma a concluir que o Senado Federal deve simplesmente publicar as decisões finais do STF em controle difuso.

Ou, como explica J. J. Gomes Canotilho,

uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogram), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. [...] Por outras palavras que colhemos em K. Stern: a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética³⁰.

No ponto conclui-se, com Nadja Machado Botelho, que “apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que esta esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional”³¹. E para sanar dúvida acaso existente, arremata-se o tópico com transcrição de Jane Reis Gonçalves Pereira:

[...] a principal crítica que cabe opor à tese da mutação é a de que, em verdade, ela subverte o texto da Constituição, dando-lhe um sentido completamente diverso do que deflui do texto. Sendo

29 Narrativa colhida dos Informativos 454 e 463 do Supremo Tribunal Federal. Após a configuração do empate, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.192.

31 BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160.

a mutação um processo informal de mudança de significado sem alteração do dispositivo, é intuitivo que só pode ocorrer nas hipóteses em que o texto interpretado é dotado de certo grau de abertura e indeterminação. Do entendimento exposto nos votos mencionados não deflui autêntica mutação constitucional, mas sim a negação dos sentidos possíveis do texto do art. 52, X, da Constituição. Tal formulação, se prevalecer, promoverá uma mutação inconstitucional.³²

Um segundo obstáculo aos fundamentos apresentados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para defender a existência de mutação constitucional do art. 52, X, da CF, corresponde, exatamente, aos limites insculpidos nas cláusulas pétreas, notadamente o princípio da separação de poderes (art. 60, § 4º, III, da CF).

O art. 52, X, da CF, traduz uma faculdade do Poder Legislativo, que por natureza pode ou não ser exercida, a juízo único de seu titular. O Poder Judiciário, caso entenda que determinada decisão em controle difuso deve ser oponível *erga omnes*, pode se valer da edição de súmula vinculante³³, como lembrado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. O que não se admite, a pretexto de realizar mutação constitucional, é ignorar o texto expresso do art. 52, X, da CF para proceder a uma alteração que não poderia ser admitida nem sequer por reforma, haja vista o óbice do art. 60, § 4º, III, da CF. A esse propósito:

As mutações que contrariam a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário.

32 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. p. 20.

33 “Somente quando a declaração de inconstitucionalidade, em concreto, culminar na edição de súmula vinculante, que depende de procedimento e requisitos próprios, é que o posicionamento judicial se tornará vinculante e, mesmo assim, não em relação ao Poder Legislativo. Pretender conferir efeito *erga omnes* a qualquer decisão do STF é esvaziar a súmula vinculante, recentemente incluída no texto constitucional pelo poder constituinte derivado e, portanto, não obsoleta, e desrespeitar tanto a norma do art. 52, X, quanto aquela do art. 103-A, ambas da Constituição Federal.” (BOTELHO, Nadjá Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 164).

A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por superação, seja por sua conversão em Direito vigente³⁴.

Quanto ao tema, ainda que o Ministro Relator afirme que o art. 52, X, da CF fundamenta-se em uma concepção *ultrapassada* de separação de poderes, a regra nele inscrita não deixa de ser mecanismo da separação de poderes. Não foi por outro motivo que a constituição previu em si mesma um rol de cláusulas pétreas, de modo a protegê-la de interpretações narcisistas. Solução legítima para o caso, como já transcrito, é tirar do estado de latência o Poder Constituinte Originário. Do contrário, a mutação que se propõe será inconstitucional.

A mutação constitucional, ainda que capaz de resolver muitos problemas jurídicos preservando-se o texto da Constituição, não pode ser imposta, mas deve estar pautada em mudanças sociais que lhe confira algum lastro democrático³⁵, conforme defendido pelos multicitados Nadja Machado Botelho e Luís Roberto Barroso. A legitimidade democrática da mutação constitucional atua, assim, como último limite à sua regular configuração, devendo ser objeto de criteriosa análise pelo Poder Judiciário.

No ponto, ao analisar o motivo da permanência da regra firmada a partir do julgamento de *Brown*, Bruce Ledewitz aponta o *consenso democrático* como fator importante a ser considerado (no processo de mutação constitucional), uma vez que *Brown* não foi o primeiro precedente a condenar a discriminação racial:

Brown not only illustrates democratic ratification of a judicial decision on a crucial constitutional matter, but also illustrates the role of leadership in the formation of democratic consensus. The decision was not the first federal governmental blow against legal racial discrimination. Nor was it the first judicial decision to move in the general direction of racial equality. But it was a dramatic announcement of a large-scale challenge to a widespread racial ideology. Without Brown, the dismantling of legal apartheid in the United States would not have proceeded as quickly and

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

35 Como lembra Nadja Machado Botelho (*Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20) interessante notar que, nas últimas décadas, a democracia se tornou conceito central no direito constitucional norte-americano e, por vezes, vem sendo invocada como nova justificativa para uma interpretação estática, inclusive pela defesa de fortes limitações ao poder judicial, invocando sobremaneira o caráter contra-majoritário do *judicial review*.

as surely as it did. Though democratic consensus is obviously a manifestation of popular judgment, there is still the necessity of wise leadership.³⁶

Para corroborar sua tese a respeito da necessidade de ratificação democrática das decisões da Suprema Corte Americana, o Professor Ledewitz faz interessante comparação entre os precedentes *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*. Ambos representam célebres decisões da Suprema Corte, mas o nível de consenso democrático de um e outro é diferente, o que se reflete nas comemorações dos aniversários de julgamento. Arrisca-se a afirmar que o grau de consenso democrático de um julgado está diretamente relacionado à possibilidade futura de mutação constitucional, ou seja, quanto mais aceita socialmente determinada decisão, menor a chance de ser alterada posteriormente.

Vale terminar o tópico com a leitura da transcrição referida:

The public responses to the anniversaries of *Brown* and *Roe* illustrate the differences in acceptance. The fiftieth anniversary of *Brown* led to celebrations across the country. In contrast, the anniversary of *Roe* each year leads to large outpourings of dissent. Nor is this difference explained by mere passage of time. The *Roe* decision is now over thirty years old. By that time, *Brown* and other cases were already enshrined in the constitutional cannon. I do not mean to suggest that *Roe* has been abandoned by the people. The decision is supported by a substantial group in the electorate. Yet, it is also opposed by a substantial group. Another group lies in the middle, troubled by the rhetoric on both sides of the issue. But this lack of consensus does not support *Roe*³⁷.

3 CONCLUSÃO

Antes do término do tempo regulamentar, e sem entrar nos acréscimos, deve-se lembrar de noção presente em quase todos os textos produzidos a respeito do direito constitucional: a razoabilidade. O termo pode estar se tornando banal, mal compreendido às vezes, mas não se pode conceber nenhuma alteração na Constituição (ou na vida) sem que uma boa dose de razoabilidade esteja presente.

36 LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 401. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

37 LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 404. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

O princípio da razoabilidade não foi apontado como limite da mutação constitucional porque, de certa maneira, atua no processo como um *macroprincípio*, como um requisito prévio para a interpretação da Constituição e como pressuposto necessário de qualquer produto desse processo.

A mutação constitucional, para receber no Brasil o *status* que possui nos Estados Unidos não pode se deixar contaminar pelo “jeitinho brasileiro”, nem mesmo quando tal atributo estiver revestido de atraente embalagem jurídica. É preciso razoabilidade para entender a diferença entre o se pode ser alterado e o que, por constituir núcleo e essência do direito brasileiro, deve ser celebrado.

Um último registro: não há contradição alguma em os Estados Unidos terem uma Constituição de mais de duzentos anos e, ao mesmo tempo, ser palco de verdadeiras revoluções tecnológicas. Eles são o país das redes sociais e do iPhone, mas jamais criariam a “*iConstitution*”, atualizável a um clique e *online*, a critério do cliente, superável pela versão mais *in* do momento. A Constituição dos Estados Unidos da América envelheceu sem ficar velha porque foi capaz de proteger-se dos próprios americanos. Que o Supremo Tribunal Federal cumpra o seu papel de proteger a Constituição do Brasil, do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HORWITZ, Morton J. Foreword. *The Constitution of Change – legal fundamentality without fundamentalism*. Harvard Law Review, v. 107, n. 1, nov. 2003.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline: 20 J.L. & Pol. 373 (2004), p. 373-461. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

WHEARE, Karl. *Las constituciones modernas*. 2. ed. Barcelona: Labor, 1971.

O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.

*BRAZIL AND THE UNITED STATES IN THE DISPUTE SETTLEMENT
BODY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION*

Vânia Maria Bastos Faller
Doutora pela Universidade de Leon/Espanha
Coordenadora da Escola da AGU em SC

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Sistema de Solução de Controvérsias; 2 Disputas Entre o Brasil e os Estados Unidos; 2.1. Ds 4: Estados Unidos – Pautas Para a Gasolina Reformulada e Convencional; 2.2. Ds 217: Estados Unidos-Compensação Por Dumping E Subsídio Continuado De 2000; 2.3 Ds 218: Estados Unidos – Medidas Compensatórias Sobre Certos Produtos Siderúrgicos Do Brasil; 2.4 Ds 224: Estados Unidos - O Brasil solicitou consultas em janeiro de 2001, sobre a compatibilidade de dispositivos da legislação norte-americana com o acordo sobre aspectos de propriedade intelectual. O Brasil optou por não solicitar o estabelecimento de um painel; 2.5 DS 239: Direitos Antidumping sobre Silício Metálico do Brasil; 2.6 DS 250, ESTADOS UNIDOS – Imposto de Equalização da Flórida sobre o Suco de Laranja; 2.7 DS 259, Estados Unidos – Medidas de Salvaguarda Definitivas sobre Importações de Certos Produtos

Siderúrgicos; 2.8 DS 267 – Estados Unidos subsídios ao Algodão (“up land”); 2.9 DS 365 Estados Unidos – Ajuda interna e garantias de créditos para a exportação de produtos agropecuários; 2.10 DS 52 e DS 65, Brasil Certas Medidas que Afetam o Comércio e Investimento no Setor Automotivo.; 2.11 DS 197, Brasil – Medidas sobre Preços Mínimos de Impostação; 2.12 DS 199, Brasil – Medidas Referente a Proteção Patentária; 3 Considerações finais; Referências

RESUMO: Em 01 de janeiro de 1995 foi criada a Organização Mundial do Comércio, sucessora do GATT e foi instituído o Sistema de Soluções de Controvérsias. O sistema de Soluções de Controvérsias da OMC tem sido regularmente chamado de Jóia da Coroa, especialmente pelo fato de possuir mecanismos no qual a parte que obtiver vitória na disputa pode retaliar contra o estado suspendendo equivalente concessões comerciais. Brasil e os Estados Unidos estão entre os membros que mais utilizam o sistema de solução de controvérsias, sejam como reclamantes, reclamados ou terceiros interessados. O presente artigo tem como objetivo descrever as principais disputas envolvendo o Brasil e os Estados Unidos no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

PALAVRAS-CHAVE: Organização Internacional do Comércio. Sistema de Solução de Controvérsias. Brasil e Estados Unidos

ABSTRACT: On January 1, 1995 was created the World Trade Organization, successor from the GATT. The WTO dispute settlement system has been widely considered as the Crown Jewel, especially by fact that it has enforcement mechanism in which parties that prevail in an international trade dispute can retaliate against the state by suspending equivalent trade concessions. Brazil and the United States are among the WTO members that most use the dispute settlement system, as claimant, respondent or third parties. These article aims is to describe disputes involving Brazil and the United States in the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization.

KEYWORDS. The World Trade Organizations. Dispute Settlement System, Brazil and United States.

INTRODUÇÃO

O mundo sofreu o desgaste de duas grandes guerras, período em que as nações tinham grandes preocupações internas, tais como a corrida para o armamento bélico de alguns países e o Crash de 1929, dos Estados Unidos que aumentou a preocupação daquele país em adotar políticas internas, assumindo um comportamento protecionista, aumentando suas tarifas aduaneiras, o que causou insatisfação por parte das demais nações e levou seus parceiros a impor restrições comerciais retaliatórias e a desvalorizar suas moedas, resultando na imposição de barreiras comerciais cada vez maiores.¹

Assim, as nações tinham por costume impor barreiras aos produtos estrangeiros, com o intuito de impedir a entrada no País e a concorrência com os produtos nacionais.

Todavia, após a II Grande Guerra, as principais potências repensaram as políticas adotadas e sentiram a necessidade de manter relações mais estreitas, criando mecanismos como o Banco Mundial e FMI, e ampliar o comércio, buscando reduzir as barreiras alfandegárias, já que o comércio faz com que as nações por mais distantes que estejam, mantenham relações fraternas, pois não se faz guerra com quem se negocia.

Portanto, os Estados Unidos, tomou posição diferente da adotada na primeira guerra mundial, assumindo a liderança da liberalização multilateral do comércio. Conforme salienta Lima Rego², foi sob seus auspícios que o Conselho Econômico e Social da recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) convocou uma conferência sobre Comércio e Emprego, onde foi apresentado o documento intitulado Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, que escrito basicamente pelos Estados Unidos Inglaterra, propunha regras multilaterais para o comércio internacional, com o objetivo de evitar a onda protecionista que marcou os anos 30.

A criação do GATT, em 30 de outubro de 1947, durante a Rodada Genebra (1947), foi assinado por 23 países. O acordo deveria ter um caráter provisório e vigorar apenas até a criação da Organização Internacional do Comércio (OIT). As negociações para tanto foram realizadas na Conferência de Havana em 1948, mas a OIT não foi criada porque os Estados Unidos se recusou a ratificar o acordo. Assim,

1 REGO, Elba Cristina Lima – *Do GATT à OMC: O que mudou, como funciona e para onde caminha o sistema multilateral do comércio*, Rio de Janeiro BNDS (texto para discussão N°51).1996. p. 3

2 Ibidem.

o sistema idealizado em Bretton Woods ficou apenas com dois pilares – O FMI e o Banco Mundial.

Segundo Barbosa³, O fracasso da Conferência de Havana não extinguiu por completo a busca por uma legislação internacional. Em 1947, antes mesmo da discussão em Cuba, houve um encontro em Genebra, dividido em três grandes partes: a primeira lidava com um rascunho da Carta da OIC⁴; a segunda parte referia-se à negociação de um acordo multilateral para a redução recíproca de tarifas; enquanto a terceira se concentrava em cláusulas gerais de obrigações referentes às tarifas. Essas segunda e terceira partes, juntas, foram assinadas por 23 Estados⁵ inicialmente e constituem o substrato do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). ”

Nas palavras de Bermejo García⁶

El GATT fue un célebre << accidente histórico>> que surgió del fracaso de La Carta de La Habana, sobre La base Del Protocolo de Aplicación Provisional Del 30 de octubre de 1947 elaborado por 23 países, con el fin de llevar a la práctica las disposiciones del capítulo IV de La citada Carta de La Habana, entrando en vigor el 1 de enero de 1948.

O GATT era o marco do sistema multilateral do comércio o qual tinha como meta principal reduzir as barreiras alfandegárias e, juntamente com o Banco Mundial e FMI passou a integrar a economia mundial. Foi se estruturando, com sede em Genebra na Suíça, e funcionava como coordenador das regras do comércio multilateral.

O que era para ser um acordo provisório durou meio século e, culminou em oito rodadas de negociações, até que a última, a Rodada Uruguai instituiu a Organização Mundial do Comércio criada pelo acordo de Marrakesh.

3 BARBOSA, Rangel Garcia. *As licitações internacionais brasileiras e a OMC*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5811/as-licitacoes-internacionais-brasileiras-e-a-omc>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

4 Organização Internacional do Comércio

5 dentre eles o Brasil e os Estados Unidos

6 BERMEJO GARCÍA, Romualdo., *El conflicto agrícola entre los Estados Unidos y La Union Europea a la luz de la Ronda Uruguay*. p. 794-795. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_022_003_041.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

A OMC passou a funcionar em 1 de janeiro de 1995, e atualmente conta com 153 membros⁷, dentre eles o Brasil e os Estados Unidos. Também podem ser membros os Estados e os territórios aduaneiros distintos.

A sede da OMC é em Genebra na Suíça e possui uma secretaria com 700 colaboradores aproximadamente, que é presidida pelo Diretor Geral⁸.

Podemos resumir as funções da OMC como sendo as seguintes: Administrar os acordos comerciais da OMC; iniciar as negociações comerciais entre os membros; solucionar as diferenças entre os membros; dar seguimento as políticas comerciais nacionais; dar assistência técnica e formação para os países em desenvolvimento; colaborar com as demais organizações internacionais.

A OMC é a coluna mestra do novo sistema internacional do comércio, engloba o GATT, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, concluído em 1947, os resultados das sete negociações multilaterais de liberalização de comércio realizadas desde então, e todos os acordos negociados na Rodada Uruguai.⁹

Os acordos negociados abrangem os seguintes temas: comércio de mercadorias; comércio de serviços, aspectos dos direitos da propriedade intelectual relacionados ao comércio, exame das políticas comerciais dos membros e solução das diferenças comerciais.

Esses conselhos possuem diversos comitês¹⁰ e grupos de trabalhos¹¹, para análises, estudos e negociações.

7 Em primeiro de janeiro de 1995, 76 estados e territórios aduaneiros distintos, incluída a União Européia e seus 15 membros, haviam depositado seus instrumentos de ratificação e passaram a ser membros iniciais da OMC. Em 31 de dezembro de 1995, outros 51 Estados e territórios aduaneiros distintos haviam depositado seus instrumentos de ratificação e passaram a serem membros iniciais da OMC. Até 23 de julho de 2008, 26 Estados e Territórios aduaneiros distintos aderiram a OMC (mediante o procedimento de adesão previsto no artigo XII do Acordo de Marrakech).

8 Atualmente o Diretor Geral da OMC é Frances Pascal Lamy. Os demais DG foram: No período do GATT - Sir Eric Wyndham White (Reino Unido) 1948-1968; Olivier Long (Suíça) 1968-1980; Arthur Dunkel (Suíça) 1980-1993; Peter Sutherland (Irlanda) 1993-1994. No Período da OMC - Peter Sutherland (Irlanda) 1995; Renato Ruggiero (Itália) 1995-1999; Mike Moore (Nova Zelândia) 1999-2002; Supachai Panitchpakdi (Tailândia) 2002-2005 e, Pascal Lamy (França) desde 2005. Também cabe trazer à colação que o Diretor da OMC é designado pelos Membros constituídos em Conselho Geral.

9 Thorstensen, vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 41, n. 2, p.29-58, 1998.

10 Como por exemplo o Comitê de Comércio e Meio Ambiente, Comitê de Agricultura, de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Comércio e Desenvolvimento, de Obstáculos Técnicos ao Comércio, Salvaguardas, Subvenções e Medidas Compensatórias, Acesso aos Mercados, Licenças de Importação, etc.

11 Como os Grupos de Trabalho sobre: Adesões, Relação entre Comércio e Política de Competência, Transparência da Contratação Pública, Comércio e Transferência de Tecnologia, As empresas Comerciais do Estado.

A OMC adota como princípios:

Unicidade: Cada ponto da negociação faz parte de um todo indivisível. Ou seja, nada pode ser acordado em separado. Costuma-se dizer que: “nada está acordado até que tudo esteja acordado.”

Participação: Podem participar das negociações todos os membros da OMC e governos observadores que estejam negociando ou se proponham a negociar sua adesão. Todavia, as decisões sobre os resultados são adotadas pelos membros unicamente.

Transparência: as negociações devem ser transparentes. Todos os documentos devem ser publicados. Conforme salienta Kelly (2007)¹²: em resposta às críticas de que seus trabalhos não são transparentes, a OMC apresentou uma riqueza de informações disponíveis em seu web site. Os interessados no processo de resolução de conflitos têm pronto acesso aos textos legais e uma variedade de documentos relacionados a cada disputa, incluindo os pedidos de consultas, e relatórios do painel de arbitragem e apelação. Todos os documentos são postados em três idiomas (inglês, francês e espanhol). Adiciona-se também, que a OMC concede a condição de observador a algumas organizações intergovernamentais nas reuniões do Comitê do Comércio e Meio Ambiente.

Single undertaking: O princípio mais conhecido pelo nome em inglês, é uma das pedras angulares da OMC., significa que todas as decisões são baseadas no consenso, ou seja, todas as partes presentes devem concordar com o que está sendo decidido. Uma exceção a esse princípio é o que rege o órgão de solução de controvérsias da OMC., que trataremos em seguida.¹³

Princípio do Consenso Negativo: Ao contrario do antigo GATT que vigorava o consenso positivo¹⁴, na OMC o princípio para dirimir

12 Kelly, Trish – The impact of the WTO: the environment, public health and sovereignty, p.199 – tradução livre

13 Existe consenso quando nenhum dos membros presentes na reunião se opõe formalmente a decisão proposta.

14 A falta da eficácia da solução de controvérsias no GATT/47 era devido ao princípio do consenso positivo, conforme explica Rosenberg (2009, p.97): “Não obstante um grau razoável de formalização de mecanismo de solução de conflitos tenha sido desenvolvido ainda no âmbito do GATT ao longo de mais de quatro décadas, tal mecanismo padecia de uma característica de nascença que colocava em xeque sua própria eficácia. O Conselho de Representantes do GATT, composto pela integralidade dos Estados Signatários

as controvérsias referentes aos acordos da Rodada Uruguai, é baseado no consenso negativo. Ou seja, os estados devem sujeitar-se ao sistema de solução de controvérsias, não havendo assim, a necessidade de que todos os membros tenham que concordar para a instauração de um painel, inclusive o próprio demandado.

Tratamento especial e Diferenciado – as negociações devem levar em conta o princípio do tratamento especial e diferenciado para os países em desenvolvimento e os países menos adiantados, que possuem situações especiais, como por exemplo, prazos mais longos para cumprir os acordos.

A maioria dos Países do planeta, atualmente 153 (incluindo territórios aduaneiros), são membros de uma Organização Internacional que serve de foro para a negociação de normas as quais regem o comércio entre os países, com o objetivo de reduzir os obstáculos ao comércio internacional e a assegurar condições de igualdade para todos, contribuindo assim, para o crescimento econômico e para o desenvolvimento sustentável.

1 O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O antigo GATT não continha muitas normas sobre solução de controvérsias o que se justifica pois tratava-se de um acordo, não sendo uma organização com a estrutura que tem a OMC. Existiam apenas duas regras existentes sobre o assunto, as do artigo XXII (que se limitou a prever a celebração de consultas) e do artigo XXIII.¹⁵

A resolução de controvérsias no GATT, era diplomática (consultas) e política (em caso de não haver consenso, a questão poderia ser submetida aos membros). O procedimento de solução de diferença não estabelecia prazos fixos, era mais fácil obstruir a adoção das resoluções e, em alguns casos demorava muito para se chegar a uma conclusão. O acordo da Rodada Uruguai estabeleceu um procedimento estruturado,

do Acordo, deveria aprovar, por unanimidade, o início dos procedimentos para a solução de controvérsias, bem como a decisão proferida, a fim de que esta se tornasse obrigatória para o Estado Reclamado. Vale ressaltar que o próprio Estado cuja conduta estava sendo questionada compunha o Conselho de Representantes e, portanto, se assim desejasse, poderia vetar a instalação da arbitragem ou a decisão proferida. Assim, já que do ponto de vista lógico os países optariam por não tomar medidas desfavoráveis às suas próprias práticas comerciais, natural era que numero substancial de Relatórios não fosse adotado.”

15 The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/uragreements/gatt.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

com prazos e etapas definidas, bem como é impossível o membro que perdeu o caso, obstruir a decisão pois foi adotado o consenso reverso¹⁶.

No âmbito do GATT, o mecanismo de solução de diferenças, emitiu 115 informes, dos quais foram adotados 101. Todavia, a partir dos anos oitenta, começaram os casos de obstrução do procedimento, do bloqueio e da adoção dos informes dos grupos especiais e de recurso a medidas unilaterais de represália a margem do sistema.

Assim, na Rodada Uruguai, iniciada em Punta de Leste em 1986, houve a necessidade de melhorar e fortalecer o sistema de solução de controvérsias. Alguns países entendiam que o sistema deveria ser mais legalista e outros mais diplomático, consensual. No final prevaleceu a interpretação mais legalista, mas ao mesmo tempo existiram algumas normas com o intuito de que as soluções negociadas fossem preferíveis ao litígio entre os Membros da OMC¹⁷.

Em 01 de janeiro de 1995, com a entrada em vigor da OMC, surge o Entendimento sobre Solução de Controvérsias¹⁸ que é o principal acordo da OMC pelo qual se regem a solução de diferenças.

O Acordo sobre o Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC, estabeleceu o Órgão de Solução de Controvérsias. Foi considerado a verdadeira Jóia da Coroa, elogiado por muitos especialistas, principalmente os profissionais da área jurídica pelo fato de dar eficácia as normas da OMC, ao contrario do antigo GATT.

Assim, pode-se dizer que a Organização Mundial do Comércio possui ‘dentes’, tendo um mecanismo que faz valer todos os seus acordos, também conhecido juridicamente como *enforcement*¹⁹.

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC é uma verdadeira corte, de âmbito internacional, inclusive possui um órgão de apelação. A parte que se sentir prejudicada da decisão do painel poderá recorrer.

O Sistema é um marco para o direito internacional pois é resultado do amadurecimento do sistema multilateral, conforme salienta da Silva Neto²⁰ (1998):

16 No antigo GATT, as resoluções eram adotadas somente por consenso de todas as partes contratantes, inclusive o perdedor, assim bastava uma objeção e era bloqueada a adoção. Atualmente a decisão é adotada automaticamente e deve haver o consenso no caso de rechaçar a resolução, incluindo o vencedor da reclamação. World Trade Organization. Understanding the wto. 3 ed. Genebra: WTO, 2005, p. 55

17 Barral, Welber. Solução de controvérsias na organização mundial do comércio, p.19

18 ou Dispute Settlement Understanding (DSU) em inglês.

19 Sanção, obrigação de cumprir a lei

20 Da Silva Neto, Orlando - O Mecanismo de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: análise de caso – contencioso Brasil e Venezuela e Estados Unidos. In Solução e Prevenção de Litígios Internacionais, de Controvérsias:. São Paulo: Necin – Projeto Capes, 1998, p.220

A OMC e seu sistema de solução de diferenças não são uma criação teórica, implantada por um consenso momentâneo dos Estados. Ao invés, são frutos da experiência prática dos países membros, tendo, em sua evolução, incorporado o aprendizado dos erros e acertos ocorridos no processo histórico que levou a sua criação.

O Entendimento Relativo as Normas e Procedimentos pelo que se Rege as Soluções de diferenças, veio inovar o direito internacional, na medida em que os membros se submetem a cumprir as determinações estabelecidas pelo sistema, conforme dispõe a parte final do artigo 23.1 do referido acordo, o qual estabelece que "... os membros recorrerão as normas e procedimentos do presente Entendimento, que deverão acatar."

O fato das decisões dos órgãos resolutórios serem obrigatórias para os membros, tornam mais eficazes as normas da OMC., assegurando a previsibilidade a segurança jurídica e a certeza do direito no sistema multilateral do comércio.

Cabe salientar que o caráter obrigatório das decisões da OMC, é muito importante para o direito internacional. Segundo Piérola (2008)²¹, o ordenamento jurídico internacional não dispõe de uma jurisdição obrigatória a que alguma das partes em uma controvérsia possa recorrer sem contar com o consentimento da outra parte, em face do caráter soberano dos Estados.

Ocorre que na OMC, as partes tem que acatar as decisões, e essas partes são a maioria na comunidade internacional. E assim o é porque a OMC engloba a maioria dos Estados do Planeta²² e também os territórios aduaneiros,²³ Portanto, as decisões tomadas pelos membros e a jurisprudência, influencia no comportamento comercial, político, social e ambiental do mundo inteiro sendo que muitas vezes, o País tem que adequar sua legislação interna as decisões da OMC.

Nas palavras de Piérola (2008): "El sistema de solución de diferencias de la OMC es hoy en día uno de los mecanismos de solución de controversias de mayor éxito a nivel mundial." Ainda Segundo

21 PIÉROLA, Fernando. *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*. p. 17.

22 Na site oficial da ONU, verifica-se que a Organização das Nações Unidas tem 193 Estados membros. Disponível em: <<http://www.un.org/members/list.shtml>>. Acesso em: 16 abr. 2012 e, segundo o Departamento de Estado Americano existem 195 Estados Independentes. Disponível em: <http://www.state.gov/www/regions/independent_states.html>. Acesso em: 16 abr. 2012

23 Barral (2007), cita os seguintes territórios aduaneiros que são membros da OMC: Hong Kong (China), Macau (China) e Taípe Chinesa (territórios aduaneiros separados de Taiwan, Penghu, Kinmen e Matsu) – in op.cit., p. 32

o autor, o mecanismo de solução de diferenças é destinado a prever a seguridade e previsibilidade do regime jurídico.²⁴ O que é de suma importância nas relações multilaterais comerciais.

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC é composto por todos os seus membros e as disputas, são resolvidas, sucintamente, em quatro estágios: 1º - consultas; 2º procedimentos do painel; 3º procedimentos do Órgão de Apelação; e 4º implementação das recomendações e das decisões. Passaremos a examinar com detalhes cada uma dessas fases:

1 – Consultas – até 60 dias. Antes de adotar qualquer outra medida as partes tem que manter conversas com o intuito de resolver o impasse, através de consultas (Artigo 4 do acordo).²⁵ Se esse intento

24 PIÉROLA, Op.cit., p. xiii

25 O artigo 4 do acordo assim dispõe: 1 - Os Membros afirmam sua determinação de fortalecer e aperfeiçoar a eficácia dos procedimentos de consulta utilizados pelos Membros. 2 - Cada Membro se compromete a examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro Membro e a conceder oportunidade adequada para consulta com relação a medidas adotadas dentro de seu território que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido. 3 - Quando a solicitação de consultas for formulada com base em um acordo abrangido, o Membro ao qual a solicitação for dirigida deverá respondê-la, salvo se mutuamente acordado de outro modo, dentro de um prazo de 10 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, e deverá de boa-fé proceder a consultas dentro de um prazo não superior a 30 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, com o objetivo de chegar a uma solução mutuamente satisfatória. Se o Membro não responder dentro do prazo de 10 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, ou não proceder às consultas dentro de prazo não superior a 30 dias, ou dentro de outro prazo mutuamente acordado contado a partir da data de recebimento da solicitação, o Membro que houver solicitado as consultas poderá proceder diretamente a solicitação de estabelecimento de um grupo especial. 4 - Todas as solicitações de consultas deverão ser notificadas ao OSC e aos Conselhos e Comitês pertinentes pelo Membro que as solicite. Todas as solicitações de consultas deverão ser apresentadas por escrito e deverão conter as razões que as fundamentam, incluindo indicação das medidas controversas e do embasamento legal em que se fundamenta a reclamação. 5 - Durante as consultas realizadas em conformidade com as disposições de um acordo abrangido, os Membros procurarão obter uma solução satisfatória da questão antes de recorrer a outras medidas previstas no presente Entendimento. 6 - As consultas deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de qualquer Membro em quaisquer procedimentos posteriores. 7 - Se as consultas não produzirem a solução de uma controvérsia no prazo de 60 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. A parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial dentro do referido prazo de 60 dias se as partes envolvidas na consulta considerarem conjuntamente que as consultas não produziram solução da controvérsia. 8 - Nos casos de urgência, incluindo aqueles que envolvem bens perecíveis, os Membros iniciarão as consultas dentro de prazo não superior a 10 dias contados da data de recebimento da solicitação. Se as consultas não produzirem solução da controvérsia dentro de prazo não superior a 20 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. 9 - Em casos de urgência, incluindo aqueles que envolvem bens perecíveis, as partes em controvérsia, os grupos especiais e o órgão de Apelação deverão envidar todos os esforços possíveis para acelerar ao máximo os procedimentos. 10 - Durante as consultas os Membros deverão dar atenção especial aos problemas e interesses específicos dos países em desenvolvimento

não é bem sucedido, podem pedir ao diretor geral que intervenha para mediar a contenda. Isso também pode ocorrer também durante qualquer estágio do processo, conforme dispõe o artigo 5 do acordo²⁶

2 – Estabelecimento do grupo especial e procedimentos do grupo especial: No caso de ser ultrapassada a fase das consultas por falta de entendimento entre os membros envolvidos, a parte reclamante pode requerer que seja estabelecido um grupo especial de acordo com o artigo 6²⁷. O grupo especial (painel) é composto normalmente

Membros. 11 - Quando um Membro não participante das consultas considerar que tem interesse comercial substancial nas consultas baseadas no parágrafo 1º do art. 22 do GATT 1994, parágrafo 1º do art. 22 do GATS, ou nas disposições pertinentes de outros acordos abrangidos(4) tal Membro poderá notificar os Membros participantes da consulta e o OSC, dentro de um prazo de 10 dias contados da data da distribuição da solicitação de consultas baseadas em tal artigo, de seu desejo de integrar-se às mesmas. Tal Membro deverá associar-se às consultas desde que o Membro ao qual a solicitação de consultas foi encaminhada entenda que a pretensão de interesse substancial tenha fundamento. Nesse caso, o OSC deverá ser devidamente informado. Se a requisição para a participação das consultas não for aceita, o Membro requerente poderá solicitar consultas com base no parágrafo 1º do art. 22 ou parágrafo 1º do art. 23 do GATT 1994, parágrafo 1º do art. 22 ou parágrafo 1º do art. 23 do GATS, ou nas disposições pertinentes dos acordos abrangidos.

- 26 Artigo 5: 1 - Bons ofícios, conciliação e mediação são procedimentos adotados voluntariamente se as partes na controvérsia assim acordarem. 2 - As diligências relativas aos bons ofícios, à conciliação e à mediação, e em especial as posições adotadas durante as mesmas pelas partes envolvidas nas controvérsias, deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de quaisquer das partes em diligências posteriores baseadas nestes procedimentos. 3 - Bons ofícios, conciliação ou mediação poderão ser solicitados a qualquer tempo por qualquer das partes envolvidas na controvérsia. Poderão iniciar-se ou encerrar-se a qualquer tempo. Uma vez terminados os procedimentos de bons ofícios, conciliação ou mediação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. 4 - Quando bons ofícios, conciliação ou mediação se iniciarem dentro de 60 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante não poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial antes de transcorrido o prazo de 60 dias a partir da data de recebimento da solicitação de consultas. A parte reclamante poderá solicitar o estabelecimento de um grupo especial no correr do prazo de 60 dias se as partes envolvidas na controvérsia considerarem de comum acordo que os bons ofícios, a conciliação e a mediação não foram suficientes para solucionar a controvérsia. 5 - Se as partes envolvidas na controvérsia concordarem, os procedimentos para bons ofícios, conciliação e mediação poderão continuar enquanto prosseguirem os procedimentos do grupo especial. 6 - O Diretor-Geral, atuando "ex officio", poderá oferecer seus bons ofícios, conciliação ou mediação com o objetivo de auxiliar os Membros a resolver uma controvérsia.
- 27 Artigo 6: 1 - Se a parte reclamante assim o solicitar, um grupo especial será estabelecido no mais tardar na reunião do OSC seguinte àquela em que a solicitação aparece pela primeira vez como item da agenda do OSC, a menos que nessa reunião o OSC decida por consenso não estabelecer o grupo especial. 2 - Os pedidos de estabelecimento de grupo especial deverão ser formulados por escrito. Deverão indicar se foram realizadas consultas, identificar as medidas em controvérsia e fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação, suficiente para apresentar o problema com clareza. Caso a parte reclamante solicite o estabelecimento do grupo especial com termos de referência diferentes dos termos padrão, o pedido escrito deverá incluir sugestão de texto para os termos de referência especiais.

por três membros (artigo 8)²⁸ e poderá ser acrescentado mais dois a pedido das partes. O prazo para apresentar o relatório é de seis meses e no máximo nove meses, a contar da data de seu estabelecimento. A parte reclamante poderá solicitar a suspensão dos trabalhos do grupo especial, a qual não poderá exceder doze meses, sob pena de perda do direito para requerer o seu restabelecimento.

28 1 Os grupos especiais serão compostos por pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não, incluindo aquelas que tenham integrado um grupo especial ou a ele apresentado uma argumentação, que tenham atuado como representantes de um Membro ou de uma parte contratante do GATT 1947 ou como representante no Conselho ou Comitê de qualquer acordo abrangido ou do respectivo acordo precedente, ou que tenha atuado no Secretariado, exercido atividade docente ou publicado trabalhos sobre direito ou política comercial internacional, ou que tenha sido alto funcionário na área de política comercial de um dos Membros. 2 - Os Membros dos grupos especiais deverão ser escolhidos de modo a assegurar a independência dos Membros, suficiente diversidade de formações e largo espectro de experiências. 3 - Os nacionais de Membros cujos governos sejam parte na controvérsia ou terceiras partes, conforme definido no parágrafo 2º do art. 10, não atuarão no grupo especial que trate dessa controvérsia, a menos que as partes acordem diferentemente. 4 - Para auxiliar na escolha dos integrantes dos grupos especiais, o Secretariado manterá uma lista indicativa de pessoas, funcionários governamentais ou não, que reúnem as condições indicadas no parágrafo 1º, da qual os integrantes dos grupos especiais poderão ser selecionados adequadamente. Esta lista incluirá a relação de peritos não governamentais elaborada em 30 de novembro de 1984 (BISD 31S/9), e outras relações ou listas indicativas elaboradas em virtude de qualquer acordo abrangido, e manterá os nomes dos peritos que figurem naquelas relações e listas indicativas na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. Os Membros poderão periodicamente sugerir nomes de pessoas, funcionários governamentais ou não, a serem incluídos na lista indicativa, fornecendo informação substantiva sobre seu conhecimento de comércio internacional e dos setores ou temas dos acordos abrangidos, e tais nomes serão acrescentados à lista após aprovação pelo OSC. Para cada pessoa que figure na lista, serão indicadas suas áreas específicas de experiência ou competência técnica nos setores ou temas dos acordos abrangidos. 5 - Os grupos especiais serão compostos por três integrantes a menos que, dentro do prazo de 10 dias a partir de seu estabelecimento, as partes em controvérsia concordem em compor um grupo especial com cinco integrantes. Os Membros deverão ser prontamente informados da composição do grupo especial. 6 - O Secretariado proporá às partes em controvérsia candidatos a integrantes do grupo especial. As partes não deverão se opor a tais candidaturas a não ser por motivos imperiosos. 7 - Se não houver acordo quanto aos integrantes do grupo especial dentro de 20 dias após seu estabelecimento, o Diretor-Geral, a pedido de qualquer das partes, em consulta com o Presidente do OSC e o Presidente do Conselho ou Comitê pertinente, determinará a composição do grupo especial, e nomeará os integrantes mais apropriados segundo as normas e procedimentos especiais ou adicionais do acordo abrangido ou dos acordos abrangidos de que trate a controvérsia, após consulta com as partes em controvérsia. 8 - Os Membros deverão comprometer-se, como regra geral, a permitir que seus funcionários integrem os grupos especiais. 9 - Os integrantes dos grupos especiais deverão atuar a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização. Assim sendo, os Membros não lhes fornecerão instruções nem procurarão influenciá-los com relação aos assuntos submetidos ao grupo especial. 10 - Quando a controvérsia envolver um país em desenvolvimento Membro e um país desenvolvido Membro, o grupo especial deverá, se o país em desenvolvimento Membro solicitar, incluir ao menos um integrante de um país em desenvolvimento Membro. 11 - As despesas dos integrantes dos grupos especiais, incluindo viagens e diárias, serão cobertas pelo orçamento da OMC, de acordo com critérios a serem adotados pelo Conselho Geral, baseados nas recomendações do Comitê de Orçamento, Finanças e Administração.

Etapa Intermediária de Reexame (art.15) - após a apresentação de réplicas e argumentação oral das partes, o grupo especial deve submeter as seções descritivas do projeto de relatório, para comentários das partes. Ultrapassada essa fase, o grupo especial deve elaborar um relatório provisório, ao qual as partes podem oferecer comentários. O relatório provisório, já com as conclusões do grupo especial, será considerado o relatório final, pronto para a circulação entre todos os membros, se não houver comentários; Cabe aqui esclarecer que o grupo especial ajuda o órgão de solução de diferenças a ditar resoluções ou fazer recomendações. Esse informe só pode ser rechaçado mediante consenso do Órgão de Solução de Diferenças, o que dificilmente acontece.²⁹

3 – Procedimentos do Órgão de Apelação. O informe se converte em resolução e a parte que não concorda com a decisão pode apelar³⁰. O Órgão Permanente de Apelação é composto por sete membros³¹ indicados pelo Órgão de Solução de Diferenças para um mandato de quatro anos. Mas cada apelação é examinada por três membros do órgão permanente de apelação. Apenas as partes da disputa, excluindo-se terceiros interessados, poderão recorrer do relatório do painel. Adoção do relatório do Órgão de Apelação: dentro do prazo de 30 dias a contar da distribuição do documento aos membros, a menos que o OSC decida por consenso não adotar o relatório;

4 - Implementação das Recomendações e das Decisões do OSC: em reunião do OSC, dentro de 30 dias após a data de adoção do relatório do Painel ou do Órgão de Apelação, o membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações daquele Órgão. Não sendo possível a implementação imediata, o membro interessado deverá dispor de prazo razoável³²; Compensações: se a parte afetada

29 Organização Mundial do Comércio. *Entender la OMC* p.56

30 na apelação não cabe revisão de provas, nem o exame de novas questões, o recurso somente pode ser fundamentado em matérias de direito.

31 As pessoas escolhidas devem ter notório conhecimento em direito e comércio internacional e não estar vinculada a nenhum governo. Podemos citar como exemplo o advogado Luiz Otávio Batista, que por enquanto foi o único brasileiro a fazer parte do Órgão de Apelação

32 De acordo com o artigo 21.3 do DSU, O prazo razoável deverá ser: a) o prazo proposto pelo Membro interessado, desde que tal prazo seja aprovado pelo OSC ou, não havendo tal aprovação; b) um prazo mutuamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 dias a partir da data de adoção das recomendações e decisões ou, não havendo tal acordo; c) um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões. Em tal arbitragem, uma diretriz para o árbitro será a de que o prazo razoável para implementar as recomendações do grupo

não implementar as decisões e recomendações do OSC dentro do prazo razoável estabelecido, deverá, se solicitada, negociar com a outra parte compensações mutuamente satisfatórias. Suspensão da Aplicação de Concessões (“retaliação”): Se dentro dos 20 dias seguintes à data da expiração do prazo razoável determinado não se houver acordado uma compensação satisfatória, quaisquer das partes que hajam recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos à parte interessada. Os princípios definidores da suspensão da aplicação de concessões e a determinação de seu valor são objeto de arbitragem; Após a determinação, pelo comitê de arbitragem, de que maneira e em que valor incidirá a suspensão da aplicação de concessões, a parte interessada deve solicitar autorização ao OSC para poder aplicar aquela suspensão.

Conforme já tivemos oportunidade de salientar, O Órgão de solução de controvérsias do OMC é uma verdadeira preciosidade para o direito internacional, pois possui mecanismos para que se cumpram as decisões, caso fique decidido que foi infringida alguma norma do sistema multilateral do comércio.

Apos essas considerações passamos a analisar algumas disputas entre dois dos países que mais utilizam o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

2 DISPUTAS ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS

O Brasil e os Estados Unidos foram os primeiros países (juntamente com a Venezuela) a utilizar o sistema de controvérsias da OMC e também são os mais atuantes, assim como o Canadá e a União Européia, sejam como demandantes, demandados ou terceiros interessados.

Até o momento houveram 14 disputas entre os dois países (nem todas houve o estabelecimento de um painel), o que torna os Estados Unidos o membro que mais disputas tem com o Brasil. Sendo que a maioria dela tem o ultimo como reclamante, conforme veremos a seguir.

Disputas do Brasil contra os Estados Unidos.

especial ou do órgão de Apelação não deverá exceder a 15 meses da data de adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação. Contudo, tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias particulares.

2.1 DS 4: ESTADOS UNIDOS – PAUTAS PARA A GASOLINA REFORMULADA E CONVENCIONAL.

Após a criação da OMC, o Brasil foi o primeiro membro da OMC, juntamente com a Venezuela, a solicitar, em 1995, o estabelecimento de um painel para analisar medida dos Estados Unidos sobre a importação da gasolina.³³

A Estréia do Brasil foi o DS 4. A Venezuela celebrou consultas com os Estados Unidos, conforme documento datado de 24 de janeiro de 1995³⁴, sendo que posteriormente, em 10 de abril o Brasil também realizou consultas³⁵, em face da Agencia de Proteção Ambiental dos Estados Unidos, ter adotado em 1993 “Clean Air Act” que alterou as regras para a composição e as emissões da gasolina com o objetivo de impedir a contaminação do ar.³⁶

Não tendo chegado a soluções satisfatórias, Venezuela solicitou o estabelecimento de um grupo especial em 25 de março de 2005 e, o Brasil em 31 de maio do mesmo ano. Austrália, Canadá, Comunidades Européias e Noruega solicitaram a participação como terceiros interessados.

O Brasil e Venezuela argumentaram que a regulamentação americana em matéria de gasolina infringia os artigos I e III do GATT, o artigo 2 do Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio, e não estava amparada por nenhuma das exceções previstas no artigo XX do GATT de 1994.

33 Informação constante no site da Missão Permanente do Brasil em Genebra – disponível em: www.desbragva.org/mission_pt/index.php?numero=40 acesso em 25 de março de 2009

34 WT/DS/2/1 - de 02 de fevereiro de 1995 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Request for Consultations under Article XXII.1 of GATT 1994 by Venezuela

35 WT/DS/4/1 - de 12 de abril de 1995 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Request for Consultations under Article XXII.1 of GATT 1994 by Brazil

36 O Clean Air Act divide em dois segmentos o mercado para a venda de gasolina nos Estados Unidos. O primeiro corresponde aproximadamente 30% da gasolina comercializada no país, está integrado pelas zonas metropolitanas que durante 1987 e 1989 foram mais afetadas pela contaminação por ozônio no verão e algumas outras zonas que não precisam cumprir os requisitos nacionais. Assim, passou a circular dois tipos de gasolina, a reformulada (nas zonas que não cumprem os objetivos) e a convencional (nas zonas que cumprem os objetivos). O Clean Air Act estabelece requisitos para a gasolina convencional, com o objetivo de garantir que a gasolina convencional vendida no resto do país por cada refinador, ou importador, não seja menos limpa que a vendida em 1990, evitando assim que os refinadores e importadores aproveitem os componentes cuja utilização está restringida na gasolina reformulada para produzir gasolina convencional e provoquem um aumento das emissões prejudiciais ao meio ambiente. Portanto a norma Americana estabelece que nenhum refinador ou importador de gasolina possa vender gasolina convencional que emita maior quantidade de monóxido de carbono que o que foi vendido nos Estados Unidos em 1990

Como os fundamentos e o demandado eram o mesmo, foi decidido que apenas um Grupo Especial iria analisar as reclamações do Brasil e da Venezuela.

O Informe foi distribuído entre os membros em 29 de janeiro de 1996. O Grupo especial considerou que:

A gasolina importada e a gasolina nacional de mesma composição química eram produtos similares no sentido do parágrafo 4 do artigo III, rechaçando a alegação dos Estados Unidos de que estava tratando similarmente a gasolina importada e a nacional. O grupo especial também concluiu que as medidas adotadas pelos Estados Unidos não estavam justificadas ao amparo do disposto nas letras b), d) e g) do artigo XX.³⁷

Os Estados Unidos recorreram da decisão³⁸ sendo que o Órgão de Apelação emitiu seu relatório no sentido de que a medida era destinada principalmente a conservação de recursos naturais esgotáveis, mas não podia justificar-se ao amparo do preâmbulo do artigo XX, porque constituía uma discriminação injustificável e uma restrição ao comércio internacional. Ou seja, a medida incluía-se no artigo XX(g) mas não cumpria os requisitos do caput do artigo XX.³⁹

3.2. DS 217: ESTADOS UNIDOS - COMPENSAÇÃO POR DUMPING E SUBSÍDIO CONTINUADO DE 2000.

Juntamente com a Austrália, Chile, Comunidade Européia, Índia, Indonésia, Japão, Korea e Tailândia, o Brasil celebrou consultas com os Estados Unidos em 21 de dezembro de 2000.

37 WT/DS2/R de 29 de janeiro de 1996 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Report of the Panel

38 WT/DS2/6 de 22 de fevereiro de 1996 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Notification of an Appeal by the United States under Paragraph 4 of Article 16 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)

39 Assim se depreende do relatório do órgão de apelação: “Nós localizamos acima duas omissões por parte dos Estados Unidos: explorar adequadamente os meios, incluindo particularmente a cooperação com os governos da Venezuela e do Brasil, de mitigar os problemas administrativos usados como justificativa pelos Estados Unidos para rejeitar bases individuais para refinadores estrangeiros; e contar os custos para refinadores estrangeiros que resultariam da imposição de bases estatutárias. Em nossa opinião, essas duas omissões vão bem além do que era necessário para o Painel determinar que uma violação do Artigo III:4 ocorreu em primeiro lugar. A discriminação resultante deve ter sido prevista, e não foi meramente inadvertida ou inevitável. À luz do exposto acima, nossa conclusão é que as regras de estabelecimento de bases na Regra da Gasolina, em sua aplicação, constituem ‘discriminação injustificada’ e uma ‘restrição disfarçada ao comércio internacional.’ Mantemos, em suma, que as regras de estabelecimento de bases, embora nos termos do Artigo XX(g), não servem para justificar a proteção conferida pelo Artigo XX como um todo.” In WT/DS2/AB/R – de 29 de abril de 1996 - Appellate Body - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - AB-1996-1 - Report of the Appellate Body

Os demandantes se insurgiram contra a Emenda Byrd (1930), argüiram que Emenda Byrd – legislação previa que recursos obtidos com direitos compensatórios e antidumping fossem distribuídos às empresas que iniciaram as investigações contra os produtores estrangeiros. Um painel foi estabelecido em julho de 2001 e foi concluído em setembro de 2002. O painel entendeu que a Emenda Byrd infringia alguns artigos do acordo anti-dumping e do acordo de subsídios. Os Estados Unidos apelaram e em Janeiro de 2003 o órgão de apelação concluiu que a Emenda Byrd infringia alguns acordo do GATT de 1994 e infringia o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Os EUA não modificaram sua legislação, assim o Brasil e outros demandantes solicitaram autorização para retaliar. Em fevereiro de 2006, foi editado, nos EUA, o *Déficit Reduction Act*, que revogou a Emenda Byrd a partir de setembro de 2007.

2.3 DS 218: ESTADOS UNIDOS – MEDIDAS COMPENSATÓRIAS SOBRE CERTOS PRODUTOS SIDERÚRGICOS DO BRASIL

Em dezembro de 2000, o Brasil celebrou consultas com os EUA referente a aplicação de direitos compensatórios sobre produtos siderúrgicos fabricados por empresas brasileiras, que receberam subsídios antes do processo de privatização. Não houve pedido de instalação de um painel por parte do Brasil.

2.4 DS 224: ESTADOS UNIDOS - O BRASIL SOLICITOU CONSULTAS EM JANEIRO DE 2001, SOBRE A COMPATIBILIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA COM O ACORDO SOBRE ASPECTOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. O BRASIL OPTOU POR NÃO SOLICITAR O ESTABELECIMENTO DE UM PAINEL

2.5 DS 239: DIREITOS ANTIDUMPING SOBRE SILÍCIO METÁLICO DO BRASIL

O Brasil celebrou consultas com os Estados Unidos referente aos direitos antidumping impostos por aquele país norte-americano as importações de silício metálico procedentes do Brasil, questionou também a prática de zeroing⁴⁰, já refutada pelo órgão de apelação no contencioso DS 141. “Esses procedimentos podem ter contribuído para a repetida imposição, desde 1991, de direitos *antidumping* sobre a

40 zeroing consiste em zerar quaisquer ocorrências em que o preço do bem importado seja superior ao valor normal

Companhia Brasileira Carbureto de Cálcio (CBCC). Após as consultas, a empresa decidiu buscar solução por meio de contatos diretos com parceiros e autoridades comerciais dos EUA (...). Em dezembro de 2003, a empresa comunicou ter atingido seus objetivos.⁴¹ Portanto, não foi solicitado o estabelecimento de painel.

2.6 DS 250, ESTADOS UNIDOS – IMPOSTO DE EQUALIZAÇÃO DA FLÓRIDA SOBRE O SUCO DE LARANJA.

Em 20 de março de 2002, o Brasil solicitou consultas aos Estados Unidos com relação ao “imposto especial de equiparação” (*Equalizing Excise Tax - EET*) existente, desde 1970, aos produtos processados de laranja importados, nos termos da *Section* 601.155 da legislação daquele estado.⁴² Para o Brasil, a incidência da taxa sobre produtos importados e não sobre os produtos domésticos infringiam normas do GATT 1994 e o princípio do tratamento nacional (Artigo III). Além disso, a *Equalizing Exercise Tax* não estava prevista no *schedule* dos EUA, anexo e parte integrante do GATT 1994, sua imposição acarretava taxaço acima do permitido pelo Artigo II:1 (a).

O Brasil solicitou o estabelecimento de painel em agosto de 2002, tendo sido posteriormente suspenso em face do governo brasileiro ter considerado que foi alcançado mutuamente solução satisfatória para o caso e ambos os países dirigiram notificação conjunta ao órgão de solução de Controvérsias da OMC.

2.7 DS 259, ESTADOS UNIDOS – MEDIDAS DE SALVAGUARDA DEFINITIVAS SOBRE IMPORTAÇÕES DE CERTOS PRODUTOS SIDERÚRGICOS

Brasil celebrou consultas com os EUA referente algumas medidas de salvaguarda imposta por aquele País sobre produtos siderúrgicos importados e, em julho de 2002 solicitou o estabelecimento de painel, o qual foi unificado aos painéis pedidos por Comunidades Europeias, Japão, Coreia, China, Noruega, Nova Zelândia e Suíça. O relatório do painel foi emitido em 11 de julho de 2003, mas os EUA recorreram ao Órgão de Apelação, cujo relatório circulou em 10 de novembro de 2003

41 site do Ministério das Relações Exteriores – Contenciosos Encerrados ou Suspensos. Acesso em 16 abr. 2012

42 A EET equivaleria à Florida Box Tax, aplicada sobre as laranjas produzidas no estado, e teria o objetivo de eliminar qualquer vantagem que o produto estrangeiro poderia usufruir por não estar sujeito à taxa local.

e deu ganho de causa aos demandantes. Os EUA acabaram removendo as salvaguardas condenadas.⁴³

2.8 DS 267 – ESTADOS UNIDOS SUBSÍDIOS AO ALGODÃO (“UP LAND”)

Em 27 de setembro de 2002, o Brasil celebrou consultas com os EUA em relações aos subsídios concedidos aos produtores usuários e exportadores estadunidenses do algodão americano (“upland”). O Brasil entendeu que o alegado subsídio era incompatível com o artigo 10 do acordo sobre agricultura e outras disposições do GATT de 1994.

Em 06 de fevereiro de 2003 o Brasil solicitou o estabelecimento de um painel e, em 06 de setembro de 2004 foi distribuído o relatório, sendo que o Grupo Especial constatou que três dos programas de garantias de créditos a exportação dos Estados Unidos são subvenções a exportação e não estão sobre a proteção da cláusula de paz, o que resulta em sérios prejuízos aos interesses brasileiros em forma de supressão da subida dos preços no mercado mundial. Os Estados Unidos apelaram e em 03 de Março de 2005 se distribuiu aos membros o relatório do Órgão de Apelação que modificou parte da decisão do painel, mas recomendou que os subsídios fossem retirados mais tardar em um prazo de seis meses e que os Estados Unidos adotassem medidas apropriadas para eliminar os efeitos desfavoráveis de determinadas subvenções. O prazo para cumprimento expirou em 21 de setembro de 2005. O Brasil foi autorizado a aplicar retaliações contra os EUA mas em agosto de 2010 as partes notificaram que haviam estabelecido parâmetros para as deliberações com o intuito de chegar a uma solução ao respeito dos programas dos Estados Unidos de ajuda interna ao algodão americano. Assim, o Brasil não imporá as retaliações autorizadas pela OMC.

2.9 DS 365 ESTADOS UNIDOS – AJUDA INTERNA E GARANTIAS DE CRÉDITOS PARA A EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS.

Em julho de 2007 o Brasil celebrou consultas com os Estados Unidos com relação as medidas estadunidenses na agricultura como ajuda interna para produtos agropecuários (nos anos de 1999 a 2005) e garantias de créditos a exportação para produtos agropecuários. Referidas medidas, na opinião brasileira infringia o acordo sobre agricultura e sobre subvenções e medidas compensatórias. Brasil e Canadá, separadamente solicitaram o estabelecimento de um painel. Em 17 de dezembro de 2007,

43 Contenciosos Encerrados ou Suspensos- site do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/cgc/brasil%20histórico.doc>>. Acesso em : 15 abr. 2012

foi estabelecido um painel. Atualmente a disputa encontra-se na fase de definição de painelistas para compor o painel.

2.10 DS 382 – ESTADOS UNIDOS – EXAMES ADMINISTRATIVOS DE DIREITOS ANTIDUMPING E OUTRAS MEDIDAS EM RELAÇÃO COM AS IMPORTAÇÕES DE SUCO DE LARANJA PROCEDENTE DO BRASIL

Em 27 de novembro de 2008 o Brasil celebrou consultas com os Estados Unidos referente a metodologia de *zeroing* em investigação antidumping sobre suco de laranja importado do Brasil e, em 20 de agosto de 2009 foi solicitado o estabelecimento de um painel o qual foi instalado em 31 de agosto. Em 25 de Março de 2011 foi distribuído o relatório do painel aos membros, tendo sido o considerado que o uso do “zeroing” em procedimentos antidumping sucessivos infringe o acordo antidumping, e é injusto. O painel recomendou ainda que os Estados Unidos tomem medidas compatíveis com suas obrigações no referido acordo. O relatório do painel foi adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC eis que não houve recurso ao Órgão de Apelação.

Em 17 de junho de 2011, as partes notificaram o Órgão de Solução de Controvérsias que haviam acordado prazo para que os Estados Unidos cumpram as recomendações e resoluções até 17 de março de 2012.

Verifica-se, nos casos acima que o Brasil ingressou com mais disputas na OMC contra os Estados Unidos, do que o País Americano contra a Nação Brasileira, passamos a descrever esses casos.

2.11 DS 52 E DS 65, BRASIL CERTAS MEDIDAS QUE AFETAM O COMÉRCIO E INVESTIMENTO NO SETOR AUTOMOTIVO⁴⁴

Os EUA celebraram consultas com o Brasil, em face do regime estabelecido pelo governo brasileiro para estimular o estabelecimento de montadoras de automóveis no País. As consultas resultaram no estabelecimento de quotas tarifárias, com isso evitou-se a abertura de painel.

2.12 DS 197, BRAZIL – MEDIDAS SOBRE PREÇOS MÍNIMOS DE IMPOSTAÇÃO

Os EUA realizou, em julho de 2000 consultas sobre pratica de supostos procedimentos de licenciamento não automático e de valoração

⁴⁴ ambas Disputas tiveram a mesma denominação embora números diferentes (DS 62 e DS 65)

aduaneira adotados pelo Brasil. Não foi solicitado o estabelecimento de um painel.

2.13 DS 199, BRAZIL – MEDIDAS REFERENTE A PROTEÇÃO PATENTÁRIA

Os EUA celebraram consultas referente a Lei de Propriedade Intelectual brasileira (Lei 9279/96) e outras medidas sobre ‘elemento local’ sobre direito de patentes. Em negociações, ficou acordada a retirada do painel em troca do compromisso de que se por ventura existisse caso de licença compulsória que afetassem empresas norte-americanas seriam previamente notificadas pelo Brasil no âmbito do Mecanismo Bilateral Brasil – Estados Unidos sobre Comércio e Investimentos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil e os Estados Unidos estavam entre os países que faziam parte do antigo GATT e também são membros fundadores da OMC.

Com a criação da OMC, foi instituído o mecanismo de solução de controvérsias, considerado a verdadeira Jóia da Coroa por dar eficácia as decisões proferidas nos painéis e no Órgão de Apelação.

Conforme salientado, Estados Unidos e Brasil estão entre os membros que mais participam do Mecanismo de Solução de Controvérsias. O primeiro por ser uma potencia mundial e, o segundo por estar ocupando mais destaque no Comércio Internacional.

O nosso país passa ser considerado no cenário político e econômico internacional como *global player*, e não mais como *free rider*, participando mais ativamente nas negociações, defendendo nosso país no sistema multilateral do comércio.

O resultado desse amadurecimento político, pode ser verificado no Órgão de Solução de Controvérsias, onde o Brasil obteve excelentes vitórias como o caso do algodão e do suco de laranja contra os EUA.

Para acompanhar os trabalhos e as negociações junto a OMC, o Ministério das Relações Exteriores conta com profissionais na Missão Permanente do Brasil em Genebra e diplomatas com notório conhecimento para representar o País nas negociações internacionais perante as Organizações Internacionais.

Todavia, na OMC quando se chega a uma disputa em que não há conciliação e é instalado um painel e, posteriormente uma das partes recorre ao Órgão de Apelação, o Brasil tem contratado escritórios de advocacia internacionais para promover sua defesa.

Também cabe salientar que no Órgão de Apelação, até hoje só houve um brasileiro, o Professor da USP e advogado Luiz Olavo Baptista. Embora tenha sido indicada para a vaga a ex-ministra do STF, Ellen Gracie, essa foi ocupada pelo mexicano Ricardo Ramirez em maio de 2009. Portanto, não só o Brasil mas a América do Sul perdeu a representação naquela corte.

No secretariado da OMC, trabalham cerca de oito brasileiros, numero esse pequeno, principalmente se compararmos com os números de países das Comunidades Européias (181 Franceses e 72 do Reino Unido) e os países que tiveram grande disputas com o Brasil, como Estados Unidos (30) e Canadá (23).

Os dados acima mencionados, significam que apesar do diligente trabalho dos diplomatas brasileiros que representam o Brasil nas Organizações Internacionais, o país deveria investir mais na capacitação dos profissionais da área jurídica para auxiliá-los no caso de uma disputa no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, quando os processos ultrapassarem a fase conciliatória.

Apesar de não existirem dados concretos, estima-se que a Advocacia Geral da União, senão a maior, é uma das maiores bancas de advogados do mundo, com profissionais especializados nas mais diversas áreas, internacional, ambiental, comercial, marítima, tributária, agrária, bancária e outras.

Portanto, a União tem condições de ter uma banca de advogados especializados para representar o País na OMC no caso de ser estabelecido um Painel e para assessorar os diplomatas nas questões jurídicas, a exemplo do que ocorre nos EUA.

O Brasil, na OMC conta com o apoio do Itamaraty, mas quando não se chega a um acordo e é estabelecido um painel, conforme já salientado, muitas vezes são contratados escritórios estrangeiros sob o argumento de que não existem advogados públicos ou privados com conhecimento técnico para desempenhar tal mister.

A iniciativa de preparar advogados para se especializarem para atuar na OMC, faria com que o País não só tivesse profissionais cada vez mais preparados e atualizados, como também traria economia ao erário já que os valores envolvidos nessas questões são de uma soma considerável.

REFERÊNCIAS

Acordo estabelecendo a Organização Mundial do Comércio (Marrakesh Agreement).. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm>.

BARBOSA, Rangel Garcia. As licitações internacionais brasileiras e a OMC. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5811/as-licitacoes-internacionais-brasileiras-e-a-omc>>. Acesso em :15 abr. 2012

BARRAL, W. *Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo. *El Conficto Agrícola entre los Estados Unidos y La Union Europea a la Luz de la Ronda Uruguay*. p. 794-795. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_022_003_041.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2012.

DA SILVA NETO, O. O Mecanismo de solução de controvérsias da organização mundial do comércio: análise de caso – contencioso Brasil e Venezuela e Estados Unidos. In *Solução e prevenção de litígios Internacionais*. Araminta de Azevedo Mercadante, José Carlos de Magalhães, coordenadores. São Paulo: Necin – Projeto Capes, 1998.

KELLY, T. – *The impact of the WTO: the environment, public health and sovereignty*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

PIÉROLA, F. *Solución de Diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas*. London: Cameron May, 2008.

PONS, M. *La OMC Y el Derecho Internacional un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del derecho internacional general*. Madri.: Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 2006,

REGO, E. C. L. *Do GATT à OMC: O que mudou, como funciona e para onde caminha o sistema multilateral do comércio*, Rio de Janeiro BNDS (texto para discussão nº 51). 1996

The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/uragreements/gatt.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

Thorstensen, vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, ano 41, n. 2, p.29-58, 1998.

_____, Vera. Brasil contabiliza vitórias na OMC. *Gazeta Mercantil*, 14 de novembro de 2001

_____, Vera. O Papel do Órgão de Apelação – Visão das Comunidades Diplomática e Acadêmica. In *10 Anos de OMC uma análise dos sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. Baptista Luiz Olavo e outros (organizadores). São Paulo: Aduaneiras, 2007. p 91 a 111

World Trade Organization. *Understanding the wto*. 3 ed. Genebra: WTO, 2005.

WT/DS/2/1 - de 02 de fevereiro de 1995 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Request for Consultations under Article XXII.1 of GATT 1994 by Venezuela

WT/DS2/R de 29 de janeiro de 1996 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Report of the Panel

WT/DS2/6 de 22 de fevereiro de 1996 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Notification of an Appeal by the United States under Paragraph 4 of Article 16 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU)

WT/DS2/AB/R – de 29 de abril de 1996 - Appellate Body - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - AB-1996-1 - Report of the Appellate Body

WT/DS/4/1 – de 12 de abril de 1995 - United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline - Request for Consultations under Article XXII.1 of GATT 1994 by Brazil

WT/DS199/1; G/L/385; IP/D/23 – de 08 de junho de 2000 - Brazil - Measures Affecting Patent Protection - Request for Consultations by the United States

WT/DS199/4 G/L/454 IP/D/23/Add.1 – de 19 de julho de 2001 - Brazil - Measures Affecting Patent Protection - Notification of Mutually Agreed Solution

MAY IT PLEASE THE COURT¹: O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO AMERICANO - NOTAS COMPARATIVAS COM O ATUAL PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

MAY IT PLEASE THE COURT: THE SYSTEM OF PRECEDENTS IN AMERICAN LAW - COMMENTS ON ITS COMPARISON WITH THE CURRENT BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Viviane Neves Caetano

Procuradora do Banco Central do Brasil.

Assessora Jurídica da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes – COJUD, no Banco Central do Brasil. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/RJ e em Direito Público pela Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução: O crescente interesse pela teoria dos precedentes; 1 Precedente e *stare decisis*: Conceitos Relevantes; 1.1 *ratio decidendi* e *obiter dictum*; 1.2 efeito vertical e horizontal dos precedentes: precedentes obrigatórios e persuasivos; 1.3: *Overruling* e *Distinguish*; 2 Precedente e coisa julgada; 3 Precedente e Jurisprudência; 4 Notas comparativas: precedente e processo civil brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

¹ Trata-se de uma frase introdutória, comumente utilizada por advogados quando adentram a Corte de Apelação, no momento de apresentar sustentação oral. (*Black's Law Dictionary*, 9 ed. 2009), acessado em 10.4.2012, via <<http://lawschool.westlaw.com/>>. Também é o título de um livro que traz os principais argumentos orais perante a Suprema Corte americana desde 1955, acompanhado de gravações dos discursos: “*May It Please the Court: Transcripts of 23 Live Recordings of Landmark Cases As Argued Before The Supreme Court*”. Editado por Peter H. Irons e Stephanie Guitton. 1933.

RESUMO: Expõe as linhas gerais do sistema de precedentes norte americano, fundado na *common law*, explicando os conceitos de precedente, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, *overruling*, entre outros. Analisa a eficácia vertical e horizontal dos precedentes. Demonstra as diferenças entre precedente, jurisprudência e coisa julgada. Demonstra o interesse crescente pelo estudo da teoria dos precedentes também no Brasil, em razão da busca pela celeridade dos processos, segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade. O objetivo do presente artigo é fazer uma análise comparativa do sistema de precedentes norte-americano com o atual processo civil brasileiro, investigando dispositivos legais vigentes, bem como os do Projeto de Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente. *Stare Decisis*. Precedentes Obrigatórios. Jurisprudência. Processo Civil Brasileiro.

ABSTRACT: The Article aims to present a general outline of the North American system of precedents, based on *common law*, explaining, among others, the concepts of precedents, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, and *overruling*. It analyzes the effectiveness of precedents (vertical and horizontal), while attempting to demonstrate the differences between precedents, jurisprudence and *res judicata*. It investigates the growing interest on the study of the theory of precedents in Brazil, due to the interest in the celerity of proceedings, legal certainty, predictability and stability. The aim of this paper is a comparative analysis of the system of precedents in the United States and the current Brazilian civil procedure, investigating existing legal provisions as well as those in the bill currently in Congress about a New Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Precedent. *Stare Decisis*. Binding Precedents. Jurisprudence. Brazilian Civil Procedure.

INTRODUÇÃO: O CRESCENTE INTERESSE PELA TEORIA DOS PRECEDENTES

O interesse pela experiência e pelos ensinamentos da *common law* e pela teoria do *stare decisis* recrudescem a cada nova reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. Comparações entre o sistema legal americano² - fundado em precedentes judiciais - e o sistema brasileiro - atrelado à interpretação da lei - decorrem da busca por um processo civil objetivo, célere e efetivo, de maneira que os ensinamentos do direito americano são bem-vindos, nesse momento de repensar a atividade judicial e o sistema processual.

Marinoni, em sua obra “Precedentes Obrigatórios”³, enumera diversos motivos para a adoção da teoria dos precedentes pelo direito brasileiro. Cita o renomado jurista as vantagens para a segurança jurídica, uma vez que os precedentes contam com previsibilidade e estabilidade. Sustenta que a incidência dos precedentes promove a igualdade perante a lei e perante a interpretação judicial da lei. Lembra, ainda, que a criação de precedentes obrigatórios permite a coerência da ordem jurídica, o respeito à hierarquia, a consistência na afirmação da ordem normativa, além do controle do poder do juiz, a garantia da imparcialidade, a possibilidade de orientação jurídica, a definição das expectativas dos litigantes, o desestímulo às aventuras judiciais, o favorecimento de acordos, a despersonalização das demandas, a racionalização do duplo grau de jurisdição, a contribuição à duração razoável do processo, economia de despesas, bem como maior eficiência do Judiciário.

O mencionado jurista não deixa, porém, de citar os argumentos contrários à adoção do sistema de precedentes, tais como o óbice à realização da isonomia substancial, a violação do princípio da separação dos poderes, prejuízo à independência dos juízes, violação ao juiz natural, redução da garantia de acesso à justiça.

As vantagens e desvantagens enumeradas por Marinoni demonstram a riqueza dos debates e induzem à inegável conclusão de que os conceitos que envolvem a teoria dos precedentes merecem estudo e conhecimento aprofundado. Em primeiro lugar, não se pode olvidar a enorme diferença existente entre as famílias jurídicas – *civil* e *common law* –, esquecendo os respectivos fundamentos históricos. Em segundo

2 Para fins didáticos e tendo em vista diferenças pontuais entre os sistemas legais dos países que adotam a *common law*, optou-se, neste trabalho, pela abordagem do sistema de precedentes vigente nos Estados Unidos da América.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.120.

lugar, as aparentes diferenças não são suficientes para desconhecermos as vantagens do sistema de precedentes, sendo clara a utilidade de tomarmos de empréstimo alguns de seus ensinamentos, ainda que não adotemos completamente todos seus preceitos, mas ao menos neles nos inspiremos.

1 PRECEDENTE E STARE DECISIS: CONCEITOS RELEVANTES

Uma breve leitura do verbete no dicionário nos dá notícia de que ‘precedente’ significa *a decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues*⁴, o que, em uma tradução livre, quer dizer que precedente é um caso decidido que fornece uma base para o julgamento de futuros litígios que envolvam problemas ou fatos semelhantes.

Para Gustavo Santana Nogueira⁵, a doutrina do *stare decisis et non quieta movere*, por sua vez, significa “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto” e estabelece que os “precedentes, decisões reiteradas ou não, de Tribunais vinculam julgamentos futuros que tratem da mesma matéria”.

Os conceitos descritos nos parágrafos acima são, porém, simplistas. O funcionamento do sistema de precedentes nos Estados Unidos é tema intrigante e exige estudo apurado, principalmente para os juristas adeptos da *civil law* que, fundados no direito codificado, costumam resistir à criação do direito com base em uma única decisão proferida em caso concreto semelhante, tal como ocorre na *common law*.

O *stare decisis* não se confunde com a *common law*, ao contrário, é um elemento moderno desse ramo jurídico⁶. Também não se pode afirmar que o precedente tem a mesma força de lei, pelo simples fato de que é comum dizer que o juiz da *common law* “cria direito”. Nota-se, portanto, que o tema é palpitante e sujeito a generalizações, o que o torna ainda mais interessante, conforme revelarão os parágrafos seguintes.

4 Black's Law Dictionary (9 ed. 2008). Disponível em: <<http://lawschool.westlaw.com/>>. Acesso em: 4.4.2012.

5 NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere – A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1.

6 Confira-se MARINONI, op. cit., p. 33: “Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de stare decisis, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (binding precedents), que é mais recente ainda. Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem com o sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como por exemplo, o conceito de ratio decidendi.”

1.1 RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM

A formação do precedente exige o conhecimento dos conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* é a parte da decisão que torna o precedente vinculante e, para fins didáticos, podemos compará-la com as razões de decidir. A força vinculante de um precedente está, basicamente, em sua fundamentação, não bastando, para a vinculação dos casos futuros, a investigação do que foi o que foi estipulado na parte dispositiva. Trata-se de analisar qual foi a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada no *decisum*. Releva perceber qual foi a tese adotada, ainda que na fundamentação várias tenham sido aventadas. Como vinculam os juízes, os efeitos da *ratio decidendi* afetam outros jurisdicionados, influenciando a segurança jurídica de muitos casos, não somente das partes envolvidas no *leading case*.

Obiter dictum, ou simplesmente, *dicta*, por sua vez, é tudo aquilo na decisão que foi “dito para morrer”⁷, é tudo aquilo que não está contido na *ratio decidendi*, que não é fundamental para a decisão e constituição do precedente. Insere-se no conceito de *obiter dictum* o suporte argumentativo não fundamental para o deslinde da controvérsia.

A grande dificuldade para a identificação de um precedente e sua regra aplicável é justamente a separação entre o que é *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi*, exigindo uma detida análise de todas as teses enfrentadas na decisão, de forma que se possa aferir a força do precedente e sua vinculação ao caso concreto.

É evidente que o julgador, ao analisar o precedente, necessita investigar o que, exatamente, é a lei do caso concreto: O que foi decidido e merece ser aplicado em casos análogos? O que é *obiter dictum* e não vinculante?

1.2 EFEITO VERTICAL E HORIZONTAL DOS PRECEDENTES: PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E PERSUASIVOS

A força dos precedentes também exige uma análise vertical ou horizontal. Por análise vertical, entende-se: a decisão de uma Corte é de observância obrigatória para os julgadores e Cortes de hierarquia inferior dentro do mesmo sistema jurisdicional⁸.

⁷ NOGUEIRA, op. cit., p. 170.

⁸ Aqui entendido o sistema jurisdicional como Corte federal ou Corte estadual.

São obrigatórios, destarte, os precedentes que tratem da mesma *ratio decidendi* dentro da mesma jurisdição e que tenham sido proferidos por corte superior.

Em homenagem à segurança jurídica e em razão da hierarquia existente dentro dos sistemas judiciais, portanto, casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma.

É evidente e intuitivo, também, que cada corte respeite as decisões dela emanadas em casos pretéritos⁹.

Decisões de diferentes sistemas ou de cortes paralelas dentro do mesmo sistema constituem precedentes apenas persuasivos (efeito horizontal). Nesse caso, o juiz não está obrigado a repetir decisão proferida em caso semelhante, mas os argumentos podem e devem ser utilizados pelos advogados a título de argumentação, ficando o Juiz livre para a criação do direito, na hipótese de inexistência de outro precedente obrigatório relacionado à matéria.

1.3 OVERRULING E DISTINGUISH

A obrigatoriedade ou o simples caráter persuasivo do precedente no direito americano estão intimamente ligados com a possibilidade ou impossibilidade de sua revogação ou desconsideração. Diante de um precedente obrigatório, o juiz está impedido de revogar ou deixar de aplicar a decisão anterior, salvo raras exceções.

É evidente que ao juiz cabe verificar a exata compatibilidade da *ratio decidendi* do precedente com o caso sob exame. Caso perceba que os fatos ou a questão jurídica não são semelhantes, a ponto de não ser aplicável a mesma *ratio decidendi*, cabe ao magistrado esclarecer que o precedente não é aplicável, providência conhecida como *distinguish*¹⁰. Nesse caso, autorizam os preceitos da *common law*, que a regra seja afastada, em razão de peculiaridades que tornam o caso distinto.

Em um sistema no qual a vinculação do Juízo a determinados precedentes é obrigatória, a técnica do *distinguish* pode ser a única saída para a solução de um caso concreto. Não obstante, é evidente que o precedente somente não será aplicável se a diferença for tal que provoque

9 Taruffo denomina esse caso de autoprecedente. “uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei”. TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

10 Confira-se NOGUEIRA, op. cit. p. 200: “Quanto um Tribunal reconhece a existência do precedente, mas encontra significativas diferenças que justificam a não adesão ao caso anterior, ele está dizendo, explícita ou implicitamente, que, se não fossem essas diferenças, a solução do caso atual seria a mesma do precedente, posto que é reconhecido algum valor a esse precedente.”

uma conclusão jurídica diversa daquela proferida anteriormente. Mais uma vez, aqui o *dicta (obiter dictum)* não será relevante, devendo a parte procurar a diferença nos temas que compõem a *ratio decidendi*.

Cruz e Tucci¹¹ lembra da possibilidade do *ampliative distinguishing* e do *restrictive distinguishing*:

Em primeiro lugar, o juiz da *common law* deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente. Dependendo da postura do juiz, pode este ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).

Isso significa que não se exige submissão “cega” a anteriores decisões. Permite-se à “corte estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal estreitará ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso”. [...] ¹²

Por obrigatoriedade do precedente não se deve entender sua aplicabilidade eterna. O Tribunal pode superar o precedente, por meio da técnica do *overruling*, explicitando que o direito anterior não mais será aplicado, sendo substituído por regra diversa.

Note-se que a *common law* sempre primou pelo respeito às decisões do próprio Tribunal, mas a Suprema Corte americana sempre teve o poder de rever seus precedentes, desde que existam razões que o justifiquem. Diversa foi a situação da House of Lords, que até 1966 estava submetida a um sistema de total vinculação aos julgados obrigatórios, somente adquirindo o poder de *overruling* naquele ano¹³.

Em razão do princípio da obrigatoriedade dos precedentes, é óbvio que o *overruling* deve atender a regras rígidas.

Em primeiro lugar, cabe o *overruling* quando o texto legal é alterado e a regra jurídica criada pelo precedente não mais tem aplicabilidade. Ao contrário do que se costuma afirmar, o sistema jurídico americano não despreza a lei em favor do precedente judicial. Ao contrário, havendo legislação sobre o caso, esta deve ser levada em consideração, ainda que

11 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171.

12 O autor cita, em nota de rodapé: Edward D. Re, *Stare Decisis*, Revista Jurídica, tr. port. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, 198 (1994):30.

13 Confira-se NOGUEIRA, op. cit. p. 117.

não se admita extrema flexibilidade ou interpretações extensivas. De qualquer forma, todo o sistema jurídico está submetido aos ditames da Constituição americana, não podendo as decisões desconsiderarem seus preceitos. Assim, na inexistência de estatuto específico, o julgador deverá buscar na Constituição o fundamento de suas decisões. Alterada a Constituição, alterado deverá ser o precedente.

Evidentemente, a alteração na Constituição não precisa ser formal. Caso a interpretação do texto constitucional não mais seja condizente com o precedente em vigor, há a necessidade de revogação.

Exemplo clássico de *overruling* por mudança de interpretação foi o julgamento do caso *Brown x Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte americana, com base no mesmo texto constitucional, revogou precedentes anteriores que interpretaram a 14ª emenda¹⁴, no que se refere à separação de alunos negros e brancos nas escolas.

Nesse caso emblemático, a Suprema Corte concluiu não ser admissível a existência de escolas apenas para negros ou brancos, ainda que com as mesmas facilidades e provendo idênticas oportunidades educacionais. Entendeu a corte que a teoria do *separate but equall* não é aplicável à educação pública, porque a mera separação das instalações educacionais já denotaria intrínseca desigualdade.

O caso *Brown* analisou o mesmo texto do 14º *Amendment*, que antes havia sido apreciado em casos com temática semelhante, como o *Plessy x Fergusson*¹⁵, no qual a teoria do *separate but equall* não foi considerada afronta ao texto constitucional.

O *leading case Brown x Board of Education of Topeka* demonstra, ainda, que é possível que um precedente seja superado pelo Tribunal que o criou em razão de mudanças na sociedade e seus valores. Raciocínio

14 *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. [...]

Em tradução livre:

Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Os Estados não devem fazer ou impor qualquer direito que deva encurtar os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deve qualquer Estado privar 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. [...]

15 Em 1890, a legislação da Louisiana permitia a separação de negros e brancos em vagões de trem. *Plessy*, negro, entrou em um vagão para brancos e foi convidado a se retirar. A Suprema Corte não reconheceu qualquer violação à 14ª Emenda, não verificando uma diferença qualitativa entre os vagões para brancos e os de negros.

diverso levaria ao completo desajuste das decisões judiciais com a realidade, o que não se pode admitir, uma vez que o direito é um produto da sociedade.

Evidentemente, em um sistema jurídico que preza pela segurança jurídica, uniformidade, definição de expectativas e estabilidade, o *overruling* costuma levar em consideração as consequências da decisão anterior, avaliando-se a utilidade/necessidade de superação do direito criado anteriormente.

Sabe-se que nos dias atuais a escolha do precedente adequado conta com sistemas de informática modernos que facilitam, e muito, a vida do advogado militante americano e trazem certa segurança na indicação do precedente exato para a maioria dos casos concretos. Ocorre, porém, que tanto a individualização da *ratio decidendi*, como as técnicas de *distinguishing* e *overruling* contam com uma grande dose de interpretação, o que, obviamente, pode gerar equívocos, tanto na subsunção do caso ao precedente quanto na hipótese de sua exclusão.

Por essa e outras razões, é que se admite a ocorrência de *overruling* implícito, quando um precedente anterior não se sustenta diante da existência de um posterior, que trate do mesmo caso.

Também é admitido o *overruling* quando reconhecido erro da decisão anterior. Aqui, obviamente, exige-se uma grande carga argumentativa, tanto dos advogados quanto do julgador, que devem esclarecer os motivos que configuram o erro e pelos quais o precedente deve ser superado.

2 PRECEDENTE E COISA JULGADA

Percebe-se com facilidade que o precedente do sistema legal americano não se confunde com a coisa julgada vigente no direito brasileiro.

A coisa julgada, segundo o conceito de Fredie Didier¹⁶, é a “imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva da decisão judicial”. A imutabilidade da decisão diz respeito às partes e a elas protege, não sendo, em regra, possível discutir novamente a questão, no mesmo processo ou em outro qualquer.

Já o precedente, além de fixar a regra jurídica para as partes daquele caso concreto, poderá vincular o Juiz para casos futuros, decidindo casos relativos a outras partes que demandem o mesmo objeto

16 JR. DIDIER, Fredie. Curso de *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Bahia: Podvm, 2007.

jurídico. Aqui percebemos a existência dos efeitos extra-partes, que favorecem a sociedade como um todo: coerência na afirmação da ordem normativa, controle do poder do juiz, imparcialidade, alinhamento das expectativas, o desestímulo às aventuras judiciais, o favorecimento de acordos, a despersonalização das demandas, a racionalização do duplo grau de jurisdição, a contribuição à duração razoável do processo e economia processual.

O precedente fixa, por consequência, uma regra que extrapola as partes envolvidas no caso concreto, pois afeta a comunidade como um todo, tendo em vista que o juiz passa a ter o dever de respeitar o precedente obrigatório, a menos que tenha motivos suficientes para superá-lo ou distingui-lo.

É importante salientar, ainda, que a coisa julgada, ao menos sob a ótica do direito processual civil brasileiro, está intimamente ligada ao dispositivo da decisão, o qual vincula as partes do processo. O precedente do sistema americano, por sua vez, é fundado na *ratio decidendi*, sendo o dispositivo irrelevante para a vinculação do judiciário aos casos futuros.

3 PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA

Esclareço, inicialmente, que não tenho dúvidas em afirmar que o termo precedente tem significados diferentes nos sistemas *common law* e *civil law*. É inegável que os juristas da *civil law* tendem a identificar o precedente com a decisão judicial.

O presente trabalho, porém, trata do precedente do direito americano, e, nesse contexto, nem toda decisão judicial é um precedente. Todo precedente é uma decisão judicial, mas esta só será um precedente – repito, na concepção do direito americano – se tiver aptidão para fixar regra para casos futuros, criando um paradigma¹⁷.

Importante também para a caracterização do precedente é que, embora seu cotejo com o caso posterior costume se iniciar pela identidade dos fatos em discussão, a *ratio decidendi* sempre estará relacionada a uma matéria de direito (*point of law*). Decisões, por outro lado, podem tratar apenas de questão de fato.

Da mesma forma, uma decisão que interpreta a lei e simplesmente repete julgado que a consolidou, em verdade não será um precedente, segundo os fundamentos da *common law*.

17 Confira-se GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: JusPodivm, 2011.

A jurisprudência, por sua vez, costuma ser conceituada como um coletivo de decisões, relativa a vários e diversos casos concretos¹⁸, que demonstram a orientação de determinado tribunal em relação a certa matéria jurídica. O jurisprudência, ao reunir diversas opiniões convergentes, garante que vários juízes se debruçaram sobre a matéria e julgam de forma semelhante, mas não necessariamente terá sua observância obrigatória, ao menos nos países da *civil law*. O precedente – sob a ótica do direito americano – ao contrário, é um único julgado, cuja observância pode ser obrigatória ou meramente persuasiva. A propósito, afirma Cruz e Tucci¹⁹:

Já no tocante à dimensão estrutural, ou seja, ao conceito substancial de precedente, no âmbito da *common law*, como visto, uma única decisão pode perfeitamente produzir eficácia *binding precedent*. Na órbita do direito codificado exige-se, via de regra, um número considerável de decisões similares, para chegar-se à concepção de “jurisprudência consolidada” ou “unânime”.

Observa-se, portanto, que há grande diferença entre o conceito de precedente e o de jurisprudência, seja pela ótica quantitativa, seja pelos efeitos obrigatórios do primeiro ou persuasivos (em regra) da segunda.

4 NOTAS COMPARATIVAS: PRECEDENTE E PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Nos últimos anos, várias alterações no Código de Processo Civil Brasileiro demonstraram a preocupação do legislador com a otimização dos julgamentos, a abreviação dos conflitos, a coerência da ordem jurídica e normativa, além do controle do poder do juiz, a garantia da imparcialidade e a economia processual.

Nesse diapasão, a jurisprudência ganhou relevo, aliada à objetivação dos recursos e a criação de súmulas vinculantes.

Não há, porém, em nosso Código de Processo Civil, dispositivo que se assemelhe ao precedente da *common law*. O Código de Processo Civil brasileiro reconhece a importância das decisões pretéritas para o julgamento de casos futuros, mas trabalha no âmbito da jurisprudência, conforme poderemos facilmente observar pela simples leitura do nosso código e os exemplos pinçados nos parágrafos seguintes.

18 TARUFFO, op. cit.

19 op. cit., p. 306.

O art. 476²⁰, por exemplo, ao criar o procedimento da uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais, já demonstra a possibilidade de julgamentos divergentes dentro do mesmo tribunal, tanto que estabelece um procedimento para a uniformização de entendimentos.

O art. 475, exclui o duplo grau de jurisdição quando a “sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Os julgamentos dos recursos especial e extraordinário são exemplos clássicos de interesse pela uniformização dos julgados. O Superior Tribunal de Justiça tem como função a uniformização da interpretação da lei federal, ao passo que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, responsável pela unificação da interpretação de seus comandos. Uma vez que todo juiz deve respeito à lei e, em primeiro lugar, aos preceitos constitucionais, é intuitivo e evidente o interesse na uniformização de entendimentos. Mas é certo que, na atual legislação de regência, o foco ainda está na manutenção da orientação jurisprudencial e não de precedentes específicos ou proferidos em casos individuais.

Por exemplo, a lei estabelece a hipótese de recurso especial baseado em dissídio jurisprudencial e a repercussão geral para o recurso extraordinário (que sempre ocorrerá quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Tribunal)²¹. Ao

20 CAPÍTULO I

DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

²¹§ 3º do Art. 543-A do Código de Processo Civil.

Relator do agravo por inadmissão dos recursos especial e extraordinário é facultado negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com a súmula ou a jurisprudência do tribunal, podendo, ainda, dar provimento ao recurso, se o acórdão estiver em confronto com a súmula ou a jurisprudência²².

A ausência de um sistema de precedentes chega a ser criticada por alguns autores na seara do controle de constitucionalidade brasileiro.

Embora o sistema brasileiro seja originário da *civil law*, baseado na codificação, no qual o juiz se vê vinculado à legislação em vigor, é evidente que o controle abstrato da constitucionalidade permite ao magistrado um papel interpretativo destinado a adequar o caso concreto à Constituição, ainda que a lei disponha em sentido contrário. O poder criativo do juiz fica ainda mais claro na hipótese de ausência de legislação sobre o caso concreto.

Assim, ao menos no exercício do controle difuso, o juiz brasileiro tem a liberdade de construir a melhor exegese que se adequa à norma constitucional, exercendo uma função bastante semelhante ao juiz da *common law*. No entanto, a ausência de um sistema de precedentes favorece a pluralidade de decisões em diferentes sentidos. A propósito, Marinoni²³ defende:

Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

As súmulas vinculantes, embora também tenham como escopo a uniformização dos julgados, estão longe de se parecerem com o sistema de precedentes norte-americano. Verifica-se, pela simples leitura do art.103-A da Constituição da República (Incluído pela

²² Semelhante prerrogativa é concedida ao Relator dos recursos ordinários, no art. 557, in verbis:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

[...]

²³ Op. cit. fl. 98.

Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)²⁴ o quão engessado é o sistema de criação dos referidos enunciados. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal somente poderá aprovar a súmula vinculante mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro procurou ampliar o impacto da jurisprudência dos julgamentos dos juízes e colegiados, estabelecendo, em seu art. 882, preceitos interessantes, a saber:

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

24 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 n.º 45, de 2004) (Vide Lei n.º 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.

§ 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.”

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Percebe-se, portanto, que a opção do legislador não foi a de criar um sistema de precedentes semelhante ao americano, mas tão somente o de reforçar o uso da jurisprudência. Nota-se, entretanto, que a redação da proposta legislativa utiliza termos vagos e conceitos indeterminados para a aplicação da jurisprudência (“em princípio”, “seguirão a orientação”, “deve orientar”, “deve nortear”, “entendimento sedimentado”), o que, certamente, irá acarretar diversas discussões jurídicas e debates acirrados nos tribunais.

A proposta de novo Código de Processo Civil²⁵ também traz o interessante e já muito criticado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, admissível sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica por existência de possíveis decisões conflitantes.

Conforme a atual redação do projeto de lei, após julgado o incidente, que pode ser requerido pelo Juiz, relator, partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Observa-se, portanto, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas também é bem diferente do sistema de precedentes, objeto do presente trabalho. A regra jurídica não

25 Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, recebido na Câmara dos Deputados como PL 8046/2010, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 20.3.2012.

emana de um único caso concreto, mas sim de diversas demandas semelhantes, que são reunidas justamente para que o entendimento jurídico seja formado²⁶.

Ao atribuir poderes ao Relator, o novo Código de Processo Civil, pela atual redação do projeto de lei, permite que se dê negativa ao recurso que contrariar²⁷, por exemplo, “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça”, mas esclarece que tal faculdade ocorre apenas se o acórdão foi proferido em julgamento de casos repetitivos, deixando, mais uma vez, de conferir eficácia obrigatória absoluta aos demais precedentes individuais oriundos dos tribunais superiores.

Da mesma forma, a proposta legislativa exclui o duplo grau de jurisdição quando a sentença estiver fundada em: súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos, bem como entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Assim, percebe-se que o novo Código de Processo Civil, ao menos na forma da atual redação do Projeto de Lei, não chega a estabelecer um sistema de precedentes semelhante ao vigente nos países da *common law*. André Luis Bittar de Lima Garcia²⁸, por exemplo, explica:

No Brasil, a definição de uma metodologia, ainda que básica, para a compreensão das técnicas de confronto, interpretação, superação e aplicação do precedente constitui requisito indispensável para a construção de um sistema de precedentes obrigatórios. E isto não é possível perceber no NCPC, que prefere trabalhar no plano da jurisprudência.

26 “Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente. Dever-se-ia, na verdade, estabelecer, como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto”. DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Anotações Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Previsto no Projeto do Novo CPC. In O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: Ed. JusPodivm, 2011.

27 Ou dar provimento a recurso se a decisão recorrida contrariar decisões da espécie.

28 op.cit.

5 CONCLUSÃO

A tradição e os fundamentos históricos que geraram a criação das duas grandes famílias do direito – *common law* e *civil law* – demonstram as grandes diferenças sociais, jurídicas e políticas que os países adotantes de cada uma das teorias apresentam. De um lado, países que priorizam os precedentes, a lei oriunda dos casos já julgados, e de outro, países com um rígido sistema de separação de poderes, com apego à legalidade estrita e à codificação.

Os países componentes das diferentes famílias jurídicas perseguiram a segurança jurídica na codificação ou na doutrina dos precedentes e o direito, como produto da sociedade, é um reflexo do passado. Por esse motivo, é coerente que o processo civil brasileiro mantenha sua tradição, baseada na legislação e na repartição dos poderes, ainda por longos anos, assim como os países da *common law*, acostumados à realidade vigente, adaptados ao poder criativo dos juízes, assim permanecerão. No entanto, nos tempos modernos, de intensa globalização, percebe-se o interesse mútuo, o intercâmbio de informações, com uma maior atenção dos civilistas pelos precedentes e com o incremento da codificação nos países da *common law*.

Embora seja bastante difícil concluir pela total unificação dos sistemas e, tampouco, pela submissão do processo civil brasileiro à teoria do *stare decisis*, percebemos, na proposta do novo Código de Processo Civil, um interesse pela vinculação dos julgamentos anteriores aos casos concretos, ainda que tal vinculação se dê no plano da jurisprudência, não como precedente da *common law*.

Percebe-se, assim, uma grande mudança, que pode amenizar, imensamente, as mazelas já conhecidas do processo judicial – sobretudo a demora na solução dos litígios, o alto custo e o desrespeito às decisões dos tribunais superiores –, desde que utilizados de forma séria todos os mecanismos de súmula vinculante, admissão e inadmissão de recursos, julgamento de recursos repetitivos, dentre outros previstos em lei com o objetivo de prestigiar a jurisprudência consolidada de nossos tribunais.

REFERÊNCIAS

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere – A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JR.DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Bahia: Podvm, 2007.

May It Please the Court: Transcripts of 23 Live Recordings of Landmark Cases As Argued Before The Supreme Court. Editado por Peter H. Irons e Stephanie Guitton, 1993.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Anotações Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Previsto no Projeto do Novo CPC*. In *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: JusPodivm, 2011.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A Ausência de um Sistema de Precedentes no NCPC: uma Oportunidade Perdida, In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. Bahia: JusPodivm, 2011.

Raatz, Igor. Considerações Históricas Sobre as Diferenças entre Common Law e Civil Law : Reflexões Iniciais Para o Debate Sobre a Adoção de Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 159-191, set. 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 4.4.2012.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares