Publicações da Escola da AGU

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

volume 1

n. 12 setembro/outubro 2011 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 12	p. 1-406	set./out. 2011

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
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
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior	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

CORDENADORA-GERAL SUBSTITUTA
Andrea Takenaka Dias

EDITOR RESPONSÁVEL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO
Juliana Sahione Mayrink Neiva
Thiago Carvalho Barreto Leite

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuza de Lima
Diagramação/Capa: Karolyne Novais / Niuza de Lima
Apoio Institucional: Escola da AGU

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

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano III, n. 12, (set./out. 2011).
Brasília: EAGU, 2011. Bimestral.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral.
ISSN 2236-4374

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

CDD 340 . 1
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Editorial 7

ARTIGOS

Common Law no Sistema Jurídico Americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado
Common Law in the American Legal System: evolution, criticism and the growth of the statutory law
Ana Carolina Miguel Gouveia 9

Reflexões Acerca das Técnicas Utilizadas para Afastar o Uso do Precedente: overruling e distinguishing
Reflections about the techniques used to exclude the use of precedent: overruling and distinguishing
Ana Carolina de Sá Dantas 37

Breves Considerações Acerca do Sistema Tributário nos Estados Unidos da América
Brief Considerations on the Tax System in the United States of America
Carlos Côrtes Vieira Lopes 63

O Pré-Julgamento (*pretrail*) e a Conciliação como Instrumentos de Desoneração do Sistema Judicial Norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro
The Prejudging (pretrail) as Instruments of Reconciliation and Discharge of the North American Judicial System: a parallel with the Brazilian system
César Cardoso 77

Possibilidade de Aplicação da Arbritragem em Processos Administrativos de Apuração de Infrações Ambientais: uma abordagem à luz do sistema administrativo norte-americano de resolução alternativa de lítigios
Possibility of Application of Arbritragem in Administrative Process for Verifying Environmental Violations: a light approach to the North American administrative system of alternative dispute resolution
Cid Arruda Aragão 91

O Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos na Lição de Stephen Griffin
The Judicial Review: Stephen Griffin's lessons
Daniel Almeida de Oliveira 109

Visitando o "Dual Banking System"
Visiting the Dual Banking System
Fabrício Torres Nogueira 139

Alternative Dispute Resolution. Caminho para Célere e Verdadeira Solução de Litígios e Necessária Construção de uma Nova Realidade Jurídica. Sistema dos Juizados Especiais Federais
Alternative Dispute Resolution. Rapid Way to Solving Disputes. Best option to Build a new Legal Reality. Applying the Procedure To Specific Brazilian Cases of Lesser Value
Flávia Alves Izidoro 157

A Administração Pública e as Formas Alternativas de Solução de Disputas
The Public Administration and Alternative Forms of Dispute Resolution
Ivana Roberta Couto Reis de Souza
Marcia Luciana Dantas 171

Imunidades dos Bancos Centrais: uma análise à luz do ordenamento jurídico americano.
Central Bank Immunities under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA)
Júlia Wanderley Vale Cadete 193

Noções Gerais sobre o Funcionamento do Sistema de Precedentes Vinculantes no Common Law
An Overview About the Functioning of the Binding Precedent Sistem in Common Law
Léa Émile M. Jorge de Souza 213

Enforcement – Aspectos do Cumprimento de Decisões Judiciais nos Estados Unidos da América
Enforcement – Aspects of Judicial Decisions Implementation in the United States of America
Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro 241

A Revisão Judicial de Decisões de Órgãos Julgadores do Poder Executivo Brasileiro e o Direito Comparado (Finra - Eua)
The judicial review of Brazilian executive branch agency action and the comparative law (FINRA - USA)
Miquerlam Chaves Cavalcante 259

O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Atuação Judicial da Administração Pública Brasileira como Inspiração à Adoção da Súmula Vinculante (Stare Decisis)
The Fundamental Right of Speedy Litigation and Brazilian Public Agencies Litigous Performance As An Inspiration To "Stare Decisis" Adoption as "Súmula Vinculante"
Nadja Lima Menezes 277

A Importância do Precedente no Direito Norte-Americano.
The Importance of Precedent in North American Law
Paulo Cesar da Silva 299

As Doutrinas Judiciais no Direito Tributário Norte-Americano. Fundamentos para sua Compreensão.
The Judicial Doctrines in American Tax Law. Fundamentals for their comprehension
Pedro Melo Pouchain Ribeiro 311

Distinções entre os Sistemas Jurídicos Brasileiro e Norte-Americano e sua Implicação na Conformação de Características Diferenciadas no Controle Difuso de Constitucionalidade.
Differences Between Brazilian and American Legal Systems and it´s Differents Judicial Review Features
Rafael Michelsohn 325

Breves Apontamentos sobre Common Law e Aplicação do Sistema de Precedentes no Brasil
Brief Notes on Application of Common Law and Precedent System in Brazil
Renata Cordeiro Uchoa Florencio 337

O Sistema de Júri nos EUA
The Jury System in the USA
Rosana Gavina Barros Horostecki 351

Multi-Door Courthouse System: o exemplo norte-americano na busca da efetivação do acesso à justiça e experiência brasileira na utilização do novo sistema
Multi-Door Courthouse System: the american structure for effective access to justice and the brazilian experience in using this new system
Vládia Pompeu Silva 363

Considerações sobre a Imunidade e o Controle Judicial do Ato Discricionário no Direito Norte-Americano
Considerations for Judicial Immunity and Control Act Discretionary in North America Right
Wenderson Gagliano de Alvarenga 385

EDITORIAL

O ano de 2011 foi bastante profícuo para a realização de parcerias com instituições jurídicas internacionais na busca pela formação e aperfeiçoamento dos membros da Advocacia-Geral da AGU, o que poderá ser confirmado através das páginas desta Revista.

Os artigos que os leitores irão encontrar são resultado do Curso de Introdução ao Direito Americano, decorrente da parceria da Escola da AGU com a Thomas Jefferson School of Law, em San Diego, no estado americano da Califórnia.

Trata-se de uma coletânea de textos que abordam diversos tópicos do direito americano, sempre tecendo um paralelo com o direito brasileiro. Assim, trazem um panorama geral sobre a evolução do Common Law; as técnicas de afastamento da teoria do precedente (stare decisis); o dual banking system; além de apresentar interessantes estudos a respeito do modelo americano de mediação, conciliação e arbitragem, tema palpitante para a advocacia pública e para todas as demais instituições que integram o sistema judiciário brasileiro.

A Escola da AGU espera, com a publicação de mais uma edição de sua revista, trazer-lhes um excelente material de estudo e pesquisa comparada.

A todos, uma ótima leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

COMMON LAW NO SISTEMA JURÍDICO AMERICANO: EVOLUÇÃO, CRÍTICAS E CRESCIMENTO DO DIREITO LEGISLADO

COMMON LAW IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM: EVOLUTION, CRITICISM AND THE GROWTH OF THE STATUTORY LAW

Ana Carolina Miguel Gouveia
Advogada da União em exercício na CONJUR/MP
Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil
Aluna do Curso Fundamentals of U.S. Law no
LEEP-2011 da Thomas Jefferson School of Law

SUMÁRIO: Introdução; 1 Common Law: Conceito; 2 Origens; 2.1 O Common Law no Direito Inglês; 2.2 A Evolução do Common Law nos Estados Unidos; 3 O Common Law nos Estados Unidos; 3.1 Críticas ao Modelo; 3.2 Da Vinculação ao Precedente: Estrutura Jurisdicional; 3.3 Crescimento do Direito Legislado; 4 A Aproximação do Direito Americano dos Modelos de Tradição Romanista; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a evolução do *Common Law* no Direito americano, desde as suas origens no Direito inglês, até os dias atuais, destacando-se as peculiaridades deste sistema, em face do Federalismo norte-americano e do rápido desenvolvimento econômico e social dos Estados Unidos. A abordagem alcança o tema concernente à aplicação do precedente nos Tribunais, a estrutura da jurisdição norte-americana e o crescimento do direito legislado. Ainda, são mencionadas algumas críticas formuladas pela doutrina, em especial quanto à imparcialidade dos juízes para criar o direito, em comparação com a atividade legislativa atribuída ao Congresso. Por fim, são tecidas considerações sobre a convergência deste sistema com o modelo adotado nos países de tradição romanística.

PALAVRAS-CHAVE: Common Law. Estados Unidos. Federalismo. Precedente. Direito legislado.

ABSTRACT: This article aims to analyze the evolution of Common Law in the American Law, from its origins in English Law until the present day, highlighting the peculiarities of this system in the face of American Federalism, and the rapid economic and social development of the United States. The approach achieves the issue concerning the application of precedent in the courts, the structure of U.S. jurisdiction and the growth of statutory law. Yet, some criticisms made by the doctrine are mentioned, particularly as to the impartiality of judges to create the law compared to the legislative activity attributed to the Congress. Finally, considerations are made regarding the convergence of this system with the model adopted in the countries of Romanist tradition.

KEYWORDS: Common Law. United States. Federalism. Precedent. Statutory law.

INTRODUÇÃO

Os Estados Unidos da América possuem seu sistema jurídico orientado tradicionalmente pelos precedentes judiciais. A adoção do *Common Law* ocorreu ainda no período colonial, embora sempre dotado de peculiaridades.

O Federalismo americano e o rápido desenvolvimento econômico e social do país imprimiram formatação singular ao Direito dos Estados Unidos, divorciando suas características do direito inglês e aproximando-o dos modelos jurídicos Romano-Germânicos, como o brasileiro.

O presente trabalho, embora sem a pretensão de esgotar a matéria, busca apresentar a evolução do Direito nos Estados Unidos da América, país que adota formalmente o *Common Law*, mas que, nas últimas décadas, vem observando o crescimento acentuado do direito legislado. A preponderância dos *statutes* em certas matérias acabou por alterar, consequentemente, o papel dos juízes e a atuação dos advogados.

No primeiro capítulo, serão indicados os principais conceitos jurídicos e históricos do termo *Common Law* e, em seguida, no capítulo 2, serão apresentadas as origens do *Common Law*, desde o direito inglês, até os dias atuais, focando-se no direito americano.

Após, no Capítulo 3, serão abordadas: as características e princípios fundamentais do *Common Law* no Direito americano; as críticas feitas a esse sistema, em comparação ao *Civil Law*; os precedentes vinculantes e a estrutura jurisdicional norte-americana; e, ainda, o crescimento do direito legislado nos Estados Unidos, destacando-se o novo papel do *caselaw* e as consequências deste processo, na decisão dos casos concretos levados à apreciação dos Tribunais.

Por fim, no Capítulo 4, analisar-se-á a aproximação do sistema jurídico norte-americano com os modelos tradição romanística.

1 COMMON LAW: CONCEITO

Em doutrina, de forma geral, define-se *Common Law* como o direito desenvolvido nos Tribunais a partir dos precedentes, aplicados em casos futuros semelhantes. O tema, no entanto, é bem mais complexo.

A expressão *Common Law* apresentou diversos significados na História. Atualmente, o termo apresenta três sentidos principais: como sistema jurídico, em oposição a outros, em especial ao *Civil Law*; como fonte do Direito, tal como o *statutory law* e o *regulatory law*; e como sistema de solução de controvérsias, comparado ao *equity*.

Como sistema jurídico, o *Common Law* se baseia firmemente nas decisões judiciais, as quais possuem a mesma força da lei escrita. Em geral, é comparado ao *Civil Law*, sendo ambos adotados pelo maior número de países no mundo.[1] No *Civil Law*, por sua vez, os tribunais devem aplicar a legislação escrita, pois estão a ela vinculados.

Nos dias de hoje se observa que os sistemas são definidos de um ou outro modo pelo processo histórico de sua formação e evolução, bem como pela prevalência das características citadas alhures. Fala-se em prevalência porque, de fato, o direito legislado em países do *Common Law*, como os Estados Unidos, vem observando forte crescimento nos últimos anos, limitando, em certa medida, o trabalho criativo dos juízes na construção do direito. Por outro lado, nos países regidos pelo *Civil Law*, os precedentes judiciais vem ganhando alguma força vinculante. No Brasil, isso é observado quanto aos julgados do Supremo Tribunal Federal.

A concepção de que os países adotam o *Common Law* ou o *Civil Law*, portanto, depende da análise sobre qual fonte do direito é usada, com primazia, para solucionar as controvérsias jurídicas apresentadas[2] – eis, então, a segunda concepção do termo *common law*: nele, tem-se que as decisões judiciais passadas regulam a solução de controvérsias futuras, através do precedente, ou *caselaw*.

O *statutory law*, por sua vez, pode ser definido como a lei escrita ou o estatuto, o qual normatiza abstrata e genericamente, com força vinculante, determinada matéria. Os *statutes* são elaborados pelo Poder Legislativo e em muito se assemelham ao *regulatory law* o qual é editado pelo Poder Executivo, em especial pelas agências reguladoras.

Por fim, tem-se a concepção histórica do *Common Law*, em oposição ao *equity*. O *equity*, quando concebido, nada mais era do que a resposta estatal a eventuais lesões ou ameaças de lesões a direito, as quais não se enquadravam no *Common Law*, por falta de previsibilidade ou acessibilidade da parte.[3] O tema será melhor desenvolvido no próximo capítulo, quando se traçará um histórico do *Common Law*.

É importante ressaltar, no entanto, que o *equity* influenciou tanto o *Common Law* quanto o *Civil Law*. No primeiro caso, ambos vieram a se fundir nos sistemas inglês e norte-americano. No ordenamento jurídico brasileiro – adepto ao *Civil Law*, o *equity* inspirou algumas normas ou

1 CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no Common Law. Artigo publicado na *REPRO – Revista de Processo nº* 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>. Acesso em: 16 set. 2011, p. 3-4.

2 CARPENA, op. cit., p. 4.

3 CARPENA, op. cit., p. 12.

princípios. Como exemplo, vale citar a ampliação dos poderes de cautela do juiz na condução do processo, para garantir um resultado justo.[4]

No presente trabalho far-se-á menção a esses três significados do termo, de forma a explicar a evolução do direito norte-americano e a justificar o crescimento do *statutory law*, em um país cujo sistema jurídico é marcado pelo *common law*.

2 ORIGENS

O *Common Law* surgiu na Inglaterra, por volta dos séculos XI e XII, após a invasão normanda[5] e acabou sendo adotado em outros países, como Estados Unidos, Canadá e Austrália. A concepção original deste sistema mereceu a devida evolução nos países que vieram a adotá-lo, de acordo com sua história particular e de acordo com a cultura de seu povo.[6]

Neste trabalho, ter-se-á como foco o desenvolvimento do *Common Law* nos Estados Unidos da América e as transformações pelas quais o sistema jurídico americano passou ao longo dos séculos, até os dias atuais. Inicialmente, no entanto, necessário se faz traçar um breve histórico das origens do *Common Law* e de sua consolidação no Direito inglês, até a independência das treze colônias na América.

2.1 O COMMON LAW NO DIREITO INGLÊS

Até o século XII, a Inglaterra foi palco de várias invasões de povos, tais como os Anglos e Saxões. Neste período, eram redigidos textos de direito consuetudinário, as "leis bárbaras", com aplicação local e organização difusa[7].

Com a invasão normanda em 1066, Guilherme, Duque da Normandia, manteve os direitos anglo-saxônicos nas terras conquistadas. Inicialmente, neste período, a maior parte das querelas judiciais eram resolvidas pelos nobres locais ou xerifes, nomeados pelo Rei. Este julgava apenas os casos a ele diretamente apresentados, em seu Tribunal – a *Curia Regis*.[8]

---

4 CARPENA, Márcio Louzada. op. cit., p. 13.

5 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006, p. 42.

6 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 216-217.

7 GILISSEN, op. cit., p. 209.

8 GILISSEN, op. cit., p. 209-210.

Esse sistema primitivo de solução de litígios passou por uma evolução e logo foram destacadas seções especializadas da *Curia* para se ocupar de matérias específicas. Certos funcionários do Rei, então, viajavam pelo território fiscalizando a administração local e, como parte de suas atribuições, resolviam, também, controvérsias jurídicas. Surgem, portanto, os *Royal judges* e as *Royal courts.*[9]

Em síntese, o que se tinha nesta época é que o queixoso, inconformado com a decisão emanada da autoridade local ou do xerife nomeado pelo Rei, apresentava requerimento de solução de controvérsias junto às jurisdições reais de Westminster, através de um sistema de *writs.*[10] Sobre o tema, vale destacar trecho da obra do Professor John Gilissen,[11] *in verbis:*

> O sistema dos *writs* data do século XII, sobretudo do reinado de Henrique II (1154 – 1189). Se, na origem, os *writs* eram adaptados a cada caso, tornam-se rapidamente fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após pagamento, sem exame aprofundado prévio (*de cursu*); encontra-se aí, sobretudo, o meio de atrair o maior número de litígios para as jurisdições reais. Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela *Magna Carta* de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassalos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*; mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common law*, concilia os interesses do rei com os dos barões impondo o *statu quo*: o Chanceler não pode criar novos *writs*, mas pode passar *writs* em casos similares (*in consimili casu*) [...]

Com os *writs*, percebeu-se que certas matérias não deveriam ser decididas por cortes locais, adotando-se o direito local. Pela sua relevância ou pelo interesse em atrair determinados casos para as jurisdições reais, desenvolveu-se um corpo de direito a ser aplicado em todo o país uniformemente, o qual ficou conhecido, então, como *Common Law* – ou seja, direito comum, diferentemente do direito local[12].

Esse corpo de direito era constituído basicamente por precedentes judiciais, compreendidos como decisões emanadas das cortes ou juízes

9 BURNHAM, op. cit., p. 42.

10 GILISSEN, op. cit., p. 210.

11 GILISSEN, op. cit., p. 210.

12 BURNHAM, op. cit., p. 42.

reais em casos semelhantes. Desta concepção, extraiu-se o princípio do *stare decisis*, o qual encontra registro desde 1170, quando Richard Fitz-Nigel[13] escreveu, em tradução livre, que "há casos em que o curso dos eventos e as razões para decidir são obscuras; e neles, é suficiente a aplicação dos precedentes".[14]

Pregava-se, à época, que esses órgãos não criavam o direito, mas, apenas, constatavam ou diziam o direito já existente.[15]

Os precedentes eram indicados pelos próprios juízes e cortes reais – especialmente em razão do baixo número de profissionais, os quais buscavam manter suas decisões consistentes e coerentes – e por juristas que prestavam sua contribuição para a solução do caso, trazendo aos julgadores, notícias de outros casos semelhantes e que serviriam, ou poderiam servir, como precedentes[16].

Os *statutes* também passaram a constituir fonte do direito, mas de forma muito tímida. Sua importância era secundária, inicialmente. O desenvolvimento do direito legislado inglês deu-se, em especial, nos séculos XIX e XX, com as reformas dos tribunais e com a introdução de normas relacionadas ao direito social e ao direito econômico, atendendo às novas demandas da sociedade moderna.[17]

É importante destacar, no entanto, que desde a invasão normanda até a independência das treze colônias na América, em 1776, o *Common Law* inglês apresentou notável desenvolvimento e veio a influenciar o direito em diversos países. Entretanto, em duas oportunidades marcantes, veio a sofrer ameaça ou foi afetado pelos sistemas jurídicos então existentes.[18]

A primeira, nos séculos XVI e XVII, decorreu do absolutismo, teoria política que fundamentava o poder divino dos reis. A aceitação da doutrina absolutista na Europa promoveu certa competição do *Common Law*, com o Direito Romano e com o Direito Canônico. Para resolver os casos que se apresentavam naquela época e que não possuíam previsão no *Common Law*, ou dentro do sistema de *writs*, o Chanceler passou a recorrer às regras de equidade – ou *equity* – utilizando-se de princípios

13 FITZ-NIGEL, Richard. *Dialogus de Scaccario*, 1177-1179, *apud* BURNHAM, William. *op. cit.*, p. 42.

14 *"There are cases where the course of events, and the reasons for decisions are obscure; and in those it is enough to cite precedents".*

15 GILISSEN, op. cit., p. 212.

16 BURNHAM, op. cit., p. 43.

17 GILISSEN, op. cit., p. 212 e p. 215-216.

18 BURNHAM, op. cit., p. 43.

extraídos principalmente do direito romano.[19] O *equity* era aplicado, em especial, nos casos relacionados a direito de propriedade e contratos.[20]

A resistência do Parlamento inglês, no entanto, ao *equity* e ao absolutismo, gerou intenso debate, concluindo-se, enfim, pela subsistência de um sistema dualista de direito, fundado concomitantemente no *Common Law* e no *Equity* – até a fusão deles, em 1873 e 1875, com as *Judicature Acts*.[21] Nos Estados Unidos, com as *Civil Actions* é que se promoveu o fim das diferenças entre *actions at Law* e *suits in Equity*.[22]

Também, em 1789, o sistema do *Common Law* na Inglaterra viu-se ameaçado, ante à influência dos ideais da Revolução Francesa por toda a Europa. Com base em tais ideais, destacava-se a importância do direito legislado, questionando-se, enfim, o trabalho dos juízes na construção do direito.[23] Entretanto, neste momento histórico, os Estados Unidos da América já haviam declarado a sua independência e elaborado a sua Constituição escrita.

O modelo americano do *Common Law* derivou do modelo inglês, mas dele veio a se diferenciar em razão da sua própria história. É o que se verá a seguir.

2.2 A EVOLUÇÃO DO COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

Antes da Revolução Americana, a aplicação do direito inglês nas colônias se dava de forma bastante difusa e precária, embora fosse inegavelmente um referencial. Alguns obstáculos de ordem fática contribuíam decisivamente para a falta de êxito quanto à efetividade do direito inglês nas colônias antes do século XVIII: a insatisfação dos colonos com certos aspectos da justiça social na Inglaterra; a falta de juristas com experiência para o desenvolvimento do direito norte-americano; e a disparidade das condições de vida nos dois países.[24]

No século XVIII, no entanto, o direito colonial foi aperfeiçoado, sendo fortemente influenciado pelo direito inglês. Este processo sofreu acentuado declínio com a Revolução Americana, graças à antipatia

19 GILISSEN, op. cit., p. 213.

20 CARPENA, op. cit., p. 13.

21 GILISSEN, op. cit., p. 213.

22 CARPENA, op. cit., p. 13.

23 BURNHAM, op. cit., p. 43.

24 FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. New York, NY: Columbia University, 1963. Tradução para o português: FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 10/12.

política e ao desenvolvimento de um direito adaptado à realidade do novo Estado independente.[25]

Tais transformações jurídicas, na verdade, acompanharam a evolução política e social norte-americana, no período. As treze colônias inglesas na América, até a independência, observavam desenvolvimento social e econômico bastante distinto umas das outras. A diversidade da organização política e religiosa das colônias era igualmente marcante e, por vezes, desencadeava disputas entre elas, especialmente por razões territoriais.[26]

O sentimento de auto-suficiência de cada uma das colônias era tão forte, quanto a irresignação com o tratamento dado pela Coroa Inglesa às terras na América. O inconformismo com certas medidas tomadas pela metrópole acabou por ofuscar as diferenças entre as colônias e a impulsionar, de forma decisiva, a busca pela separação: a crescente demanda arrecadatória da Coroa, a qual necessitava, cada vez mais, ampliar suas receitas; o atendimento da exigência dos comerciantes ingleses em tornar efetivos regulamentos do comércio nas colônias; e a dificuldade de controlar os territórios na América.[27]

Foi exatamente para buscar uma solução para essas questões que, em 1774, reuniu-se o Primeiro Congresso Continental em Filadélfia. Nele, após deliberação entre os representantes das colônias, passou-se a exigir que o Parlamento cessasse sua interferência em matéria de impostos e política interna. Em 1775, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, momento em que o sentimento separatista ficou ainda mais fortalecido.[28]

A independência das treze colônias britânicas na América se deu em 1776, mas não sob uma concepção unificada entre os novos Estados. Tentou-se estabelecer, inicialmente uma Confederação. Sob este espírito é que foram redigidos, em 1777, os artigos que fundamentaram a associação entre os Estados independentes – os quais só foram ratificados em 1781.[29]

A Confederação, no entanto, acabou fracassando. Várias foram as razões. A falta de poderes atribuídos ao Congresso para decretar impostos e para regulamentar o comércio interestadual ou internacional, foram as principais.[30]

---

25 FARNSWORTH, op. cit., p. 14.

26 BURNHAM, op. cit., p. 1-2.

27 FARNSWORTH, op. cit., p. 4-5.

28 FARNSWORTH, op. cit., p. 5.

29 FARNSWORTH, op. cit., p. 5-6.

30 FARNSWORTH, op. cit., p. 6-7.

Com a Convenção Constitucional em Filadélfia de 1787, os representantes das ex-colônias reconheceram a importância de se constituir um governo nacional forte e, ao mesmo tempo, garantir a independência dos Estados. Após intensos debates, a Constituição foi finalmente ratificada em 1789.[31] Segundo o Professor Allan Farnsworth[32]:

> [...] O texto definitivo da Constituição denota a influência de princípios desenvolvidos no curso da História. As noções da soberania do povo e do govêrno baseado em um contrato social encontram-se no preâmbulo, nas disposições sôbre a ratificação da Constituição pelas convenções estaduais e na idéia da "concessão" de podêres ao Govêrno central. A teoria de que o Govêrno Federal tem podêres limitados é evidenciada não só pela enumeração dêsses podêres, incluindo a decretação de impostos, a declaração de guerra, a regulamentação de comércio interestadual e internacional e a conclusão de tratados, como também pela ressalva da competência dos Estados em matéria legislativa. O conceito da separação dos podêres Legislativo, Executivo e Judiciário federais está formalmente implícita na Constituição, que esboça, através de três capítulos diversos, cada um dêsses três podêres magnos e, presumivelmente, distintos. Finalmente, a convicção de que os direitos constitucionais devem ser estabelecidos em um instrumento escrito ressalta do próprio documento. A Constituição não continha garantias dos direitos individuais. Contudo, já em 1789, o Congresso prontamente propôs as dez primeiras emendas à Constituição, popularmente conhecidas como Declaração de Direitos, em virtude de várias delas se referirem aos direitos do indivíduo perante o Govêrno Federal. Essas emendas foram aprovadas em 1791.

Observa-se, assim, que o Federalismo nos Estados Unidos é decorrência das singularidades históricas, econômicas e sociais das colônias, e constituiu importante fundamento do sistema jurídico norte-americano. Sobre o ponto, o Professor Farnsworth[33] destaca que "[...] a despeito da desistência pelos Estados de parte de sua soberania ao aderirem à União, cada Estado teve a faculdade de elaborar seu próprio direito como melhor entendesse, sujeito apenas às restrições impostas pela Constituição Federal".

---

31 BURNHAM, op. cit., p. 3-4.

32 FARNSWORTH, op. cit., p. 7.

33 FARNSWORTH, op. cit., p. 10.

Mas não foi só. A Constituição de 1789, influenciada pela Teoria da Tripartição de Poderes, desenvolvida por Montesquieu, delimitou a competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – apenas no âmbito federal, destaque-se –, em seus artigos I, II e III, respectivamente.

No Artigo I, foram enumeradas especificamente, as competências do Poder Legislativo Federal, assegurando a supremacia da lei federal sobre a lei estadual. A preocupação externada na Convenção de 1787 era exatamente a de manter a independência dos Estados e, ao mesmo tempo, garantir a harmonia dos Estados Unidos da América. Assim, sobre os assuntos mais sensíveis ou mais relevantes ao interesse nacional somente o Congresso tem competência para legislar. Aos Estados compete, portanto, a matéria residual, não compreendida no elenco do artigo I[34].

O Poder Executivo, por sua vez, encontra sua competência assentada no artigo II da Constituição. Dentre elas, vale destacar o poder de veto conferido ao Presidente.

Já o Poder Judiciário norte-americano tem suas diretrizes estampadas no artigo III da Constituição. Destaque-se que a competência das cortes federais está limitada a três assuntos, em especial: causas em que os Estados Unidos da América são parte; controvérsias entre cidadãos de diferentes estados ou estrangeiros – *diversity jurisdiction*; e matérias de ordem federal, decorrentes da Constituição ou das leis federais – *federal question.* [35] Entre os temas compreendidos como de exclusividade da jurisdição dos tribunais federais, como questões de ordem federal, tem-se as leis criminais federais, alguns casos de direito naval ou comercial marítimo, processos de falência e questões referentes às leis de patentes e de direitos autorais.[36]

Além disso, aos membros do Judiciário americano é garantida independência para decidir os casos que lhe são apresentados, evitando-se qualquer tipo de ingerência política dos outros Poderes.[37]

Os desenhos do Federalismo e da Tripartição de Poderes efetivados pela Convenção de 1787 e estampados na Constituição de 1789 contribuíram para as mudanças sofridas pelo sistema jurídico norte-americano, embora o texto constitucional tenha sofrido poucas alterações em mais de dois séculos de existência.

---

34 BURNHAM, op. cit., p. 4-6.

35 FARNSWORTH, op. cit., p. 50.

36 FARNSWORTH, op. cit., p. 51.

37 BURNHAM, op. cit., p. 8-9.

Fincados, portanto, os pilares do direito americano com a Constituição de 1789, este, tal como o direito inglês, foi construído e desenvolvido, inicialmente, nos tribunais.

Este processo de construção jurídica pelos magistrados se intensificou após a Guerra Civil de 1861 a 1865, quando evoluíram as demandas sociais e econômicas. Os Estados Unidos, então, passaram a contar com expressivo aumento da população, concentrada principalmente nas grandes cidades, e com a ampliação de certos setores, como o industrial, o de transportes e o de comunicações.

Em alguns Estados, o desenvolvimento econômico acentuado passou a exigir um sistema jurídico estável. Para acompanhar este processo, os juízes se tornaram mais sistematizadores que criadores do direito. Sobre o assunto, esclarece o Professor Farnsworth[38], *in verbis:*

> [...] Com o aumento de volume de jurisprudência, a incerteza que fôra inevitável nos anos anteriores tornou-se impopular, almejando-se maior margem de previsibilidade. Os principais serviços prestados então pelos tribunais foram a ordenação do sistema e o estudo lógico dos casos concretos. É bem significativo o fato de serem os tratados dêsse período mais especializados que os da primeira metade do século. Os órgãos do Poder Legislativo, que haviam sido mais ativos que o Judiciário na reforma, durante a Guerra Civil, demonstraram também alguma atividade criadora durante esse período, mas o prestígio popular dos tribunais atingira o auge e os juízes agressivos asseguraram sua autoridade judicial, elevando a legislação ao nível constitucional.
>
> Em fins do século passado, porém, a acessão metódica de regras jurídicas, caso a caso, começara a perder a sua popularidade. Os tribunais procuravam ainda manter a estabilidade, mas haviam se atrasado perante as exigências da rápida transformação por que passava a ordem política e econômica. Três acontecimentos permitiam uma antevisão da futura situação: a organização, em 1886, da Federação Norte-Americana do Trabalho, o primeiro dos grandes sindicatos nacionais; a criação, em 1887, da Comissão Interestadual do Comércio, a primeira das grandes agências nacionais de contrôle; a promulgação, em 1890, da Lei Sherman, a primeira das grandes leis federais limitativas do poder econômico. Assim, o século atual surgiu em uma nova era de transformação

38 FARNSWORTH, op. cit., p. 16-17.

> e produtividade do Direito, caracterizada por maior avanço da legislação, sobretudo social, e por maior confiança nos serviços administrativos, em lugar dos tribunais. Durante a segunda década, foi aprovada a maioria das leis trabalhistas estaduais. Quase ao mesmo tempo, o poder administrativo moderno começou a assumir sua forma atual, tanto no plano nacional quanto no estadual.

Como se pode perceber, a evolução econômica, social e política dos Estados Unidos demandou, em diferentes níveis, freqüente intervenção legislativa, a qual se intensificou no século XX, tanto no âmbito federal, quanto no estadual.

Mas essa não foi a única consequência do acelerado processo de desenvolvimento norte-americano. De forma concomitante, passou-se a observar nas últimas décadas, acentuado crescimento do poder federal sobre o poder estadual, especialmente em termos de alargamento de competência legislativa. Esse crescimento se deu em razão da *Implied Powers Doctrine*; e, também, do poder de revisão conferido pela Suprema Corte americana para revisar julgamentos das Cortes Estaduais, em matéria de ordem federal.[39]

Especificamente sobre a *Implied Powers Doctrine*, ou Teoria dos Poderes Implícitos, desenvolvida pela Suprema Corte americana no caso *McCulloch v. Maryland*, tem-se que a limitação dos poderes conferidos constitucionalmente ao Congresso, por exemplo, no âmbito federal, abrange aqueles enunciados expressamente e, também, todos os poderes implícitos necessários à efetivação dos enumerados pela Constituição. Essa teoria, princípio basilar da hermenêutica constitucional, é há muito adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil.[40]

Observa-se, assim, que a influência do *Common Law* inglês foi perdendo a importância e hoje é extremamente reduzida, no sistema jurídico americano. Não se pode olvidar, no entanto, que seus valores orientaram o direito nos Estados Unidos, em especial no que concerne à supremacia da lei, à tradição do precedente e à noção do julgamento como um processo contencioso, sob o contraditório, muitas vezes diante de um júri.[41]

---

39 BURNHAM, op. cit., p. 18, 21-22.

40 HC 94173/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 27.11.2009; RE 128881/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07.10.1994; RP 1360/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.04.1998; entre outros.

41 FARNSWORTH, op. cit., p. 17-18.

3 O COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

Como dito, os Estados Unidos é um país de sistema *Common Law*. Exceto pela Louisiana, todos os Estados norte-americanos também se regem por este sistema jurídico, no qual, em tese, o *caselaw* constitui fonte principal do direito.

Em verdade, no *Common Law*, a decisão judicial tem duas funções. A primeira é a de solucionar determinada controvérsia apresentada ao Tribunal. A segunda é a de estabelecer um precedente a orientar a decisão em casos futuros semelhantes. Essa sistemática é orientada pelo princípio do *stare decisis*, que se baseia nos valores igualdade, previsibilidade, economia e respeito.[42]

Tal princípio, dotado de diversas peculiaridades – as quais, pela sua extensão, não serão abordadas em profundidade no presente trabalho – é fundamental ao C*ommon Law*. No Direito brasileiro, de tradição romanística, este princípio desempenha importante papel, com a criação das súmulas vinculantes.[43]

Assim, é importante destacar, o seu conceito, como enunciado por Susan M. Reinhart,[44] que esclarece, em tradução livre, que o *stare decisis* "significa que o tribunal, objetivando garantir previsibilidade, imparcialidade e coerência, deve aplicar como precedente, para casos futuros, semelhantes ou análogos, princípios bem-resolvidos ou há muito estabelecidos em casos anteriores".[45]

No sistema *Common Law*, todos os casos se diferenciam, em alguma medida, daqueles que o antecederam. Assim, ao decidir os conflitos de interesse que lhe são apresentados, deve o juiz recorrer a certos princípios pertinentes à área do direito de que trata a matéria, de forma a ponderar sobre qual precedente deverá reger aquele caso concreto.

No exercício do seu mister judicante, os magistrados norte-americanos devem utilizar dois métodos na análise do precedente. O primeiro método é de confronto entre o caso sob exame e aquele que poderá vir a servir de precedente. Deve o juiz verificar se o caso concreto guarda semelhança com o anterior, já decidido. Confirmando-se a similaridade dos casos, a partir dos elementos caracterizadores das

42 FARNSWORTH, op. cit., p. 61-63.

43 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 563-564.

44 REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2007, p. 6-7.

45 *"[...] the court, for the sake of predictability, fairness, and consistency, must apply as precedent well-settled or long-settled principles established in previous cases to future similar or analogous cases".*

demandas, extrai-se a *ratio decidendi* firmada nas decisões anteriores e, assim, consolida-se o precedente a regular aquele caso sob julgamento (*precedent followed*). Se os principais elementos do caso concreto diferem daqueles relacionados com a decisão antecedente, tida por paradigma, tem-se o *distinguishing* e, portanto, a aplicação do precedente deverá ser afastada (*precedent distinguished*)[46]-[47].

O outro método a ser considerado é o de superação do precedente, conhecido por *overruling*. Neste caso, o precedente perde o seu caráter vinculante – seja porque lei superveniente veio a regular a matéria, seja porque veio a ser substituído por outro precedente, o qual passa a constituir o "bom direito" ou *good law*, a tratar da questão[48]. No ponto, vale destacar lição do Professor Farnsworth,[49] *in verbis:*

> [...] Por outro lado, o Tribunal pode não querer seguir o precedente. Pode ocorrer que a decisão tenha sido obviamente errônea ao ser dada, que seja tão antiga que as novas condições a tenham tornado inadequada, ou, finalmente, tenha sido alterada a composição do Tribunal, de modo que o que era anteriormente a opinião de uma minoria enérgica seja agora a da maioria. Por qualquer dessas razões, ou por outras, o Tribunal pode recusar-se a seguir o precedente e reformar sua anterior decisão. Isso não seria de surpreender numa questão constitucional, em que não é possível recorrer a uma solução através do Legislativo, ou em uma questão processual, em que são usuais as alterações retroativas. A tradição exige que sempre que possível a doutrina do precedente seja observada através de cuidadosa distinção entre os dois casos, evitando-se uma rejeição imediata de decisões passíveis de crítica. Na prática, porém, a decisão, após ter sido diferenciada e expressamente "limitada a seus fatos particulares" por uma decisão posterior, está em geral tão reduzida, que se pode considera-la praticamente reformada.

Assim, embora se diga que no *Common Law* o juiz apenas declara o direito que já existe – visto que aplicaria os precedentes, em observância ao princípio do *stare decisis* – na verdade, não se

46 BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14915>. Acesso em: 16 set. 2011.

47 BURNHAM, . *op. cit.*, p. 69-70.

48 REINHART, *op. cit.*, p. 8.

49 FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 69-70.

nega que o juiz, no exercício do seu mister, constrói ou cria o direito em vários casos. Isso porque os precedentes são aplicados de acordo com a própria concepção do juiz sobre o que é adequado naquela situação particular; quais os valores da comunidade regem a hipótese; e, enfim, qual a norma deverá ser adotada, *in casu* – os chamados *adjudicatory facts*.[50]

O caráter criativo do juiz é vislumbrado, especialmente, quando determinado caso relacionado a um tema completamente novo é levado ao seu exame. Nesta situação, ausente a legislação escrita ou o precedente, é inegável que o juiz cria o direito, aplicando à hipótese as concepções jurídicas que ele entende pertinentes ou adequadas aos valores daquela comunidade. Não é à toa que tais considerações, em casos novos, são referidas como *legislative facts*.[51]

Esta característica marcante do *Common Law* foi objeto de intensas críticas após a Revolução Americana e pouco antes da Guerra Civil estadunidense. Ainda hoje constitui objeto de debates doutrinários, focados, principalmente, no poder criativo do juiz e na sua almejada imparcialidade.

3.1 CRÍTICAS AO MODELO

A concepção do *Common Law* nos Estados Unidos foi, desde a Revolução Americana, bastante influenciada pelos valores americanos, especialmente pelas idéias de liberdade e propriedade.

Sob esta perspectiva, os primeiros críticos ao sistema questionavam a concepção inglesa do *Common Law*, de que o juiz não criava o direito, mas o declarava. Tentava-se buscar justificativa adequada para o papel dos juízes e explicação razoável para a natureza do *Common Law*.

Uma primeira teoria compreendia o *Common Law* como produto da lógica, a partir da análise do precedente. Questionando este posicionamento, Justice Oliver Wendell Holmes passou a defender que o direito era produto de eventos históricos, ao invés de simples resultado da razão; era resultado da experiência, e não da lógica e, portanto, evolui, acompanhando a as transformações da sociedade[52].

Somente com os *Legal Realists* é que se reconhece que, no *Common Law*, o direito não é descoberto e declarado, mas sim elaborado

50 BURNHAM, op. cit., p. 44.

51 BURNHAM, op. cit., p. 44.

52 BURNHAM, op. cit., p. 45.

pelos juízes; e, ainda, que o mérito das decisões é influenciado por fatores sociais, políticos, econômicos, históricos entre outros, tal como percebidos pelos magistrados[53].

Se, por um lado, o trabalho criativo do juiz é valorizado por sua proximidade com os valores e com os anseios daquela comunidade, de que fazem parte ele mesmo e os litigantes, por outro lado, questiona-se: até que ponto estaria, na atividade judicante, aplicando o direito ao caso concreto, e não criando norma de acordo com suas convicções pessoais, que não serão necessariamente coincidentes com as da comunidade?

Este questionamento baseado na imparcialidade dos juízes encontra maior repercussão doutrinária se analisada sob a perspectiva do *Civil Law*, especialmente no Brasil. Nos Estados Unidos da América, reconhece-se que a imparcialidade pura é um ideal, uma utopia, já que o juiz faz parte da sociedade e, a todo o momento, é influenciado por seus valores e por sua história. Vejamos, sobre o assunto, trecho da obra de William Burnham,[54] em tradução livre, *verbis*:

> Embora todos nós sejamos *Legal Realists* agora, este mesmo realismo exige que reconheçamos alguma verdade em ambas as descobertas e teorias científicas do *Common Law*. Os juízes são produto da sociedade em que vivem e as suas atitudes e ações refletem mais do que predileções pessoais. Eles refletem os valores da sociedade em suas opinões e decisões. E na medida em que os valores da sociedade e os valores de um juiz se conflitam, os juízes concienciosos tentarão descobrir e escolher os valores da sociedade em vez dos seus. Considerações de ordem prática também embasam regras de *Common law*, as quais refletem costumes generalizados e a moralidade convencional. Tais regras melhor servem aos interesses e expectativas do povo e diminuem a preocupação com a percepção de regras não escritas do *common law*. Nessa medida, muito do direito já existe "lá fora", na sociedade, esperando ser "descoberto" pelos juízes.
>
> [...] Os juízes deverão escrever suas sentenças justificando suas decisões e, a fundamentação deve cumprir com as convenções judiciais há muito estabelecidas. A *Legal Process School of Jurisprudence* que cresceu na década de 1950, explorou a natureza destas restrições justificatórias na criatividade judicial e demonstrou que elas são reais. De acordo com os adeptos do *Legal Process*, a

53 BURNHAM, op. cit., p. 46-47.

54 BURNHAM, op. cit., p. 47.

> tradição do *Common Law* demanda por elaboração fundamentada de precedente e outros padrões "de construção" da fundamentação e da escrita da decisão, a limitar a liberdade dos juízes para decidir os casos da forma que eles quiserem. Consistente com a visão do *Legal Process*, os juízes na vida real, por vezes, reclamam que pessoalmente se sentem inclinados a decidir um caso de uma maneira particular, mas que por vezes, a fundamentação não será escrita desta forma.[55]

A par dessas considerações, os defensores do *Common Law* pregam que o direito construído pelos juízes é capaz de acompanhar o gradual desenvolvimento da sociedade, especialmente porque os magistrados dela fazem parte e são influenciados pelos valores e princípios que regem as relações naquela comunidade. Ao analisar o caso, pela sua proximidade com as partes e com a situação sob exame, o juiz é capaz de avaliar os direitos, os deveres e as responsabilidades dos litigantes com maior precisão. O legislador congressista, por sua vez, está afastado desta realidade e, ao elaborar regras gerais e abstratas, leva em consideração perspectivas ideológicas parciais e, muitas vezes, deixa-se influenciar pela pressão de grupos políticos dominantes ou mais fortes.[56]

Já os críticos do *Common Law* argumentam, além da questão da imparcialidade, já mencionada, que o dinamismo das relações sociais atuais, a velocidade da informação, a especialização dos serviços e o avanço da tecnologia tornam imprescindível a edição de leis para reger situações completamente novas e complexas. Nesses casos, as

---

55 "Although we are all Legal Realists now, that same realism requires that we recognize grains of truth in both the discovery and scientific theories of common law. Judges are products of the society in which they live and their attitudes and actios reflect more than personal predilections. They reflect society's values conflict, conscientious judges will try to discover and choose society's values rather than their own. Practical considerations also support common law rules that reflect widespread customs and conventional morality. Such rules best serve expectation interests of the people governed by them and lessen the concern about notice of the common law's 'unwritten' rules. To this extent, much of the law does already exist 'out there' in society waiting to be 'discovered' by judges.

[...] Judges are expected to write opinions justifying their decisions and those justifications are expected to comply with long-standing judicial conventions. The Legal Process School of jurisprudence which grew up in the 1950s explored the nature of these justificatory constrains on judicial creativity and demonstrated how they are real. According to Legal Process adherents, the common law tradition's demand for 'reasoned elaboration' of precedent and other standards of 'craftsmanship' in reasoning and opinion writing limit the freedom of judges to decide cases in whatever way they want. Consistent with the Legal Process view, judges in real life sometimes complain that they personally feel inclined to decide a case a particular way, but that 'the opinion won't write' that way".

56 COORAY, Mark. *Common Law and Statute*. Disponível em: <http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap185.htm>. Acesso em: 16 set. 2011.

hipóteses que ensejam a ameaça ou a violação a direitos podem surgir de forma muito rápida e a resposta do *common law* não é imediata e pode não ser eficiente para evitar ou reverter a agressão. A lei, portanto, dotada de abstração, generalidade e objetividade, garantiria a devida salvaguarda à sociedade.[57]

O sistema ideal, portanto, admitindo-se a imperfeição tanto do *Common Law*, quanto do *Civil Law*, ampararia a edição de leis genéricas, as quais regeriam abstratamente as relações sociais e a sua adaptação seria feita pelos juízes, nos casos concretos levados a sua apreciação. Para tanto, seria necessário conferir ao magistrado ou ao Tribunal, razoável margem para atuação e criação do direito naquela hipótese a ele apresentada, com base em parâmetros legais.

Embora o sistema norte-americano não se guie especificamente por esta orientação, parece seguir caminho análogo. O Direito americano, tradicionalmente adepto do *Common Law*, tem ampliado suas normas escritas ou *statutes* e, ao mesmo tempo, vem relativizando a regra do precedente, a qual, no direito inglês, é absoluta. Isto tem aproximado aquele sistema, cada vez mais, dos modelos de tradição romanística, como se verá adiante.

A seguir, passa-se a analisar a forma como o precedente ou as decisões vinculantes ainda são operacionalizadas na estrutura jurisdicional norte-americana e, após, tratar-se-á do crescimento do direito legislado no sistema jurídico dos Estados Unidos.

3.2 DA VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE: ESTRUTURA JURISDICIONAL

As decisões vinculantes ou *binding authority* são, em linhas gerais, aquelas proferidas por Tribunais superiores da mesma jurisdição e/ou aquelas proferidas pelo próprio Tribunal, e que possuem força obrigatória a influenciar outras posteriores, relacionadas ao mesmo tema.[58] Assim, para a devida compreensão do que seja *binding authority* é necessário realizar análise, ainda que breve, da estrutura da jurisdição nos Estados Unidos da América.

A jurisdição federal nos Estados Unidos é dividida em treze *circuits* e, cada um deles é dividido em *district courts* e em *courts of appeals*. A decisão proferida na *district court* de um dos *circuits* não vincula os tribunais dos outros *circuits*. A decisão proferida pelo colegiado de três juízes na *court of appeals* de um *circuit*, por sua vez, vincula todas as cortes daquele *circuit*[59].

57 COORAY, Mark. op. cit.

58 FARNSWORTH, op. cit., p. 63-64.

59 REINHART, op. cit., p. 7-8 e 13-14.

As decisões podem ser revertidas se os juízes do *circuit* decidirem, em plenário, neste sentido – ou *sit en banc*. Neste caso, também a decisão vincula todas as cortes daquele *circuit*[60].

Assim, as cortes de diferentes circuits podem vir a decidir ou a fixar o direito quanto a um mesmo tema, de forma diferente. O mesmo se dá no âmbito estadual, com as devidas proporções e respeitado o Pacto Federativo.[61] No Estado da Califórnia, por exemplo, os Tribunais podem fixar o direito quanto à determinada matéria e sua decisão não irá vincular os juízes e Cortes de outros Estados.

Essa regra, no entanto, apresenta algumas peculiaridades, visto que a jurisdição dos Tribunais federais e estaduais é concorrente em várias matérias. Nestas hipóteses, quando a ação tiver sido proposta em Tribunal estadual, o réu tem geralmente o direito de solicitar o desaforamento do caso para um Tribunal distrital federal.[62]

De qualquer forma, ainda que os magistrados não estejam vinculados por determinada decisão das *court of appeals* ou das *supreme courts* – seja porque não estão num mesmo *circuit*, ou porque pertencem ao Poder Judiciário de outro Estado da Federação estadunidense –, poderão utilizar aquela decisão como *persuasive authority*, ou seja, poderão obter uma primeira impressão, ou melhor entendimento, da matéria e das questões direta e indiretamente envolvidas e até decidir no mesmo sentido que aquela outra Corte.

O grau de persuasão que determinada decisão de um Tribunal pode exercer em outro depende do apoio que ela tenha entre as jurisdições, da preeminência do Tribunal que exarou a decisão ou do juiz que pronunciou o voto, bem como da similaridade da lei e das circunstâncias entre as jurisdições.[63]

Nota-se, portanto, que o reconhecimento da jurisdição concorrente e, também, a aplicação das regras de vinculação dos precedentes entre os tribunais geram ao jurisdicionado nos Estados Unidos, inequivocamente, um sentimento de insegurança jurídica sobre qual a norma, ou qual o precedente adequado, regerá o seu caso. Em contrapartida, abre-se ampla possibilidade de argumentação, aos advogados, na defesa dos interesses de seus clientes.

Não se poderia olvidar ademais que, nessas hipóteses, em matéria federal, a Suprema Corte dos Estados Unidos poderá deferir o *writ of*

60 REINHART, op. cit., p. 7-8 e 27-28.

61 REINHART, op. cit., p. 7.

62 FARNSWORTH, op. cit., p. 51.

63 FARNSWORTH, op. cit., p. 63-64.

certiorari interposto por uma das partes e, então, examinar a questão controvertida.[64] Mas, se não admitir o *writ*, não significa que estará anuindo com quaisquer dos entendimentos fixados pelas Cortes dos diferentes *circuits* ou dos diferentes Tribunais.[65]

Portanto, embora imperfeito, é inequívoco que esse sistema de regras específico relacionado à estrutura jurisdicional e às decisões vinculantes é relevante para a manutenção do equilíbrio, nos Estados Unidos, do *Common Law* e do Federalismo, estabelecido na Constituição de 1789. A necessidade de manter a harmonia e a coerência do sistema jurídico e do Pacto Federativo, em verdade, é o que, de forma marcante, diferencia o direito norte-americano, do direito inglês, no qual, como dito, a doutrina do precedente é admitida de forma absoluta.

3.3 CRESCIMENTO DO DIREITO LEGISLADO

As críticas levantadas por alguns doutrinadores quanto ao *Common Law* e, em especial quanto a eventuais problemas relacionados à imparcialidade dos magistrados ou à justiça de suas decisões, vem sendo relativizadas, também, pelo crescimento do *statutory law*, tanto na esfera federal, quanto nos Estados.

É importante ressaltar, preliminarmente, que o direito legislado não vem se desenvolvendo nos Estados Unidos em razão de eventuais críticas à imparcialidade dos juízes ou as suas decisões. O *Common Law* nos Estados Unidos, durante muito tempo, serviu de instrumento hábil para acompanhar o dinamismo da realidade e a evolução do entendimento jurídico quanto a determinados temas. Entretanto, com o desenvolvimento econômico, social e tecnológico acelerado dos Estados Unidos e ante à complexidade das novas demandas judiciais, a necessidade de editar regras gerais e abstratas tornou-se imperiosa para a regulação de certas atividades e para a pacificação de controvérsias.

No curso da História norte-americana, em algumas oportunidades, tentou-se codificar as normas do *Common Law*, sob os mais diversos argumentos. Em alguns Estados esse movimento ganhou maior impulso, como Idaho, Montana, Dakota do Norte, Dakota do Sul e Califórnia. Neles, algumas matérias pertinentes ao Direito Civil foram, desde cedo, codificadas e, até os dias atuais,

64 Vale ressaltar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América aprecia pouquíssimos casos a cada ano. (BURNHAM, . *op. cit.*, p. 174/175)

65 REINHART, op. cit., p. 7.

são regidas pelos *statutes*, remanescendo ao *common law*, papel importante, embora secundário[66].

O direito legislado nos Estados Unidos cresceu vertiginosamente a partir da década de 30, quando, em algumas situações, as leis escritas vieram a substituir o *common law* de forma mais expressiva. Em outras, a legislação veio a criar novas áreas do direito. No âmbito federal, por exemplo, os *statutes* vieram a regular matéria tributária, previdenciária, ambiental, direito financeiro e bancário. Já nos Estados, as leis escritas cuidam do direito do consumidor, transações comerciais e direito de família, remanescendo no *common law*, em geral, matérias como contratos, *torts* – ou ações indenizatórias – e direito de propriedade[67].

Vale destacar que, embora o crescimento do *statutes* tenha aproximado o direito norte-americano do *Civil Law*, o sistema jurídico nos Estados Unidos continua sendo *Common Law*, mas dotado de algumas peculiaridades que o diferenciam muito do *Common Law* inglês.

Na hierarquia das fontes do direito norte-americano, os *statutes* estão em posição de supremacia, em relação aos precedentes. Reconhecendo-se que as leis escritas são hoje numerosas nos Estados Unidos, constata-se que sobraria pouco espaço para a aplicação do *caselaw*. Este entendimento, no entanto, deve ser visto *cum grano salis*.

Os juízes norte-americanos, ao aplicar o direito legislado, como regras de direito específicas, o fazem de forma estrita, de acordo com seus termos. O que está além ou fora da previsão legal permanece regido pelo *common law*. Melhor explicando: o *common law* continha normas regendo todas ou quase todas as questões submetidas ao Judiciário. Se lei posterior veio a disciplinar determinada matéria e nela são observadas lacunas, entende-se que as normas do c*ommon law* antes aplicadas ao caso não foram revogadas pela regra escrita posterior. Logo, a hipótese não abrangida pelo *statute* é regida pela norma do *common law* que o antecedia.[68]

Outras orientações são, também, observadas pelos Tribunais, especialmente quanto à Separação dos Poderes. O juiz americano não deve invadir a competência do Congresso criando regras ou estendendo direitos não expressamente previstos nos *statutes*. A omissão legal em assuntos que carecem de precedentes deve ser analisada com muita cautela pelo magistrado, de forma a não subverter o sistema.

---

66 BURNHAM, op. cit., p. 53-54.

67 BURNHAM, op. cit., p. 49-50.

68 BURNHAM, op. cit., p. 51-53.

No ponto, alguns doutrinadores diferenciam o *Common Law Caselaw* do *Caselaw Interpreting Enacted Law*.[69] No primeiro caso, tem-se o *common law* como fonte do direito tradicional, ou seja, os Tribunais definem o direito para o caso concreto, mesmo na ausência de lei escrita sobre o assunto. No segundo caso, tem-se que a decisão judicial que interpreta determinada lei escrita ou estatuto passa a regular outros casos semelhantes sobre o mesmo tema. Em ambas as situações, o princípio do *stare decisis* deve ser aplicado.

A atividade interpretativa no modelo americano, portanto, demanda o recurso a alguns princípios e máximas pelos juízes e pelas cortes norte-americanas, quando da aplicação dos *statutes*. Entre eles, vale citar os seguintes: *The Consideration of the Entire Statute*, que prescreve que o estatuto seja analisado e interpretado em sua integralidade e de forma harmônica, visto que nenhuma palavra ou frase isolada é determinante na aplicação da regra; *The Plain Meaning of the Statute*, segundo o qual, se a linguagem usada na lei é clara e não-ambígua, o intérprete deve acolher a previsão em sua literalidade; *Legislative History and Related Legislation*, que recomenda sejam consideradas pelas cortes, na compreensão das leis, o intento do legislador e as razões que levaram o Poder Legislativo a editar determinada regra; *In Pari Materia*, o qual aconselha que as leis que tratam de uma mesma matéria devem ser elaboradas juntas, de forma a traduzir a harmonia do ordenamento; *the expression of the one is exclusion of the other*, máxima que esclarece que a omissão do legislador quanto a determinado ponto, na lei, quando poderia ter sido facilmente nela incluído, traduz, na verdade, a intencionalidade daquela exclusão; *narrow construction of statutes that are in derogation of common law*, o qual orienta que, para se determinar quando a lei escrita modifica ou altera a norma contida no *caselaw*, a análise deve ser feita restritivamente e a lei deve ser interpretada nos limites da matéria que buscou regular; entre outros.[70-71]

Além destes princípios, de inspiração no *Common Law*, nos últimos anos, o sistema jurídico americano vem sendo influenciado, também, por técnicas e princípios do *Civil Law* na interpretação e aplicação da legislação escrita. Entre eles, vale destacar a analogia.[72]

Em muitos outros pontos, observa-se a aproximação do direito americano com os sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica. É sobre esse assunto que se tratará a seguir.

---

69 BURNHAM, op. Cit., p. 40-41.

70 REINHART, op. cit., p. 124-129.

71 FARNSWORTH, op. cit., p. 92-95

72 BURNHAM, op. cit., p. 61-63.

4 A APROXIMAÇÃO DO DIREITO AMERICANO DOS MODELOS DE TRADIÇÃO ROMANISTA

O direito americano influenciou vários ordenamentos jurídicos no mundo quanto a diversos institutos isoladamente considerados. Entre os mais relevantes, destacam-se o controle de constitucionalidade e o devido processo legal. Como sistema, no entanto, vem se aproximando gradativamente dos modelos jurídicos de inspiração Romano-Germânica, ou *Civil Law*, tal como o brasileiro.

A percepção desta aproximação se dá, principalmente, com o reconhecimento de que hoje, o *statutory law* nos Estados Unidos vem crescendo de forma acentuada, passando a constituir a principal fonte do direito quanto a diversas matérias. O mesmo ocorre com o *regulatory law*, ou o direito emanado das agências reguladoras e do Poder Executivo, que também foi ampliado nas últimas décadas.

Mas não é só. Tão importante quanto observar o aumento do direito legislado nos Estados Unidos é reconhecer que as regras escritas continuam a manter relação de superioridade, na hierarquia das fontes, se comparadas aos precedentes.

Na prática, tal movimento implica importante alteração da estrutura do sistema jurídico nos Estados Unidos, pois o juiz, ao aplicar o direito, recorre inicialmente à Constituição Federal e, após, aos tratados e leis escritas federais, aos regulamentos federais, às Constituições Estaduais, às leis escritas estaduais, aos regulamentos estaduais e, finalmente, aos precedentes, nesta ordem. Com isso, conclui-se que os precedentes no Direito americano tiveram a sua relevância reduzida como fonte primária.

Em países do *Civil Law*, em que o juiz deve aplicar o direito posto, prevalece semelhante hierarquia das fontes. Vale ressaltar, no entanto, que, curiosamente, no Brasil, vem sendo observado movimento no sentido inverso, ou seja, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores vem servindo igualmente de fonte a regular as relações jurídicas – especialmente as súmulas e decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal –, além de guiar a aplicação da lei pelos outros membros do Poder Judiciário. A influência das decisões judiciais no Brasil é exercida sobre o próprio Poder Legislativo, visto que este é reflexamente orientado na elaboração de novas leis.

Ao que parece, esse movimento de convergência, tanto do Direito americano para os modelos de inspiração Romano-Germânica, quanto destes para os sistemas de *Common Law*, reflete uma preocupação geral com a segurança jurídica e a Justiça das decisões.

Sobre o ponto, Maria Helena Diniz[73] destaca que, "há no Estado moderno uma supremacia da lei ante a crescente tendência de codificar o direito para atender uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas".

O Professor Miguel Reale[74], por sua vez, ao tratar dos precedentes e do direito legislado, conclui, que, embora sejam expressões diversas, "nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *Common Law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística."

De qualquer modo, a aproximação dos modelos está inegavelmente associada às demandas da sociedade moderna e aos desafios inerentes ao desenvolvimento tecnológico e econômico mundial, especialmente dos países do Ocidente. O recurso ao direito comparado, a aproximação das estruturas e dos sistemas jurídicos e a aplicação de institutos consagrados no Direito alienígena, demonstram que, na atualidade, países que passaram por processos de desenvolvimento completamente distintos, do ponto de vista histórico, cultural, econômico, social e político, estão em constante intercâmbio de experiências e tendem a convergir juridicamente. É neste contexto que se insere a evolução do Direito norte-americano e sua situação atual.

5 CONCLUSÃO

O direito norte-americano se desenvolveu de forma bastante dinâmica, buscando acompanhar as transformações sociais e econômicas pelas quais o país veio a passar ao longo de sua história.

A doutrina do precedente nos Estados Unidos nunca desfrutou da autoridade absoluta com que foi admitida no direito inglês, especialmente em razão de três fatores: o grande volume de decisões, o conflito de precedentes em diferentes jurisdições e a rapidez da evolução do direito norte-americano.

O *Common Law* no direito americano, então, precisou ser adaptado à realidade do acelerado desenvolvimento dos Estados Unidos, bem como aos compromissos estampados na Constituição de 1789. Com isso, o direito legislado veio a crescer acentuadamente, tanto no âmbito federal, quanto no âmbito estadual.

---

73 DINIZ. Maria Helena. *Introdução à Ciência do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 283.

74 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 142.

Neste contexto, verifica-se que o sistema jurídico americano, tradicionalmente adepto ao *Common Law*, se aproximou consideravelmente dos modelos de inspiração romanística. A adoção da regra escrita, em larga escala, como fonte primária, implica na alteração do trabalho do juiz na interpretação e na aplicação do direito, bem como no papel do precedente, que teve reduzida a sua importância em vários temas.

Em contrapartida, os ordenamentos jurídicos adeptos ao *Civil Law* vem atribuindo maior relevância aos precedentes judiciais. Especificamente no direito brasileiro, a Jurisprudência dos Tribunais Superiores tem orientado a atuação judicial e, reflexamente, vem influindo na elaboração das leis – tarefa compreendida na esfera de atribuições precípuas do Poder Legislativo.

Assim, a troca de experiências e o recurso a institutos de direito estrangeiro não só aprimoram os sistemas jurídicos, mas, também, contribuem para a convergência entre eles. Esse processo é resultado inexorável do aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política entre os países, especialmente no Ocidente, onde o fenômeno da globalização é observado de forma mais expressiva.

REFERÊNCIAS

BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em:<http://jus.com.br/revista/texto/14915>. Acesso em: 16 set. 2011.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006.

CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no Common Law. Artigo publicado na *REPRO – Revista de Processo nº 180*, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>. Acesso em: 16 set. 2011.

COORAY, Mark. *Common Law and Statute*. Disponível em: <http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap185.htm>. Acesso em: 16 set. 2011.

DINIZ. Maria Helena. *Introdução à Ciência do Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. New York, NY: Columbia University, 1963. Tradução para o português: FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2007.

REFLEXÕES ACERCA DAS TÉCNICAS UTILIZADAS PARA AFASTAR O USO DO PRECEDENTE: OVERRULING E DISTINGUISHING

REFLECTIONS ABOUT THE TECHNIQUES USED TO EXCLUDE THE USE OF PRECEDENT: OVERRULING AND DISTINGUISHING

Ana Carolina de Sá Dantas
Procuradora Federal. Atuou no Departamento de Consultoria e Assessoramento da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel de 2007 a 2010; Atualmente encontra-se em exercício no Departamento de Consultoria e Assessoramento da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema judicial norte-americano; 1.1 Visão Geral; 1.2 Estrutura da Corte Federal; 1.3 Estrutura da Corte Estadual; 2 Do common Law; 2.1 Conceito e distinção do Civil Law; 2.2 Alicerce: Teoria do Precedente (Stare Decisis); 3 Das técnicas utilizadas para afastar o uso do precedente; 3.1 Distinguishing; 3.2 Overruling; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo descrever as técnicas de afastamento da teoria do precedente (*stare decisis*), fazendo uma análise sucinta e clara acerca do assunto. Para isso haverá uma abordagem acerca de como funciona a teoria do precedente no direito norte-americano, destacando-se a vinculação das decisões pelas cortes inferiores. Inicialmente, haverá uma descrição objetiva acerca do sistema legal norte-americano, abordando o funcionamento do sistema jurídico, as competências e atribuições das cortes e a atuação da Suprema Corte. Em seguida dar-se-á ênfase ao desenvolvimento da teoria do precedente nos Estados Unidos, destacando sua origem, conceito e as consequências da adoção do instituto do *common law* no direito americano. Propõe-se, por fim, a abordar as técnicas utilizadas pelos juízes americanos para afastar a teoria do *stare decisis* (teoria do precedente), quais sejam, *overruling* e *distinguishing*. A pesquisa deriva de estudos acerca da flexibilização da teoria do precedente e de decisões da Suprema Corte Norte-Americana, fato este constatado através da aplicação das técnicas acima mencionadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Americano. Teoria do Precedente. Técnicas. Afastamento. *Distinguishing*. *Overruling*.

ABSTRACT: This article aims to describe the techniques of removal of the theory of precedent (*stare decisis*), making a clear and concise analysis on the subject. For this approach will be one about how the theory of precedent in U.S. law, especially the linking of decisions by lower courts. Initially, there will be an objective description about the American legal system, addressing the functioning of the legal system, the powers and duties of the courts and the Supreme Court action. Then it will give emphasis to the development of the theory of precedent in the United States, highlighting its origins, concept and the consequences of adopting the Institute of *common law* in United States. It is proposed, finally, to address the techniques used by American judges to rule out the theory of *stare decisis* (precedent theory), namely, *overruling* and *distinguishing*. The research stems from studies on the flexibility of the theory of precedent and Supreme Court rulings American, a fact verified by applying the techniques mentioned above.

KEYWORDS: American Law. Theory of precedent. Techniques. Removal. Distinguishing. Overruling.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo propiciar ao leitor uma visão sistêmica do Direito Norte Americano, abordando o sistema da *common law* e seu alicerce, a Teoria do Precedente, especialmente as técnicas utilizadas pelos juízes americanos para afastar o uso dessa teoria.

Para isso, se explanará como funciona o sistema judicial americano, as competências jurídicas e a inserção das cortes judiciais, bem como suas atribuições no Direito Americano. Tendo adotado como sistema de governo a Federação, os Estados Unidos são exemplo típico de federalismo puro, uma vez que, cada estado dentro do País detém autonomia e independência frente aos outros. Nesse contexto, analisar-se-á a estrutura das cortes federais e estaduais, suas competências e atribuições. Em seguida, buscar-se-á conceituar o sistema do *common law*, analisando sua natureza jurídica e cotejando suas características com o sistema do *civil law*.

Seguidamente, pretende-se inserir o estudioso do direito no funcionamento da Teoria do precedente, abordando como o alicerce do *common law* se desenvolve no sistema jurídico americano, abordando seu conceito, sua função, seu uso pelos magistrados americanos e como essa teoria desenvolvida no seio do *common law* vem marcando a realidade do sistema precedentialista norte-americano.

As características da teoria e os fatores que tem impulsionando a doutrina do *Stare decisis* ao longo dos anos são também pontos que são abordados ao longo do artigo.

Por fim, são analisadas as técnicas que são utilizadas pelos juízes norte-americanos para ultrapassar/superar o precedente firmado, abordando seu conceito, características e citando, inclusive, casos concretos analisados pela Suprema Corte Americana e também adotados pelo Direito Brasileiro.

1 SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO

1.1 VISÃO GERAL

A Constituição dos Estados Unidos da América estabelece um sistema federal de governo, concedendo poderes específicos ao governo federal. Desse modo, todo o poder que não foi constitucionalmente delegado ao governo federal, remanesce com os Estados.

Ao todo, a federação norte-americana é composta por 50(cinquenta) estados e cada um deles possui sua própria constituição

estadual e sua própria estrutura governamental. A estrutura de governo é repartida em 3(três)poderes: executivo, legislativo e judiciário o que, por óbvio, previne o abuso de poder e infirma a teoria dos *"checks and balances"*. Como bem prescrevia o Professor Augusto Zimmermann:

> Portanto, a separação de poderes e o *Checks and Balances* seriam perfeitamente compatível com o Estado democrático, limitando-se o poder, mas garantido-se a plena liberdade política dos indivíduos e do direito das minorias. Possibilita, de igual forma, a formação do Estado de Direito, na medida em que ele previne o abuso governamental submetendo-se governantes e governados ao *rule of law*, donde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal[1].

Como produto do federalismo puro, o sistema judicial norte-americano tem natureza jurídica dual, composto do sistema da corte federal e da corte de cada um dos estados que compõem a federação.

Desse modo, cada Estado possui um sistema judicial fechado, o que corrobora ainda mais a idéia de independência entre os Estados. Sobre o tema leciona William Burnham:

> To speak of "the judicial system" of the United States is misleading, because there are in reality 51 different judicial systems in the country: the federal court system and the court system in each state. As to questions of state law, each of the state systems is a separate closed system. In other words, each state system has its own court of last resort that has the last word on what state law is. Only on issues of federal law, arising originally either in federal or state court, can it be said that there is the semblance of a single national judicial system with one court, the United States Supreme Court, serving as the court of last resort.[2]

Em continuidade, a competência das cortes federais foi estabelecida pela Constituição Federal detendo jurisdição exclusiva apenas sobre certos tipos de casos, especialmente aqueles que envolvem leis federais, controvérsias entre os Estados e Governo estrangeiro.

---

1 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista. 2. ed.* Campinas: Russell Editores, 2005, p. 72.

2 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States.* Minessota. Thomson, 2006.

Em determinadas situações a corte federal compartilha a competência com a corte do estado, ou seja, há uma competência concorrente para solucionar o caso, podendo ser citado como exemplo os casos que envolvem partes que moram em diferentes estados.

As cortes estaduais, ao contrário, não foram criadas pela Constituição Federal. Retiram seu poder das Constituições Estaduais. Existem mais de 30.000(trinta mil) cortes estaduais e, a cada ano, mais de 50 milhões de casos são submetidos a essas cortes, em sua maioria, casos envolvendo, roubos, furtos, disputas familiares, questões relacionadas a contratos, dentre outros.[3]

1.2 ESTRUTURA DA CORTE FEDERAL

O artigo III da Constituição Federal Americana[4] estabelece a estrutura da justiça no âmbito federal que se apresenta distribuída em três níveis principais: Na 1ª instância situam-se as *"district courts"*, com jurisdição para casos civis e criminais, incluindo casos de direito marítimo e revisões de algumas decisões proferidas por agências administrativas federais.

O Congresso dividiu o país em 94(noventa e quatro) distritos judiciais federais cada um com sua própria "district court", todas espalhadas pelos 50(cinquenta) estados americanos. Por sua vez, cada "district court" tem uma corte de falência (bankrupty court).

Os distritos podem variar de tamanho, pois que, nos estados mais populosos podem existir mais de uma "district court". Exemplo disso, é o Estado de Nova Iorque que possui 4(quatro) distritos, um para cada região da cidade.

José Jardim Rocha discorrendo acerca da estrutura judicial no sistema norte americano em seu artigo intitulado "Supremacia da Constituição ou Supremacia do "defensor" da Constituição? O *stare decisis* e o Efeito vinculante nas Decisões da Suprema Corte" leciona:

> Atualmente, em função do exercício dessa competência legislativa, a Justiça Federal norte-americana está assim configurada: no primeiro nível, 94 distritos judiciais federais, compreendendo *United States District Courts*, com competência em quase todas as matérias

3 Dados extraídos do Federal Judicial Center Disponível em: <http://www.fjc.gov>.

4 O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido de uma -Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

> civis e criminais, e *United States Bankruptcy Courts*, com competência exclusiva em casos de falência, sendo 89 distritos distribuídos nos 50 estados americanos e 5 em Puerto Rico, Virgin Islands, Distrito de Columbia, Guam e Northern Mariana Islands; e dois tribunais especializados: *Court of International Trade*, que aprecia questões relacionadas ao comércio internacional, inclusive sua tributação; e *United States Court of Federal Claims*, com competência em casos que envolvam demandas de indenização contra os Estados Unidos, controvérsias acerca de contratos federais, desapropriações e outros; no segundo nível, 12 tribunais de apelação de circuito (*Circuit Courts of Appeals*), sendo 11 com competência recursal em uma área integrada por tribunais distritais, e um com competência no Distrito de Columbia; e um tribunal especializado: *Court of Appeals for the Federal Circuit*, com jurisdição específica, entre outras matérias, sobre o direito de patente e os casos decididos pelo *Court of International Trade* e pelo *United States Court of Federal Claims*; e, no último nível, a Suprema Corte[5].

Em continuidade, como segundo nível da estrutura federal judicial dos Estados Unidos encontram-se as "Courts of Appeals" as quais foram agrupadas pelo Congresso em 13(treze) regiões denominadas de circuitos.[6] Essas cortes de apelação tem a atribuição de rever as decisões proferidas pelos "district courts": "If a person loses a trial in a district court, that person can appeal the case to the court of appeals, which will review the case to see if district court judge applied the law correctly."[7]

Também tem jurisdição para analisar apelações de decisões proferidas pelas Agências Administrativas, a exemplo da National Labor Relations Board e o Departamento of Health and Human Services.

Onze desses circuitos englobam vários estados e as "district courts" que neles se encontram; Um outro circuito é o de Columbia e o décimo terceiro circuito analisa as apelações das cortes federais especializadas.

É importante destacar ainda no que toca as "courts of appeals" que não há um número fixo de juízes. Em geral, as cortes de apelação são formadas por vários juízes, decidindo os casos, na maioria das vezes, em número de três.

---

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/JoseRocha_Rev73.pdf

6 The federal courts of appeals are sometimes called "circuit" courts of appeal because the judges at one point had to "ride circuit", i.e, to travel through the states under jurisdiction along regular route, usually on horseback, and hold court in various places along that route.

7 Welcome to the Federal Courts. Disponível em: <http://www.fjc.gov>.

Por fim, faz-se mister anotar que as cortes de apelação podem discordar umas das outras, existindo apenas um efeito persuasivo sobre a jurisdição do outro circuito. A consequência é que "there can be and often is different rule on a point of federal law in New York (a state in the Second circuit) and in California (a state in the ninth circuit)."[8]

No terceiro e ultimo nível de discussão em sede de Jurisdição Federal Americana encontra-se a Suprema Corte dos Estados Unidos. Formada por 9 (nove) juízes, (sendo um deles presidente da Corte) é a mais famosa Corte Federal Americana. Os casos originários das "Courts of Appeals" e das Supremas Cortes Estaduais podem ser submetidos a Suprema Corte Federal, mas ela não é obrigada a analisar todos eles. Destaca Farnsworth:

> É ela a única corte federal criada pela Constituição; todas as outras são criações do Congresso, que detém o poder constitucional para criá-las [...] a Suprema Corte não é apenas o mais alto tribunal de apelação do sistema de justiça federal, mas também detém um poder limitado de revisão das decisões proferidas pelas cortes estaduais. Todavia, o volume de apelações ouvidas pela Suprema Corte, provenientes tanto da justiça federal, como da estadual, é bem pequeno[9].

Ainda sobre a competência da Suprema Corte, disserta de forma pertinente José Jardim Rocha[10]:

> A partir do disposto no Artigo III da Constituição, a jurisdição da Suprema Corte está assim configurada no *United States Code:*
>
> 1 – Jurisdição Originária (Seção 1251):
>
> 1.1 exclusiva: todas as controvérsias entre dois ou mais estados;
>
> 1.2 não exclusiva (ou seja, o caso pode ser também apreciado em outro tribunal federal):
>
> a) todos os processos em que são partes embaixadores, cônsules e outros agentes públicos de estados estrangeiros;

8 BURNHAM, op. cit., p. 174

9 FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. Oceana Publications Inc: New York, 1996.

10 Idem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/JoseRocha_Rev73.pdf

b) todas as controvérsias entre os Estados Unidos e um estado americano;

c) todas as ações envolvendo um estado contra os cidadãos de um outro estado ou contra estrangeiros

2 – Jurisdição de apelação direta (Seção 1253): exceto quando previsto de outro modo em leis específicas, qualquer parte pode recorrer diretamente para a Suprema Corte contra uma decisão dos chamados "district courts of three judges"(12) que denegam jurisdição em casos de *injunction* legalmente previstas na sua competência;

3 – Jurisdição de apelação em *certiorari* ou em *certified questions* (Seção 1254): a Suprema Corte pode apreciar casos oriundos de um dos doze tribunais de apelação de circuito em duas situações:

3.1 via writ of *certiorari* – por solicitação de uma das partes, em determinadas condições(13), em casos civis ou criminais, antes ou após a decisão do tribunal de apelação;

3.2 via *certified question* – é a denominação do raramente usado procedimento pelo qual um tribunal "certifica" a Suprema Corte que um caso sob seu exame é de uma tal complexidade que ela necessita de instrução. Segundo a Seção 1254 do *United States Code*, nesses casos a Suprema Corte tem duas alternativas: fornecer as instruções, que serão vinculantes, para que o tribunal julgue o caso, ou requerer a subida do processo para decidir toda a matéria controversa.(14)

4 – Jurisdição em *certiorari* em face de tribunais estaduais (Seção 1257): decisões finais dos tribunais superiores dos estados podem ensejar um writ of *certiorari* para a Suprema Corte quando a validade de um tratado ou de uma lei federal é questionada, quando uma lei estadual é considerada ofensiva à Constituição, aos tratados ou às leis federais, ou quando qualquer título, direito, privilégio ou imunidade é particularmente reivindicado com base na Constituição, tratados ou leis federais. (15)

Na experiência da Suprema Corte, a jurisdição originária, de apelação direta e relativa às *certified questions* não tem apresentado um número muito expressivo de casos. Em particular, as apelações

> diretas, que antes eram obrigatoriamente recebidas, desde 1940 têm sido tratadas pela Suprema Corte como matéria sujeita à sua discricionariedade. Em contrapartida, a maior parte dos casos analisados origina-se de petições para um *certiorari.*
>
> Em média nos últimos anos vêm sendo apresentados cerca de 4.000 petições, sendo concedido o writ em aproximadamente 150 casos. Tal é a relevância do *writ of certiorari* que as novas *Rules of the Supreme Court*, vigentes desde de maio de 1999, dividem a jurisdição da Corte em *Jurisdiction on Writ of Certiorari* (Parte III, Disposições 10 a 16) e *Others Jurisdiction* (Parte IV, Disposições 17 a 20). Nesse âmbito, a Disposição 10 estabelece expressamente que a "análise de um *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discrição judicial, que somente será admitida quando presentes os requisitos pertinentes". Entre os requisitos que, "embora nem controlando nem restringindo em termos absolutos a sua discrição", a Suprema Corte considera são mencionando os seguintes: i) conflito jurisprudencial entre tribunais de apelação federais (*Circuit Courts*) em uma questão importante; ii) conflito jurisprudencial na decisão de "uma importante questão federal" — não
>
> limitada a questões constitucionais — entre um tribunal de apelação federal e um tribunal estadual de última instância; iii) casos em que um tribunal de apelação federal tenha se afastado gravemente do "curso normal dos procedimentos judiciais" ou acolhido uma tal violação por parte de um tribunal a ele vinculado; iv) conflito jurisprudencial entre tribunais estaduais de última instância com respeito a "uma importante questão federal"; v) casos em que um tribunal de apelação federal ou um tribunal estadual decide uma "importante questão de direito federal" que não foi, mas poderia ter sido, submetida à apreciação da Suprema Corte, ou uma "importante questão federal" de modo contrário a uma "relevante decisão" da Corte.(16)

Estabelecida a estrutura da Justiça Federal, passa-se, agora a discorrer acerca da organização do poder judiciário nos estados americanos.

1.3 ESTRUTURA DA CORTE ESTADUAL

Ao contrário da Corte Federal, a Estadual por não retirar sua fonte da Constituição Federal detém mais especificidades a depender do

estado analisado. Nesse sentido, a estrutura do sistema de corte estadual varia de estado para estado. Cada estado possui características próprias no que concerne à estrutura organizacional do Poder Estadual.

Assim, neste tópico não se analisará a estrutura de um determinado estado. Mas, ao contrário, se perquirirá acerca das semelhanças existentes na estrutura do poder estadual. Desse modo, diante da impossibilidade de se analisar a estrutura de cada um dos 50 estados americanos, buscar-se-á discorrer apenas acerca de algumas generalidades em torno do tema.

Em regra, a prestação jurisdicional estatal nos Estados Unidos é organizada num modelo de 3(três) níveis:

1 "Trial courts";

2 Appelatte Court ou Court of appeal";

3 "Supreme Courts".

Também chamadas de "Superior Courts", Disctrict ou Circuit Courts ou Courts of common pleas, as "trial courts" encontram-se na base do sistema judicial estadual norte-americano. Nada mais são do que juízos monocráticos, podendo ou não haver a presença de um júri, dependendo do tipo de caso analisado e do pedido das partes.

Discorrendo sobre as "Trial Courts", William Burnham destaca:

> The overall job of trial courts is to reach a decision in the first instance on all disputes filed in a given judicial system. This involves hearing the evidence and arguments presented by the parties, determining the facts in the case and applying the law to those facts. In the process, the trier of fact, whether judge or jury, must resolve conflicts in the testimony and make judgments about credibility of witnesses and the believability and weight to be given all the evidence. This is an important function because, as discussed below, the facts of case cannot be relitigated on appeal.[11]

Acima das "trial courts" do Sistema judicial estadual existem, em regra, dois níveis de cortes de apelação: as "Intermediate Courts" e as "Supreme Courts". A "intermediate court" de apelação é geralmente chamada de "Court of appeals" e a corte de jurisdição final de "Supreme

11 BURNHAM, op. cit., p. 165.

Court". Em alguns estados, como, por exemplo, Nova Iorque a corte de jurisdição final é denominada de "Court of Appeals".

Acerca do sistema de cortes de apelação nos Estados salienta William Burnham:

> Judges of supreme courts are usually called "justices", qhile judges of intermediate courts of appeal and trial courts are called "judges". Appellate courts have no jury or other nonlawyer members. When meeting to hear and decide cases, intermediate appellate courts have three judges while supreme courts usually number five, seven or nine justices[12].

Desse modo, acerca da estrutura dual do sistema judicial nos Estados Unidos afirma Roy Mersky E Donaldo J. Dunn:

> There are some matters over which a state or federal court has exclusive jurisdiction and some matters over which a state court has concurrent jurisdiction with the federal courts. Federal courts can, in some instances, decide questions of state law; state law can, in some instances, decide questions of federal law. For both the beginning law student and the experienced attorney, it can be difficult to determine which matters are questions of federal law, which are questions of state law, and which can be subjects for both[13].

Nesse sentido, assinaladas as premissas de como funciona o sistema judicial norte-americano, passa-se a fazer uma breve descrição acerca do *common law* no direito americano.

2 DO COMMON LAW

2.1 CONCEITO E DISTINÇÃO DO CIVIL LAW

A Common Law provém do direito inglês não escrito que se desenvolveu a partir do século XII. É á lei 'feita pelo juíz', onde a primeira fonte do direito é a jurisprudência. Elaborados por indução, os conceitos jurídicos emergem e evoluem ao longo do tempo, sendo

12 BURNHAM, op. cit., p. 167.

13 MERKY, Roy M; DUNN, Donald J. *Legal Research Ilustrated. An Abridgment of Fundamentals of Legal Research*. 8. ed. Foundation Press: New York, 2002, p.4.

construídos pelo amálgama de inúmeros casos que, juntos, delimitam os campos de aplicação.

Teve sua origem na Inglaterra, tendo se expandido para vários outros países, dentre eles, os Estados Unidos, a Áustria, Canadá, Índia, dentre outros. Acerca do *common law:*

> The core of the common law, on the other hand, was essentially created by judges, as they decided actual cases. The common law grew, shifted, evolved, changed prismatically, over the years, as it confronted real litigants, and real situations. But as result, it became hard to find and to indentify "the law". The common law was, in a way, everywhere and nowhere – it was an abstraction, scattered among thousands of pages of case reports. It was not, in short, package for export.[14]

Trata-se, pois, de um sistema marcado pela influência cultural sobre os temas postos em discussão, refletindo, assim, a construção paulatina de entendimentos jurisprudenciais.

Os Estados Unidos adotou o que se convencionou chamar de *Common Law* mista, enquanto a Inglaterra teria uma *Common Law* pura. A exata definição do termo pode ser tarefa difícil. No entanto, o que define melhor o sistema são suas características, imprescindíveis para a compreensão do instituto.

A base do instituto são os precedentes (*doctrine of stare decisis* ou *doctrine of precedent* originalmente), ou seja, o direito criado pelo juiz (*judge-made law*) no momento em que um caso concreto lhe é submetido.

O que caracteriza os Estados Unidos como Common Law mista é a importância da Constituição Federal e dos estatutos. O *judge-made law* , criado pelo juiz, opõe-se ao *Statute Law*, criado pelo legislador (na acepção norte-americana para legislador, que compreende tanto o poder legislativo, como o executivo e o judiciário). Há uma predominância do primeiro sobre o segundo, o que não ocorre na Inglaterra, por exemplo.

O termo *Statute Law* abrange os tratados internacionais, a Constituição, as leis ordinárias federais e estaduais, códigos, dentre outros textos normativos. Tem por função complementar as lacunas deixadas pelos precedentes. Em suma, os EUA têm estatutos e códigos (inclusive a nível federal, como o UCC, Unified Comercial Code), mas mantém como fonte primordial o estudo dos casos, dos precedentes e, só num segundo momento, é que se recorre à lei escrita.

---

14 FRIEDMAN, Lawrence. *Law in America: a short story*. New York: A Modern Library, 2002. p. 8.

Em sentido diametralmente oposto, encontra-se o sistema do civil law. Tendo origem na tradição jurídica da Europa Continental, especialmente, no sistema romano-germânico é o sistema que atualmente domina o mundo. Baseia-se primordialmente nos textos codificados, os quais estabelecem as regras do ordenamento jurídico, conceitos básicos e doutrina, não tendo, teoricamente, os juízes o poder para acrescer ou suprimir a lei.

Embora os países que adotam a Civil Law se autoproclamem herdeiros do sistema romano, talvez por reflexos tardios da "Escola histórica" surgida na Alemanha do século XIX e cuja tese central era a de um direito alemão como evolução consolidada do direito romano e, posteriormente, do direito existente no sacro-império romano-germânico, uma análise histórica prova que a realidade não é tão simples. A Civil Law remete mais ao direito romano imperial, legalista e codificado, resgatado por volta do século XII com os estudos do *Corpus Iuris Civilis*. De outro turno, a *Common Law* assemelha-se mais ao direito romano clássico, no qual o foco era o trabalho argumentativo e interpretativo.

Interessante constatação é que nos Estados Unidos, existe um único Estado que não adota a *common law*: a Louisiana. Guido Soares, ao afirmar que os EUA adotam um sistema misto, leciona:

> Os EUA, salvo o Estado de Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos[15].

Contextualizado o sistema do *common law* no presente artigo, passa-se a discorrer acerca da doutrina que alicerça o sistema: a doutrina do precedente.

2.2 ALICERCE: TEORIA DO PRECEDENTE (STARE DECISIS)

15 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: i*ntrodução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

Para que o operador do Direito possa compreender o sistema anglo-saxônico de justiça, *(o Common Law)*, é preciso esclarecer que a doutrina do precedente sempre foi o norte do sistema americano.

Trata-se do instituto que vincula as decisões proferidas nos tribunais das instâncias superiores pelos inferiores nos casos futuros que a mesma matéria for analisada. Contudo, as decisões proferidas em 1º grau de jurisdição não detém o poder de vincular. São aquelas advindas das cortes de segunda instância que tem o condão de vincular as cortes inferiores e a própria corte que profere a decisão.

Acerca do assunto, disserta Cazetta:

> Em todos os países do *common law*, tal como ocorre entre nós, a função dos órgãos jurisdicionais de primeira instância é aplicar normas e resolver controvérsias. Mas nos Estados Unidos e na Inglaterra a teoria jurídica admite que os Tribunais dotados de uma competência recursal cumpram ordinariamente, duas funções distintas: a) julgam e, se isso for necessário, b) criam normas gerais e dotadas de abstração, i.e. passíveis de sucessivas aplicações a todos, sempre que se repitam hipóteses similares às dos fatos principais da causa[16].

Nesse sentido, o precedente tem papel importante em duas situações distintas neste sistema: O da criação de nova norma e da interpretação de norma em vigor. Assim, os juízes inseridos dentro do sistema da *common law*, de certa forma, detém uma responsabilidade social qualificada, na medida em que, na hora de proferir a decisão, toda a cautela é necessária, uma vez que a solução do caso analisado será utilizada para todos os casos subsequentes.

Na lição do Professor Cole:

> The legal rule used by an appellate court in the fórum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. Stare decisis is the policy which requires that the courts subordinate to the appelatte court establishing the precedent follow that precedent and not 'disturb a settled point.'"[17]

16 CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no Sistema Brasileiro de Jurisdição Constitucional (1891-1993):* Contribuição ao Estudo do Efeito Vinculante. 2004. 201 f. (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004. p. 73.

17 COLE, Charles. *Comparative constitutional law:* Brazil and the United States. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008. p. 14.

Uma vez estabelecido o precedente, este só poderá ser modificado ou revogado pela corte originária ou hierarquicamente superior. Saliente-se que é muito raro que um precedente seja modificado por completo, podendo haver apenas pequenos ajustes, necessários para a adaptação à realidade existente.

Ainda acerca da teoria do precedente faz-se importante destacar que a doutrina nos informa que o *stare decisis* é visto sob dois primas:

a horizontal;

b vertical.

O prisma horizontal caracteriza-se pela vinculação do tribunal às suas próprias decisões, ou seja, ao analisar determinado caso concreto, um tribunal americano deverá observar as semelhanças factuais e jurídicas com os seus precedentes, estando seu ponto de partida da análise do novo caso vinculado pelas decisões anteriores.

Sob o prisma vertical entende-se a vinculação das cortes inferiores em relação aos precedentes das cortes superiores, desde que estejam localizadas na mesma jurisdição. Desse modo, não apenas a hierarquia é suficiente para caracterizar a dimensão horizontal da doutrina do *stare decisis*. A jurisdição também é fator importante para determinar essa vinculação.

Acerca do tema, relata Carminker:

> The duty to obey hierarchical precedent tracks the path of review followed by a particular case as it moves up the three federal judicial triers: A court must follow the precedents established by the court(s) directly above it. District courts must follow both Supreme Court decisions and those issued by whichever court of appeals has revisory jurisdiction over its decisions, and courts of appeals must heed Supreme Court decisions. However, a court can ignore precedents established by other courts so long as they lack revisory jurisdiction over it. Thus, a circuit court of appeals is not bound by decisions of coordinate circuit courts of appeals, and a district court judge may ignore the decisions of 'foreign' courts os appeals as well as other district court judges, even within the same district.[18]

18 CARMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* Stanford Law Review, Stanford, CA, v. 46. p.817-873

Assim, uma "district court" deve obedecer tanto às decisões da corte de apelação de sua jurisdição, como as decisões proferidas pela Suprema Corte. Não está vinculada a nenhuma outra decisão de outra "district court" ainda que do mesmo "circuit" e nem tampouco a nenhuma decisão proferida por uma corte de apelação que não seja do seu distrito.

Importa destacar aqui, neste ponto, que os precedentes podem ou não ser de observância obrigatória. Ou seja, existem precedentes que são de observância obrigatória pelas cortes e outros que servem apenas para persuadir o magistrado em determinado caso. São os denominados "binding authority" e "persuasive authority".

Esclarece Seroussi[19]:

> Os *binding precedents*, cuja autoridade é total, implicam: o respeito de um tribunal às suas próprias decisões; o respeito às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma alçada; o respeito pelos juízos do Estado, em matéria de direito federal, às decisões judiciárias que emanam das jurisdições federais. Os *persuasive precedents* só têm autoridade reduzida, secundária, situando-se mais no plano da moral: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo que lhe é inferior; um tribunal de um Estado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente que pertence a um outro Estado.

Desse modo, uma decisão só é vinculante para uma corte se entre ela e o tribunal que proferiu a decisão existir a dimensão vertical ou a dimensão horizontal da teoria do precedente (binding authority). Não sendo vinculante, a decisão serve apenas para ajudar a convencer o juiz a proferir sua decisão (persuasive authority).

Contudo, é preciso esclarecer que a teoria do precedente não visa uma rigidez do sistema no sentido de cercear a capacidade de decisão do magistrado de instância inferior. Em verdade busca a unidade do sistema judicial alicerçada numa gama de princípios desenvolvidos pelas cortes superiores para solucionar casos semelhantes.

Sobre o assunto, sintetiza Jonh P. Dawson:

> Significa que uma Corte não pode julgar um caso obedecendo à tendência do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judicias, que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada

19 SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001. p. 110.

> em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo o sistema jurídico[20].

A doutrina aponta quatro qualidades do sistema de precedentes adotado pelo Direito Norte-Americano:

a igualdade;

b previsibilidade;

c Economia;

d Respeito.

A igualdade advém da necessidade de dar a cada caso semelhante a mesma solução, de modo a evitar injustiças.

Acerca da Previsibilidade relata Frederick Schauer:

> Quando um julgador tem de decidir um caso da mesma forma que decidiu uma lide anterior, as partes poderão prever o que acontecerá no futuro com mais facilidade. A habilidade de prever o que um juiz fará ajuda-nos a melhor planejar nossas vidas, ter uma certa tranquilidade e a evitar a paralisia causada pelo desconhecido.[21]

Nada mais é do que a capacidade de antever a decisão que será tomada pela corte antes mesmo de ser proferida. Isso permite ao advogado ou consultor melhor aconselhamento aos seus clientes, evitando a instauração de lides desnecessárias.

O terceiro elemento qualitativo do uso da teoria do precedente dos EUA é a economia. Significa que a aplicação do precedente gera uma economia de tempo e energia para as cortes e numa prestação jurisdicional rápida e menos onerosa para as partes litigantes.

O último elemento é o respeito. O respeito por decisões anteriores além de gerar um reconhecimento dos juízes pela sabedoria

---

20 DAWSON, John P. *As Funções do Juiz*. In Aspectos do Direito Americano, Forense: Rio de Janeiro, 1963. p. 25-26.

21 SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, Stanford, CA, v.39. p.597. Feb., 1987.

e experiência dos magistrados mais antigos, também demonstra um sistema judiciário forte e alheio a pressões políticas que poderiam influenciar na decisão do magistrado.

A interação entre esses quatro elementos mantém a teoria do precedente como norte do sistema do *common law*, influenciando o sistema americano desde a formação do Estado.

Por fim, não se pode perder de vista que é a partir da distinção entre os casos analisados, ou seja, entre o precedente e o caso concreto analisado que é concedido ao magistrado o direito de afastar o precedente e criar direito novo a ser aplicado a um novo conjunto de fatos. É sobre as técnicas para afastar a teoria do precedente que iremos abordar agora.

3 DAS TÉCNICAS UTILIZADAS PARA AFASTAR O USO DO PRECEDENTE

Como já relatado no direito americano o direito não é intocável. Ao contrário, o direito tende a uma progressiva flexibilização, demonstrando, assim, que a eficácia de uma jurisprudência, seja vinculativa ou persuasiva, não é uma norma absoluta e estática. A teoria do precedente caracteriza-se pela necessidade de seguir uma decisão que já foi dada anteriormente a um caso semelhante, levando-se em conta também a hierarquia existente entre as cortes, conforme já referenciado ao longo do texto.

Essa regra decorrente da adoção da *common law* nunca se desvincula dos casos concretos que a originaram, sendo justamente as circunstâncias que rodeiam o caso posto que servem para identificar os casos já analisados. Por isso, advém a idéia de igualdade, característica da teoria do *stare decisis*, donde se extrai que a pesquisa jurisprudencial deve buscar semelhanças em outros casos já decididos de modo que a decisão a ser tomada será a mesma. Desse modo, somente diante de situações fáticas basicamente idênticas é que se poderá aplicar a mesma regra jurídica. Esse é o princípio maior da teoria do precedente.

No entanto, não se trata de uma teoria absoluta. É possível que o magistrado, diante de um caso concreto e cotejando o precedente, verifique distinções que o levem a afastar o precedente e criar novo direito. Ele mesmo ou o tribunal inferior pode deixar de aplicar o precedente se existir alguma situação que caracteriza o novo caso como caso diverso daquele analisado no precedente (*distinguishing*). O precedente também pode ser afastado pelo juiz ou tribunal quando ele se encontra desgastado pelo tempo ou quando a sua observância provocará uma decisão injusta (*overruling*). É sobre essas técnicas que abordaremos no tópico seguinte.

3.1 DISTINGUISHING:

O doutrinador Rodolfo de Camargo Mancuso citando o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, define *distinguishing* como sendo "a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não aplicação do precedente a determinado caso"[22].

Como visto, a regra geral é que o magistrado deve ao analisar um caso concreto verificar se há semelhanças com casos anteriores, de forma que se houver semelhança, o precedente deverá ser utilizado.

Todavia, se não houver essa identidade de questões e a similaridade de fatos, o magistrado estará diante de situação em que poderá afastar o precedente, fazendo uso da técnica do *distinguishing*[23].

A importância da utilização desta técnica reside na necessidade de evolução do direito, permitindo, assim, que o magistrado, diante de casos concretos distintos, tenha o poder de solucionar o caso de maneira diversa, obviamente, se não houver identidade de fatos e similaridade de questões. Com isso, o juiz atua com dinamismo e evolução do direito, criando novas regras para solucionar novas situações.

Acerca do *distinguishing* relata FARNSWORTH[24]:

> É o *distinguishing* ferramenta útil nas mãos do juiz. Senão vejamos: Se uma corte, ao analisar um precedente (visando sua potencial aplicação em um novo caso) concluir ser interessante aplicar ao caso em análise o princípio jurídico desenvolvido na decisão anterior, ela interpretará o precedente(seu holding) da maneira mais geral possível, tratando as diferenças factuais entre os dois casos como irrelevantes. Porém, se ao juiz não parecer coerente a aplicação de uma regra imposta por um precedente, ele tende a analisar o novo caso tratando como relevantes as diferenças entre ele e o precedente, restringindo ao máximo a aplicação do último, mesmo se a intenção da corte que o proferiu fora de aplicação ampla.

Nesse esteio não é a prática do *distinguishing* de aplicação remota. Ela ocorre de forma contumaz, uma vez que a técnica de cotejo entre o caso posto em análise e o precedente é a primeira fase da decisão de um

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante.* 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999. p. 172.

23 DISTINGUISH. To note a significant factual, procedural, or legal difference in(na earlier case), usually to minimize the case's precedential effect or to show that it is inapplicable

24 FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States.* 3. ed. Oceana Publications Inc: New York, 1996. p. 56.

magistrado no direito norte-americano. De modo que, se houver qualquer elemento de distinção o precedente será afastado e o magistrado estará autorizado a buscar uma nova solução, criando novo direito.

Podemos citar exemplos da prática do *distinguishing*.

No direito norte-americano encontramos o caso *Rasul v. Bush*, decidido em 2004. Naquela situação a Suprema Corte decidiu por distinguir o citado caso daquele decidido em 1950 no *leading case Eisentrager*. Ambos os casos tratam de questões ligadas ao pedido de *Habeas Corpus* em cortes americanas feitos por estrangeiros presos sob a custódia de americanos.

O caso *Rasul v. Bush* teve como contexto factual a guerra do Afeganistão desencadeada após os atentados de 11 de setembro de 2001. Durante o confronto, 14 cidadãos foram capturados, sendo 2 australianos e 12 kuaitianos sob o argumento de que estavam combatendo forças americanas no exterior. Ficaram detidos na Base Naval de Guatánamo em Cuba que, em verdade, é arrendado aos Estados Unidos, que detém a jurisdição sob o território. Em seguida, impetraram *Habeas Corpus* na District Court e após na Court of Appeals obtendo resposta negativa sob o argumento de que o precedente *Eisentrager* se aplicaria ao caso.

A Suprema Corte, após analisar e cotejar as decisões decidiu por afastar o *leading case Eisentrager* e adotar posição diametralmente oposta, concedendo o direito aos prisioneiros de ver seu *Habeas Corpus* analisado pelas Cortes Americanas:

> Os requerentes, neste caso, diferenciam-se em importantes aspectos dos detentos em *Eisentrager*: Não são eles nacionais de países em guerra com os Estados Unidos e negam a participação ou autoria de atos de agressão contra os Estados Unidos; nunca tiveram acesso a nenhum tribunal, como também não foram acusados formalmente e nem condenados por nenhum ato criminoso e, por mais de dois anos, encontram-se presos em território no qual os Estados Unidos detêm exclusivo controle e jurisdição (124 S. Ct. 2686, p. 2693, tradução livre)

No direito brasileiro, um caso que pode ser considerado um *distinguishing* é o relatado na Reclamação nº 3626/PE. Trata-se de situação em que se questiona se órgão fracionário de corte estadual teria competência para instaurar processo administrativo disciplinar. Na decisão entendeu o Supremo Tribunal Federal:

> [...] Mas, inconsistente no mérito. Só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da ratio decidendi de decisão proferida por esta Corte,

> no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. É preciso que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade.No caso, a Corte decidiu, na *ADI nº 2.580*, que o processo administrativo disciplinar contra magistrado não poderia ter a condução nem o julgamento cometidos a Conselho Superior da Magistratura, sob pena de se subtrair ao Tribunal de Justiça a competência estabelecida no art. *93*, inc. *X*, da *Constituição Federal*. Situação diferente, na essência, é o objeto da decisão reclamada, em que a instauração do processo disciplinar foi determinada pela Corte Especial do Tribunal de Justiça (fls. *955* e ss.).Ora, a essa hipótese aplica-se a previsão do art. *93*, inc. *XI*, da *Constituição* da República, verbis:"nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno".Ve-se, assim, que o acórdão, cuja eficácia vinculante é tida pelo reclamante como vulnerada pela decisão local, tratou de situação substancialmente diversa.[...]

De ver-se, pois que, tanto no direito americano como no direito brasileiro a prática do *distinguishing* é usualmente utilizada, tanto como forma de criar direito novo, quanto como meio de evitar o engessamento das decisões.

3.2 OVERRULING:

Situação distinta daquela que confronta o precedente (distinguishing) é a sua superação pelo juiz ou tribunal. É o que chamamos de *Overruling*. Em comparação com a primeira técnica, não observamos tanta habitualidade em sua utilização, já que a revogação de precedentes não é tarefa tão comum. Seu cárater não-usual é justificado em razão da necessidade de manutenção da segurança jurídica. Ou seja, não é razoável que uma corte adote determinado entendimento e poucos meses depois altere sua posição, situação que enseja insegurança e incertezas jurídicas.

Nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes *Overruling* nada mais é do que "a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação".

Desse modo, a partir desse conceito podemos extrair que a dimensão horizontal da doutrina do *stare decisis* não é absoluta, podendo, assim, haver superação de precedentes antigos seja por não se mostrarem compatíveis com a evolução social, dos costumes, tecnológica ou mesmo em razão de não ter havido uma aceitação pelas cortes inferiores da sua adoção nos casos concretos.

As técnicas até então aqui analisadas, em verdade, tem o condão de "alterar" o entendimento jurídico sobre determinado fato, evitando o engessamento do Poder Judiciário e buscando uma convivência harmônica entre a previsibilidade do direito (segurança jurídica) e a evolução do sistema jurídico.

Contudo, somente algumas ocorrências fazem com que uma corte e/ou tribunal volte a analisar um precedente já proferido. Uma dessas ocorrências dizem respeito a não-utilização do precedente pelas cortes inferiores, conforme já ressaltado anteriormente. Tal fato ocorre seja porque o precedente não condiz com a realidade, seja porque se encontra com fundamentação falha.

Trata-se, na verdade, de técnica por meio do qual o precedente perde seu caráter vinculativo, em que o tribunal adota nova orientação abandonando a antiga. Configura-se uma verdadeira revogação de entendimento, assim como ocorre com a revogação de leis. Portanto, para que ocorra, há necessidade de uma robusta fundamentação, com utilização de argumentos até então não utilizados e justificativa da necessidade de superação.

Sobre o *overruling* discorre Celso de Albuquerque Silva[25]:

> Modernamente, a modificação da doutrina vinculante é vista como um aprimoramento do pensamento jurídico passado para adequá-lo ao desenvolvimento social. Dentro dessa ótica, a invalidação parcial ou total de uma doutrina vinculante é considerada como um instrumental instrasistêmico para assegurar a necessária flexibilidade ao ordenamento jurídico.

Exemplo de *overruling* praticado no Brasil ocorre quando há revogação de súmulas vinculantes pelo STF ou quando as mesmas caem em desuso. Outro exemplo que podemos citar é a alteração de posicionamento

25 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

a respeito da necessidade de recolhimento à prisão como requisito para o conhecimento da apelação criminal. Tal posicionamento restou sufragado através das súmulas 9 e 347 do Superior Tribunal de Justiça.

Nos Estados Unidos exemplo da técnica do *Overruling* pode ser observada na análise do caso *Roper v. Simmons*. No citado caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por revogar um antigo precedente (Stanford) que permitia a aplicação da pena de morte a menores de 18(dezoito) anos. Explique-se.

Em 1989 a Suprema Corte dos EUA, após apreciar o caso Stanford concluiu pela constitucionalidade da pena de morte para jovens menores de 18(dezoito) anos à época do delito. Naquela ocasião, a Suprema Corte, ao apreciar a questão, baseou-se na evolução comportamental da época consubstanciada na constatação de que 22 dos 37 estados americanos permitiam a execução de criminosos menores de 18 anos.

Quatro anos mais tarde, Christopher Simmons (*Roper v. Simmons*) cometeu assassinato no Estado do Missouri, tendo sido condenado em primeira e segunda instâncias à pena de morte, com base no precedente Stanford.

Paralelamente, a Suprema Corte dos EUA analisava o caso *Atkins v. Virginia* onde concluiu pela inconstitucionalidade da aplicação da pena de morte aos doentes mentais, ao argumento de que vários estados do País já proibiam a aplicação deste tipo de pena a pessoas portadoras de doenças mentais.

A partir dessa decisão, o caso *Simmons* foi levado à Suprema Corte dos EUA que entendeu que a pena de *Simmons* deveria ser anulada e convertida em prisão perpétua. Nessa ocasião, a Suprema Corte superou o entendimento sufragado no caso *Stanford* e fixou nova orientação consubstanciada na proibição de aplicação de pena de morte a menores de 18 anos. Tudo isso levou em consideração a evolução dos valores da sociedade americana que 14 anos depois da decisão proferida no precedente demonstrava uma certa resistência em aplicar penas dessa espécie a menores de 18 anos. Saliente-se que naquela ocasião, 30 estados proibiam a execução de menores de 18 anos e mesmo 12 estados que não a proíbem expressamente têm evitado a sua aplicação.

Decidiu a Suprema Corte:

> A evidência de um consenso nacional contra a aplicação da pena de morte para jovens é similar, e, em alguns pontos paralela, às evidências que *Atkins* considerou suficientes para demonstrar o consenso nacional contra a pena capital para doentes mentais. Quanto *Atkins* foi decidido, 30 estados proibiam a pena de morte para doentes mentais, sendo

> que 12 destes estados proibiam a total aplicação da pena de morte, e os outros 18 a permitiam, ressalvando, porém, o não alcance desta provisão aos doentes mentais [...] Utilizando-se caso similar no caso hoje em julgamento, sabe-se que 30 estados proíbem a pena de morte para jovens, sendo que 12 deles proíbem expressamente a aplicação da pena de morte em qualquer caso, e os outros 18 a legitimam, ressalvando, porém, a proibição da aplicação desta punição em menores de 18 anos[...]. Até mesmo nos 20 estados americanos que não proíbem formalmente a execução de menores de 18 anos essa prática é rara. Desde *Stanford v. Kentucky*, somente seis estados tem executado criminosos com menos de 18 anos à época do cometimento do crime. Nos últimos 10 anos, apenas três estados concluíram essas execuções: Oklahoma, Texas e Virgínia. (125 S. ct. 1183, p. 1192, tradução livre)

De ver-se que o *overruling* não nos parece ser prática recorrente no direito americano. A uma porque vulnera o princípio da previsibilidade das decisões corolário da teoria do precedente; a duas porque viola o princípio da segurança jurídica, não sendo razoável, como já explanado, a revogação de uma decisão pouco tempo depois de firmado o precedente.

Sendo técnica para afastar a teoria do precedente nada mais natural que demande justificativa robusta e prudência do julgador, sendo certo, por outro lado, que serve como meio de impedir o engessamento do Poder Judiciário americano.

4 CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo, a principal idéia é a de reter que a desvinculação ao precedente pode ocorrer se destacadas razões, novas e persuasivas, autorizem o julgador a analisar a mesma questão sob prisma mais adequado e eficaz.

A teoria do precedente e sua convivência com os institutos do *distinguishing* e do *overruling* é essencial para a manutenção e harmonia do sistema do *common law*. Se por um lado, as decisões tomadas nos tribunais americanos levam em conta a observância do precedente anteriormente firmado, conjugando-se a segurança jurídica, a previsibilidade, e a economicidade, de outro verifica-se a necessidade de ultrapassar o citado precedente, seja por encontrar-se obsoleto diante da evolução social, seja por não se adequar a nova situação posta em análise.

Como visto, a aplicação do precedente leva em conta o cotejo do caso concreto posto em análise com o precedente outrora firmado pelo tribunal (dimensão vertical). A partir dessa análise, o tribunal ou juiz

poderá verificar semelhanças nas situações jurídicas postas, caso em que aplicar-se-á o precedente ou verificará que existem pontos de distinção entre eles, situação que ensejará a adoção da técnica do *distinguishing*.

Relatou-se que tal prática é mais corriqueira nos tribunais americanos, uma vez que a análise sempre parte da idéia de cotejo entre as decisões a fim de verificar se há ou não semelhanças aptas a aplicar o precedente.

Concluiu-se que, como técnica apta a afastar a doutrina do precedente, o *distinguishing* é meio utilizado para evitar o engessamento das decisões tomadas pelo julgador, proporcionando o acompanhamento das necessidades sociais e, por conseguinte, a evolução do direito.

De outro lado, também como técnica para afastar o precedente outrora firmado, também se encontra o *overruling* que nada mais é do que a revogação de um precedente antigo por novo entendimento, diante do mesmo caso.

Para isso, o julgador necessita de novos argumentos e uma nova dimensão social capaz de deixar de lado um precedente anterior. A justificativa deve ser robusta e a realidade social deve influenciar na nova decisão a ser proferida. A análise do caso Simmons bem demonstrou como funciona a aplicação da técnica do *overruling*. Como exemplo no direito pátrio citou-se a revogação das súmulas vinculantes e até mesmo a decisão do STJ que alterou o entendimento acerca da necessidade de recolhimento a prisão para conhecimento da apelação.

Todas essas situações abordadas no presente artigo nos levam a concluir que a doutrina do precedente adotada pelo direito norte-americano é prestigiada, mas comparada com a do Direito Inglês tem conotação menos rígida, na busca pela atualidade e dinamicidade do direito, utilizando-se das técnicas aqui descritas.

Nesse sentido, a jurisprudência não engessa o ordenamento jurídico norte-americano, uma vez que, diante de novas necessidade sociais, ela contribui para destacar as diferenças, num movimento dinâmico de complementaridade entre estabilidade e progresso decorrente da atividade criadora do direito dos magistrados americanos.

REFERÊNCIAS

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. Oceana Publications Inc: New York, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

COLE, Charles. *Comparative constitutional law:* Brazil and the United States. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

CARMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* Stanford Law Review, Stanford, CA, v. 46.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law:* introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no Sistema Brasileiro de Jurisdição Constitucional (1891-1993):* Contribuição ao Estudo do Efeito Vinculante. 2004. 201 f. (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. Minessota. Thomson, 2006.

HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell, 2005.

Decisões da Suprema Corte Americana:

Johnson v. Eisentrager, 70 S. Ct. 936 (1950)

Atkins v. Virgínia, 122 S. Ct. 2242(2002)

Rasul v. Bush, 124 S. Ct. 2686 (2004)

Roper v. Simmons, 125 S. Ct. 1183 (2005)

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

BRIEF CONSIDERATIONS ON THE TAX SYSTEM IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Carlos Côrtes Vieira Lopes
Procurador da Fazenda Nacional; Ex-Procurador Federal
Especialista em Direito Público e Tributário

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Abordagem Constitucional do Direito Tributário no Brasil e nos Estados Unidos da América; 2 Do Imposto de Renda nos Estados Unidos da América; 3 Transação Tributária; 4 Execução Fiscal Norte-Americana; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de artigo que aborda o sistema tributário nos Estados Unidos da América, descrevendo seus aspectos interessantes, em especial no que tange ao imposto de renda, a transação tributária e a execução fiscal administrativa. Abordei uma visão histórica do imposto de renda nos Estados Unidos da América, mencionando a sua origem, momento em que foi incluído na redação da Constituição Federal, bem como alíquotas e contribuintes. Tendo sido feita uma comparação com o sistema tributário brasileiro, demonstrando a necessidade de adoção de algumas formas do sistema norte-americano, a fim de viabilizar uma arrecadação mais ágil e efetiva.

ABSTRACT: This is the article that discusses the tax system in the United States of America, describing its aspects interesting, especially when it comes to income tax, transaction tax administration and tax enforcement. I addressed a historical overview of income tax in the United States, indicating their origin, when it was included in the drafting of the Constitution, as well as tax rates and taxpayers. Having made a comparison with the Brazilian tax system, demonstrating the need to adopt some forms of the American system, in order to make a collection more responsive and effective.

PALAVRAS-CHAVE: Renda. Sistema. Tributário. EUA. Transação. Execução. Brasil

KEYWORDS: Income. System. Tax. USA. Transaction. Execution. Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo explicativo abordará o sistema tributário nos Estados Unidos da América (EUA) e, no que for possível, realizará uma comparação com o sistema brasileiro, em especial no que tange ao imposto de renda. Trata-se de tributo de maior importância em ambos os países, por se tratar de tributo de característica eminentemente fiscal e que tem a maior arrecadação dentre todos os demais tributos.

Pretendo demonstrar a forma de tratamento sobre o imposto que incide sobre a renda, tanto no Brasil, quanto nos EUA, em razão da diferença dos sistemas entre eles, sendo o primeiro adepto da *civil law* e o segundo da *common law*. O primeiro baseia-se fundamentalmente de suas normas (regras e princípios). Já o segundo, observa-se uma análise dos precedentes judiciais para definição do Direito, em razão da base histórica de tradições e costumes.

Atualmente os sistemas estão cada vez mais se imiscuindo um no outro. No Brasil, por exemplo, apesar de ser adotado o *civil law* é possível cada vez mais se perceber uma vinculação maior dos precedentes judiciais. Enquanto isso os EUA, que adotam o *common law*, possui uma extensa normatização legislativa. Ocorre que, em razão destas normas tratarem-se tão somente de regras, onde deve haver a exata subsunção do fato à forma da lei e, pela impossibilidade de previsão na lei sobre todas as hipóteses fáticas que ocorrem no mundo real, a jurisprudência decide os pontos de divergência. Essas divergências são decididas através de decisão judicial que passam a ser vinculantes, formando-se precedentes (*Stare decisis*).

1 DA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No Brasil, o sistema tributário é amplamente pormenorizado através da Constituição Federal, onde estão definidos os tributos que podem ser criados, os entes que tem competência tributária para estabelecê-los, as limitações ao poder de tributar, imunidades, bem como a forma de distribuição das receitas, dentre outras coisas.

A CRFB/88 determina a competência da União para instituir e cobrar os seguintes impostos: imposto sobre importação; exportação; rendas e proventos de qualquer natureza de pessoa jurídica ou física; produtos industrializados – IPI (seletivo), imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativo a títulos ou valores mobiliários - IOF; imposto sobre grandes fortunas - o qual até o presente momento não foi

regulamentado por lei complementar. Em relação aos impostos Estaduais têm-se: imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, sobre bens móveis, imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, não cumulativo, podendo ser seletivo, incidindo sobre as importações, exonerado para as exportações e imposto sobre propriedade de veículos automotores - IPVA. Os impostos dos municípios incidem sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, transmissão inter-vivos - sobre imóveis, sobre serviços de qualquer natureza – ISS.

Isso não ocorre nos EUA, cuja constituição é extremamente sintética e em razão disso possui mais de 200 anos de existência (data de 1787), com apenas 27 (vinte e sete) emendas. Ao contrário, no Brasil, a constituição data de 1988 e é extremamente prolixa, razão pela qual já possui 67 (sessenta e sete) emendas constitucionais. Assim, é de se considerar que as decisões da Suprema Corte dos EUA são as principais fontes de estudo do Direito Constitucional norte-americano. "A força do precedente formatará o entendimento constitucional".[1]

A Suprema Corte dos EUA não decide questões teóricas, mas tão somente casos concretos, reais. Sendo que os Juízes desta corte tem ampla liberdade de decidir quais as causas irão levar a julgamento, sem que se faça a observância de qualquer critério objetivo.

Em nível federal, nos EUA, há impostos de renda (pessoa física – *individual* - e pessoa jurídica – *corporate income tax*), impostos para o sistema da seguridade social (*payroll taxes*), impostos sobre certos produtos (*excise taxes*), impostos sobre transferências gratuitas (*estate and gift taxes*) e outro impostos de menor importância. Frise-se que não há imposto federal sobre vendas, sobre propriedade ou sobre valor agregado.

O tributo que mais arrecada nos EUA, em âmbito federal, é o imposto de renda, que para pessoa física incide sobre ganhos de capital e renda, enquanto para pessoa jurídica incide sobre vendas e serviços. Em âmbito estadual, a maior fonte de renda é auferida através do imposto sobre as vendas (*Sale Tax*), sendo estes destacados do preço do produto, sendo importante mencionar que os Estado também cobram imposto de renda, mas devido à legislação própria de cada um deles é impossível em poucas páginas abordar o sistema de todos eles, afinal 50 (cinquenta) estados compõe a nação norte-americana. Não foi concebida no federalismo norte-americano a existência de municípios.

Termino a introdução mencionando que a imunidade tributária recíproca nos EUA decorre do julgamento do caso *McCulloch Vs*

1 GODOY. Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. p. 63.

Maryland, diversamente do Brasil, onde há previsão constitucional específica no art. 150, VI, "a", da CRFB/88.

2 DO IMPOSTO DE RENDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos EUA, em relação aos tributos, a Constituição somente abordou a cobrança do Imposto de Renda (*income tax*) e isso sequer ocorreu em sua redação original, mas tão somente na 16ª Emenda (1913), passando a ser cobrado, na forma atual, em 1916 (a primeira cobrança ocorreu em 1863, tendo sido revogado em 1872. Em 1894 foi restabelecido por Decreto do Congresso, contudo a Suprema Corte, um ano após, declarou sua inconstitucionalidade).

Após vários atos anuais regulamentando o imposto de renda, houve a codificação deles em 1939, através do *Internal Revenue Code* (IRC), primeira fonte do imposto de renda. Este código era emendado anualmente até que foi recodificado em 1954. O procedimento de emendas anuais prosseguiu e houve nova recodificação em 1986. Este código atual permanece sofrendo emendas anuais e hoje já tem mais de duas mil páginas. O IRC está codificado no Título 26 do Código dos Estados Unidos.

A segunda fonte do imposto de renda é a regulação expedida pelo Departamento do Tesouro, denominado de *Treasury Regulations*, que tem a intenção de interpretar a linguagem do IRC, sendo quatro vezes maior que este (contendo cerca de oito mil páginas).

A administração da Lei Tributária é conferida a uma agência, denominada de *Internal Revenue Service* (IRS), que é uma divisão do *Treasury Department*. Além da função burocrática, o IRS também emite decisões a respeito da legislação tributária. Trata-se de importante fonte do Direito, pois permite ao contribuinte verificar a posição que o órgão arrecadador possui sobre uma questão particular. Inclusive é possível que um contribuinte faça questionamentos acerca do posicionamento do IRS sobre determinado assunto, recebendo em contrapartida a decisão através de correspondência, denominada de *Private Letter Rulings*, vinculando a Administração Tributária no sentido da resposta, apenas para o contribuinte que fez o questionamento e para aqueles que se encontram na mesma situação (não há valor de precedente para fins judiciais). As decisões na *Private Letter Rulings* são publicadas para conhecimento de terceiros.

As decisões judiciais também são fontes do Direito Tributário nos EUA. Os litígios judiciais ocorrem em razão de interpretações diversas do IRC realizadas pelo IRS e pelo contribuinte. As principais doutrinas judiciais sobre legislação tributária são: 1) *The business purpose doctrine*; 2) *The step transaction doctrine*; 3) *The substance-over-form doctrine*.

A doutrina *The business purpose doctrine* olha com desconfiança para as operações tributárias motivadas. Entende que sempre haverá intenção não tributária envolvida, como o propósito de independência empresarial. Operações meramente tributárias deveriam ser desconsideradas. O propósito negocial é a pedra angular da legislação tributária.

A doutrina *The step transaction doctrine*, por sua vez, entende que os Tribunais devem atentar para o resultado final de uma série de operações e intervir sobre os passos que o contribuinte tenta configurar como se não tivesse valor econômico para se alcançar resultado mais benéfico.

Por fim, quanto à doutrina *The substance-over-form doctrine*, esta entende que embora a legislação coloque grande peso nas formas permitidas de uma operação, para fins de tributo, há situações em que o Tribunal precisa olhar para além da forma, a fim de alcançar sua substância. De certo modo, as teorias anteriores são aplicáveis a esta teoria, pois todas vão desconsiderar a forma anterior, realizada pelo contribuinte, adequando-a de forma correta para os fins tributários.

Os Estados Unidos adotam como critério para se delimitar a competência tributária internacional a nacionalidade, devendo incidir tributos em relação aos rendimentos dos nacionais independente da residência ou local onde foram auferidos. Trata-se da denominada *voluntary compliance*, ou seja, os contribuintes voluntariamente devem informar todos os ganhos a serem tributados, em nome do bem comum. Assim, todos os residentes nos EUA, inclusive os que não são norte-americanos, estão sujeitos ao imposto de renda. Além disso, também devem pagar o tributo todas as sociedades e entidades individuais ou empresariais que fazem negócios ou tiverem alguma fonte de renda nos EUA.

O imposto incide sobre toda a renda obtida, ainda que em outros países, mesmo que incidam em dupla tributação, uma nos EUA e outra no país onde obteve a renda. Essa dupla tributação será evitada quando houver tratado internacional onde o valor auferido no exterior poderá ser excluído da tributação. Apesar de não haver tratado entre os dois países, no Brasil, é possível a compensação do imposto devido no Brasil do valor que foi pago nos EUA (Ato Declaratório SRF nº 28, de 26 de abril de 2000; Ato Declaratório SRF nº 48, de 27 de junho de 2000, Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 22 de dezembro de 2005).

Tal como no Brasil, a incidência do imposto de renda ocorre sobre a receita bruta do contribuinte, após as deduções previstas na legislação tributária, observando-se uma tabela progressiva de tributação (aplicação do princípio da capacidade contributiva e da isonomia. Este denominado de *Horizontal Equity* – necessidade de tratar os desiguais de maneira desigual, na medida em que se igualem, bem como tratar

os iguais de maneira igual). Enquanto o conceito de rendas deve ser interpretado amplamente, o das deduções deve ser interpretado restritivamente, por ser considerada como favor legal. Assim, se o IRC não previu a hipótese de dedução, é porque a situação fática não pode ser aplicada como dedução.

Em relação às empresas, pela tabela progressiva do ano de 2011, os percentuais a serem pagos na tributação são de 15% (renda até US$50.000,00), 25% (Quando a renda fica entre US$50.000,01 e US$75.000,00); 34% (Quando a renda fica entre US$75.000,01 e US$100.000,00 e entre US$335.000,00 e US$10.000.000,00); 35% (Quando a renda fica entre US$10.000.000,01 e US$15.000.000,00 e acima de US$18.333.333,01); 38% (Quando a renda fica entre US$15.000.000,01 e US$18.333.333,00); 39% (Quando a renda fica entre US$100.000,01 e US$335.000,00).

Em relação à pessoa física, pela tabela do ano de 2011, sendo a renda de até US$8.500,00 dólares anuais o percentual é de 10%. Entre US$8.500,01 e U$34.500,00, incide a faixa de 15%; Entre US$34.500,01 e U$83.600,00, a faixa é de 25%; Entre US$83.600,01 e US$174.400,00, a faixa é de 28%; Entre US$174.400,01 e US$379.150,00, a faixa é de 33%; Acima de US$379.150,00, a faixa é de 35%. Perceba-se que, diversamente do que ocorre no Brasil, não há previsão de faixa de isenção.

Observa-se, portanto, uma tributação mais gravosa sobre os maiores rendimentos, fazendo com que este tributo sirva como forma de redistribuição de renda, pois será arrecadado pelo ente maior em benefício de toda a sua população, através de serviços eminentemente estatais. Em especial porque aqueles que menos contribuem são os que mais se utilizam dos serviços públicos, tais como educação e saúde.

Em relação ao relacionamento entre a administração tributária e o contribuinte trago as lições precisas do Dr. Arnaldo Godoy:

> Contribuintes e administração fazendária federal relacionam-se diretamente nos Estados Unidos em cinco momentos procedimentais: confecção de declarações de imposto de renda (*returns*), averiguação de informações prestadas (*examinations* e *audits*), confirmação de dados apresentados mediante quebra de sigilo (*disclosure)*, lançamento e apuração de diferenças (*assessments*), acordos e parcelamentos (*settlements*). Premissas de adesão, aquiescência e obediência voluntária (*voluntary compliance*)_informam o modelo burocrático, que detém meios para implementar a legislação. O acesso ao judiciário é mitigado por obstáculos decorrentes de ampla malha administrativa, o que fortalece a autoridade burocrática.

> Com efeito, *quem pretende desafiar ação ou procedimento de autoridade administrativa junto ao judiciário enfrenta variedade de obstáculos que carece satisfatoriamente vencer antes que tutela judicial possa ser obtida.*
>
> A matéria é substancialmente de direito administrativo. Decorre de poderes e procedimentos típicos de agências governamentais , subsumidas à cláusula do devido processo legal (*due process*), e que por isso não podem subtrair vida, liberdade ou propriedade sem a devida atenção à lei da terra (*law of the land*) , aplicada de acordo com indicadores de legitimidade e de moralidade . Nichos burocráticos agrupam-se em agências, que também implementam papel complementar legisferante e judicante. Trata-se de modelo pragmático que harmoniza a separação de poderes, que tutela sociedade prioritariamente litigiosa, agitada, otimista, que convive com a tradição do precedente e com a técnica do direito escrito. Como a demonstrar a unidade operacional da técnica jurídica, comprovando premissas de realismo funcionalista e ortodoxo ; o direito é fato, experiência, vida real, vislumbra-se amálgama de temas constitucionais, administrativos, fiscais, criminais, plasmando aspectos da vida econômica, financeira, cotidiana, que convergem para a principiologia do direito administrativo, sempre informado por critérios de justiça (*fairness*), exatidão (*accuracy*), eficiência (*efficiency)* . Do preenchimento da declaração de imposto de renda ao efetivo pagamento do realmente devido capta-se fragmento da relação fisco-contribuinte, na qual aquele primeiro quase tudo pode, enquanto a esse último garante-se rastreamento e controle dos valores que o Estado lhe subtraiu, essa sim a razão de ser desse engenho bovariano chamado direito tributário. [2]

3 TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

A transação tributária é a negociação de débitos tributários, por meio do qual o devedor negocia com o poder público o valor a ser pago, a forma de pagamento e a data em que deve efetuar o pagamento. Trata-se da possibilidade de o poder público transacionar com seus contribuintes, a fim de viabilizar a quitação de débitos tributários por estes.

A *Tax Court Rule* 124 permite a possibilidade de transação sobre matéria tributária entre o contribuinte e o IRS, como resolução de disputa alternativa, através da imposição de um árbitro. Trata-se de importante medida tendente a diminuir litígios e gerar maior arrecadação através

2 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Procedimento administrativo fiscal federal nos Estados Unidos.* 17/09/2011. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/procedimento_administrativo_fiscal_nos_eua.html>

de concessões mútuas entre o contribuinte sonegador e o órgão de arrecadação, a fim de obter valores antes considerados improváveis. Também no parágrafo 7121 do IRC verifica-se esta possibilidade através do denominado *closing agreement*, como também de *settlement of tax dispute*.

No Brasil, atualmente, não existe a possibilidade de transação tributária, apesar de a mesma estar devidamente prevista no CTN, nos artigos 156, III e 171. Contudo, há projeto de lei de nº5.082/2009, objetivando regulamentar a matéria, sem qualquer previsão de apreciação pelo Congresso Nacional. Há muita desconfiança em relação ao assunto, por haver entendimento da impossibilidade de se dispor do patrimônio público e pela possibilidade de estímulo à sonegação fiscal. Ademais, a Lei Complementar 101/2000 aborda a forma como pode ocorrer a renúncia de receitas. Em período pretérito esta transação já foi permitida (ver Lei 1.341/1951).

Discordando das críticas informadas acima, temos a interessante argumentação do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Matheus Assunção:

> A indisponibilidade do interesse público não é limite intransponível à transação tributária. Em verdade, é perfeitamente possível compatibilizar o primado do interesse público com formas de autocomposição de conflitos.
>
> Inexiste empecilho para que a própria lei defina margens de disponibilidade do crédito tributário, atendendo a critérios de interesse público, e observando-se os princípios constitucionais tributários.
>
> [...]
>
> Cumpre lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema da transação tributária, manifestando-se pela sua possibilidade, desde que observado o princípio da legalidade. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Especial nº. 929121/MT, 'o instituto da transação tributária, assim como a compensação e a remissão (artigo 156, do CTN), submete-se ao subprincípio da reserva da lei tributária (artigo 97, do CTN), consectário do princípio da legalidade, que decorre do valor supraconstitucional da segurança jurídica'.[3]

3 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei nº 5.082/2009. *Revista Virtual da AGU*, ano XI, n. 115, ago. 2011.

4 EXECUÇÃO FISCAL NORTE-AMERICANA

Há dois meios de execução dos tributos nos EUA, um administrativo (*administrative collection procedure)* e outro judicial (*foreclosure action)*, sendo o primeiro bem mais célere e eficiente que o segundo, sendo efetivada pelos temidos agentes do IRS.

Observando o princípio da eficiência, os agentes do IRS ignoram as dívidas de difícil arrecadação e buscam efetivar a arrecadação daquelas mais factíveis, realizando uma verdadeira devassa na vida pessoal do devedor, penhorando bens, bloqueando investimentos e contas bancárias, dentre outras coisas.

A evasão fiscal nos EUA é considerada crime punido com 5 (cinco) anos de prisão e multa de até US$ 100.00,00, além de penas civis. Os agentes do IRS possuem poder de realizar a prisão daqueles contribuintes que não tenham efetuado o pagamento dos tributos. Em relação ao poder dos agentes do órgão de arrecadação (IRS), é interessante observar as lições de Arnaldo Godoy:

> A relutância por parte do governo norteamericano em usar o processo judicial como mecanismo de execução fiscal reflete os custos e o tempo gastos em discussões judiciárias. A utilização da via administrativa é comprovação de adesão a realismo jurídico. [...]
>
> A opção pela execução administrativa indica grande volume de poder que o fisco concentra, prerrogativa dos agentes da *collection division*, do setor de cobrança administrativa. Trata-se de procedimento que privilegia o fisco em todas as instâncias, temido pelas consequências e pelo tormento que representa na vida do contribuinte.
>
> O devedor evita a execução, a todo custo, em face de seus desdobramentos patrimoniais, além de posteriores efeitos em âmbito penal. A execução fiscal nos Estados Unidos dá-se em ambiente de Administração, distante do Judiciário. Intimida o devedor pela violência de seus procedimentos; é sumário.[4]

A judicialização da execução fiscal (*foreclosure action*) dificilmente ocorre, diferentemente do Brasil, onde a regra é a execução fiscal através do processo judicial, sendo vedada a execução administrativa.

4 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Execução fiscal administrativa nos EUA intimida. *Revista Consultor Jurídico.* 26 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/execucao-fiscal-administrativa-eua-intimida-sumaria>

Considera-se o ato de lançamento como perfeito e acabado, sem qualquer possibilidade de discussão judicial, tendo início com a inscrição do débito (*assessment of tax) em lista oficial. Após, o agente público preenche formulário 23-C, assessment certificate, algo similar a Certidão de Dívida Ativa (CDA) no Brasil, onde consta o nome do devedor, valor da dívida, período de apuração, natureza do tributo, entre outras informações. Não se fala em Dívida Ativa, nos EUA. Inscrito em lista, o IRS tem 60 dias para notificar o contribuinte para efetuar pagamento (em até 10 dias) e mais 10 dias para efetuar a execução da dívida (judicial ou administrativamente). A notificação vai para o último endereço informado para o contribuinte, sendo este considerado notificado, mesmo que não receba a correspondência, pois ele tem o dever de manter seus dados atualizados no órgão de arrecadação.*

A conduta dos agentes do IRS tem que ser respeitosa, conforme informa o tão mencionado Dr. Arnaldo Godoy:

> Agentes do imposto de renda, no entanto, devem seguir modelo justo e equilibrado (*fair tax collection practices).* Estão proibidos de comunicar-se com o contribuinte em seu local de trabalho, de abordá-lo com descortesia, com linguagem obscena. Descumprimento dessa regra por parte do fisco autoriza ao contribuinte ajuizar ação contra o Estado, para reclamar indenização.
>
> Se considerado de baixo risco (*law risk)* pode o contribuinte ser procurado pelos agentes do fisco, que propõem parcelamento ou composição da dívida. Verifica-se estatisticamente que o volume de execuções fiscais, administrativas ou judiciais tem diminuído muito nos últimos anos. Possibilidades de parcelamento (*installment agreements)* são muito amplas. Como regra, a dívida deve ser inferior a US$ 10 mil (não contados juros e penalidades); o contribuinte não pode ser contumaz e reincidente, e deve ter comprovado que tem dificuldades financeiras para adimplir a obrigação tributária imediatamente.[5]

Em caso de não pagamento são realizados quatro passos para satisfação da dívida, sempre vislumbrando a celeridade para arrecadação fiscal: 1) pré-penhora (*lien)*; 2) penhora (*levy)*; 3) arresto (*seizure*); 4) venda mediante leilão (*sale by auction*).

No Brasil, há projetos de lei de nº 2.412/2007 e 5.080/09 que efetivariam a execução fiscal administrativa. Contudo, também não há qualquer previsão de sua apreciação pelo Congresso Nacional, tendo a

5 GODOY. 2010

Ordem dos Advogados do Brasil se manifestado contrária à mesma, em razão de afronta ao art. 5º, XXXV e LIV, da CRFB/88.

Data vênia, discordo do posicionamento da OAB porque a Constituição fala que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Contudo a Constituição não mencionou que o processo deveria ser judicial, podendo sem problema algum ser administrativo. O projeto de lei assegura ao contribuinte que se sentir prejudicado ajuizar embargos no Poder Judiciário, razão pela qual não afronta também o princípio do acesso ao Poder Judiciário. Afinal, qual a razão de termos um sistema moroso? Quem se beneficia com isso? Certamente não é o contribuinte, pois a demora na arrecadação irá gerar demora na efetivação das políticas públicas.

5 CONCLUSÃO

Vimos, portanto, de forma geral, os aspectos mais interessantes do Direito Tributário norte-americano, em especial no que tange ao *income tax*. Comparando os sistemas vemos que muitos contribuintes brasileiros reclamam da voracidade do Fisco sem qualquer razão.

No Brasil, a Constituição Federal garante uma gama de Direitos aos mesmos e impõe uma série de limitações ao Poder de tributar. As alíquotas do imposto de renda são inferiores, tanto para pessoa física, quanto para pessoa jurídica, aplicando-se, ainda, uma faixa de isenção. Frise-se que o imposto de renda é um dos tributos que incomoda mais o contribuinte, por afetá-lo diretamente (acredita que seu salário será de x e recebe cerca de 1/3 a menos). Toda e qualquer restrição da propriedade é feita através de execução fiscal ajuizada perante o Poder Judiciário.

Em decorrência disto acabamos por ter uma execução fiscal lenta e pouco efetiva, facilitando o exercício de atividades de sonegação. E a sonegação de tributo gera outros efeitos prejudiciais para toda a sociedade, como a falta de investimento, que afeta o crescimento do país, e, principalmente, o aumento da carga tributária. A carga tributária aumenta porque o Estado para fazer a gestão de seus gastos, necessita de dinheiro para o pagamento de suas obrigações e investimentos que são necessários ao desenvolvimento da política pública adotada. O aumento do valor sonegado gera diminuição na arrecadação, fato que faz incidir o aumento da carga tributária, fazendo-se o sentido inverso se houver a diminuição da sonegação fiscal.

Os EUA, por sua vez, possuem uma execução fiscal célere e efetiva, realizada na grande maioria das vezes através de seus agentes, administrativamente, não se imiscuindo o Poder Judiciário nessa atividade. Abandona-se a execução das dívidas de difícil arrecadação

e buscam as dívidas mais factíveis, inclusive com a possibilidade de transação tributária, como meio de arrecadação das primeiras.

Assim, faz-se importante refletir sobre a necessidade de modificação de certos institutos no Brasil, em especial, no que tange à execução fiscal administrativa, como forma de efetivar uma maior e mais efetiva arrecadação para os cofres públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei nº 5.082/2009. *Revista Virtual da AGU*. ano XI, n.115. ago. 2011.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4. ed. St. Paul: Thomson/West, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

_____. Execução fiscal administrativa nos EUA intimida. *Revista Consultor Jurídico*. 26 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-26/execucao-fiscal-administrativa-eua-intimida-sumaria>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. *Procedimento administrativo fiscal federal nos Estados Unidos*. 17/09/2011. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/procedimento_administrativo_fiscal_nos_eua.html>. Acesso em: 15 set. 2011.

LOPES, Carlos Côrtes Vieira. O problema social decorrente da sonegação fiscal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1345, 8 mar. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9572>. Acesso em: 15 set. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

REINHART, Susan M. *Strategies for legal case reading e vocabulary development*. Michigan: The University of Michigan Press, 2010.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O PRÉ-JULGAMENTO (PRETRAIL) E A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE DESONERAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO: UM PARALELO COM O SISTEMA BRASILEIRO

THE PREJUDGING (PRETRAIL) AS INSTRUMENTS OF RECONCILIATION AND DISCHARGE OF THE NORTH AMERICAN JUDICIAL SYSTEM: A PARALLEL WITH THE BRAZILIAN SYSTEM

César Cardoso
Procurador-Chefe do Banco Central do Brasil em São Paulo,
especialista em Direito Econômico e das Empresas e em Direito Público.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O Sistema do Confronto como base do Processo norte-americano (The Adversary System); 2 O pré-julgamento no Processo Civil (pretrial); 2.1 The Discovery stage; 2.2 Audiências pré-julgamento (pretrial conferences); 3 O procedimento de aceitação da culpa, no Processo Criminal (Procedure of Guilty Pleas); 4 Paralelo com o Processo brasileiro; 4.1 Instrumentos oferecidos pelo Código de Processo Civil; 4.2 Lei 9.099, de 26.9.95; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar algumas diferenças entre o processo norte-americano e o brasileiro que impactam na quantidade de processos judiciais em andamento e, consequentemente, na celeridade desses processos, a exemplo do pré-julgamento (pretrial) existente no processo norte-americano. Pretende, também, mostrar a presença de instrumentos comuns a ambos os sistemas, como a conciliação, cujo uso mais frequente no Brasil poderia levar a resultados próximos aos dos Estados Unidos, no sentido da desoneração do Poder Judiciário brasileiro, permitindo uma Justiça mais rápida e eficiente.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema. Norte-americano. Litígio. Conciliação. Processo.

ABSTRACT: The aim of this article is to show some differences between the American and Brazilian procedures which cause impact in the amount of judicial procedures and in their speed. It wishes, also, to show some similar tools present in both systems, conciliation, for example. If it were used more frequently in Brazil, it would take to results near the American´s figures in order to give some relief to the Brazilian Judiciary and to allow a faster and more efficient Justice.

KEYWORDS: System. North-american. Litigation. Conciliation. Procedure.

INTRODUÇÃO

Os conflitos interpessoais, intragrupais e intergrupais fazem parte inevitável da existência do ser humano desde o momento em que ele passou a coexistir. Com efeito, além do fato de as pessoas serem diferentes biológica, cultural e psicologicamente, elas são motivadas pela satisfação de interesses que, frequentemente, se opõem, especialmente porque relacionados a bens escassos. Disputam-se territórios, poderes, recompensas, recursos finitos, envolvendo-se em um ciclo, algumas vezes, virtuoso e, outras, vicioso, de falta de algo (necessidade real ou imaginária), motivação, satisfação e, novamente, falta de algo. A insatisfação permanente integra a psique humana, motivo pelo qual permanentes também os conflitos, cuja repercussão é tanto maior quanto maior a tolerância da sociedade com a expressão da diversidade.

Os conflitos, entretanto, não são necessariamente negativos. Ao contrário, a percepção mais atual é de que eles podem ser geradores de oportunidades e fonte de desenvolvimento, o que, aliás, já era apontado pelo método dialético desde a Grécia de Zenon, Sócrates e Aristóteles. Os benefícios e malefícios do conflito dependerão da sua duração e da forma como ele for solucionado.

Ao longo da história, a sociedade vem aperfeiçoando os instrumentos de solução de litígios, em que uma das partes pretende submeter o interesse alheio ao interesse próprio. Da autotutela, marcada pelo desequilíbrio de forças e pela parcialidade, avançou-se até a tutela jurisdicional em que o Estado assume para si a responsabilidade pela busca da "justa composição da lide", nas conhecidas palavras de Carnelutti. Atualmente, embora coexistam meios alternativos de solução de litígios, como a mediação e a arbitragem, com a solução judicial, esta última é a preferida pelas partes, ao menos no Brasil.

Ocorre que, pelo que a experiência e os números vêm revelando, o Estado assumiu uma responsabilidade que está além de suas forças. No caso brasileiro, o volume de processos em andamento na Justiça é assustador. Segundo dados gerais de movimentação processual, apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, ao tratar da litigiosidade,

> Durante o ano de 2010 ingressaram 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça (17,7 milhões na Justiça Estadual, 3,2 milhões na Justiça Federal e 3,3 milhões na Justiça trabalhista), sendo que havia no mesmo período 59,2 milhões de processos pendentes. Dessa forma, tramitaram, nos três ramos da Justiça pesquisados, cerca de

> 83,4 milhões de processos, em 2010, quantitativo que equivale à soma dos casos novos e dos processos pendentes.[1]

Esse número de processos, somado à escassez de recursos humanos e materiais disponíveis para o Poder Judiciário (são aproximadamente 9 magistrados para cada grupo de cem mil habitantes, de acordo com o mesmo relatório do CNJ) e a regras e práticas processuais incompatíveis com as exigências da pós-modernidade, contribui para a ausência de razoabilidade na duração do processo, ferindo frontalmente a garantia do art. 5º, LXXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, frustrando as partes interessadas e ampliando a sensação de injustiça e a tensão social.

Nos Estados Unidos, a litigiosidade não é menor: 18 milhões de ações cíveis são ajuizadas anualmente (BURNHAM, 2006, p.247). Contudo, segundo relato de advogados americanos, a duração de um processo naquele país é, em média, de um ano. Já no Brasil, qualquer advogado com alguma experiência poderá afirmar que um processo minimamente complexo não termina em menos de dez anos.

Um estudo introdutório do Direito Processual norte-americano[2] aponta que uma das razões para esta diferença está no menor numero de oportunidades para se recorrer das decisões e do restrito acesso a Cortes Superiores. Porém, o fator que mais chama a atenção e que aparenta ser o grande responsável por esta distinção é o incentivo que o Sistema oferece para a conciliação ou a negociação.

Existem procedimentos, tanto no âmbito cível quanto no penal, que, embora atentos ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, forçam a conciliação e desestimulam seja o processo judicial levado às últimas consequências. E mais, atribui-se especial responsabilidade aos advogados e promotores pela solução da lide, mantendo o juiz e o júri como instâncias derradeiras.

Um estudo feito nas cortes estaduais dos 75 condados mais populosos dos Estados Unidos, em 1992, mostra que em torno de 75% dos caso relativos a matéria cível foram resolvidos por acordos e apenas 3% foram a julgamento (BURNHAM, idem).

Em 1995, dos 47.556 acusados por crime sentenciados em Cortes federais americanas, 91,7% declararam-se culpados, em procedimento que precede o julgamento (BUNRHAM, 2006, p.277). Em 2004, dos

1 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>, Relatórios, Justiça em Números 2010, Resumo Executivo, Acesso em: 20.10.2011.

2 A base deste estudo foi a obra introdutória ao Sistema Legal dos Estados Unidos de autoria de William Burnham.

1.079.000 acusados em cortes estaduais, 95% declararam-se culpados. Apenas 2% foram considerados culpados por um júri e 3% por um juiz [3].

Pretende-se, em seguida, apresentar alguns desses procedimentos, fazer um paralelo com o Sistema brasileiro, mostrando que a lei processual pátria já prevê alguns instrumentos voltados para o encurtamento da duração do processo e para a conciliação, com destaque para a lei dos juizados especiais, e, inspirado no modelo dos Estados Unidos, sugerir uma ampliação, pelo legislador, dos meios existentes para o processo em geral, seja qual for a causa, bem como uma mudança de postura dos operadores do Direito, a fim de que eles efetivamente utilizem o que já está disponível pela legislação em vigor e que a negociação e a conciliação passem a preponderar também no Brasil.

1 O SISTEMA DO CONFRONTO COMO BASE DO PROCESSO NORTE-AMERICANO (THE ADVERSARY SYSTEM).

O processo judicial norte-americano é embasado no *The Adversary System*, que pode ser traduzido para Sistema do Confronto, e no julgamento pelo júri. Aqui, o foco será o Sistema do Confronto.

Em essência, esse sistema enfatiza o princípio do contraditório, isto é, o choque de argumentos e teses, atribuindo integralmente às partes o ônus de produzir as provas e de apresentar os fatos, com iguais oportunidades para submetê-los a um julgador neutro e passivo.

A característica fundamental do Sistema do Confronto é a separação rigorosa do papel das partes representadas pelos seus advogados e o do juiz, é dizer, de quem reúne as provas e de quem decide o caso. Isto embasado na teoria de que, quando o julgador se envolve com a produção de provas e a investigação dos fatos, ele inconscientemente perde a imparcialidade porque a sua mente estabelece, de forma precipitada, convicções que conduzirão os seus próximos passos na direção de confirmá-las e o manterão cego ou reticente em relação às informações que contradigam a sua crença.

Assim, do julgador espera-se uma postura passiva. Por exemplo, um juiz norte-americano, diferentemente do brasileiro, não toma depoimento da parte nem interroga testemunhas, e os advogados dirigem-se diretamente a elas, sem a interferência do magistrado. Mas eles não são inteiramente passivos, porque é seu papel também garantir a paridade das armas forenses usadas pelas partes, em que elas têm iguais oportunidades de apresentar provas e argumentos, de forma

3 Fonte: Bureau of Justice Statistics. Disponível em: <http://www.bjs.ojp.usdoj.gov>. Acesso em: 25.10.2011.

alternada, com preferência para a oralidade e para a audiência contínua e concentrada. Cabe ao julgador, principalmente, atuar como um árbitro que aplica as regras que asseguram uma competição justa, motivo pelo qual, no Sistema norte-americano, são considerados os melhores juízes aqueles que conhecem bem as normas que disciplinam as provas e o processo e não os que compreendem completamente os fatos da causa.

Nestas circunstâncias, cresce a relevância do advogado, a quem é imputado o papel de impulsionar o processo e a quem cabe o ônus de investigar e de apresentar os fatos perante aquele que decidirá a causa, contrapondo-os aos trazidos pelo adversário por meio de provas que sustentem a sua tese.

Em grande medida, o controle sobre a lide está nas mãos dos advogados das partes, que, no desenrolar do embate, devem avaliar permanentemente os riscos jurídicos de seguirem litigando e se a melhor solução não seria a negociação. Como se verá, em seguida, o Sistema dos Estados Unidos oferece algumas oportunidades de avaliação que merecem destaque, todas sujeitas à publicidade, o que assegura à sociedade a lisura dos procedimentos.

2 O PRÉ-JULGAMENTO NO PROCESSO CIVIL (PRETRIAL)

2.1 THE DISCOVERY STAGE.

No processo civil norte-americano, antes de a causa ser submetida a exame e a decisão do juiz ou do júri, há um procedimento preparatório e instrutório denominado *the discovery stage*. Trata-se de fase conduzida essencialmente pelos advogados, sem a presença do juiz. A interferência do juiz é excepcional, e somente mediante provocação de uma das partes, visando afastar a resistência do adversário em revelar suas provas, proteger informações sigilosas e evitar os abusos.

Durante esta fase, o advogado de uma das partes tem o direito de proceder à coleta de toda e qualquer prova lícita relacionada com a causa e a ter conhecimento das provas obtidas pela parte adversária e que serão usadas no processo. Por isso a expressão *discovery*, descoberta. Ele pode, em seu próprio escritório, ouvir o depoimento da parte contrária e interrogar testemunhas, sob juramento. Pode obter cópias de documentos pertinentes em poder da parte contrária ou de terceiros, e ter acesso a qualquer prova que diga respeito com o caso e que possa vir a ser utilizada no julgamento. É princípio fundamental do Sistema do Confronto o de que as partes não podem ser surpreendidas pela

apresentação, no julgamento, de uma prova em relação à qual elas não tiveram conhecimento prévio.

Tal procedimento obviamente alivia a Justiça e encurta a duração do processo. Ora, primeiro, é realizado fora da Corte, sem a presença do juiz, o que poupa tempo e recursos da Justiça; segundo, a causa só vai a julgamento se efetivamente madura: se o autor (*plaintiff*) não possuir um mínimo de provas que sustentem a sua alegação e indiquem a possibilidade de um júri decidir a seu favor, o réu (*defendant*) pode requerer julgamento sumário negando o pedido e encerrando o processo (*motion for summary judgment*); terceiro, ele permite que os advogados elaborem mais adequadamente as suas teses e as provas que a sustentam, submetendo à decisão da Corte apenas o que for controverso; e, quarto, e talvez o mais importante, permite que os advogados avaliem os pontos fortes e fracos que sustentam as suas teses e os riscos jurídicos decorrentes bem como negociem um acordo no intuito de minimizar esses riscos.

2.2 AUDIÊNCIAS PRÉ-JULGAMENTO (PRETRIAL CONFERENCES)

As audiências pré-julgamento, embora não obrigatórias, são encontros do juiz competente para julgar a causa com os advogados das partes, utilizadas, a critério do magistrado e quantas vezes ele entender necessário, com o objetivo de assegurar que as partes se valeram de todas as possibilidades de conciliação.

Servem, igualmente, para se estabelecer uma data limite para a fase instrutória do pré-julgamento, para fixar as provas que poderão ser usadas no processo, para a troca de lista das testemunhas que serão ouvidas, e para delimitar a controvérsia, isto é, as questões de fato e de direito que serão objeto de apreciação, tudo para evitar o desperdício de tempo.

Fixados esses pontos, o juiz emite uma decisão (*final pretrial order*) que estabelece os contornos do julgamento, além dos quais nenhuma matéria de fato ou de direito ou prova será admitida.

3 O PROCEDIMENTO DE ACEITAÇÃO DA CULPA, NO PROCESSO CRIMINAL (PROCEDURE OF GUILTY PLEAS)

No âmbito penal, há também um procedimento voltado para a solução do litígio sem julgamento. Trata-se do procedimento de aceitação da culpa, sumário, por meio do qual o acusado, acompanhado de seu advogado, apresenta-se perante o juiz e, indagado se inocente ou culpado, declara-se culpado, renunciando voluntariamente ao seu direito de litigar. O magistrado certifica-se de que há fatos suficientes

mostrando que o acusado é realmente culpado, que o acusado foi adequadamente orientado por advogado e que está plenamente consciente e informado da declaração e suas consequências.

Neste procedimento, é admissível que o membro do ministério público e o acusado, por seu advogado, negociem a declaração de culpa. É o que se denomina *plae bargaining*. As partes podem chegar a um acordo (*plae bargain*) em que o acusado concorda em declarar-se culpado em troca da redução da pena ou de outro benefício. Aparentemente, o acordo é vantajoso para ambas as partes: para o acusado, porque ele elimina o alto risco de uma pena mais severa caso fosse submetido a julgamento; para o Estado, porque ele economiza tempo e recursos. Segundo William Burnham, se um terço dos acusados insistissem em ir a julgamento, especialmente, pelo corpo de jurados, o sistema de justiça criminal norte-americano entraria em colapso (2006, p. 277).

4 PARALELO COM O PROCESSO BRASILEIRO

O processo brasileiro, como se sabe, é informado pelo princípio do contraditório e pela ampla defesa e, à semelhança do Sistema do Confronto adotado pelos Estados Unidos, busca a composição da lide mediante a contraposição de fatos e argumentos apresentados pelas partes em iguais oportunidades, competindo ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. Entretanto, diferentemente do sistema norte-americano, ele caminha, desde o ajuizamento da ação, de forma desconcentrada e com destaque para a palavra escrita, sob o controle do juiz, inexistindo procedimentos sem o seu envolvimento. O juiz preside todo o processo e os atos processuais realizam-se, em regra, na sede do juízo sob os seus cuidados. De modo diverso do juiz norte-americano, o brasileiro é mais do que o árbitro da partida que se limita a fazer cumprir estritamente as regras do jogo. Ele dirige o processo.

A forma e o alcance da participação do juiz brasileiro são inaceitáveis no Sistema de Confronto em que estruturado o direito processual dos Estados Unidos. Com efeito, no Brasil, o juiz está autorizado a determinar, de ofício, as provas que entender necessárias à instrução do processo, o que, para os norte-americanos, diminui a fronteira entre a função de investigar os fatos e a de decidir, e compromete o julgamento. A participação do magistrado brasileiro é tão maior que, no depoimento da parte e no interrogatório de testemunhas, por exemplo, o advogado deve dirigir suas indagações ao juiz e não diretamente a quem depõe ou presta testemunho.

Por conseguinte, a maior responsabilidade na condução do processo no Brasil recai no juiz e não nas partes e seus advogados, que não possuem poder semelhante ao dos norte-americanos para controlar o litígio e dependem grandemente do julgador para alcançarem uma solução. Em circunstâncias que tais, e considerando-se que o juiz é cada vez mais demandado, é compreensível a sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro e a decorrente demora na prestação jurisdicional.

Ainda assim, observa-se que o processo brasileiro oferece ao juiz alguns meios semelhantes aos disponibilizados pelo processo norte-americano, que, se efetivamente utilizados, podem contribuir para a diminuição do tempo do processo. Deve-se realçar entre eles, pelo seu impacto definitivo na carga de processos, a conciliação.

4.1 INSTRUMENTOS OFERECIDOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Compete ao juiz, diz o art. 125, II, do Código de Processo Civil, velar pela rápida solução do litígio. O Código admite hipóteses de julgamento sumário, algumas já no início do processo, sem a necessidade, inclusive, de citação do réu. Tem-se a viabilidade de extinção do processo sem julgamento do mérito quando ausente pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ou condição da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse de agir, matérias que podem ser conhecidas de ofício em qualquer tempo (art. 267, IV e VI, e §3º). Lamentavelmente, a maioria dos juízes prefere enfrentar essas matérias somente após o processo ter percorrido longo caminho.

Nos casos repetitivos, o juiz também está autorizado, pelo art. 285-A, do CPC, a decidir sumariamente, quando a matéria controvertida for exclusivamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência. De qualquer modo, sempre cabe recurso e, em regra, o processo não termina aí.

Consoante revela a experiência norte-americana, a conciliação é o melhor caminho. O art. 125, IV, do CPC dispõe que também cabe ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Pode o juiz, com base nesse dispositivo, dedicar maior ênfase à conciliação, estimulando as partes a negociarem por meio do agendamento de tantas audiências quanto necessárias, visando um acordo, a exemplo do uso que fazem os juízes norte-americanos em relação às conferências pré-julgamento.

E o art. 331, do mesmo Código, prevê, ainda, a realização de uma audiência preliminar destinada a permitir que as partes transijam antes da audiência de instrução e julgamento. A título de curiosidade,

vale observar que, não havendo transação, cabe ao juiz, neste momento, fixar os pontos controvertidos e decidir questões pendentes, o que traz à memória a *final pretrial order* mencionada acima.

4.2 LEI 9.099, DE 26.9.95

Um procedimento que parece aproximar-se, embora timidamente, do sistema legal dos Estados Unidos é o da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que disciplina os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, adotando o espírito pragmático e focado nos resultado dos norte-americanos. Ora, o art. 2º da referida lei dispõe que a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade orientarão o processo por ela disciplinado. E mais, enfatiza a busca da conciliação ou da transação. Prevê o uso de conciliadores e juízes leigos, desafogando o juiz togado, ainda que em parte, uma vez que a decisão depende de homologação por este juiz.

A grande inovação trazida por essa lei consiste na abertura da possibilidade de negociação e conciliação em matéria penal, conforme os arts. 72 e seguintes, estabelecendo uma fase preliminar que lembra o "Procedure of Guilty Pleas" do Sistema norte-americano.

5 CONCLUSÃO

As observações feitas neste artigo, é necessário que se diga, são o resultado de um estudo introdutório do Sistema legal dos Estados Unidos, em que se obteve uma visão panorâmica do funcionamento do Sistema judicial e do processo civil e penal daquele país. Assim, não se tem a pretensão de oferecer uma análise comparativa exaustiva dos sistemas norte-americano e brasileiro e tampouco apresentar conclusões definitivas exaltando um ou outro. O que se deseja é uma provocação que leve ao aprofundamento desses estudos. O estudo do Direito comparado é estimulante exatamente por provocar no estudioso a curiosidade de descobrir semelhanças e diferenças, de verificar o que funciona bem e o que funciona mal, e de extrair lições úteis ao aperfeiçoamento do Direito do seu país.

Não há mal em se importar modelos, desde que precedidos de uma análise crítica profunda. Tanto o Brasil quanto os Estados Unidos importaram modelos de suas Metrópoles, mas deram feições nacionais, próprias, ao seu sistema legal. O que vale é ser o Direito real instrumento de manutenção da paz social e de solução de litígios. Se o modelo atual não tem sido capaz de cumprir essa missão, é preciso que ele seja melhorado, ainda que sejam aproveitados exemplos trazidos de fora.

O Direito é um produto cultural e as suas características são frutos do processo civilizatório. O Direito norte-americano e o Direito brasileiro, ainda que o primeiro pela via do Common Law e o segundo pela do Civil Law, são o resultado do desenvolvimento da civilização ocidental, razão pela qual não surpreende que eles possuam inúmeros aspectos em comum, e se aproximem cada vez mais com a globalização. O princípio do devido processo legal (*due process of law*), por exemplo, está positivado nas Constituições dos dois países, como também o está o direito a um processo célere (no caso norte-americano, especificamente o processo criminal). A relação de semelhanças seria longa, mas sem pertinência aqui.

Também não surpreendem as disparidades originadas pelas diferenças culturais. A impressão que fica das considerações acima, é que o Sistema judicial dos Estados Unidos reflete não só o pragmatismo que impregna o modo de ser norte-americano, mas também a visão norte-americana de que o papel do Estado deve ser secundário, se não de última instância, cabendo à pessoa o papel de protagonista na defesa dos seus interesses e na solução de seus problemas. O Sistema judicial brasileiro, por sua vez, espelha a postura histórica do brasileiro de tudo esperar do Estado e de delegar poderes, não raro se posicionando como se hipossuficiente fosse, necessitado de permanente proteção de um tutor. Daí, o relevo que lá é dado à negociação entre as partes e cá à tutela jurisdicional.

Pelo visto, o sistema judicial e o processo nos Estados Unidos são estruturados de modo a atribuir a maior parte da responsabilidade pela solução do litígio aos litigantes e seus advogados. Ao magistrado cumpre intervir ou para incentivar um acordo ou para decidir na hipótese de um acordo se mostrar inviável, esgotadas todas as tentativas. E a grande maioria dos litígios, como revelam os números acima citados, é resolvida pela negociação e pelo acordo, sem a necessidade de ir a julgamento. Ao que tudo indica, por isso o Sistema tem sido capaz de fazer face à litigiosidade existente naquela sociedade, sem entrar em colapso, e de dar a resposta esperada e em tempo hábil, afastando a sensação de insegurança jurídica e de impunidade.

Já no sistema brasileiro, em que o papel do juiz é preponderante, e a negociação e o acordo não são a regra e sim a exceção, o que se vislumbra é a falência total. Mas as lideranças do Poder Judiciário brasileiro já perceberam isto e têm feito um esforço imenso para incentivar a conciliação e a mediação. A sua preocupação e a sua consciência de que a conciliação, a mediação e outros mecanismos consensuais de solução de conflitos reduzem a judicialização destes conflitos, a quantidade de

recursos e de execução de sentenças, está expressa na Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Judiciário. A resolução do CNJ estabelece uma série de diretrizes, dentre as quais, a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, a capacitação de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos, e a realização de parceria com entes públicos e privados. Mas é necessário ir além, pois, se aquelas lideranças almejam desonerar efetivamente aquele Poder, impõe-se a transferência de poderes e responsabilidades para as partes e seus advogados, inclusive em matéria penal, como aponta o exemplo dos Estados Unidos.

Dar-se-ia um passo largo se pelo menos o legislador ampliasse o alcance das regras atualmente limitadas às causas de menor complexidade ou relacionadas com infrações penais de menor potencial ofensivo.

Outras entidades e órgãos públicos também notaram esta realidade e têm feito movimentos importantes voltados à mudança de cultura e à valorização dos meios alternativos de solução de controvérsias. As diversas seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB têm criado Comissões de Mediação e Arbitragem e promovido cursos sobre conciliação, mediação e arbitragem. É o caso, também, de incluir a matéria no currículo das Faculdades de Direito. A Advocacia Geral da União – AGU instituiu a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF com o objetivo de evitar litígios entre órgãos e entidade da Administração Federal e de solucionar controvérsias entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal.

A sociedade brasileira, como se vê, está começando a caminhar no rumo certo no que diz repeito à solução consensual de litígios. À medida em que as soluções alternativas forem sendo praticadas, a sociedade adquirirá maior confiança na sua capacidade de resolver conflitos sem precisar se socorrer sempre do Judiciário. É indispensável o trabalho de conscientização e a derrubada de barreiras culturais fora e dentro do Judiciário, envolvendo todos, especialmente os operadores do Direito. As partes e seus advogados necessitam aprender a negociar e a alcançar soluções para os litígios, recorrendo ao Poder Judiciário apenas em situações extremas. O Estado precisa construir mecanismos de solução que dependam menos da participação do juiz. Os resultados obtidos pelo Sistema legal norte-americano indicam que esta é uma saída efetiva para a crise da Justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2010, Resumo Executivo*, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> . Acesso em: 20.10.2011.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18.10.2011

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19.10.2011

_____. Congresso Nacional. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25.10.2011

BURNHAM, William. *Introduction to The Law and Legal System of The United States*. St. Paul, MN, 2006.

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

POSSIBILITY OF APPLICATION OF ARBRITRAGEM IN ADMINISTRATIVE PROCESS FOR VERIFYING ENVIRONMENTAL VIOLATIONS: A LIGHT APPROACH TO THE NORTH AMERICAN ADMINISTRATIVE SYSTEM OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Cid Arruda Aragão
Procurador Federal

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

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

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

1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

No final dos anos 80, o Congresso Norte-Americano percebeu que[1]:

a. os procedimentos administrativos tinham-se tornado cada vez mais formais, dispendiosos e demorados, resultando em gastos desnecessários de tempo e em uma menor probabilidade de alcançar a resolução consensual de litígios;

b. meios alternativos de resolução de conflitos estavam sendo utilizados no setor privado já há muitos anos e, em

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

circunstâncias adequadas, rendiam decisões mais céleres, menos caras e menos contenciosas;

c. tais formas alternativas conduziam a resultados mais criativos, eficientes e sensíveis;

d. tais meios alternativos podiam ser utilizados vantajosamente em uma ampla variedadede de programas administrativos;

e. as agências federais podem não só receber o benefício das técnicas que foram desenvolvidas no setor privado, como também podem assumir a liderança no desenvolvimento e aperfeiçoamento de tais técnicas; e

f. a disponibilidade de uma ampla gama de procedimentos de resolução de disputas e o aumento da compreensão do uso mais eficaz de tais procedimentos melhorariam o funcionamento do Governo e serviriam melhor ao público.

Com essas considerações foi que, em 1990, se editou, nos EUA, o *Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)*[2], renovado em 1996, que passou a expressamente autorizar e incentivar as agências federais desse país a fazer uso dos meios de Resolução Alternativa de Litígios[3] ou, no inglês, *Alternative Dispute Resolution – ADR*, adicionando todo um subcapítulo com disposições sobre ADR ao Capítulo 5 do Título 5 do *U.S. Code*.

Embora algumas agências governamentais, incluindo a Agência de Proteção Ambiental[4] e o Corpo de Engenheiros do Exército[5], já houvessem sido autorizadas a utilizar, por vários por anos, métodos alternativos como a mediação e os mini-julgamentos[6], até o advento do ADRA, não existia uma regulamentação uniforme nem diretrizes sobre como empregar as técnicas de resolução alternativa de litígios[7].

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

3 Neste artigo, utilizar-se-á indistintamente as expressões Resolução Alternativa de Litígios, Resolução Alternativa de Conflitos ou Resolução Alternativa de Disputas.

4 Environmental Protection Agency (EPA).

5 Army Corps of Engineers (ACE).

6 *Mini-trials*.

7 Nesse sentido, PHILLIPS, Barbara Ashley. *The Mediation Field Guide*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2001 e WARE, Stephen. *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul, MN: West, 2001.

Na realidade norte-americana, conforme definido no ADRA[8], ADR significa qualquer procedimento utilizado para resolver litígios que inclua – de modo não exaustivo – ouvidorias, conciliação, facilitação, mediação, averiguação[9], mini-julgamentos, arbitragem, ou qualquer combinação dessas técnicas, sendo conduzido por uma pessoa neutra indicada pelas partes.

Os meios de resolução de disputas previstos no ADRA possuem caráter suplementar, no sentido de que não impedem que se estabeleçam outros meios de ADR no âmbito de cada agência[10].

Segundo o Regulamento de Aquisição Federal dos EUA[11], são elementos essenciais do ADR:

1. Existência de uma questão em controvérsia;

2. A eleição voluntária de ambas as partes a participar do processo ADR;

3. Um acordo sobre procedimentos alternativos e termos a serem usados em lugar de litígio formal; e

4. Participação no processo por funcionários de ambas as partes que têm a autoridade para resolver a questão em controvérsia.

O ADRA[12] dispõe que cada agência deve adotar uma política que aborde o uso de meios alternativos de resolução de conflitos e gerenciamento de casos. O desenvolvimento dessa política deverá adequar-se às características dos procedimentos de cada agência.

O chefe da agência deve designar um alto funcionário a ser o especialista em resolução de disputas da agência, que é o responsável pela implementação das disposições e das alterações introduzidas pelo ADRA e da política específica de ADR desenvolvida pela agência.

A agência deve fornecer treinamento regular de resolução de disputadas ao especialista da agência e aos outros funcionários envolvidos na implementação da política desenvolvida pelo ente, que

8 *U.S. Code, Title 5, Section 571.*

9 *Fact-finding.*

10 *U.S. Code, Title 5, § 572.*

11 *Federal Acquisition Regulation (FAR), Part 33, Subpart 33.2, 33.214 Alternative dispute resolution (ADR).*

12 Disponível em: <http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 2.10.2011.

deve abranger a teoria e a prática da negociação, mediação, arbitragem ou técnicas relacionadas.

Nos processos administrativos dos EUA, as agências podem realizar audiências, nas quais se permite tomar juramentos, aplicar subpenas autorizadas em lei, autorizar produção de provas, receber evidências, tomar depoimentos etc. A partir do ADRA, quando da realização das audiências, as partes interessadas devem ser informadas quanto à disponibilidade de um ou mais meios alternativos de resolução de disputas, para o que deve participar representante com poder para negociar.[13]

O ADRA aponta situações em que se deve considerar a possibilidade de não fazer uso da ADR, nos casos de a questão em controvérsia estar relacionada a programa administrativo, quais sejam[14]:

(1) quando a decisão sobre o caso tiver um valor importante como precedente e se julgar que o uso da ADR inviabilizaria tal precedente;

(2) quando a matéria envolver ou suscitar questões de política de governo que requeiram procedimentos adicionais antes que a resolução final do conflito deva acontecer, e o procedimento da ADR não for adequado para desenvolver a recomendada política para a agência;

(3) quando a manutenção de políticas estabelecidas tem importância especial, de modo que o uso do procedimento de ADR não possa alcançar resultados consistentes nas decisões individuais;

(4) quando a matéria discutida afetar significativamente pessoas ou organizações que não são parte no processo;

(5) quando um registro completamente público do processo for importante, e o procedimento de ADR não puder proporcional tal registro; e

13 *U.S. Code, Title 5, § 556.*

14 *U.S. Code, Title 5, § 572.*

(6) quando a agência deva manter jurisdição contínua sobre o assunto com autoridade para alterar a disposição da matéria à luz das novas circunstâncias, e um processo de ADR possa interferir no cumprimento dessa exigência.

O "neutro" é a pessoa que desempenha o papel de conciliador, mediador ou facilitador que coordena os trabalhos na ADR. Pode ser um funcionário permanente ou temporário do Governo Federal ou qualquer indivíduo aceito pelas partes para conduzir o processo de resolução do litígio. Ele não pode ter qualquer conflito de interesse oficial, financeiro ou pessoal com a questão em controvérsia, a menos que referido interesse seja totalmente revelado por escrito às partes, e todas elas admitam o neutro[15].

Nos EUA, o Presidente da República deve designar uma agência ou comitê inter-agências para facilitar e incentivar o uso de ADR, inclusive desenvolvendo procedimentos que permitam às agências obter os serviços de neutros de uma forma mais célere[16].

Uma agência pode utilizar os serviços de um ou mais funcionários de outras agências para servir como neutros em processos de resolução de disputas. As agências podem entrar em um acordo interinstitucional, prevendo o reembolso pelo órgão do usuário ou as partes do custo total ou parcial dos serviços de tal empregado[17].

Qualquer agência pode celebrar um contrato com qualquer pessoa para realizar serviços como neutro, sendo que as partes num processo de resolução de disputas devem acordar sobre a compensação para o neutro, que seja justa e razoável para o Governo[18].

O sistema norte-americano estabelece uma série de regras que dispõem sobre o sigilo nos processos de ADR, que devem ser seguidas pelas partes e pelo neutro, não podendo ser admitida, em qualquer tipo de procedimento, informação decorrente de eventual violação às regras sobre sigilo[19].

Muito embora as agências sejam livres para dispor sobre várias formas de ADR, o ADRA tratou de forma específica apenas da arbitragem[20].

15 *U.S. Code, Title 5, § 573.*

16 *Idem.*

17 *Idem.*

18 *Idem.*

19 *U.S. Code, Title 5, § 574.*

20 *U.S. Code, Title 5, § 575-580.*

A arbitragem pode ser usada como um meio alternativo de resolução de disputas, sempre que houver o consentimento das partes, que pode ser obtido antes ou após o surgimento da controvérsia.

A parte tem a prerrogativa de submeter à arbitragem apenas algumas questões da controvérsia e de admitir a arbitragem apenas na condição de que o conteúdo da sentença esteja dentro de um âmbito de possíveis resultados.

A convenção de arbitragem, que estabelece o assunto submetido ao árbitro, deverá ser feita por escrito. Cada convenção de arbitragem deve especificar os limites máximos da sentença e outras condições que limitem o alcance dos possíveis resultados.

Uma agência não pode exigir o consentimento à arbitragem como condição para a celebração de um contrato ou a obtenção de um benefício.

A convenção de arbitragem é executável, podendo a parte prejudicada, por suposta falha, negligência ou recusa da outra parte de se submeter à arbitragem, peticionar em juízo requerendo que tal arbitragem seja realizada conforme acordado.

São atribuições do árbitro: a) regular o curso e a condução das audiências arbitrais; b) administrar juramentos e alegações; c) impor a presença de testemunhas e a produção de provas em audiências, até o limite em que a agência é obrigada por lei a tanto; e d) aplicar a sentença.

As partes serão notificadas do lugar e do horário das audiências, com antecedência mínima de 5 dias. Podem obter sua gravação, desde que se responsabilizem por sua preparação e por seus custos, da referida preparação notifiquem as partes e o árbitro, e a eles forneçam cópia da gravação.

As partes têm o direito de serem ouvidas, de apresentar elementos de prova para a controvérsia e de interrogar testemunhas convocadas para a audiência.

O árbitro pode, com o consentimento das partes, realizar a totalidade ou parte da audiência por telefone, televisão, computador ou outros meios eletrônicos que permitam que todas as partes tenham a oportunidade de participar.

Segundo o ADRA, a audiência deve ser realizada rapidamente e de maneira informal.

O árbitro pode receber qualquer prova oral ou documental. A prova irrelevante, imaterial, indevidamente repetitiva ou obtida de forma privilegiada pode não ser admitida pelo árbitro.

O árbitro deverá interpretar e aplicar normas legais e regulamentares relevantes, precedentes legais e diretrizes políticas.

Nenhuma parte interessada pode encaminhar ao árbrito uma comunicação/petição relevante ao mérito da causa, sem o consentimento da outra parte, a menos que isso tenha sido acordado diversamente. Do contrário, o árbitro deve fazer a comunicação ser juntada aos autos e dar a outra parte a oportunidade de a ela se contrapor.

O árbitro deverá sentenciar no prazo de 30 dias após a audiência ou da data em que forem apresentadas petições por ele autorizadas, se esta data for posterior, a menos que as partem concordem com outro prazo ou haja regra no âmbito da agência em sentido diverso.

Inexistindo na agência regra em sentido contrário, a sentença arbitral deve incluir apenas uma breve e informal motivação sobre a base legal e factual para a decisão, mas não serão exigidas conclusões formais sobre os fatos e sobre as regras legais aplicáveis.

A sentença vincula todas as partes que participaram do processo de arbitragem e pode ser executada na corte especificada pelas partes ou, se não tiver havido escolha nesse sentido, na corte local competente.

Sem prejuízo de outras normas legais, uma pessoa afetada ou prejudicada pela sentença arbitral pode mover uma ação para revê-la.

A decisão da agência de optar ou não pelo procedimento arbitral não está sujeita à revisão judicial.

Por fim, o ADRA estabelece que uma agência pode usar, com ou sem reembolso, os serviços e instalações de outros órgãos federais, estaduais ou municipais, de organizações públicas ou privadas e de indivíduos particulares, desde que com o seu consentimento, bem como aceitar serviços voluntários e sem remuneração para a realização de procedimentos de resolução alternativa de litígios[21].

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS

A temática ambiental nunca havia sido tratada de modo substancial na ordem constitucional brasileira[22], até o advento da

21 *U.S. Code, Title 5, § 583.*

22 Segundo Paulo de Bessa Antunes, u*m balanço geral das competências constitucionais em matéria ambiental demonstra que o tema, até a Constituição de 1988, mereceu tratamento apenas tangencial e que a principal preocupação do constituinte sempre foi com a infra-estrutura para o desenvolvimento econômico. O aspecto que foi privilegiado, desde que o tema passou a integrar a ordem jurídica constitucional, foi o de meio de produção* (*Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62).

Para Édis Milaré, *jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas, sim, dele cuidou de maneira diluída e casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elemenos integrantes (água, florestas, minérios, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente*

Constituição Federal de 1988, que consagrou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e bem de uso comum do povo. Impôs, ainda, ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações[23].

Para garantia desse direito, o Constituinte de 1988 estabeleceu que

> As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados[24].

A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, trouxe, de forma compilada, a previsão legal da responsabilização administrativa pela prática de infrações ambientais, as quais definiu como *toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.*

Os ilícitos ambientais são apurados mediante processo administrativo próprio, em que se assegura o direito de ampla defesa e o contraditório[25], podendo-se aplicar ao infrator as sanções previstas no art. 72 da Lei[26].

O Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008[27], regulamentando a Lei n.º 9.605/1998, dispõe sobre as infrações e sanções administrativas

---

relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade) (*Direito do ambiente:* a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 184).

23 Art. 225, *caput*, da CF/88.

24 Art. 225, §3º, da CF/88.

25 Art. 70, §4º, da Lei n.º 9.605/1998.

26 *Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:*
I - advertência;
II - multa simples;
III - multa diária;
IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
V - destruição ou inutilização do produto;
VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
VII - embargo de obra ou atividade;
VIII - demolição de obra;
IX - suspensão parcial ou total de atividades;
X – (VETADO)
XI - restritiva de direitos. (...) (Lei n.º 9.605/1988)

27 Revogou o Decreto n.º 3.179, de 21 de setembro de 1999.

ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração dessas infrações.

Registre-se que as disposições da Lei n.º 9.605/1998 e do Decreto n.º 6.514/2008, no que dizem respeito às regras procedimentais para apuração de infração ambiental[28], só se aplicam à Administração Pública Federal, já que a organização administrativa dos Estados e dos Municípios é matéria de sua competência privativa[29].

Aqui se abordará tão-somente as normas procedimentais de aplicação da esfera federal, a fim de delimitar o estudo.

Incurso em uma das infrações administrativo-ambientais previstas no Decreto n.º 6.514/2008, o infrator se sujeita às sanções cabíveis, o que se dá pela lavratura de auto de infração (AI)[30]. Tem-se início aí o procedimento de apuração de infrações ambientais.

O infrator, em seguida, é notificado, podendo, no prazo de 20 dias, oferecer defesa contra o auto lavrado[31]. Segue-se, então, a instrução do feito, apresentação de alegações finais e julgamento do auto de infração, quando a autoridade competente se posiciona pela manutenção ou não das penalidades aplicadas[32]. Dá decisão cabe, por fim, recurso do autuado, que será apreciado por autoridade superior[33].

Sem dúvida, a multa simples e o embargo de atividades são as sanções administrativas mais importantes, por serem aplicadas em número largamente superior às outras infrações, sendo que, para cada infração prevista, o Decreto n.º 6.514/2008 dispõe sobre uma multa correspondente a ser aplicada, que pode chegar a dezenas de milhões de reais.

O embargo é aplicado sempre que a atividade realizada estiver em desacordo com as normas ambientais[34] [35], a fim de *impedir a continuidade do dano ambiental*, *propiciar a regeneração do meio ambiente*

28 Contidas no art. 71 da Lei e no art. 94 e seguintes do Decreto.

29 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 1218.

30 Art. 4º, *caput*, do Decreto n.º 6.514/2008.

31 Art. 96, *caput*, e 113, *caput*, do Decreto n.º 6.514/2008.

32 Consoante as Seções III e IV do Decreto n.º 6.514/2008.

33 Art. 127 do Decreto n.º 6.514/2008.

34 Nesse sentido, confira-se TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente:* multas, sanções e processo administrativo: comentários ao Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 121.

35 Édis Milaré conceitua embargo como "o impedimento temporário ou definitivo, determinado pela Administração no início ou continuação de obra que não disponha das devidas licenças ou autorizações, extrapole os limites dos atos administrativos, ou de algum modo represente efetivo ou potencial risco

e dar viabilidade à recuperação da área degradada[36]. Assim, ainda que o infrator pague a multa, o embargo só deverá ser levantado se for regularizada sua atividade, se isso for possível.

O Decreto, para algumas situações, prevê possibilidade de conversão de multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, que deve ser requerida pelo autuado quando da apresentação da defesa.

4 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público são considerados as pedras angulares do Direito Administrativo[37].

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

> o Direito Administrativo se erige no binômio "prerrogativas da Administração – direitos dos administrativos". É o entrosamento destes dois termos que lhe delineia a fisionomia. Sua compostura, pois, irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos[38].

Aqui se pretende analisar a possibilidade de se estabelecer a arbitragem nos procedimentos administrativos brasileiros de apuração de sanções administrativas, nos moldes previstos no ADRA, a partir da compreensão da feição do ordenamento jurídico-administrativo brasileiro. Para tanto, é importante ter por norte o princípio da indisponibilidade do interesse público – que, no caso, é mais significante do que o princípio da supremacia do interesse público – em cotejo com as normas contidas na Constituição Federal de 1988.

O ponto nodal é saber se a resolução de um litígio (no que se inclui uma cobrança resistida de sanção) em âmbito administrativo, por meio

---

de dano à saúde ou ao meio ambiente" (*Direito do ambiente:* a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1208/1209).

36 Art. 108 do decreto nº 6.514/2008.

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 47.

38 Idem.

de sentença arbitral – por meio da qual se poderia, inclusive, diminuir o valor da multa simples aplicada ao infrator –, ofende o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Segundo Bandeira de Mello,

> A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*[39].

Essa noção está em conformidade com o entendimento de Lucas Rocha Furtado, quando diz:

> O conceito de interesse público não é *metajurídico*. Não é possível admitir a existência de interesses públicos previamente definidos fora da ordem jurídica, ordem jurídica que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, fonte de inspiração para a elaboração de inúmeras regras e princípios constitucionais. O interesse público está concretizado por meio do processo de elaboração do Direito Positivo. Cabe à Constituição Federal, como principal fonte do Direito Administrativa, e à lei identificarem o que é o interesse público, definir como se deve proceder para dar a ele executoriedade e quem possui legitimidade para, em seu nome, exercer alguma prerrogativa[40].

Dessa forma, o interesse público é extraído da ordem jurídica, e a *intentio legis* é o substrato normativo do interesse público, em respeito do qual se erige o princípio da indisponibilidade.

No caso em exame, há que se identificar qual é a *intentio legis* que fundamenta a instituição da sanção ambiental. Se ela for compatível com a aplicação da arbitragem no procedimento administrativo de apuração da sanção ambiental, autorizado estará o uso desse meio alternativo de resolução na situação.

Conforme exposto no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, dispôs sobre a imposição ao Poder Público

39 Ob. Cit. P. 62-63.

40 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 82.

e à coletividade o dever de defender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações[41].

É sob essa premissa que se firmou a sujeição dos infratores que realizem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente às sanções administrativas cabíveis, conforme previsto no artigo 225, §3º, da Carta Magna. O interesse público na imposição das sanções administrativas, dessa feita, consubstancia-se normativamente no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[42].

A lógica constitucional – ou *intentio legis* – é que a cominação da sanção administrativa, para além do efeito punitivo, ocasione um efeito preventivo, tanto específico – referente ao infrator, para que não torne a violar a legislação ambiental –, quanto geral – a fim de desestimular a prática de infrações ambientais por toda sociedade. Espera-se, nesse sentido, que a imposição da sanção administrativa repercuta positivamente na garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que, se a aplicação da sanção ambiental não for levada a efeito, a lógica constitucional é invertida, porquanto não se operam os seus efeitos, mas, pelo contrário, se reforça o sentimento de impunidade pela prática de infrações ambientais, o que estimula a prática de ilícitos e, por conseguinte, põe em risco a proteção do meio ambiente nacional.

Em análise das contas do último exercício financeiro do Governo Federal, o Tribunal de Contas da União produziu relatório

---

41 Registre-se, como observa José Rubens Morato Leite (*DANO AMBIENTAL:* do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 86-87), que, com base na doutrina de CANOTILHO, pode-se dizer que o art. 225 da CF/88 tem conteúdo de direito fundamental.

Para CANOTILHO (*apud* LEITE, José Rubens Morato. Ob. Cit), o "direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado é um verdadeiro direito fundamental, formal e materialmente constitucional", sendo que, como registra Morato Leite, "a Constituição da República portuguesa, tal qual a Constituição brasileira, inseriu o capítulo do meio ambiente dentro do título Da Ordem Social".

Esse entendimento não se distancia da visão de José Afonso da Silva, para quem "a *proteção ambiental*, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana" (*Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.).

42 Aqui vale destacar que Lucas Rocha Furtado registra que "a definição do interesse público decorre, em primeiro lugar, da realização dos *direitos fundamentais* concretizados em qualquer texto constitucional moderno, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988". Para o autor, "interesse público é aquele que realiza direito fundamental" (Ob.cit, p. 82). Assim, a legislação que dá concretude ao interesse público deve necessariamente estar pautada no texto constitucional e em seus direitos fundamentais.

A instituição da sanção administrativo-ambiental, por ter previsão constitucional e basear-se em direito fundamental contido no art. 225 (conforme nota de rodapé anterior), está incontestavelmente pautada no interesse público.

referente à arrecadação de multas administrativas[43], no qual o Ibama[44] aparece como ente que apresentou o montante pecuniário mais elevado de multas aplicadas. Entretanto, a autarquia foi a que menos arrecadou.

Em números, as multas que aplicou de 2008 a 2010 superam o montante de 10 bilhões de reais. Entretanto, apenas por volta de 36 milhões e 700 mil reais foram arrecadados, o que corresponde a 0,3% das multas aplicadas.

Percebe-se, assim, que o interesse público consubstanciado na garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio de aplicação de sanções administrativas não está, nem de longe, sendo atendido. A aplicação de multas como forma de sanção não faz sentido se, de fato, não for sentida no "bolso" do infrator.

A baixa arrecadação das multas demonstra a ineficácia do processo de cobrança, que precisa sofrer profunda transformação, cenário no qual o uso da arbitragem é uma opção que deve ser considerada.

Assim como nos EUA, a arbitragem seria capaz de reduzir de modo bastante significante o tempo de tramitação dos processos administrativos ambientais. Realizada a convenção de arbitragem, o trâmite procedimental se resumiria substancialmente a uma audiência e à sentença arbitral, que possui força executória e da qual, via de regra, não cabe recurso.

Mesmo que, no âmbito individual, se pudesse por meio da arbitragem negociar a diminuição do valor da multa simples aplicada, em contrapartida, se garantiria com maior eficácia o pagamento, o qual o infrator passa a assumir o compromisso – judicialmente executável – de realizar. Ademais, seria possível também se reforçar a obrigação de reparar o dano e estipular-lhe a forma e os valores mínimos a serem nela investidos.

Dessa forma, o meio alternativo de resolução de litígio poderia repercutir positivamente no aumento de arrecadação geral das multas aplicadas e na efetiva reparação dos danos ambientais causados pelo infrator.

Nesse contexto, fica demonstrado que a manutenção da integralidade da multa simples aplicada não corresponde ao interesse público extraído da *intentio legis* que fundamentou a instituição da sanção administrativo-ambiental. Eventual sentença arbitral que reduza

43 Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/index.html>. Acesso em: 2.10.2011.

44 O Ibama é uma das autarquias federais responsáveis por aplicar e apurar as sanções administrativas a que se refere o art. 225, §3º, da CF/88 – autorização que lhe foi dada pelo art. 2º, inciso I, da Lei n.º 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a qual lhe incumbiu do exercício do poder de polícia ambiental.

o valor da multa, por outro lado, não implica violação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Pelo contrário, se a arbitragem trouxer os resultados esperados, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado restaria melhor assegurado em comparação com a atual e morosa realidade dos processos administrativos de apuração de infrações ambientais. A sanção administrativa passaria a ter um sentido real, surtindo efetivamente seus efeitos punitivo e preventivo. A responsabilidade civil do infrator – da qual se extrai a obrigação de reparação do dano – também poderia ser beneficiada com o uso da arbitragem.

No que diz respeito às regras procedimentais de arbitragem estipuladas no direito norte-americano, certamente que haveria de se realizar a conformação necessária a que se compatibilizassem com o ordenamento jurídico brasileiro. Superado o ponto nodal de respeito à ordem constitucional brasileira e ao princípio da indisponibilidade do interesse público, contudo, parece que referido ajuste não representaria entrave dos mais graves à sua implementação.

Vale registrar que, nos moldes norte-americanos, a legislação brasileira poderia definir quais questões estariam sujeitas à arbitragem e quais seriam os limites das concessões que poderiam ser feitas na sentença arbitral, a fim de adequar-lhe aos objetivos estratégicos de proteção do meio ambiente.

5 CONCLUSÃO

A efetivação da responsabilidade por dano praticado contra o meio ambiente – nas esferas civil, administrativa e penal – é meta que se impõe ao Poder Público, pelo comando de garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido em nossa Carta Magna.

Diante da ineficiência do procedimento de apuração das sanções administrativas impostas àqueles que praticam condutas lesivas ao meio ambiente, é importante se pensar em alternativas que possam melhorar esse quadro, sob pena de não se ver cumprida a norma constitucional e o interesse público que lhe é inerente.

A arbitragem é instrumento jurídico consolidado no âmbito dos processos administrativos norte-americanos e que pode trazer grande avanço no procedimento brasileiro de apuração de infrações ambientais, conferindo-lhe maior celeridade e eficácia.

Pela análise que aqui se fez, percebe-se ser possível sua aplicação nos processos administrativo-ambientais brasileiros, por ser

compatível com a ordem constitucional vigente e com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Assim, referido meio de resolução alternativa de litígio deve ser considerado como forma de melhorar a sistemática brasileira de apuração da responsabilidade administrativo-ambiental, e o modelo norte-americano apresenta-se como importante ponto-de-partida para se pensar num modelo que se adéque às exigências nacionais de proteção ambiental.

6 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 out. 2011.

BRASIL. **Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 2 out. 2011.

BRASIL. **Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm>. Acesso em: 2 out. 2011.

EUA. **Administrative Dispute Resolution Act (ADRA).** Disponível em: <http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 2.10.2011.

EUA. **The Code of Laws of the United States of America – U.S. Code.** Disponível em: <*www.law.cornell.edu/uscode*>. Acesso em: 2.10.2011.

EUA. **Federal Acquisition Regulation (FAR).** Disponível em: < *https://www.acquisition.gov/far/*>. *Acesso em: 2.10.2011.*

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. **DANO AMBIENTAL:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PHILLIPS, Barbara Ashley. **The Mediation Field Guide.** San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2001.

TCU. **Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República - Exercício de 2010**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/index.html>. Acesso em: 2 out. 2011.

TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente:* multas, sanções e processo administrativo: comentários ao Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WARE, Stephen. *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul, MN: West, 2001.

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS NA LIÇÃO DE STEPHEN GRIFFIN

THE JUDICIAL REVIEW: STEPHEN GRIFFIN'S LESSONS

Daniel Almeida de Oliveira
Procurador Federal

SUMÁRIO: 1 "The Age of Marbury: Judicial in a Democracy of Rights"; 1.1 A análise histórica do judicial review; 2 Apresentando a Teoria Constitucional e a Teoria Democrática do Judicial Review de Stephen M. Griffin; 2.1 Mutação Constitucional em Griffin: a experiência dos estados e diálogo com Bruce Ackerman; 2.1.1 Mutação Constitucional na Teoria de Ackerman; 2.2 Qual é a Constituição estadunidense?; Referências.

RESUMO*:* O presente artigo pretende expor a construção histórica e a atual aplicação da doutrina e jurisprudência do *judicial review* (controle judicial de constitucionalidade estadunidense). Pretende também responder a pergunta sobre como a Constituição muda e se é possível sua modificação sem alteração formal de seu texto, utilizando-se, para isso, de dados concretos e históricos. A fonte bibliográfica básica utilizada são os textos de Stephen Griffin, que revelam diversas falsas premissas e equívocos acerca do tema repetidas por autores estadunidenses e, reflexamente, por estudiosos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Constituição. Controle de Constitucionalidade. Judicial Review. Griffin. Ackerman.

ABSTRACT: This article aims to expose the historical construction and the current application of the judicial review doctrine and jurisprudence (U.S. judicial review). It also seeks to answer the question about how the Constitution changes and whether their modification is possible without text's formal amendment, using for this, concrete and historical data. The basic bibliographic sources used are the texts of Stephen Griffin, revealing a number of false assumptions and misconceptions about the theme repeated by American authors and, reflexively, by Brazilian scholars.

KEYWORDS: Constitutionalism. Constitution. Judicial Review. Griffin. Ackerman.

1 "THE AGE OF MARBURY: JUDICIAL IN A DEMOCRACY OF RIGHTS"

Griffin inicia seu terceiro ensaio sobre o *judicial review*, "*The Age of Marbury: Judicial in a Democracy of Rights*", com uma minuciosa análise deste instituto (o controle judicial de constitucionalidade) desde o seu surgimento, no paradigmático caso *Marbury v. Madison*, até os dias de hoje. Destaca que a era de Marbury é a nossa própria era, a era da supremacia judicial incontestável: "The age of Marbury is our own age, the age of unchallenged judicial supremacy" (2005, p. 104). A Suprema Corte americana, hoje, não sentiria mais a necessidade de justificar a si mesma por meio de uma teoria do *judicial review*, conclui.

Consequentemente, a época em que as teorias do *judicial review* dominavam as preocupações dos estudiosos de direito constitucional cedeu lugar, nos últimos quarenta anos, para reflexões a respeito da interpretação constitucional.

Duas questões têm sido o coração das teorias constitucionais por décadas: o que a Constituição significa e quem decide o que ela significa. Griffin concentra seus estudos na segunda, dado o fato de que, como indicaria as recentes decisões da Suprema Corte, os estadunidenses estariam entrando numa era em que direitos criados mediante deliberação democrática estarão sujeitos a disputa judicial. Por este motivo, entende imperioso responder a questão de qual Poder estatal está na melhor posição para defender os direitos fundamentais.

1.1 A ANÁLISE HISTÓRICA DO JUDICIAL REVIEW

As justificativas utilizadas na época de *Marbury v. Madison* não são mais aplicáveis hoje em dia. O próprio instituto *judicial review* não é mais o mesmo, necessitando de adaptações para se adequar à realidade de uma *democracia de direitos* – expressão desenvolvida por Griffin. Dito de outro modo: embora o termo *judicial review* seja utilizado tanto para a prática de controle jurisdicional adotada hoje pela Suprema Corte americana quanto para a prática exercida no século XVIII por ela, Griffin destaca que existem diferenças abissais entre as mesmas.

Ao examinar o controle judicial de normas da República Antiga, Griffin afirma ser um equívoco usar o termo *judicial review* para a prática defendida por Alexander Hamilton (*The Federalist* nº. 78) e pelo Juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison*. Primeiro, pela obviedade de que nenhum dos dois juristas citados utilizava a expressão. Segundo, porque a prática que eles defendiam não se encaixa no instituto *judicial review* tal como configurada no século XXI. A compreensão do papel

do *judicial review* que a *founding generation* possuía era absolutamente diferente, além de não ser mais aceita.

As circunstâncias históricas acabaram por solapar a importância que a fundamentação de *Marbury v. Madison* para o controle judicial de legalidade possui nos dias de hoje.

O *judicial review* atualmente compreende quatro elementos centrais: o poder de invalidação (*the voiding power*), a independência judicial, a vitaliciedade dos Juízes (*life tenure*) e a supremacia judicial. Desses quatro, apenas dois estão presentes na Constituição americana (independência judicial e vitaliciedade), enquanto que os demais foram introduzidos através do tempo.

Griffin, por este motivo, traça uma distinção entre os elementos: *i*) que existiam na República Antiga e que permanecem até os dias de hoje; *ii*) aqueles que existiram na República Antiga e não mais existem e, por fim; *iii*) aqueles que foram criados posteriormente.

No grupo "*i*)", Griffin coloca a independência judicial, o poder de invalidação e a vitaliciedade dos Juízes, destacando que, diferente do que se possa imaginar, o *poder de anulação* (*the voiding power*) dos atos inconstitucionais não é equivalente ao poder do *judicial review* atual. A idéia de poder de anulação, tal como desenvolvida por Hamilton, incluía certos limites ao seu exercício que hoje não são mais aplicados e observados pelo Judiciário. Estes limites compõem exatamente o segundo grupo dos elementos citados, aqueles que existiam na República Antiga mas se perderam no tempo.

São dois os elementos que não existem mais – grupo "*ii*)": *a regra do caso duvidoso* e uma compreensão muito diferente da *relação entre direito e política* do que a que há hoje.

A *regra do caso duvidoso* estava presente tanto no texto de Hamilton em "*The Federalist*" quanto na fundamentação de Marshall em *Marbury v. Madison*. Ela estabelece que o judiciário só deve anular os atos legislativos quando eles forem manifestamente contrários à Constituição. Ou seja, em caso de dúvida, prevalece o ato democraticamente aprovado. Não obstante esta regra tenha sido observada em diversos julgamentos de casos importantes pela Suprema Corte, contemporaneamente ela não está mais presente. Passou a se ter o entendimento que, caso haja dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato, é exatamente o papel de o Judiciário resolvê-la; caso contrário, atos com acentuado teor de inconstitucionalidade poderiam permanecer válidos, pois não violariam tão explicitamente o texto constitucional.

Quanto ao segundo elemento, que versa sobre *a diferente compreensão da relação entre direito e política*, é possível dizer que o Judiciário

na República Antiga não resolvia casos políticos. Ele só podia julgar, então, casos concretos e controversos. Além disso, os juízes não deveriam realizar atividade legislativa. Hoje em dia se reconhece que em algumas situações os juízes modificam as leis, o que era impensável para a *founding generation*. Para tal geração, os juízes deveriam apenas implementar a vontade do povo, assegurando o cumprimento da Constituição. Por último, a Corte deveria evitar entrar em disputas políticas, o que também não acontece hoje. A Suprema Corte não deixa mais de julgar um caso por ser uma disputa política, ao contrário, hoje ela pode resolver problemas sociais significativos enquanto os outros Poderes estiverem inertes.

Já quanto ao terceiro grupo de elementos, os surgidos mais recentemente e, portanto, não faziam parte da teoria do controle judicial adotada na República Antiga, o principal dede é a *supremacia judicial*, consistente na idéia que a Suprema Corte é a última instância em matéria de interpretação constitucional. Marshall jamais disse que a Corte tinha alguma supremacia em *Marbury v. Madison*. Na verdade, a inovação trazida nesta decisão foi a afirmação de que a Corte teria um direito igual aos dos demais Poderes (*departments*) nesta tarefa. Ou seja, a afirmação deste elemento é uma construção recente do constitucionalismo americano.

Outro candidato menos óbvio para este grupo é *o controle praticamente absoluto que a Suprema Corte possui na escolha dos casos que ela irá julgar*. Este controle foi adquirido ao longo do século XX, em especial após a aprovação do *Judiciary Act*, em 1925, e contribuiu para a compreensão de que a Suprema Corte possui uma missão especial, que a diferencia das demais Cortes.

Prova disto são as palavras do juiz da Suprema Corte (*justice*) Vinson:

> a Suprema Corte não deve se preocupar com a correção ou não das decisões tomadas em instâncias inferiores, e sim em decidir aqueles casos que tenham importância imediata além dos fatos particulares e das partes envolvidas. Ou seja, a Suprema Corte não existiria para dar justiça aos indivíduos, mas sim para decidir matérias importantes de política legal.

Este poder de selecionar casos relevantes na esfera pública não existia na República Antiga. A Suprema Corte era a última instância ordinária do Judiciário americano, servia como unificadora da jurisprudência nacional, revendo os julgados das cortes estaduais e federais, sem qualquer atribuição política.

Com tantas diferenças no instituto ao longo do tempo, a conclusão a que chega Griffin é a de que o *judicial review* contemporâneo não é mais a instituição que Marshall ajudou a consolidar em *Marbury v. Madison*. A

Suprema Corte atual é mais uma construção das circunstâncias do século XX do que uma descendente direta da Corte de Marshall. Há relativamente pouco tempo, seus juízes atentaram para o fato de que desempenham um papel numa instituição judicial que elabora políticas públicas. E isto tudo foi feito sem que tivesse sido proposta qualquer emenda constitucional – *v.g.*, para extirpar a *regra do caso duvidoso* ou para atribuir à Corte uma determinada participação na realização de políticas públicas.

As teorias sobre o *judicial review* preocupam-se com a legitimidade e a competência institucional da Suprema Corte para exercer o controle judicial de constitucionalidade de atos políticos. Elas geralmente focam-se em decisões que tenham conseqüências políticas significativas e situam o Tribunal e estas decisões dentro do contexto do governo democrático. Portanto, inevitavelmente as teorias do *judicial review* envolvem comparação entre a habilidade de o Judiciário tomar decisões e a habilidade dos outras instâncias do governo de fazê-lo – nos EUA, o Judiciário é admitido pacificamente como parte do governo.

Uma das ênfases da teoria de Griffin é mostrar que a necessidade de tais teorias não surge exclusivamente da "dificuldade contramajoritária". Isto porque o contemporâneo poder do *judicial review* consiste não apenas num *voiding power* (poder de anular atos ilegais em sentido lato), como defendido por Hamilton e Marshall, mas consiste também num *judicial review* considerado como um *instituto*, já integrado no quadro institucional norte-americano e possuindo diversos poderes adquiridos ao longo do tempo. Em virtude da politização das decisões da Suprema Corte, possibilitada pelos poderes que foram integrando o judicial review bem como resultado da politização na indicação de seus membros, não haveria mais qualquer vantagem do Judiciário para exercer a defesa de direitos constitucionais, não havendo mais como justificar um controle judicial de constitucionalidade exercido de modo final pelo Judiciário. Esta é outra conclusão fundamental a que chega a teoria do *judicial review* de Griffin. Em suas palavras:

> To use the term "judicial review" to describe both present practice and practice in the early republic ignores the crucial issue of what *conditions* were attached to the exercise of judicial review in the early republic. (GRIFFIN, 2005, p. 109).
>
> [...]
>
> [...] the point I wish to emphasize here is that the need for such theories does not arise exclusively from the countermajoritarian

> difficulty. The "difficulty" with judicial review flows not only from a perceived conflict between majority rule and individual rights, but also from doubts about whether Marshall's common law judicial method, understood in the light of legal realism, is adequate to the challenge posed by abstract constitutional provisions such as the Due Process and Equal Protection clauses of the Fourteenth Amendment. If such clauses cannot be interpreted in a satisfactory legalistic way, then judicial reasoning, no matter how well it is elaborated, will be little different from the policy reasoning used by the political branches. This places in jeopardy the supposed comparative advantage the judiciary has over the political branches in matters of rights. As I will try to show, the politicization of constitutional issues ands the creation of a democracy of rights have substantially undermined, if not eliminated, any comparative advantage the judiciary had in the past. (GRIFFIN, 2005, p. 117) (Grifo nosso).

Outro ponto fundamental da teoria do *judicial review* de Griffin é a conclusão de que não é possível fazer uma teoria constitucional, e, portanto, também do *judicial review*, universal e ahistórica. Isto porque, para Griffin, uma teoria constitucional que se preze deve lançar mão da análise histórica e política do momento em que ela será aplicada. Ou seja, somente é possível elaborar uma teoria constitucional para valer durante um determinado período, enquanto estiver vigente o quadro institucional e político que lhe serviu de base, sob pena dela se tornar ou ser equivocada. Por isso Griffin afirma que sua teoria deverá valer por 20 ou 30 anos. Por isso, também, que ele critica a aplicação atual de teorias que ele mesmo reconhece como tendo sido muito bem elaboradas, como a de BICKEL e a de DAHL. Ele afirmar que estas teorias também foram válidas durante um determinado panorama encontrado nos EUA.

Assim, para compreender a teoria do *judicial review* proposta por Griffin, é preciso lembrar de antemão que ela é uma teoria elaborada em consonância com a conjuntura histórica e política tida nos EUA hoje, sendo adequada unicamente no que ele chama de *democracia de direitos*. É dentro deste contexto, de uma democracia em que o Judiciário não tem mais uma vantagem em relação aos demais Poderes para defender direitos, em que não haveria mais qualquer sentido em se tentar justificar uma suprema Judicial em relação aos demais Poderes na afirmação de direitos – supremacia tão propalada nas últimas décadas, quando este poder adotou a posição de "defensor das minorias", posição que veio se invertendo nos últimos anos –, em que as reivindicações são baseadas

em direitos e limitadas por eles, em que todos os ramos do governo têm igual interesse e legitimidade para promover tais direitos.

2 APRESENTANDO A TEORIA DEMOCRÁTICA DO JUDICIAL REVIEW DE STEPHEN M. GRIFFIN

Griffin começa a expor sua teoria do *judicial review* analisando criticamente o pensamento de Alexander Bickel condensado em *"The Least Dangerous Branch"*, livro no qual é formulada a tese da *dificuldade contramajoritária*, responsável pela orientação do pensamento que irá dominar a teoria constitucional estadunidense por décadas.

Griffin afirma que é compreensível o fato de o Judiciário ali ser identificado como o ramo do governo menos poderoso. Porque a data da edição da obra coincide com uma composição extremamente conservadora da Suprema Corte, a qual, à época, 1958, era composta por uma combinação de segregacionistas do Sul com reacionários anticomunistas que, evidentemente, não tinham a menor pretensão de avançar na defesa dos direitos.

BICKEL, não obstante criticar Marshall por sua decisão em *Marbury*, não defendia a extinção do *judicial review*. Propunha, em vez disso, uma discussão sobre a função da Suprema Corte na Democracia norte-americana, atribuindo papel relevante à Corte na conservação dos valores mais importantes da sociedade. A Suprema Corte teria, para Bickel, um papel fundamental na articulação de uma visão moral à qual todos devem aspirar; teria uma situação única para desenvolver um corpo de princípios constitucionais coerentes e para a conservação de valores fundamentais. Griffin faz um resumo do pensamento de BICKEL sobre o Judiciário:

> The picture Bickel drew was one of simultaneous isolation and engagement. Judges were isolated enough to pursue "the ways of the scholar" in sorting trough society's fundamental values. But they were also engaged by particular facts, "the flesh and blood of an actual case". Finally, compared to the political branches, the judiciary was better able to educate the public as to their constitutional responsibilities, those principles to which we all hold allegiance, but may be forgotten "in the moment's hue and cry." (GRIFFIN, 2005, p. 122).

Griffin critica a aplicação de Bickel no cenário atual, afirmando que coerência e conservação são improváveis quando os desacordos e disputas políticas são transferidos para o Judiciário. A Suprema Corte, hoje, em razão da sua politização e da politização das questões levadas

ao Tribunal, foi enredada para a mesma política de direitos contenciosa que há nos Poderes eleitos. A concepção da Suprema Corte de BICKEL dependia de uma prática de consenso de valores que não existe mais.

Griffin acrescenta, aos argumentos de BICKEL, a doutrina de Robert Dahl.

Para DAHL, a Suprema Corte, com raras exceções, constitui uma parte da aliança nacional dominante no campo da política. O órgão máximo do Judiciário, portanto, teria pouca força para mudar os rumos da política nacional, já que ele mesmo está inserido na aliança que determina que política será esta:

> justices were selectioned inevitably from the nation's political elite, the people most likely to be familiar with such verities. [...] the Court could not consistently 'counter' the majority if the justices were part of the majority.

O que Griffin julga mais importante extrair de ambos os autores, independente de suas posições, é o fato de tais teorias serem produtos de uma determinada conjuntura histórico-política-social, além do fato de que ambos são teóricos do consenso – "*theorists of consensus in distinctive but related ways*". BICKEL afirmou que o Judiciário não possui legitimidade para a prerrogativa ampla do *judicial review* em virtude do impacto da batalha entre o *New Deal* e a Suprema Corte, que se recusava a aplicar a legislação social defendida pelo governo. Do mesmo modo, DAHL afirma que a Suprema Corte integra a própria aliança nacional dominante, dentro de uma conjuntura na qual o mesmo partido geralmente controlava as duas casas do Congresso, além da presidência. Ele não considera, em sua teoria, o que aconteceria em um longo período de governo dividido entre os partidos – justamente o que acabou por se tornar comum nos últimos anos. Sua teoria, assim, teria dificuldades para enfrentar a tarefa da Corte de navegar entre partidos tão antagônicos. Ou seja, fora de suas conjunturas momentâneas, as teorias de DAHL e BICKEL não têm validade.

Assim, adotando a metodologia que defende, Griffin também não pretende formular uma teoria que seja ahistórica. Pelo contrário, como já dito, ele entende fundamental assentar e assenta as bases sobre as quais desenvolve seu pensamento – "*such theory cannot be advanced without establishing the historical and political context*". Duas realidades políticas e institucionais são destacadas por ele: a permanência de um governo dividido ao longo das últimas três décadas e a politização das matérias constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais. Comprova a primeira assertiva com o fato de que desde o governo

Nixon, de 1969, o partido do presidente somente manteve o controle do Congresso por 8 (oito) anos e meio, até 2004.

Esta divisão privou o governo do consenso político presumido por teorias modernas do *judicial review*, como as apresentadas por DAHL e BICKEL. Durante o período de governo dividido não é possível existir uma "aliança nacional dominante", nem, muito menos, uma maioria legislativa duradoura. Consequentemente, o risco da Corte Suprema tomar decisões que sejam efetivamente contramajoritárias aumenta significativamente, com o fator agravante de não serem elas passíveis de controle por parte dos Poderes eleitos – haja vista a dificuldade de se fazer uma emenda à Constituição dos EUA: aprovação do projeto de emenda por quorum qualificado do Congresso Nacional e depois aprovação por 3/4 (três quartos) dos estados norte-americanos, também por quorum qualificado. [1]

O governo dividido nos EUA, também, não fez amenizar o fenômeno da politização, pelo contrário. Temas outrora não relevantes para a política americana, como aborto, religião e ação afirmativa – "*believe it or not*" –, passaram a fazer parte da agenda de reivindicações da sociedade e os políticos não demoraram a se adaptar à nova realidade. A indicação para juízes da Suprema Corte, deste modo, que também despertavam pouca atenção dos políticos, passaram a ter grande interesse dos mesmos. O Senado passou a entender o Judiciário federal como uma instituição poderosa, capaz de nortear a agenda política nacional.

Como já dito acima, esta politização do processo de indicação para juízes da Suprema Corte é apenas uma das faces de uma politização mais geral de matérias constitucionais, como, por exemplo, das questões que são submetidas à Suprema Corte. A partir daí, a Suprema Corte passa a ter um relevante papel político nos EUA.

Passando a administração presidencial a controlar a composição da Suprema Corte, analisando previamente as posições políticas de cada um dos possíveis indicados – como feito meticulosamente por Reagan –, neste momento, a Corte perde seu potencial de defesa dos direitos de minoria e se torna apenas mais um porta-voz dos governantes. Porque, como já dito e afirma Griffin, "once majorities realized that certain

1 Constituição dos EUA, Artigo V. "Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado."

Court decisions were contrary to their interests, they resolved to put their own representatives on the Court".

De novo: a principal conseqüência da politização de questões constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais sobre o *judicial review* é a de solapar com a propalada vantagem comparativa do Judiciário sobre os demais poderes. Na opinião de Griffin, a Suprema Corte não poderá ser representativa politicamente sem uma mudança institucional no procedimento de indicação dos juízes, para a qual seria necessária uma quase impossível aprovação de uma emenda constitucional. De todo modo, ainda que isso fosse feito, a utilidade da teoria do *judicial review* de Griffin se manteria, haja vista que aí, indubitavelmente, a Suprema Corte não teria qualquer vantagem na defesa de direitos em relação aos demais Poderes, mantendo-se a chamada *democracia de direitos*.

Griffin salienta que dentro de uma *democracia de direitos* é necessário devolver à arena eleitoral a decisão sobre questões constitucionais controversas e reconhecer que o Judiciário poderia ser apenas mais um dos poderes estatais a tatuar no sentido de assegurar direitos aos indivíduos.

Finalmente, cabe mencionar a ressalva feita por Griffin. Diz que a noção de *democracia de direitos* não deve ser vista como opositora do *judicial review*. A teoria de Griffin não é pela extinção do *judicial review*. Afirma que, sendo os *direitos* bens políticos valiosos, é positivo que exista uma instância governamental que os assegure em momento nos quais os demais ramos do Poder os percam de vista.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM GRIFFIN: A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS E DIÁLOGO COM BRUCE ACKERMAN.

Os EUA não são governados apenas por uma Constituição, mas por cinqüenta e uma – uma federal e as outras estaduais. Deste modo, para Griffin, nenhuma investigação sobre o constitucionalismo americano ou teoria de mudança constitucional seria completa sem a análise da experiência dos estados. A experiência estadual na mudança de suas constituições seria importante para iluminar o processo de mudança constitucional federal por demonstrar o impacto constitucional das mudanças nas responsabilidades do governo.

Contrastando com a cautela de MADISON com relação a ajustes constitucionais, os americanos mudaram continuamente suas Constituições estaduais desde a primeira onda pós-revolucionária de edição de constituição ter atingido os estados, no início do séc. XIX. No nível estadual, diz Griffin citando vários autores como base, as

mudanças ocorrem com muito maior freqüência por meio de emendas constitucionais, algumas vezes a constituição inteira era revisada em uma Assembléia Constituinte (*constitutional conventions*), e a constituição se tornava mais longa, prolixa, mais parecida com leis ordinárias. Ou seja, mais parecida com a Constituição brasileira.

Diz que, em 1860, a única constituição estadual dos EUA que datava de 1776 era a Constituição do estado da Carolina do Norte, que mesmo assim tinha sofrido uma revisão substancial em 1835.

Após a Guerra Civil americana (*Civil War*), muitas constituições novas foram escritas, em resposta à mudança social e econômica. Elas continham dispositivos muito mais específicos e extensos e assemelhavam-se muito mais a códigos legais do que os seus homólogos do séc. XVIII.

As mudanças formais da Constituição foram muito mais freqüentes no nível estadual do que no nível federal.

Os números mostrados por Griffin são de fazer inveja ao constituinte reformador do Brasil. Desde 1776, os cinqüenta estados tiveram 146 constituições e trinta e um dos cinqüenta estados tiveram pelo menos duas constituições. Ao longo dos anos, mais de 5.800 (cinco mil e oitocentas) propostas de emendas às Constituições estaduais foram aceitas, enquanto no nível federal foram propostas 10.000 (dez mil) emendas, tendo pouquíssimas sido aceitas – as conhecidas 27 emendas à Constituição americana.

Os americanos parecem estar submetidos a dois modelos completamente diferentes de mudança constitucional: um federal e outro estadual.

Qual o motivo desta diferença tão radical? Griffin responde.

Em primeiro lugar, emendar as constituições estaduais é fácil em comparação ao processo de emenda à constituição federal e, nos estados, a idéia de precaução com mudanças constituições foi pouco aderida. Além disso, as constituições estaduais não são consideradas uma estrutura básica (*framework*) de princípios permanentes, o que faz com que a constituição seja transformada numa espécie de super-lei (*superstatute*).

Em segundo lugar, encontram-se os motivos que levaram ao quadro do parágrafo anterior. No século XIX, o governo estadual tinha responsabilidade sobre as principais incumbências de governo: seguir com uma política mercantilista para estimular o desenvolvimento econômico, regular políticas financeiras e bancárias, subsidiar transportes, legislar e cuidar de crime, pobreza e várias questões morais e religiosas. Ou seja, o governo estadual era o responsável pela maior parte das obrigações normais de um Estado, enquanto que o governo federal, especialmente a partir do período jacksoniano (*Jacksonian*

period), era mais um governo provisório com uma burocracia rudimentar – nos termos de Leonard D. White, citado por Griffin.

Durante o séc. XIX, as Constituições estaduais foram reescritas em resposta a todo o embate referente à adaptação da política governamental exigida pelo desenvolvimento da economia norte-americana e em resposta às demandas ordinárias do eleitorado sobre variadas questões. Várias Constituições estaduais adquiriram dispositivos regulando corporações, sindicatos e associações trabalhistas, e sistema sobre educação superior, ou seja, tópicos não existentes da Constituição Federal.

Outro motivo para a freqüente mudança nas constituições estaduais era a desconfiança na legislatura estadual. Elas eram famosas por se auto-conceder uma variedade de privilégios especiais e por endividarem os estados. Por isso, no final do séc. XIX, as Constituições estaduais tornaram-se ainda mais codificadas, na tentativa de regular as legislaturas estaduais em detalhes.

Já o governo federal não era visto como um agente adequado para fazer as mudanças necessárias para responder às alterações sociais, econômicas e políticas. Por isso, não se sentia necessidade de alterar a Constituição Federal.

Após observar as características do sistema constitucional dos estados, Griffin afirma ser possível chegar a várias conclusões que iluminam a questão da mudança constitucional nos EUA.

Primeiro, que ao contrário do que afirma a saberia convencional, os americanos não têm uma filosofia consistente sobre mudança constitucional. Como a mudança é relativamente fácil nos estados, os americanos não estão presos ao tabu contra ajustes constitucionais.

Segundo, indica que a mudança constitucional geralmente segue mudanças gerais no ambiente político. Portanto, conclui Griffin, é razoável dizer que como o governo federal adquiriu novas responsabilidades no séc. XX – como resposta dos atores políticos às pressões das forças sociais, econômicas e tecnológicas –, responsabilidades que foram suportadas pelos estados sozinhos no séc. XIX, tinha de ocorrer mudança na Constituição federal.

Terceiro, a experiência estadual indica a dificuldade de se aderir ao "critério Randolph" (*Randolph's criterion*) – de que a constituição deveria conter somente os princípios essenciais. O primeiro meio que os estados usaram para adaptar suas constituições às mudanças foi enchê-las de regras regulatórias específicas. Mas havia, para Griffin, uma via alternativa, uma que teria preservado a característica das constituições estaduais como uma ampla estrutura básica de sustentação e ordenação do governo (*as broad frameworks for government*). Se um governo estadual

precisasse de autoridade para lidar com um novo problema político, uma concessão do poder-geral poderia ter sido feita.

Para o autor, o melhor modo de explorar porque as mudanças na constituição federal praticamente não ocorreram por meio de emendas é o exame do período do *New Deal*, durante o qual o governo federal foi assumindo, de modo permanente, novos poderes e responsabilidades, muitos dos quais continuam a estruturar o sistema político-constitucional contemporâneo dos EUA. As mudanças feitas durante o *New Deal* alcançaram o status de uma verdadeira revolução constitucional ("*constitutional revolution*"). E, não obstante a revolução constitucional ocorrida durante o *New Deal* ter gerado uma das mais significativas mudanças na ordem constitucional americana, nenhuma delas foi ratificada através de emendas formais – ou seja, feitas sob o procedimento exigido pelo Artigo V da Constituição Federal; as principais mudanças ocorridas neste período não deixaram qualquer registro no texto da Constituição.

Sob a iniciativa do Presidente Roosevelt, pelo menos três foram as mudanças fundamentais na ordem constitucional americana: *i*) o prestígio e o poder da presidência aumentaram dramaticamente pela liderança de Roosevelt durante a Grande Depressão – tornou-se um novo tipo de escritório constitucional, permitindo ao presidente transpor a separação de poderes e tornar-se a cabeça do governo federal, senão do país como um todo –, *ii*) alterou a natureza do federalismo americano, pela assunção de novas responsabilidades pelo governo federal e da grande mudança no relacionamento entre estados e o governo federal, gerada por estas novas responsabilidades – a inabilidade dos governos estaduais para responder adequadamente à Depressão, foi um dos motivos para a transferência do *poder constitucional* para o nível nacional –, *iii*) o Congresso e os órgãos do governo para os quais foram delgados poderes de regulação adquiriram, praticamente, plena autoridade sobre a economia e permissão para lidar diretamente com vários problemas sociais.

Nenhuma destas três mudanças constitucionais foi processada do modo determinado pela Constituição federal dos EUA (artigo V) ou constaram do seu texto.

O motivo disso é explicado, segundo Griffin, por meio da análise do conflito entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte americana.

Ressalta o autor que as razões de Roosevelt para não processar as mudanças acima por meio de emendas à Constituição são igualmente aplicáveis a todas as mudanças constitucionais ocorridas após o *New Deal* e mostram porque estas mudanças não ocorreram por meio de emendas. Roosevelt, na metade de 1935, considerou seriamente a possibilidade de emendar a Constituição federal após a decisão da Suprema Corte que

anulou importantes leis de fomento econômico e ajuda social (decisões ocorridas entre 1935 e 1936), sob a alegação de inconstitucionalidade material. Mas mudou de idéia por, basicamente, quatro razões.

Após dois anos de estudo, em relação a todas as emendas pretendidas, ele continuava sem um acordo sobre qual linguagem deveria usar nelas – se utilizava um texto minucioso, analítico, prolixo, ou um texto com linguagem bem abrangente. O objetivo era assegurar, com essas emendas, que a Suprema Corte não pudesse julgar a legislação do *New Deal* inconstitucional. Se usasse um texto sintético, com linguagem ampla, as emendas poderiam ter efeitos imprevistos e não desejados pelo poder governamental. Por outro lado, não havia garantia de que um texto analítico, minucioso, extenso teria o efeito esperado, dada a natureza ampla do poder regulador que o governo precisava para enfrentar a crise.

A segunda razão era que qualquer nova emenda estaria sujeita a interpretação judicial. Se a emenda contivesse termos amplos, a Corte poderia eliminá-la por meio de uma interpretação concretista – a Corte esmiuçaria, determinaria, na verdade, o que a emenda expressava. Se a emenda fosse prolixa, detalhada, com o fim de derrubar precedentes judiciais específicos, ela poderia não ser aplicável a todas as circunstâncias nas quais o governo precisasse de novos poderes.

A terceira: o processo de emenda à Constituição, como previsto pelo artigo V, era muito trabalhoso (*cumbersome*), complexo, e não havia uma chance clara de sucesso. Como se sabe, para ser aprovada, uma emenda tem que ser ratificada por quorum qualificado não só no Congresso Nacional, mas também em todas as Casas Legislativas dos estados. Ou seja, bastava que um dos trinta estados americanos não ratificasse a emenda, que ela cairia – na época, este era o número de estados federados nos EUA. Isto preocupava muito Roosevelt.

A quarta razão era a estratégia de Roosevelt para a eleição presidencial de 1936. Uma eleição era sua maior chance para ganhar apoio popular para as emendas necessárias, mas ele mantinha uma plataforma democrática ambígua. O público respeitava a Corte como uma instituição e reverenciava a Constituição. E propor emendas constituiria não só uma crítica à Corte, mas também sugeriria que a Constituição não era adequada para enfrentar a crise. Isto daria um excelente tema de campanha para os Republicanos (*Republicans*) contra a campanha de Roosevelt. Eles poderiam lançar-se como defensores da doutrina constitucional e denunciar os Democratas (*Democrats*) como destruidores da Constituição. Por isso, Roosevelt abafou o debate constitucional nos meses que antecederam à eleição.

O Advogado-Geral da União (*Attorney General*) Homer Cumimings encorajou Roosevelt a enxergar o problema sob outra perspectiva. O problema não seria com a Constituição, mas apenas com a interpretação míope, limitada da Constituição pela Suprema Corte. Bastaria mudar a composição da Corte. E foi o Roosevelt fez.

Portanto, para Roosevelt, mudar a Constituição por meio de emenda tornou-se um ponto irrelevante. Mudar a Constituição era muito perigoso. Era melhor preservar a Constituição como um documento a ser reverenciado do que mudá-la em resposta às novas condições.

Griffin afirma que isto prova que a análise de MADISON no *The Federalist* N° 49 estava correta: a veneração à Constituição estabelecida é a base estável para o governo, porque é muito difícil mudar um documento reverenciado.

Por isso, qualquer emenda, por mais razoável e necessária que seja, estaria impedida de ser feita pelo sentimento acima, uma vez que sugeriria que a ordem política nacional e seus valores são ou tornaram-se seriamente defeituosos.

E conclui Griffin: enquanto os americanos não acreditarem que os valores aprovados pelos fundadores (*the Framers*) e solenemente reafirmados pelas gerações seguintes são imperfeitos, haverá uma barreira enorme para adaptar a Constituição Federal às transformações históricas.

Então, o governo federal não pode dispor do mesmo método usado pelos estados para adaptação da Constituição às novas condições – emendar a Constituição. Todas as alterações significativas da Constituição no séc. XX foram feitas fora do que determina o artigo V da Constituição. Esta tendência contra a alteração por meio de emenda foi reforçada pela crescente institucionalização da política norte-americana, principalmente após o *New Deal*. Qualquer emenda que fizesse uma importante diferença estrutural no modo do governo operar está fadada a encontrar forte oposição – pelo estabelecido poder das burocracias do governo, pelas comissões do Congresso e pelo poder dos grupos de interesse.

Após levantar todos esses dados, Griffin entende possível tirar suas conclusões a respeito de como se pode mudar uma Constituição e, consequentemente, como ela efetivamente muda. Logrando isto, também é possível identificar qual é a Constituição vigente hoje.

Primeiro, conclui que se uma alteração do quadro estrutural tiver que ser feita na Constituição cada vez em que houver uma transformação nas circunstâncias históricas, toda a estrutura constitucional poderia, muito facilmente, ser posta em dúvida. Seria como se o Estado estivesse numa Convenção Constitucional (assembléia nacional constituinte)

eterna. E não é do interesse de ninguém, afirma Griffin, colocar em questão, numa base contínua, *as regras fundamentais do jogo político* previamente acordadas. Ou seja, a *ordem política* seria abalada, tornada incerta, pela constante necessidade de legalizar alterações fundamentais na Constituição em resposta às novas condições históricas.

Ter uma constituição permanente que serve como um quadro estrutural/base para o governo é um objetivo louvável. Mas, só se poderia usar o método formal de emenda à constituição para adaptá-la às mudanças históricas sob o preço de abandonar o compromisso de ter uma constituição como um quadro estrutural/base para o governo. Daí concluir Griffin que os dois objetivos da geração fundadora (*the founding generation*) – pretendia que o governo fosse baseado e guiado pela lei escrita e pretendia manter o quadro base característico da Constituição, que subsistiria através dos séculos –, não obstante serem louváveis, são inconsistentes quando se percebe a necessidade de adaptar a Constituição às novas circunstâncias.

Griffin conclui então que o método de alteração constitucional usado pelos estados – por meio de emendas formais – é bastante desvantajoso em relação ao federal – alteração da Constituição sem tocar no texto constitucional, mas apenas atribuindo novos poderes aos Poderes e órgãos estatais e estes sendo aceitos pelas instituições governamentais. Especialmente por engrandecer o caráter antidemocrático da Constituição por permitir que maiorias temporárias bloqueiem políticas em particular, bloqueio este que não poderia ser eliminado por uma maioria legislativa ordinária. Isto dificulta severamente a habilidade dos governos de responder a novos problemas sociais e econômicos. A detalhada restrição contida nas maiorias das Constituições estaduais fez isto com os seus respectivos governos durante a Grande Depressão, além de ajudar a criar um vácuo no qual o poder constitucional federal teve que ser exercido. Ainda nos anos 1950 e 1960 as Constituições estaduais continuavam a ser criticadas por emperrar o desenvolvimento econômico.

Há, entretanto, uma similitude crucial entre a experiência federal e a estadual. Em ambos os casos, a opção pela atualização da Constituição através de emendas formais que preservassem o quadro característico do documento não foi perseguida, adotada. Os estados foram capazes de mudar suas constituições através de emendas, mas a maioria das emendas transformaram suas constituições em super-códigos (*superstatutes*). As emendas à Constituição Federal têm sido tão difíceis que a maioria das mais significativas alterações constitucionais do século XX não foram impressas no documento.

Outro ponto importante neste tema é o papel da Suprema Corte na tarefa de adaptar a Constituição às transformações históricas. E Griffin entende necessário fazer uma análise em apartado dele.

O autor discorda da tese aceita por muitos observadores de que a interpretação judicial tem sido o meio primário para a adaptação da Constituição, sem passar pelo processo exigido pelo artigo V, às mudanças. De acordo com ela, a Suprema Corte tem servido de *guardião primário do portão por que passariam as alterações constitucionais* (*primary gatekeeper of constitucional change*) – idéia próxima à brasileira de *guardião primário da Constituição.* A Corte teria o poder de selecionar as alterações que passarão pelo "portão", excluindo as que não desejar. Isto indicaria que a Corte estaria no controle do processo de alteração constitucional.

A despeito da plausibilidade da "tese do porteiro" (*gatekeeper thesis*), Griffin afirma que ela, como abordagem para a compreensão da mudança constitucional federal, é profundamente errada. Para ele, duas características do constitucionalismo americano impedem que a Suprema Corte venha a ser o agente primário da alteração constitucional.

Primeiro, a positivação (*legalization*) da Constituição significava que a Suprema Corte tinha que agir como outras Cortes e esperar por uma litigância efetiva antes de proferir um julgamento – então, em suas primeiras decisões, diminuiu o poder de emitir pareceres consultivos aos outros Poderes do governo. Ou seja, a Suprema Corte não se envolvia nas mudanças constitucionais enquanto não se gerasse um litígio judicial. Um dos exemplos citados por Griffin para demonstrar isso foi a não possibilidade de a Corte analisar os novos poderes adquiridos pela Presidência da República no *New Deal.* Então, conclui Griffin, quando alterações constitucionais forem necessárias para atender interesse do Congresso, do Presidente, dos estados e dos cidadãos em geral, a alteração não envolverá a Corte, porque ninguém terá interesse para iniciar uma disputa judicial.

Griffin reconhece, entretanto, que geralmente as mudanças constitucionais significativas resultarão em algum tipo de disputa judicial. Mas isto não significa que a Corte é quem inicia ou é a maior contribuinte para uma alteração constitucional. A Corte não é capaz, nem mesmo, de servir de guardião primário da Constituição, o guardião do portão das alterações constitucionais (*primary gatekeeper of constitutional change*) pela sua fraqueza institucional (GRIFFIN, 1998, p. 43). Esta fraqueza adota a forma de *auto-restrição* (*self-restraint*) quando se depara com o exercício de um poder constitucional que ela não consegue influenciar com sucesso. É um equívoco dizer que a Corte aprovou os novos poderes e responsabilidades do governo federal como

se a Corte tivesse a escolha, de fato, de continuar a supervisionar a constitucionalidade da regulação social e econômica. Ela não tinha tal poder de escolha. A Corte recusou-se a exercer qualquer papel significativo no controle da legislação econômica federal e estadual. Para comprovar isto, cita TRIBE: "in the years after 1937, the Supreme Court essentially offered the Congress *carte blache* to regulate the economic and social life of the nation, its actions subject only to the requirements of the Bill of Rights.". Isto também se deu em relação aos casos envolvendo relações internacionais dos EUA.

Ou seja, o Congresso e o Presidente, não a Corte, iniciaram a mudança constitucional em tela e a efetivaram. O papel da Corte foi, para Griffin, nitidamente secundário.

Portanto, conclui Griffin, a idéia da Suprema Corte como o guardião primário do portão por que passariam as alterações constitucionais é inerentemente implausível. Também é equivocada a idéia de que a interpretação judicial seria o principal meio de adaptação da Constituição às mudanças fora do Artigo V.

Pela natureza fluida da alteração constitucional sem observância do artigo V, a idéia do guardião do portão (*gatekeeper*) seria válida apenas se a Corte fosse o mais poderoso dos Poderes. Este argumento é bem próximo do utilizado por alguns constituintes responsáveis pela Constituição brasileira de 1891 vencidos quanto ao tema do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que substituiu o Supremo Tribunal de Justiça, previsto pela Constituição do Império no art. 164), que mesmo após sua promulgação afirmavam ineficaz, na prática, o controle judicial de constitucionalidade, dado que o poder estava nas mãos do Executivo, este só cumpriria as decisões judiciais se quisesse. Sem adentrar na análise dos motivos que poderiam (e estavam) por trás do seu posicionamento, cabe mencionar o Senador Aristides Lobo:

> É preciso não ser cego. A maior necessidade do momento não é correr atrás de um suposto e imaginário constitucionalismo, mal pensado, aliás, pelo primeiro de seus guardas, o Supremo Tribunal de Justiça [sic], mas o fortalecimento do executivo, única garantia, não se iludam, da permanência da República." (17.08.1893, apud. RODRIGUES, 1965, p. 37-38).

> No jogo de nossas instituições, a garantia institucional não está na mão desse tribunal (o S.T.F.), que não tem a força nem os meios de agir com eficácia, mas sim nas mãos do Poder Executivo, depositário fiel da execução de todas as leis, imediato representante das garantias

> de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social. (19.08.1893, apud. RODRIGUES, 1965, p. 37-38).

E, obviamente, a Corte nunca teve este tipo de poder. Griffin cita Sidney George Fisher, que escreveu logo após o inicio da Gerra Civil americana: "If the Constitution be immutable, what was law in 1787, must be law as long as the Constitution lasts. To maintain it, therefore, the Judiciary must be stronger than the people, stronger than the representatives of the people. In a popular government this is impossible." (Se a Constituição for imutável, o que for lei em 1787 deverá ser lei enquanto a Constituição permanecer em vigor. Para manter isto, entretanto, o Judiciário tem que ser mais forte que o povo, mais forte do que os representantes do povo. E num governo democrático, popular isto é impossível).

Griffin ressalta a importância de se ter em mente o fato de as mais famosas decisões da Suprema Corte, inclusive *Lochner v. New York* e as opiniões pós-*New Deal* como *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade* serem casos relativos ao poder dos governos estaduais, e não do governo federal. Decisões verdadeiramente significativas limitando o poder do Congresso Nacional ou do Presidente após o *New Deal* são raras.

Após o *New Deal*, a Corte tornou-se uma especialista, preocupando-se, principalmente, com o atendimento dos *standards* encontrados no *Bill of Rights* e nas emendas da Guerra Civil americana (*Civil War Amendments*) pela legislação estadual. Então, o impressionante corpo de jurisprudência constitucional da Suprema Corte formado a partir do *New Deal* é baseado em uma porção relativamente pequena da Constituição Federal. Essa jurisprudência, ademais, trata de apenas uma mínima porção das políticas totais produzidas por todos os Poderes, órgãos e entes do governo federal. Como então se poderia afirmar que a Suprema Corte seria o guardião do portão das mudanças constitucionais e que sua interpretação é que seria responsável pelas alterações da Constituição Federal fora do artigo V?

Sendo esta idéia totalmente descabida, por que então ela é tão largamente aceita e difundida?

Para Griffin, parte da resposta encontra-se justamente no substancial corpo jurisprudencial relativo aos estados, noticiado acima. Obviamente, esta jurisprudência não pode ser fonte de iniciativa das mudanças ocorridas no Executivo e no Legislativo. Entretanto, o principal problema da análise convencional sobre mudança constitucional é a ausência de apreciação das diferenças existentes entre a Constituição e a lei (*ordinary law*), expressas na primeira seção do livro de Griffin. E a principal delas é que a Constituição não pode ser garantida como

as leis ordinárias podem. A legalização/positivação/normatização da Constituição fez com que ela fosse tratada como se fosse um outro tipo de lei, norma legal. Todos os Poderes são responsáveis, simultaneamente, por obedecer e fazer cumprir a Constituição. Enquanto eles têm algum apoio popular, eles somente poderão ser responsabilizados por alterarem a Constituição quando eles assim desejarem. Então, por exemplo, se o Executivo desejar alterar seus poderes e responsabilidades e o Legislativo concordar ou for indiferente, não há muito o que a Suprema Corte possa fazer. Se a Corte adotar uma linha dura contra as mudanças que os Poderes eleitos consideram necessárias, a Corte sabe muito bem que a objeção de ministros da Corte pode ser sobrepujada por outros ministros que sejam mais condescendentes.

A Constituição foi projetada para ser garantida pelos tribunais e interpretadas pelo mesmo método usado para outros tipos de lei. A partir do momento em que a Constituição estrutura políticas e sistema de governo, dar ao Judiciário o único poder de garantir a Constituição é equivalente a transformar o Judiciário no mais poderoso Poder do governo. A partir do momento em que isto não é sustentável politicamente, o escopo do Direito Constitucional é necessariamente limitado.

É justamente isto que significa *o movimento da "teoria" para o "político"*, referido por Griffin no título de seu livro. O constitucionalismo americano deslocou-se da teoria na qual toda a Constituição poderia permanecer separada da política para a situação onde o significado da maioria da Constituição é determinada através de políticas fixadas pela legislação ordinária. Este deslocamento da Constituição não era óbvio até o governo federal tornar-se efetivamente ativista, um Estado intervencionista, no século XX. A experiência do *New Deal* tornou evidente que o Judiciário somente pode garantir uma pequena porção da Constituição. O significado da maioria dos dispositivos constitucionais é, portanto, determinado pela interação entre Executivo e Legislativo. Enquanto é possível para estes Poderes alterarem suas interpretações sobre a Constituição por meio de procedimentos legalistas cuidadosamente fundamentados em argumentos escritos – como se supõe que uma mudança ocorra no Judiciário –, não é muito freqüente que tais mudanças ocorram deste modo. Entretanto, os Poderes políticos alteram a Constituição no curso da disputa política ordinária, sem prestar muita atenção aos valores legais e constitucionais que os advogados e juízes pensam importantes.

Griffin, neste ponto, faz uma última indagação: como nos sabemos que houve significativas alterações constitucionais no século XX fora do artigo V, se tais mudanças ainda estão em andamento?

Há certo consenso entre muitos estudiosos de que alterações constitucionais fundamentais ocorreram durante o *New Deal*. Entretanto, a experiência constitucional dos estados mostra que as mudanças nos poderes e responsabilidades do governo conduzem a uma contínua mudança constitucional – as emendas formais às constituições estaduais comprovam isto. O mesmo teria ocorrido com a Constituição Federal dos EUA caso o processo de emenda fosse mais simplificado e não houvesse o tabu contra as mudanças na Carta Magna, tal como ocorria nos estados.

Então, a ausência de emenda constitucional para validar o *New Deal* não significa que não houve alteração na Constituição. Significa, ao contrário, que a mudança constitucional assumiu outras formas. Os importantes períodos de alteração constitucional do século XX, dentre eles o do *New Deal*, fluíram através do Executivo e do Congresso Nacional, e não da Suprema Corte e da Constituição positivada (*legalized Constitution*) – ou Constituição normativa ou positiva ou legalizada, aquela identificada e afirmada pela técnica jurídica.

2.1.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA TEORIA DE ACKERMAN

Bruce Ackerman produziu, pouco tempo antes de Griffin escrever seu livro, uma importante teoria sobre mudança constitucional, que Griffin considerou que merecia uma consideração à parte. Focou sua análise na idéia central de ACKERMAN, a de que os EUA é uma *democracia dualista* – estabelecida pela Constituição –, e numa alegação chave dele que segue esta idéia.

A concepção de ACKERMAN deve ser distinguida de duas concepções mais familiares e aceitas sobre o constitucionalismo dos EUA: *i*) a idéia a respeito da diferença entre lei e Constituição, tratada por Griffin na primeira seção do primeiro capítulo de seu livro, e *ii*) a concepção sobre o contraste entre emendas à Constituição que ocorrem através do processo especificado no artigo V e aquelas mudanças constitucionais que ocorrem sem observar o artigo V. Griffin tratará da concepção dualista de Ackerman relacionada a esta segunda idéia, ressaltando que tal concepção é bem mais complexa e controversa.

O dualismo de ACKERMAN extrai uma distinção entre a *política ordinária* e a *política constitucional* e uma distinção relacionada entre o *legislador ordinário* e o *legislador maior* ou *constituinte* (*higher lawmaking*). Como Griffin, ACKERMAN afirma que a mudança constitucional nos EUA decorre de um episódio qualificado. Verdadeiras alterações fundamentais na estrutura constitucional dificilmente ocorrem e não necessariamente resultam numa emenda formal à Constituição. A teoria de ACKERMAN

é, no fim das contas, uma tentativa de justificar e de mostrar sentido a esta característica do constitucionalismo norte-americano.

ACKERMAN, como reconhece Griffin, defende plausivelmente que ocorreram somente três verdadeiros momentos fundamentais (ou momentos transformadores, nos termos de ACKERMAN) de mudança constitucional na história dos EUA: a) a adoção original da Constituição e da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), b) a Reconstrução estadunidense (*Reconstruction*), e c) o *New Deal*. Todos estes momentos são exemplos sobre o legislador maior/constituinte, um especial tipo de política que envolve todo o povo americano agindo na sua condição de soberano.

Por outro lado, para Griffin, houve muitos períodos da política constitucional em que uma maior conscientização e debate das questões constitucionais, no entanto, não resultaram num momento transformador editado pelo legislador maior. Este momento constitucional fracassado inclui o *Populist e Progressive Eras* do final do século XIX e do início do século XX e o movimento pelos direitos civis dos anos 1960 (*the civil rights movement of the 1960s*).

Para colocar todos estes três momentos constitucionais num mesmo plano – haja vista que o *New Deal* não constava originalmente do texto Constitucional adotado, nem foi aprovado por meio de emenda formal à Constituição, como foi a *Reconstruction Amendments* – Ackerman procura solapar o entendimento legal convencional sobre a fundação (*the founding*) e sobre a Reconstrução dos EUA. Afirma que todos os momentos de transformação constitucional na história americana ocorreram independentemente do processo especificado no artigo V da Constituição – ou melhor, ocorreram sem obedecer à legislação vigente à época, ou seja, ocorreram de modo ilegal, eram ilegais.

Esta assertiva é facilmente comprovada pelo episódio da adoção original da Constituição Federal dos EUA, já que, obviamente, ocorreu independentemente do artigo V, por ser anterior a ele. Entretanto, ACKERMAN vai mais fundo. Para ele, todos os momentos de transformação constitucional ocorreram ilegalmente, num certo sentido – ocorreram fora dos meios aceitos de realização de tais mudanças, como dito. A Reconstrução e o *New Deal* ocorreram fora do que determina o artigo V, enquanto que a *founding* ocorreu fora dos meios especificados na legislação da Confederação (*Articles of* Confederation).

ACKERMAN pretende que ensaios de James Madison e de Alexander Hamilton no *The Federalist* demonstrem que sua teoria sobre mudança constitucional fora do artigo V teria o apoio dos *pais fundadores* (*founding generation*). Ele foca-se em numerosos ensaios que tentam responder a duas objeções levantadas por anti-federalistas – ou seja,

contrários às idéias de Madison e de Hamilton, dentre outros federalistas: a) a Constituição é ilegal porque a Convenção Federal adotou um plano inteiramente novo para o governo em vez de apenas emendar os artigos da Confederação, e b) o processo de ratificação previsto no artigo VII da Constituição não estava adequado aos artigos da Confederação, que requeriam um consenso unânime dos estados antes que as emendas pudessem ser aprovadas. Nestes ensaios, Madison e Hamilton, para ACKERMAN, produziram a *teoria da política constitucional* e a *teoria do legislador maior*, a fim de justificar a não observância do processo de mudança especificado nos artigos da Confederação.

Madison, no *The Federalist* Nº. *40*, argüi que a partir do momento em que a Constituição fosse submetida à Convenção, seria, então, aprovada ou desaprovada pelo povo como um todo. Se o povo aprovasse a Constituição, isto teria o efeito de solapar qualquer erro ou irregularidade antecedente que por ventura tivesse ocorrido na Convenção Federal – que aprovou a Constituição Federal de 1787.

Mas há uma diferença significativa, para Griffin, entre o *founding* e os períodos subseqüentes de mudança constitucional. Estes, como a Reconstrução e o *New Deal*, ocorreram sempre à sombra do artigo V e, infelizmente para a teoria de Ackerman, não há razão para pensar que Madison e Hamilton aceitassem tal procedimento como adequado ou como uma verdadeira alteração na Constituição. Embora não apareça na exposição de ACKERMAN, eles dois discutiram o artigo V e indicaram que eles entendiam que este era o meio adequado para se alterar a Constituição – até porque eles defenderam e fizeram aprovar o artigo V. Tanto que os fundadores usaram o artigo V para emendar a Constituição não menos do que doze vezes nos vários anos que se seguiram à sua aprovação. Ainda segundo o autor, nem mesmo o argumento de ACKERMAN no sentido de que tais emendas – as feitas formalmente, obedecendo ao artigo V – não seriam transformações constitucionais verdadeiras salvaria sua tese neste ponto, haja vista que dentre elas está a ratificação do *Bill of Rights*, que atende ao disposto no artigo V e é geralmente entendido como fundamental para a ordem constitucional americana.

Griffin também critica o uso de Ackerman da tese de Madison no *The Federalist* N° 49 – "a *constitutional road to the decision of he people, ought to be market out, and kept open, for certain great and extraordinary occasions"*, estas ocasiões seriam, para Madison, aquelas em que emendas foram aprovadas na forma do artigo V – e da tese de Hamilton sobre o Judiciário no *The Federalist* N° 78. Mas conclui que, não obstante a teoria de ACKERMAN não ter sustentação no *The Federalist*, sua avaliação sobre a história constitucional dos EUA continua desafiadora;

a resposta dada por ACKERMAN sobre como os americanos distinguem *os momentos de legislação maior que resultam em emendas constitucionais transformadoras* dos *momentos constitucionais fracassados* não tem relação com o pensamento da geração fundadora, mas subsiste ainda que sem apoio nela. Ele demonstra não só uma evidente ilegalidade da Constituição americana, mas também o desconfortável fato de a emenda constitucional da Reconstrução não ter sido ratificada validamente, uma vez que os estados da Confederação vencedores impuseram aos estados da Confederação vencidos a sua aceitação – e obviamente a previsão normativa de emenda exigia aceitação de todos os estados sem coação.

Griffin critica ACKERMAN por ele, não obstante sempre estar atento ao contexto histórico e político, se contentar em analisar esses momentos transformadores como sendo legal ou ilegal – a limitação a esta análise seria um erro para Griffin. A despeito dos seus desvios do processo de emenda especificado nos artigos da Lei Maior, o Congresso da Confederação aprovou a Constituição proposta nos estados e os estados elegeram delegados para ratificarem a Convenção. Este processo poderia ter sido anulado em qualquer fase caso cidadãos o bastante estivessem convencidos que *a questão da legalidade* era importante. Isto não ocorreu, no entanto. Para Griffin, então, o contexto político no qual a Convenção Federal foi convocada e a Constituição foi ratificada – a inadequação dos dispositivos da Confederação gerou a crise política e constitucional na qual os membros da Convenção Federal desejaram resolver – elimina qualquer vício que o procedimento pudesse ter em relação à legislação em vigor – a concepção sobre legalidade aqui é totalmente irrelevante, como os *Federalists* defendiam. O mesmo em relação às emendas da Reconstrução. A Guerra Civil gerou uma crise política e constitucional na qual ações como a exigência forçada de aceitação de emendas pelos estados relutantes tornaram-se necessárias.

Outra crítica importante de Griffin a ACKERMAN é que não há dúvida de que ocorreram períodos de política constitucional importantes na história dos EUA, nos quais questões constitucionais tornaram-se prioritárias e mudanças fundamentais foram feitas no sistema constitucional, mas eles foram bem mais do que os três momentos admitidos por ACKERMAN. Especialmente a *Progressive Era* e o *Civil Rigths Movement*, classificados por ACKERMAN como momentos constitucionais fracassados.

Para Griffin, os aspectos questionáveis da teoria de ACKERMAN também sugerem que é um equívoco tentar transmutar a alteração constitucional fora do artigo V para dentro da alteração legal – analisá-la com base nos conceitos utilizados para verificar a alteração legal. Dado

o contexto produzido pela Constituição positivada (*legalized Constitution*), chamar *alterações constitucionais significativas* de "emendas", implicaria dizer que elas têm o mesmo status das emendas editadas na forma do artigo V – das emendas legais, as que passaram pelo procedimento exigido pelo Direito Positivo. Uma vez compreendido que a *Constituição positivada* limita a esfera na qual a Constituição pode ser garantida da mesma maneira que uma lei ordinária/comum, alterações fora desta esfera não podem ser legais nos termos requeridos pela teoria de ACKERMAN – não poderiam contar com as garantias, idênticas às de uma lei comum, que detém a Constituição positivada. O que Griffin afirma é que, segundo o argumento de ACKERMAN que ele discorda, a normatização da Constituição serve para que ela possa ser garantida tal qual uma lei comum. Assim, para ACKERMAN, apenas uma emenda que observe a Constituição positivada, uma emenda formal à Constituição, poderá ter o mesmo tratamento. Isto porque a alteração constitucional feita sem a observância da Constituição positivada – portanto ilegal, para ACKERMAN –, não irá se integrar a esta, mas apenas à parte não positivada/legalizada da Constituição (GRIFFIN, 1998, p. 52-53). Abaixo, será visto que, para Griffin, ambas as alterações à Constituição, a emenda formal à Constituição (conforme o artigo V) e a alteração constitucional sem a observância do artigo V, são funcionalmente equivalentes, ou seja, na prática, tem mesma natureza e características – alteram a Constituição e devem ser respeitadas da mesma forma.

Compreender a Constituição positivada (*legalized Constitution*) – a Constituição reconhecida como norma jurídica – significa aceitar a realidade na qual significativas transformações constitucionais podem ocorrer por meio de políticas do legislador ordinário, fora do domínio do Direito Constitucional, conclui Griffin.

2.2 QUAL É A CONSTITUIÇÃO ESTADUNIDENSE?

Se for assim, qual é então a Constituição em vigor nos EUA?

A Constituição americana muda mais por outros meios do que por emenda. Assim, a soma total da Constituição americana, obviamente, não é aquela guardada sob os vidros do Arquivo Nacional americano – a Constituição de 1787. Por este motivo, entende Griffin que a dificuldade de definir a Constituição somente pode ser superada após o problema de a alteração constitucional ser bem compreendido.

A tarefa de definir a Constituição torna-se ainda mais complicada pelo fato de exigir uma cuidadosa distinção entre *tentativa de descrever e explicar o sistema constitucional* e *tentativa de traçar os limites da ordem normativa estabelecida pela Constituição.*

Griffin inicia seu raciocínio com uma definição convencional, usualmente aceita nos EUA, de Constituição: "the content of the 1787 document as ratified and validly amended plus valid precedents interpretating the document issued by the federal judiciary" (GRIFFIN, 1998, p. 53). Isto seria o Direito Constitucional (*constitutional law*). Mas, muito embora esta definição pareça inquestionável, Griffin afirma que ela pode ser criticada, implicitamente, pelo fato de que não só os precedentes da Suprema Corte podem vir a fazer parte da Constituição. Muitos estudiosos já afirmaram que algumas práticas do Presidente e leis federais têm o status de quadro estrutural da legislação (*framework legislation*) – Gerhard Casper, citado por Griffin, define *framework legislation* como sendo uma legislação diferente da legislação comum "in that it does not formulate specific policies for the resolution of specific problems, but rather attemplts to implement constitutional policies", como, por exemplo, o *National Security Act*, de 1947, o *Congressional Budget* e o *Impoundment Constrol Act*, de 1974, o *National Emergencies Act*, de 1976 e o *War Powers Resolution*, de 1973. Ou seja, são leis que visam implementar a Constituição, dar concreção a seus dispositivos, e não resolver um específico problema político, como no caso das leis ordinárias.

Esta definição convencional de Constituição também é criticável pelo fato de não reconhecer a discussão exposta acima sobre mudança constitucional sem o procedimento exigido pelo artigo V e sem a interpretação judicial – alteração da interpretação do Judiciário a respeito de um dispositivo da Constituição.

Isso sugere que essa definição de Constituição deve ser revista, a fim de incluir verdadeiras mudanças fundamentais como parte do sistema e aquelas que seguiram o *New Deal* – como fez Ackerman, dentre outros poucos.

Entretanto, essa nova definição de Constituição também é questionável, uma vez que é incerto se o sistema legal reconhece tais mudanças como sendo parte da Constituição, afirma Griffin.

Concluindo, existe um dilema: um sentimento de que a definição convencional não captura toda a realidade da mudança constitucional e, ao mesmo tempo, a crítica no sentido de que expandir a definição convencional gera o risco de obscurecer o claro status do texto como lei suprema. Essa foi a base de um longo debate sobre se a Constituição é melhor caracterizada como escrita ou como não escrita.

Griffin tem uma solução para o dilema: nós devemos apreciar ambas as definições de Constituição (a convencional e a revisada) não como necessariamente antagônicas. Isso porque podemos entender a revisão sugerida (a definição de Constituição revisada) como uma

tentativa de descrever e explicar a Constituição que temos, percebendo que normas que não estão no texto são *funcionalmente equivalentes* a normas que estão no texto da Constituição. Alguns estudiosos, tal como Carl J. Friedrich (*The Impacto of American Constitutionalism Abroad*. Boston: Boston University Press, 1967), tem visto uma convergência entre a "escrita" Constituição Norte-americana e a "não escrita" Constituição Britânica. Enquanto a Constituição Britânica se tornou mais escrita e formalizada ao longo dos anos, à Constituição Americana foram embutidos compromissos políticos e interpretações judiciais. Então, a definição convencional continua válida, mas só enquanto se estiver considerando a Constituição legalizada, a Constituição positivada. Para entender a Constituição como um todo, é preciso recorrer também à definição revisada de Constituição – o que for reconhecido como fazendo parte da Constituição, seja pela incorporação feita pelos compromissos políticos, seja pelas interpretações judiciais, terá que ser respeitado como se norma constitucional fosse – como se *Constituição positivada* fosse. Isto evita que se retire o claro status – e, portanto, a eficácia social, e não só jurídica – de norma fundamental do texto escrito da Constituição.

Cabe, aqui, fazer uma observação. Griffin utiliza o conceito *Constituição positivada* (*legalized Constitution*) para indicar aquilo que os juristas afirmam ser, empregando a técnica jurídica, a Constituição. Ele utiliza este conceito para distinguir a Constituição que é afirmada pelos Poderes eleitos, que poderia ser chamada de simplesmente *Constituição* ou de *Constitucionalismo*. Para Griffin, este é mais abrangente que a *Constituição positivada*, tem função idêntica, mas o espaço que um ocupa não é ocupado pelo outro. Esta classificação de Griffin (*Constituição* v. *Constituição positivada*) serve, basicamente, para diferenciar quando a Constituição foi concretizada ou esmiuçada por meio da técnica jurídica (*theory*) – e, portanto está resguardada pelo Direito – do momento em que ela está sendo concretizada ou esmiuçada por meio da disputa política (*politics*) – e, portanto é resguardada apenas, a princípio, pelo sistema político, ou seja, pela Democracia, no caso dos EUA. Ambas compõem a Constituição Federal.

Finalmente Griffin dá a sua definição de Constituição, à qual pega emprestada de MUNZER and NICKEL: "a text-based institutional pratice in which authoritative interpreters can create new constitutional norms". Estas normas são parte da estrutura do Estado. A partir do momento em que intérpretes autorizados a interpretar a Constituição podem criar novas normas constitucionais, o texto da Constituição é somente uma fonte de tais normas. Mas, por óbvio, uma

vez criadas essas novas normas constitucionais, passam elas a integrar a Constituição. Portanto, a Constituição é o todo.

Então, para o propósito de descrever e explicar como a Constituição muda ao longo do tempo, a Constituição é melhor compreendida como *um texto baseado na pratica institucional.*

REFERÊNCIAS

GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from theory to politics.* Princeton: Princeton University Press, 1998.

_____. *Has the Hour of Democracy Come Round a Last? The New Critique of Judicial Review.* 17 Const. Comm. 683, 2000.

_____. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. 4 U. Pa. J. Const. L.* 281, 2002.

_____. *The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights.* In: TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison.* Stanford: Stanford University Press, 2005.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal.* Tomo I – 1891 - 1898 – *Defesa das Liberdades Civis.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1965.

ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations.* Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

VISITANDO O "DUAL BANKING SYSTEM"

VISITING THE DUAL BANKING SYSTEM

Fabrício Torres Nogueira
Procurador do Banco Central do Brasil, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: 1 Apresentação e delimitação do tema; 2 Formação do dual banking system; 2.1 Banco dos Estados Unidos; 2.2 A Era do free banking; 2.3 O National Banking Act; 2.4 O Federal Reserve Act; 2.5 A crise bancária de 1929-1933 e a estabilização do sistema bancário; 2.6 Da década de 1980 até o Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act; 3 Estrutura da regulação bancária nos Estados Unidos da América; 3.1 O Office of the Comptroller of the Currency; 3.2 O Federal Reserve System; 3.3 O Federal Deposit Insurance Corporation; 3.4 A National Credit Union Administration; 3.5 O Financial Stability Oversight Council; 3.6 Reguladores estaduais; 4 Vantagens e desvantagens do dual banking system; 4.1 Vantagens; 4.2 Desvantagens; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO*:* O presente artigo se ocupa da regulação bancária nos Estados Unidos da América, mais especificamente do modelo regulatório lá adotado, conhecido como "*dual banking system*", cujo traço típico reside no fato de às instituições financeiras captadoras de depósito ser facultada a possibilidade de se constituírem na esfera estadual ou federal e de serem reguladas em ambas. O escopo deste trabalho é apresentar um panorama sobre a formação e a organização do *dual banking system* e apontar vantagens e desvantagens a ele normalmente atribuídas. Pretende-se, assim, trazer à baila os principais aspectos históricos, políticos, jurídicos, econômicos e técnicos que explicam e justificam a formação do *dual banking system*; traçar, de maneira ampla, o atual desenho da regulação bancária nos EUA, bem como dar conta dos prós e dos contras que são atribuídos ao sistema em referência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Econômico. Regulação Bancária. *Dual banking System*. Direito norte-americano.

ABSTRACT: This study deals with the banking regulation in the United States of America, more specifically the regulatory model adopted there, known as the dual banking system, whose main feature is the fact that depository institutions can choose between state and federal charters and as a result choose their regulator. This paper aims to present an overview of the formation and organization of the dual banking system and point out advantages and disadvantages usually attributed to it. More specifically, it intends to highlight the main historical, political, legal, economic and technical aspects that explain and justify the genesis of the dual banking system, to present the current design of banking regulation in the U.S., as well as to discuss the pros and cons of the system.

KEYWORDS: Economic Law. Banking Regulation. Dual banking System. US Law.

1 APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O sistema financeiro, em geral, e o setor bancário, em particular, representam segmentos que estão em constante transformação. A todo momento, novos produtos e serviços são criados, as instituições que operam nesse setor ampliam seus domínios e os critérios tradicionalmente utilizados para diferenciá-las perdem sentido.

O setor bancário, com efeito, consubstancia domínio regulado por excelência, apresentando-se talvez como um dos ramos da atividade econômica que mais sente o peso da atividade regulatória estatal. Embora sejam ressonantes as vozes em sentido contrário, parece prevalecer a idéia de que os bancos requerem tratamento regulatório diferenciado, porque são especiais. Costuma-se dizer que a atividade bancária é especial pelo fato de que os bancos, além de serem mais suscetíveis a solavancos econômicos, funcionam como vetores de transmissão da política monetária e atuam como intermediários financeiros, captando, emprestando e fazendo os recursos circularem.

Conquanto os dois aspectos acima apontados – a dinâmica e a natureza regulada do setor bancário – sejam comuns ao Brasil e aos Estados Unidos da América, curioso notar que eles trilharam caminhos bem diferentes, no que diz respeito ao modelo de regulação bancária.

Não se pense, porém, que se trata de estudo comparativo. O presente artigo visa, nessa conformidade, visitar as peculiaridades do modelo regulatório adotado nos Estados Unidos, conhecido como "*dual banking system*", apresentando, de forma panorâmica, sua formação e organização, e as vantagens e desvantagens a ele normalmente atribuídas[1].

A sequencia da exposição obedecerá essa mesma linha de intelecção, de modo que, inicialmente, alinharam-se os principais aspectos históricos, políticos, jurídicos, econômicos e técnicos que explicam e justificam a formação do *dual banking system*. Em seguida, traçou-se, de maneira ampla, o atual desenho da regulação bancária, nos EUA, ou, por outras palavras, pretendeu-se apontar quais os entes estatais responsáveis pela regulação do setor bancário e suas principais competências. Por fim, tratou-se dos prós e dos contras que são atribuídos ao sistema em referência, expondo-se as conclusões alcançadas com o presente estudo.

---

1 Cumpre esclarecer que o trabalho ora apresentado é baseado, em grande medida, na exposição feita por Carnell, Macey e Miller, na obra *The Law of Banking and Financial Institutions* (CARNELL, Richard Scott et al. *The Law of Banking and Financial*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2009). A presente observação justifica-se não apenas por óbvias razões de honestidade acadêmica e intelectual, mas também para evitar a excessiva repetição de referências.

2 FORMAÇÃO DO DUAL BANKING SYSTEM

O *dual banking system*, como anteriormente observado, é peculiar. Trata-se de sistema caracterizado pelo fato de as instituições financeiras captadoras de depósito terem a possibilidade de se constituírem na esfera estadual ou federal e de serem reguladas em ambas. Confira-se, por oportuno, a esclarecedora lição sobre o que se define como *dual banking system*:

> Unlike their corporate counterparts, bankers always have a choice between state and federal charters. They make their initial choice when organizing the bank. If later dissatisfied, they can readily convert the bank to a different charter. National banks, state banks, and federal and state thrift institutions have largely the same powers, so the choice of charter is preeminently a choice of regulators. This choice of charters and regulators is commonly known as the "dual banking system"[2].

Debruçando-se sobre o tema, verifica-se que o sistema em referência não foi resultado de decisões políticas ou técnicas bem pensadas, antes se apresenta como fruto de fatores históricos de ordem política, jurídica, econômica e técnica. Vale dizer, muitas das peculiaridades do *dual banking system* somente são explicáveis sob a perspectiva histórica, em sua aludida dimensão multifacetada, cujo desconhecimento pode levar o estudioso menos atento a julgá-lo arbitrário.

Destarte, a escorreita compreensão do modelo em foco depende, em grande medida, do conhecimento dos aludidos elementos, não por acaso objeto dos próximos itens.

2.1 BANCO DOS ESTADOS UNIDOS

De acordo com Carnell, Macey e Miller[3], os EUA começaram a vida em uma desordem monetária e fiscal. Os pagamentos eram feitos de forma desordenada, por meio de papel moeda estadual e federal; moedas nacionais e estrangeiras; moedas emitidas por bancos. A falta de uma moeda confiável e uniforme atravancava o comércio.

A Constituição de 1787 trouxe várias disposições que pretendiam colocar ordem nas searas monetárias e fiscal. Nesse sentido, foi atribuído ao Congresso o poder de cunhar moeda e de regular seu valor. Os

2 CARNELL, Richard Scott; MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P., op. cit., p. 81.

3 Ibidem, p. 2.

estados foram proibidos de cunhar moeda e o Governo Federal recebeu competência para disciplinar o comércio interestadual e internacional.

Em 1790, o Secretário do Tesouro propôs a criação de um banco nacional, inspirado no modelo do *Bank of England*, que, embora privado, exerceria importantes funções públicas. A proposta encontrou forte oposição no Congresso. Argumentava-se que a proposição seria inconstitucional na medida em que a Constituição não atribuía ao Congresso competência para criar bancos ou empresas. Temia-se, outrossim, que a criação desse banco pudesse ferir o direito dos estados de autorizar ou proibir bancos em seus territórios. A discussão refletia a disputa entre aqueles que temiam a concentração de poder no âmbito federal e aqueles que entendiam que somente um governo federal forte poderia levar a nação à prosperidade.

Em 1791, o presidente Thomas Jefferson sancionou a lei que criava o Banco dos Estados Unidos. Embora tenha tentado não interferir nos negócios dos bancos estaduais, o Banco dos Estados Unidos, na qualidade de banco comercial, tornou-se o maior emprestador de recursos do Governo Federal, detendo um quase monopólio dessa atividade. No que diz respeito as suas funções públicas, o Banco dos Estados Unidos passou a gerenciar o recolhimento de impostos, os gastos governamentais, o câmbio e criou uma moeda uniforme, para utilização em transações com o Governo.

O Banco dos Estados Unidos acabou tornando-se um banco central, conquanto não tivesse sido idealizado com esse objetivo, uma vez que se entendia que a competência do Congresso para cunhar moeda e fixar o seu valor criava um mecanismo de auto-ajuste que dispensaria controle monetário externo.

Em 1811, passados 20 anos da criação do Banco dos Estados Unidos, mudanças na cena política acabaram levando à sua extinção. O lobby dos estados e dos empresários sustentava que os bancos estaduais haviam crescido, espalhando-se por todo o país, de modo que poderiam fornecer ao Governo Federal os mesmos serviços prestados pelo Banco dos Estados Unidos. Por trás desse discurso, estava a idéia de que a atuação do Banco dos Estados Unidos como banco central afetava os bancos estaduais e interferia na autonomia dos estados.

Após o fim do Banco dos Estados Unidos, o setor bancário cresceu consideravelmente. O volume de negócios do setor aumentou vertiginosamente entre 1816 e 1836 e muitos bancos estaduais foram criados.

Ocorre que, com a invasão dos ingleses em 1814 e a consequente desordem instalada nas searas fiscal e financeira, o sistema bancário

começou a ruir. Criaram-se condições ideais para a recriação de um banco nacional, o que viria a acontecer em 1816, quando o Congresso autorizou a recriação do Banco dos Estados Unidos por um novo período de 20 anos.

Com a economia aquecida, em razão da industrialização da nação, a demanda pelos serviços bancários só crescia, tornando o segundo Banco dos Estados Unidos maior e mais poderoso do que o primeiro. Todavia, menos de 2 anos após a recriação do Banco dos Estados Unidos, escândalos ligados à má administração e à gestão fraudulenta tornaram-no impopular e financeiramente apático. Solucionados tais problemas, o Banco dos Estados Unidos passou a atuar como verdadeiro banco central, estabilizando a moeda, protegendo os mercados de crédito e assistindo ao Tesouro em suas operações fiscais.

Apesar dessa atuação exitosa, banqueiros estaduais, especuladores e empresários passaram a enxergar o Banco dos Estados Unidos como uma ameaça aos lucros e ao crescimento econômico. Os políticos estaduais passaram a ver o Banco dos Estados Unidos como uma intromissão federal nos assuntos estaduais. Os opositores do Banco dos Estados Unidos ganharam um importante aliado com a eleição do Presidente Andrew Jackson, que acabou vetando a renovação da autorização para funcionamento do Banco dos Estados Unidos, aprovada pelo Congresso em 1832. Com isso, o Banco dos Estados Unidos foi padecendo lentamente, até que sua autorização para funcionamento expirasse em 1836.

2.2 A ERA DO FREE BANKING

O fim do Banco dos Estados Unidos, em 1836, criou as condições favoráveis para que os empresários interessados nos lucros do segmento começassem a pressionar os estados, para criarem leis permitindo a criação de bancos independentemente de autorização legislativa.

As pressões surtiram efeito e a maioria dos estados aprovou leis permitindo que a criação de bancos estaduais se desse sem a necessidade de autorização legislativa, criando aquilo que veio a ser chamado de "*Free Banking Era*".

A regulação bancária, nesse período, ficou a cargo dos Estados, que, em sua grande maioria, falharam no papel de assegurar solidez e segurança ao sistema bancário. A falta de uma moeda uniforme, haja vista que os bancos eram livres para emitir suas próprias moedas, atravancava o comércio, na medida em que, em cada transação, os comerciantes tinha que ajustar o preço em razão do valor da moeda emitida por cada banco. Os problemas acima referidos e o grande

número de falências bancárias fizeram com que o *Free Banking* passasse a ser encarado como um sistema ineficiente.

2.3 O NATIONAL BANKING ACT

A eclosão da Guerra Civil, em 1861, viria a fragilizar ainda mais a manutenção do *Free Banking*. Passou-se a defender, então, a criação de um sistema bancário nacional, no qual bancos autorizados a funcionar pelo Governo Federal poderiam emitir notas bancárias lastreadas em títulos do Governo americano, resolvendo, assim, o problema da falta de uma moeda nacional uniforme.

Em 1863, o Congresso aprovou o *National Currency Act*, aperfeiçoado com o *National Bank Act*, em 1864.

A partir de então, inicia-se um novo período do setor bancário, que duraria até a edição do *Federal Reserve Act*, em 1913, e cujos traços principais podem ser assim resumidos: *i) dual banking system*; *ii) unit banking*; *iii)* segregação entre bancos comerciais e instituições de poupança.

Após a edição do *National Banking Act*, o Congresso aprovou, em 1865, a cobrança de uma taxa punitiva, incidente sobre as notas emitidas pelos bancos estaduais. Pensava-se que essa restrição inviabilizaria a atividade dos bancos estaduais, que acabariam se convertendo em bancos nacionais. Ocorre que o desenvolvimento do "cheque" como substituto das aludidas notas acabou impedindo que tais previsões se concretizassem. Destarte, depois de alcançar um nível baixíssimo, em 1868, o número de bancos estaduais chegou a superar, em 1914, o número de bancos nacionais, em razão das vantagens oferecidas pelos estados para a constituição de bancos, como, por exemplo, menores requerimentos de capital e menos restrições quanto ao tipo de investimento que as citadas instituições poderiam fazer.

O sistema criado com o *National Banking Act*, com efeito, permitia que os bancos pudessem ser constituídos no âmbito estadual ou federal, provocando uma espécie de "competição" entre o Governo Federal e os estaduais por clientela regulatória. Nascia, assim, quase que por acidente, o *dual banking system*, traço típico da regulação bancária americana desde então.

Atribui-se ao *National Banking Act* a criação do *unit banking*. Entendeu-se que o aludido diploma proibia os bancos nacionais de abrirem agências pelo território nacional. Essa restrição, no entanto, não existia para os bancos estaduais, que, de uma maneira geral, estavam livres para abrir agências nos seus respectivos territórios. Poderiam, inclusive, manter suas agências, caso viessem a se tornar bancos

nacionais. Apesar disso, no âmbito dos estados, também prevaleceu a estrutura do *unit banking*, responsável pela descentralização e pela multiplicação do número de bancos.

O aludido sistema, cabe registrar, fundava-se na ideia de que os bancos menores teriam melhores condições de atender à população local do que os grandes bancos. Nas palavras de Carnell, Macey e Miller[4] "[t]*he ideal of local autonomy became a fundamental tenet of banking policy and powerfully shaped banking politics*".

Foi também sob a égide do *National Banking Act* que nasceram as instituições de poupança, as *savings and loan associations* e os s*aving banks*[5]. Como os bancos, até então, não atendiam adequadamente as necessidades das pessoas mais humildes, as instituições de poupança surgiram para atender a esse mercado.

2.4 O FEDERAL RESERVE ACT

Conquanto o *National Banking Act* tivesse trazido melhorias significativas para o sistema bancário americano, o país ainda sentia falta de um banco central que regulasse a oferta de moeda e que funcionasse como emprestador de última instância, suavizando os solavancos da economia e contendo o pânico do mercado.

A quebra da bolsa, em 1907, fez crescer o desejo de reforma de muitos banqueiros, políticos e empresários. Ao assumir a presidência, Woodrow Wilson passou a defender a necessidade de reforma monetária e bancária, cuja concretização viria a ocorrer em 1913, com a aprovação do *Federal Reserve Act*.

Criava-se assim o *Federal Reserve System*, formado por 12 bancos *Federal Reserve* regionais e pelo *Board of Governors*. Os *Federal Reserve* regionais, cuja propriedade pertencia aos bancos membros do Federal Reserve System, basicamente descontavam os cheques e faziam empréstimos de emergência aos bancos da região. O *Board of Governors*, por sua vez, se encarregava da supervisão dos bancos e detinha a palavra final em matéria de política monetária.

O *Federal Reserve Act* obrigava os bancos nacionais a fazerem parte do sistema, mas dava aos bancos estaduais a liberdade de optar por fazer ou não parte do sistema. Em razão das restrições regulatórias que o sistema possuía, a criação de bancos nacionais tornou-se pouco

4 CARNELL; MACEY; MILLER, op. cit., p. 11.

5 Embora não houvesse diferenças funcionais significativas entre as instituições, pode-se dizer que, enquanto a primeira procurava ajudar as pessoas a comprar a casa própria, a segunda buscava ajudar os trabalhadores a economizar parte dos seus salários.

interessante para os banqueiros e a maioria dos bancos estaduais em funcionamento optou por não integrá-lo, apesar dos benefícios que tal associação traria, como, *e.g.*, acesso aos empréstimos de emergência.

Nas duas décadas seguintes ao *Federal Reserve Act*, o sistema bancário foi objeto de relevantes transformações, cujos traços principais podem ser assim alinhados: *i)* enfraquecimento do sistema do *unit banking* no âmbito estadual, dando lugar a bancos com varias agências; *ii)* surgimento das cadeias de bancos (*chain banking*)[6]; *iii)* criação de *holdings* bancárias; e *iv)* consolidação da indústria bancária por meio da realização de fusões entre bancos.

2.5 A CRISE BANCÁRIA DE 1929-1933 E A ESTABILIZAÇÃO DO SISTEMA BANCÁRIO

A partir de 1925, passou-se a observar significativo aumento no número de falência de bancos e de instituições de poupança. Com a quebra da bolsa, em 1929, e a Grande Depressão, a situação ficou ainda pior, de modo que, em 1933, quando o Presidente Franklin D. Roosevelt assumiu o poder, o sistema bancário entrou em colapso.

Com a confiança no sistema bancário abalada, a constante oposição à reforma bancária teve que ceder, permitindo que o Congresso, em 1933, editasse o *Banking Act*, diploma que promoveu grandes transformações na indústria bancária, conforme passamos a demonstrar.

O *Banking Act* promoveu a separação entre bancos comerciais e bancos de investimento, pois muitos achavam que a atuação dos bancos nos mercados de títulos teria sido um dos fatores responsáveis pela crise bancária, e promoveu a criação da *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), com a missão de garantir os depósitos feitos nos bancos estaduais e nacionais, no caso de falência destes.

Além disso, o diploma em referência proibiu que os bancos pagassem juros sobre os depósitos à vista e atribuiu competência ao *Federal Reserve Board* para regular as taxas de juros nas contas-poupança, medidas que ficaram conhecidas como "*Regulation Q*".

O *Banking Act*, outrossim, pôs fim ao tratamento desigual que os bancos nacionais sofriam, no que se referia à possibilidade de abertura de agências dentro do território do estado em que tivessem sido constituídos. Criava-se, assim, o princípio da igualdade competitiva entre bancos nacionais e bancos estaduais nesse tema.

6 A criação de cadeias de bancos (*chain banking*), i.e., vários bancos pertencentes aos mesmos proprietários, apresentava-se como uma espécie de burla às restrições existentes para que um banco abrisse agências (*branching*).

O *Banking Act* deu o primeiro passo rumo à regulação das *holdings* bancárias. De acordo com a disciplina da referida lei, uma empresa que controlasse um banco membro somente poderia exercer seu direito de voto nas deliberações sociais se fosse autorizado pelo *Federal Reserve Board.* Ocorre que, para obter essa autorização, a empresa e os outros bancos da *holding* teriam que dar ao *Federal Reserve Board* a possibilidade de analisar as relações que tivessem travado com o banco membro.

Há de se ressaltar, ainda, a grande quantidade de normas relativas às instituições de poupança que foram editadas após a Grande Depressão. Em 1932, o Congresso criou a *Federal Home Loan Bank System*, mimetizando a estrutura do *Federal Reserve System.* Em 1934, o *National Housing Act* criou a *Federal Savings and Loan Insurance Corporation*, cuja função era garantir os depósitos feitos nas instituições de poupança.

Com o fim da crise, em 1934, o setor bancário passaria por um longo período de estabilidade, que duraria até o fim da década de 1970. De acordo com Carnell, Macey e Miller[7], três foram os fatores que permitiram esse relativo período de paz no segmento bancário. Em primeiro lugar, as acomodações políticas que se seguiram à Depressão. Em segundo lugar, a depressão teria deixado os banqueiros traumatizados, levando-os a adotar uma postura de aversão ao risco. Por fim, as falências bancárias tornaram-se extremante raras.

Trata-se de período caracterizado por uma grande expansão geográfica dos bancos, tanto por meio da abertura de novas agências pelo território dos estados e, posteriormente, pelo território nacional, quanto pelo aumento do número de bancos controlados por *holdings.*

O aumento do número de *holdings* bancárias levou o *Federal Reserve Board* a defender que todas as *holdings* bancárias, inclusive aquelas cujos bancos controlados não fizessem parte do *Federal Reserve System*, fossem por ele reguladas. Em resposta às pressões neste sentido, em 1956, o Congresso editou o *Bank Holding Company Act*, dando ao FED competência para regular todas as espécies de holdings bancárias[8].

Vale referir, por fim, ao significativo crescimento das instituições poupança e das cooperativas de crédito e à profusão de normas voltadas para a proteção do consumidor de produtos e serviços bancários ocorrida no período.

---

7 CARNELL; MACEY; MILLER, op. cit., p. 20.

8 Exceção feita às "one-bank holding companies". Em 1970, o Bank Holding Company Act foi emendado, de modo que as "one-bank holding companies" passaram a ser reguladas pelo FED.

2.6 DA DÉCADA DE 1980 ATÉ O DODD-FRANK WALL STREET REFORM AND CONSUMER PROTECTION ACT

A estabilidade da era pós-depressão começou a ruir a partir da década de oitenta. De acordo com Carnell, Macey e Miller[9], o sistema bancário americano teria passado por uma verdadeira revolução, resultante da ação dos reguladores, das leis editadas no âmbito federal e estadual, das transformações ocorridas no mercado financeiro e fora dele.

Dentre as mudanças verificadas no período em referência destacam-se a eliminação da *Regulation Q* e das barreiras à expansão geográfica dos bancos[10], a queda do muro que separava as atividades de banco comercial e de investimento e a significativa redução das diferenças entre os diferentes tipos de instituições financeiras. Além destas, convém referir à onda de falências que abateu as instituições de poupança e os bancos, evidenciando a fragilidade da regulação a ela aplicáveis.

Em 2008, os Estados Unidos começaram a enfrentar uma das piores crises de sua história. A economia americana, e logo as economias de outros países, foi atingida por uma crise sem precedentes, iniciada com a falta de pagamento das hipotecas "*subprime*", que levou à quebra de instituições financeiras e abalou a bases do sistema financeiro americano.

Como bem demonstra a história do sistema financeiro americano, as crises sempre tiveram um papel decisivo no que diz respeito à evolução da disciplina da regulação bancária. A crise de 2008 e a resposta a essa dada por meio do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, de 2010, são mais uma prova disso[11].

De acordo com Greene[12], a lei em questão representa a maior mudança legislativa em matéria de regulação financeira desde a Grande Depressão. Considerando os limites deste trabalho, apenas serão noticiadas as principais alterações decorrentes da citada lei, no que diz respeito ao desenho regulatório do sistema bancário.

---

9 CARNELL; MACEY; MILLER, op. cit., p. 24.

10 Notadamente a liberalização das regras relativas à abertura de agências dentro do mesmo Estado e queda das barreiras que dificultavam a criação de bancos interestaduais.

11 Sobre os principais objetivos do *Dodd-Frank Act*, cf. SKEEL, David. *The new financial deal*: understanding the Dodd-Frank Act and its (unintended) consequences. New Jersey: Wiley, 2011, p. 4. Para uma visão mais completa do *Dodd-Frank Act* e da nova arquitetura do sistema financeiro, cf. ACHARYA, Viral V. et al. (Ed.). *Regulating Wall Street*: the Dodd-Frank Act and the new architecture of global finance. New Jersey: Wiley, 2011.

12 GREENE, Edward F. Dodd-Frank and The Future of Financial Regulation. *Harvard Business Law Review Online*. Cambridge, v. 2, 2011, p. 79. Disponível em: <http://www.hblr.org>. Acesso em: 7 out. 2011.

A esse propósito, deve-se dizer que o *Dodd-Frank Act* extinguiu[13] o *Office of Thrift Supervision* (OTS) e eliminou as principais vantagens que eram atribuídas à constituição de uma instituição de poupança, dando grandes incentivos para que estas se transformem em bancos.

O OTS, criado em 1989, tinha competência para regular as *savings and loans associations*, alguns *savings banks* e *loan holdings* que não fossem holdings bancárias. Com a extinção do OTS, suas competências regulatórias foram repartidas e atribuídas aos demais reguladores federais.

Assim, o *Office of the Comptroller of the Currency (OCC)* foi investido com poderes para regular as instituições de poupança federais e para promover a regulamentação de todas as instituições de poupança. Ao *Federal Reserve*, por sua vez, foi atribuída a competência do OTS para regular *thrift holdings* e suas subsidiárias que não fossem captadoras de depósitos. As competências regulatórias relativas às instituições de poupança estaduais foram transferidas para a *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC).

O *Dodd-Frank Act* instituiu o *Financial Stability Oversight Council* (FSOC), cujos principais objetivos são aumentar a supervisão do sistema financeiro como um todo e servir como uma espécie de alerta precoce na identificação de riscos derivados das atividades de *holdings* bancárias de grande porte e com elevado grau de interconexão ou de instituições financeiras não-bancárias, e também daqueles que possam surgir fora do mercado de serviços financeiros[14].

Outro órgão criado pelo *Dodd-Frank Act* foi o *Bureau of Consumer Financial Protection*, agência executiva que assumirá grande parte das funções exercidas por outros reguladores relativas às leis federais de proteção ao consumidor de serviços e produtos financeiros. Em termos gerais, tem a missão de administrar, fazer cumprir e regulamentar as leis federais que versem sobre os direitos do consumidor de serviços ou produtos financeiros.

3 ESTRUTURA DA REGULAÇÃO BANCÁRIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Como restou demonstrado nos itens anteriores, o sistema bancário dos EUA estruturou-se de forma difusa, fragmentada, consolidando-se de maneira dual, isto é, nas esferas estadual e federal. A regulação desse setor, por sua vez, seguiu essa mesma lógica, de

13 Sobre o processo de extinção, conferir POLK, Davis. *Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. p. 90. Disponível em: http://db.tt/s6JKrukU. Acesso em: 22 set. 2011.

14 POLK, op. cit., p. 1.

modo que as competências regulatórias foram divididas entre agências governamentais estaduais e federais.

Neste capítulo, apresentar-se-á, de forma panorâmica, as principais agências responsáveis pela regulação bancária e as suas atribuições básicas.

3.1 O OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY

Em termos formais, o *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) constitui órgão vinculado ao Departamento do Tesouro e sujeito à sua fiscalização. Na prática, goza de ampla autonomia, reconhecida pela lei, de modo que o Departamento do Tesouro não pode interferir em questões que estejam sob análise do OCC, nem tampouco vetar, retardar ou alterar as regulamentações por ele expedidas. A independência do OCC é reforçada pelo fato de suas despesas não serem custeadas pelo orçamento aprovado pelo Congresso, mas pelo valor arrecadado a título de tarifas cobradas dos bancos nacionais.

O *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) é responsável pela concessão de autorizações para constituição de novos bancos nacionais e pela regulação dos já existentes. Com a extinção do *Office of Thrift Supervision (OTS)*, promovida pelo *Dodd-Frank Act*, passou a ter competência para regular as instituições de poupança federais e para promover a regulamentação de todas as instituições de poupança, com exceção das competências regulamentares que foram transferidas ao *Federal Reserve*.

3.2 O FEDERAL RESERVE SYSTEM

O *Federal Reserve System* (Fed) é composto pelo *Board of Governors*, por doze bancos *Federal Reserve* regionais e pelo *Federal Open Market Committee* (FOMC). O Fed possui funções de regulação bancária, mas sua principal missão consiste em supervisionar a política monetária.

O *Board of Governors* supervisiona os bancos regionais *Federal Reserve*, cuida da regulação dos bancos estaduais que são membros do *Federal Reserve System* e das *holdings* bancárias.

Os bancos regionais do *Federal Reserve* funcionam como emprestadores de última instância, inspecionam bancos estaduais membros e desempenham funções regulatórias por delegação do *Board of Governors*. O *Federal Open Market Committee*, por seu turno, cuida basicamente da política monetária.

Com a edição do *Dodd-Frank Act* e a extinção do *Office of Thrift Supervision (OTS)*, conforme anteriormente afirmado, o Fed passou a

deter competência para regular *thrift holdings* e suas subsidiárias que não fossem captadoras de depósitos. A referida lei promoveu, ainda, a criação do *Bureau of Consumer Financial Protection*, agência executiva criada dentro da estrutura do Fed, porém considerada autônoma em relação a ele, cujo principal atribuição é administrar, fazer cumprir e regulamentar as leis federais que versem sobre os direitos do consumidor de serviços ou produtos financeiros.

3.3 O FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION

A *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) garante os depósitos feitos nos bancos e nas instituições de poupança afiliados e regula os bancos estaduais que não são membros do *Federal Reserve System*. Em decorrência da sua função de garantir os depósitos realizados nas aludidas instituições, tem autorização legal para inspecionar qualquer instituição segurada. Além disso, o FDIC possui competência subsidiária para adotar medidas regulatórias necessárias caso o regulador primário deixe de adotá-las.

Com o fim do *Office of Thrift Supervision*, passou a ter competência para regular as instituições de poupança estaduais.

3.4 A NATIONAL CREDIT UNION ADMINISTRATION

A *National Credit Union Administration* (NCUA) regula e autoriza a constituição de cooperativas federais de crédito, regula cooperativas estaduais de crédito pertencentes ao sistema federal, e administra o *National Credit Union Share Insurance Fund*, cujo objetivo é garantir os depósitos feitos nas cooperativas de crédito.

3.5 O FINANCIAL STABILITY OVERSIGHT COUNCIL

Conforme apontado no item 2.6., o *Dodd-Frank Act* promoveu a criação do *Financial Stability Oversight Council* (FSOC), cujos principais objetivos são aumentar a supervisão do sistema financeiro como um todo e servir como uma espécie de alerta precoce na identificação de riscos derivados das atividades de *holdings* bancárias de grande porte e com elevado grau de interconexão ou de instituições financeiras não-bancárias e também daqueles que possam surgir fora do mercado de serviços financeiros[15].

15 POLK, op. cit., p. 1.

3.6 REGULADORES ESTADUAIS

No âmbito dos Estados, existe um grande número de agências que se ocupam, principalmente, das autorizações para constituição de bancos e cooperativas de crédito estaduais. Em geral, estas agências também possuem competência regulatória em relação às citadas instituições.

A estrutura organizacional da regulação a nível estadual varia bastante, muito embora a doutrina reconheça que certas características comuns podem ser identificadas. De acordo com MALLOY[16], os caminhos seguidos pelos Estados no que diz respeito à regulação bancária foram basicamente dois. De um lado, a grande maioria dos Estados adotou um modelo no qual reguladores relativamente especializados são responsáveis pela supervisão de todas ou de alguns tipos de instituições captadoras de depósito. A minoria dos Estados, por outro lado, optou por atribuir poderes regulatórios sobre a instituições captadoras de depósitos a um agente ou órgão que seja parte integrante de um departamento maior e menos especializado do Governo estadual.

4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO "DUAL BANKING SYSTEM"

Foi assentado que o *dual banking system* não foi fruto de uma opção política ou técnica bem ponderada, antes se apresenta como o produto de uma série de acontecimentos históricos e de jogos de poder travados pelos agentes estatais e privados atuantes nesse segmento.

É forçoso reconhecer que, durante o seu longo processo de formação, o *dual banking system* sempre foi objeto de duras críticas, mas também não se pode deixar de admitir que muitos méritos lhe são distinguidos.

Nas linhas que seguem, procurou-se alinhar, de maneira sintética, as principais vantagens e desvantagens que são reconhecidas ao *dual banking system*.

4.1 VANTAGENS

A principal vantagem atribuída ao *dual banking system* se baseia na ideia de que o sistema regulatório fragmentado por ele instituído proporciona proteção contra o indesejado excesso de regulação. Vale dizer, como os bancos, a depender da forma como se constituem, podem ser regulados por diferentes agências, basta que eles optem pela forma de organização que atraia a regulação da agência menos restritiva.

16 MALLOY, Michael P. *Principles of Bank Regulation*. 2. ed. Minnesota: Thomson West, 2003. p. 39-40.

Esclarecedor, a esse respeito, é o trecho trazido à colação:

> If any agency imposes overly burdensome restrictions and requirements, the banks it regulates may switch to another regulator lest their competitors gain an advantage. Thus national banks dissatisfied with OCC regulations can became state banks[17].

Entende-se, assim, que a pressão pela perda potencial de instituições reguladas funcionaria como fator de compensação da tendência das agências de incorrerem em excesso de regulação.

Ademais, encara-se de forma positiva as "batalhas" travadas pelos reguladores na disputa por "clientela regulatória", na medida em que os forçaria a atuar com diligência e eficiência no desempenho de suas atribuições. A competição entre os reguladores, à semelhança do que se verifica em relação ao setor privado, seria saudável. Invoca-se, nesse sentido, a boa atuação das agências de regulação bancária quando comparadas com a média das agências reguladoras de outros setores.

Sustenta-se que a pluralidade de reguladores, e, consequentemente, a disputa entre eles e os interesses que eles representam, refletiria a divisão da política americana entre os diversos grupos de interesse, produzindo melhores resultados do que aqueles que seriam alcançados na existência de um único regulador.

Na defesa do *dual banking system*, traz-se, ainda, o argumento de que a mudança do modelo, contrariando a tradição americana, poderia trazer problemas inesperados. Vale conferir, nesse sentido, o seguinte excerto, constante do projeto de reforma de 1984, preparado pelo Comitê sobre Regulação dos Serviços Financeiros:

> Throughout American history, no single government authority has ever been entrusted with regulatory authority over all American banks. Such an unprecedented concentration of regulatory power in the hands, ultimately, of a single individual or board could have a variety of deleterious effects, including a significant erosion of the dual bank system and a possible increased risk of unanticipated supervisory problems affecting all banks. These factors suggest strongly that more than one federal regulator should continue to be maintained[18].

17 CARNELL; MACEY; MILLER, op. cit., p. 65.

18 Ibidem, p. 66.

4.2 DESVANTAGENS

O *dual banking system* está longe de ser uma unanimidade. Sempre que o setor bancário passa por uma crise, sobe-se o tom das críticas feitas ao sistema. Há quem veja no *dual banking* um sistema complexo, arcaico, ineficiente, ou, nas palavras do Senador William Proxmire[19], *"the most bizarre and tangled financial regulatory system in the world"*.

Acusa-se o sistema de sobrepor competências regulatórias, engendrando atividade regulatória excessiva, conflitante ou duplicada, distorcendo comportamentos econômicos, aumentando os custos de transação, e favorecendo injustamente certos tipos de instituições em detrimento de outras.

Entende-se, ainda, que o *dual banking system* acaba por reduzir a efetividade da regulação bancária, na medida em que permite que os bancos escolham o regulador mais leniente. Nas palavras do ex-Secretario do Tesouro Americano, Lloyd Bentsen, o *dual banking system* "[...] *enables organizations to shop for most lenient regulator. Thus, the more faithfully an agency implements the laws enacted by Congress, the more likely the institutions it regulates will look for another regulator*"[20].

Além disso, argumenta-se que o *dual banking system* não tem se mostrado capaz de antecipar e de ajudar a resolver as crises.

5 CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho, tivemos a oportunidade de visitar as peculiaridades do modelo regulatório adotado nos Estados Unidos, conhecido como *dual banking system.*

A partir da identificação dos principais aspectos históricos, políticos, jurídicos, econômicos e técnicos relacionados à formação e ao desenvolvimento do *dual banking system*, pudemos observar que esse sistema não foi resultado de uma decisão política ou técnica bem ponderada. Trata-se de modelo que nasceu meio por acaso, como produto de uma série de acontecimentos históricos, em suas variadas dimensões, e dos jogos de poder travados pelos agentes estatais e privados atuantes nesse segmento.

No que diz respeito à estruturação do *dual banking system*, há de se destacar a possibilidade de as instituições financeiras captadoras de depósito terem a possibilidade de se constituírem na esfera estadual ou

19 CARNELL; MACEY; MILLER, op. cit., p. 64.

20 CARNELL; MACEY; MILLER, op. cit., p. 64-65.

federal e de serem reguladas em ambas. No entanto, o que mais chama a atenção é a consequência daí derivada, ou seja, a oportunidade dada às mencionadas instituições de "escolherem" o regulador ou os reguladores a que se submeterão, dando lugar a uma verdadeira disputa por clientela regulatória e às implicações dela decorrentes. Outro aspecto digno de nota é a pluralidade de reguladores a que as instituições captadoras de depósito estão submetidas, quer se constituam na esfera federal quer na estadual.

Nesse contexto, cumpre salientar que, embora se reconheça no *dual banking system* um traço distintivo da regulação bancária americana, não há consenso sobre a sua eficiência ou ineficiência. A mesma característica que é apontada como ponto positivo por alguns é vista como negativo por outros. De fato, a proteção contra o excesso de regulação que o sistema oferece parece ser benéfica, mas, se vista sob outro ângulo, pode reduzir a efetividade da regulação.

Seja como for, fato é que, se já não havia muitas certezas nesse terreno, a recente crise cuidou de deitar mais água na fervura. O futuro do *dual banking system*, na esteira do sistema financeiro como um todo, é, pois, incerto. A ver que rumo a história da regulação bancária americana tomará, sempre sob os olhos atentos do touro de *Wall Street*.

REFERÊNCIAS

ACHARYA, Viral V.; COOLEY, Thomas F.; RICHARDSON, Matthew P.; WALTER, Ingo (Ed.). *Regulating Wall Street*: the Dodd-Frank Act and the new architecture of global finance. New Jersey: Wiley, 2011.

CARNELL, Richard Scott; MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. *The Law of Banking and Financial Institutions*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2009.

GREENE, Edward F. Dodd-Frank and The Future of Financial Regulation. *Harvard Business Law Review Online*. Cambridge, v. 2, 2011. Disponível em: <http://www.hblr.org>. Acesso em: 7 out. 2011.

MALLOY, Michael P. *Principles of Bank Regulation*. 2. ed. Minnesota: Thomson West, 2003.

POLK, Davis. *Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Disponível em: <http://db.tt/s6JKrukU>. Acesso em: 22 set. 2011.

SKEEL, David. *The new financial deal*: understanding the Dodd-Frank Act and its (unintended) consequences. New Jersey: Wiley, 2011.

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION. CAMINHO PARA CÉLERE E VERDADEIRA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA REALIDADE JURÍDICA. SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION. RAPID WAY TO SOLVING DISPUTES. BEST OPTION TO BUILD A NEW LEGAL REALITY. APPLYING THE PROCEDURE TO SPECIFIC BRAZILIAN CASES OF LESSER VALUE

Flávia Alves Izidoro
Coordenadora do Grupo dos Juizados Especiais Federais de Procuradoria Regional da União – 2ª Região de abril de 2006 a junho de 2011. Advogada da União.

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais; 2 Métodos Alternativos de Solução de Conflitos Judiciais Civis; 3 Métodos Alternativos de Solução de Conflitos Judiciais Civis – Legislação: Atuação dos Advogados da União e Procuradores Federais. Peculiaridades do Rito dos Juizados Especiais Federais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A insuficiência dos esforços implementados na esfera legislativa com a finalidade de proporcionar maior agilidade à prestação jurisdicional, modificando o atual quadro de sobrecarga do Judiciário, perda de confiança no referido poder e morosidade na conclusão dos processos, requer solução diversa: a aplicação dos métodos alternativos de solução dos conflitos como medida de consecução da verdadeira pacificação das relações sociais, na medida em que as partes aceitam uma posição média decorrente do consenso, substituindo o caráter destrutivo da disputa pelo caráter construtivo derivado da anuência. As incontestáveis vantagens dos métodos alternativos de solução de litígios estendem-se não apenas ao campo financeiro como também no psíquico-emocional. Necessidade de modificação da "cultura da sentença" rumo à maciça aplicação dos métodos em análise, inclusive pelos representantes judiciais da União, suas autarquias e fundações.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos alternativos de solução de conflitos. Conciliação.

ABSTRACT: The failure of the efforts deployed in the legislative sphere in order to provide greater agility to the jurisdiction, modifying the current framework of burden of the judiciary, loss of confidence in that power and delays in outcome lawsuits requires a different solution: the application of alternative methods of conflict resolution as a measure of achievement of true peace of social relations, the extent that the parties agree a common line, replacing the destructive character of the dispute by building character derived from the consent. The numerous advantages of using the ADR extend not only to the financial field as well as the psycho-emotional. Need to change the feeling that only the decision issued by the judge has authority to solve the conflict, providing the massive application of the methods in focus, even by federal attorneys.

KEYWORDS: Alternative Dispute Resolution. Concilitiation.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por finalidade analisar a aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos judiciais e os benefícios para todos os envolvidos, inclusive para o Estado como prestador da jurisdição.

Com efeito, conforme bem sintetizado por Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz[1],

> A crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional do Poder Judiciário e acabam por incentivar a litigiosidade latente, que pode explodir em conflitos sociais. Esse fenômeno vem sendo denominado pela doutrina de "crise do processo civil", e a ele se tem atribuído não só a perda de confiança no Poder Judiciário e no processo judicial como os instrumentos mais adequados para solução das controvérsias.

A despeito dos esforços implementados na esfera legislativa que, inclusive, levaram à modificação do texto constitucional pelas reformas introduzidas com a publicação da EC nº 45, todos dirigidos à finalidade de proporcionar maior agilidade à prestação jurisdicional, pode-se constatar que referidas mudanças não se afiguram suficientes para modificar o mencionado quadro de sobrecarga sobre o Judiciário, perda de confiança em tal poder e morosidade na conclusão dos processos.

Neste contexto, os métodos alternativos de composição de litígios se apresentam como opção para mudança.

Todavia, apesar de todos os atores processuais desejarem uma célere conclusão dos processos, da indiscutível economia gerada pela aplicação dos métodos alternativos para solução de conflitos (não apenas monetária, mas também psíquica e emocional) e da notoriedade acerca deste fato, a solução amigável dos conflitos ainda é medida de rara aplicação quando se leva em conta o número de demandas deduzidas em juízo.

Sem dúvida, o formalismo processual e questões culturais possuem direta influência no quadro, cuja superação é medida necessária.

Por sua vez, a característica de pacificação vem sendo destacada nos métodos em análise em contraposição à prolação da sentença judicial. Com efeito, considerados os aspectos psicológicos e emocionais

1 BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 4, n. 13, junho, 2007. p. 38-58.

envolvidos, constata-se que os litigantes atingem maior grau de satisfação quando encontram uma solução consensual aceitável para ambos.

E dessa percepção deriva outra, a de que a aplicação dos métodos de conciliação e a simplificação do formalismo melhor atenderão à função social do Direito: situação a se concretizar no futuro, para atender ao desejo presente. Neste sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover [2]:

> Revela, assim, o fundamento social da conciliação, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto; [...] Por isso mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia, a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.

Cumpre notar que, a despeito de todas as vantagens decorrentes da solução consensual das demandas, o excesso de formalismo e a dificuldade de efetivar as necessárias mudanças rumo à maciça adoção de tal medida ainda persistem, mesmo diante da evolução no campo da normatização acerca do tema. Ou seja, apesar da evolução significativa da legislação, assim como os inúmeros estudos doutrinários produzidos, há muito a evoluir no que tange à indispensável mudança de comportamento dos agentes do direito, que, muitas vezes, permanecem presos a uma ultrapassada indispensabilidade da sentença mesmo nos processos de menor valor e complexidade, que, de acordo com o art. 2º da Lei nº 9.099/95, devem orientar-se "pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS CIVIS

A doutrina comumente distingue diferentes tipos de meios alternativos de solução de controvérsias (MASC's) ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR's).

A despeito das divergências de denominações e da indicação da figura do mediador - neutro, imparcial e independente, como principal característica da mediação, o art. 3º do Projeto de Lei nº 4827/1998

2 GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual de Acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.221.

(remetido pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal em 02 de dezembro de 2002 - PLC n º 94)[3][4]adotou a expressão mediação civil como gênero do qual fazem parte os institutos da conciliação, reconciliação, transação e acordo [5].

Todavia, diante das divergências sobre a caracterização de cada um dos institutos mencionados, cumpre esclarecer que a este artigo importa toda e qualquer forma de solução alternativa da demanda, com ou sem intervenção de terceira pessoa não interessada na pendenga.

Antes de iniciar a análise sobre questões práticas decorrentes da aplicação dos métodos amigáveis de composição de litígios, inclusive penetrando o campo de maior fertilidade para celebração de acordos em processos cujo pólo passivo seja ocupado por entes públicos federais – os feitos em trâmite nos Juizados Especiais Federais - cabe tecer algumas questões preliminares sobre a o tema.

Primeiramente, é imperioso enfatizar aspecto sistematicamente ressaltado pela doutrina: os métodos alternativos de solução dos conflitos alertam as partes para a compreensão e aceitação de uma posição média decorrente do consenso. Em conseqüência, atuam na preservação das relações sociais, substituindo o caráter destrutivo da disputa pelo caráter construtivo derivado da anuência das partes.

Passada a primitiva época da lei de Talião, surgem novas formas de composição de litígios (autotutela, autocomposição e arbitragem) que perdem boa parcela de importância frente à evolução da humanidade: o processo em sua concepção moderna e a decisão judicial: a exagerada processualização ocorrida no século XIX.

A despeito de tais instrumentos nunca terem sido abandonados por completo, retomam acentuada importância prática no século XX como opção em face do dilatado prazo para início e término dos processos judiciais. E foi em 1960 que começou a se desenvolver um

---

3 Projeto de lei nº 4827/98. art. 3º "A mediação para processual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores".

4 "Por "paraprocessual" aparenta estar proposto que a mediação não possui a sua atuação restrita a (sic) esfera do processo judicial individual clássico, ou da atuação do Estado através da Função Judiciária, marcada pela adjudicação em conflitos entre partes. A mediação poderá ocorrer antes ou durante o processo judicial até o surgimento de sentença judicial com trânsito em julgado".

Galvão Filho, Maurício Vasconcelos, Weber, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil , apud Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado/ organizado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ed. Rio Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 22.

5 Projeto de lei nº 4827/98. "art. 4o. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem".

movimento fomentador dos *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos, país que, como se sabe, adota o Sistema do Common Law [6].

6 Farnsworth, E. Allan, An introduction to the legal system of the United States, ed. Oceana publications, Inc, 1963, pp.48/49. "A judicial decision has two functions in a common Law system. The first, which is not, to be sure, peculiar to the common law, is to define and to dispose of the controversy before the court, for under the doctrine of *res judicata* the parties may not relitigate issues that have been determined between them by a valid judgment. This the court must do. It can not abdicate its duty even should the case be a novel one for which ther is no controlling authority. The older view was that the court in such a contingency was to discover the law among the principles of the common law, much as a scientist discovers a natural law, and then declare it. Today it is more usual to admit that the court creates the law somewhat as a legislature creates law, but within the narrower bounds set by the facts of the case before it. Whether the court discovers or creates the law that it applies, its resolution of the controversy has an impact which extends beyond the parties before it. For the second function of a judicial decision, and one that is characteristic of the common law, is that it establishes a precedent so that a like ease arising in the future will probably be decided in the same way. This doctrine is often called by this Latin name – *stare decisis* – from *stare decisis et non quieta movere*, to stand by the decisions and not disturb settled points. Reliance on precedent developed early in English law and was received in the United States as part of the tradition of de common law. As a tradition, it has not been reduced to a written rule and is not to be found in constitution, in statute, or even in oath of office. The justifications commonly given for the doctrine may be summarized in the four words: equality, predictability, economy and respect. The first argument is that the application of the same rule to successive similar cases results in equality of treatment for all who come before the courts. The second is that consistent following of precedents contributes to predictability in future disputes. The third is that the use of established criteria to settle new cases saves time and energy. The fourth is that adherence to earlier decisions shows due respect to the wisdom and experience of prior generations of judges."

_____. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.* Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1964. p. 61-62."No direito de tradição inglesa, a decisão judicial tem duas funções. A primeira, que não é, aliás, peculiar aquele direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal, pois na doutrina da *res judicata* as partes não podem tornar a discutir questões já discutidas entre elas por um julgamento válido. Isso é dever do Tribunal. Ele não pode abdicar desse dever mesmo tratando-se de um novo caso para o qual não existe uma regra de direito. Segundo a opinião antiga, numa tal contingência o Tribunal deveria descobrir a lei entre os princípios tradicionais do direito, assim como o cientista descobre uma lei natural, e então declará-la. Hoje é mais usual admitir que o Tribunal crie a lei, da mesma forma que o Legislativo, dentro porém dos limites mais restritos determinados pelos fatos do caso que examina. Quer o Tribunal descubra, quer crie a lei que aplica, a solução que dá ao litígio tem um impacto que se estende além das partes litigantes. A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa, é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma. Essa doutrina é frequentemente designada pelo seu nome latino, *stare decisis*, da frase *stare decisis et non quieta movere*, apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos. A confiança no precedente se desenvolveu primeiramente no direito inglês e foi adotada nos Estados Unidos como parte da tradição do direito inglês. Como tradição, não foi transformada em regra escrita e não é encontrada na Constituição u nas leis, e nem mesmo regra de ofício. A justificação comumente dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresente à justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribuiu para tornar previsível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para a solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juízes."

Ora, considerando que a filosofia pragmática do referido sistema parte do caso concreto para solucionar as controvérsias presentes e futuras, ou seja, a jurisprudência é o fundamento para decisão, e que tal característica importa em menor formalismo e abreviação do trâmite processual em comparação com o Sistema do Civil Law, cabe a indagação: por que os métodos alternativos de solução de conflitos são maciçamente aplicados naquele país e não no nosso?

Neste ponto cumpre dar acentuado destaque às palavras de William Burnham, segundo as quais, o sistema jurídico norte americano não sobreviveria por muito tempo em situação diversa da atual, em que apenas 3% dos casos chegam à fase final de julgamento do processo judicial [7]:

> Litigation according to the procedures outlined above can take a great deal of public and private time end money, and each year approximately 18 million civil cases are filed. The judicial system could not long survive if even a substantial minority of these cases went to trial. A major study of the state courts of the 75 most populous counties in the U. S. in 1992 showed that about 75% of civil cases were disposed of by agreed settlements or dismissals, while only 3% went to trial. With increasing numbers of cases and increasing costs of litigating, the need for alternative dispute resolution (ADR) has been emphasized. And courts and legislatures have gone beyond merely encouraging ADR methods. In some cases, they have required that those methods be pursued.

Na Argentina, cuja Lei Federal 24.573/95 constitui fonte de inspiração para o nosso anteriormente citado Projeto de Lei, a mediação prévia passou a ser condição da ação, com exceções para algumas matérias em que é facultativa [8].

---

7 BURNHAM, William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, ed. thomson west, 2006. p. 247.

8 Argentina. Lei Federal 24.573/95. "Art. 2. El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1. Causas penales.

2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.

3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.

4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.

5. Amparo, hábeas corpus e interdictos.

6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.

7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.

O sistema brasileiro, por sua vez, apesar da previsão contida já na Constituição de 1824, que permitia a nomeação de juízes-árbitros pela partes para a solução do litígio, pouco vem se valendo dos institutos alternativos de composição [9].

De fato, a audiência de conciliação, introduzida no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/94 – que alterou o art. 331, posteriormente modificado pela Lei nº 10.444/02, consiste, na maioria das vezes, em mero formalismo observado pelas partes, seus advogados e pelo próprio juiz, na medida em que nenhum deles se dedica à atividade a que se destina o evento.

Infelizmente, persiste a cultura de solução de conflitos pela prolação da sentença estatal, como se o estado tivesse mais propriedade para fazê-lo que as próprias partes interessadas no bem / direito. Ou seja, o paternalismo estatal permanece tão arraigado na coletividade que os envolvidos no litígio preferem aguardar a sentença ao invés de, no exercício da autonomia da vontade, eleger solução consensual.

As vantagens dos métodos alternativos são inegáveis: em se tratando de economia financeira, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA elaborou interessantíssimo estudo (divulgado em março de 2011) sobre o Custo do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal [10], cujos valores, tomados como base para os demais tipos de processo, indicam a economia potencial de que a União poderia se beneficiar caso os métodos em análise fossem postos em prática.

---

8. Juicios sucesorios y voluntarios.

9. Concursos preventivos y quiebras.

10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo."

9 Brasil. Constituição (1824). "Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes."

10 De acordo com informação extraída do sítio do IPEA, o estudo, resultado de um acordo de cooperação técnica entre o instituto e o CNJ, mostra, pela primeira vez, qual o tempo de tramitação e quanto custa, em média, um processo de execução fiscal.

O item 2 da pesquisa – Apresentação, alerta para a inexistência de estudos similares, assim como para o equivocado método de cálculo aplicado em pesquisas elaboradas anteriormente.

"Existem poucos estudos sobre a estrutura de custos da administração pública em geral, e do Poder Judiciário em particular. Em regra, as pesquisas existentes utilizam metodologias que levam em conta a razão entre o orçamento efetivamente executado e a quantidade de sentenças produzidas ou processos baixados.

Esses métodos apresentam uma série de inconveniências: desprezam as diferenças existentes entre os diferentes tipos de ação judicial; não produzem conhecimento sobre a estrutura interna de custos; e partem do pressuposto de que sentenças e baixas são o "produto" do Poder Judiciário, desconsiderando a importância do processo.

A pesquisa aqui apresentada procurou inovar metodologicamente, combinando os métodos denominados de Carga de Trabalho Ponderada e Custeio Baseado em Atividades, para determinar qual o custo específico do processo de execução fiscal, gerando conhecimento sobre a sua estrutura interna de custos e atribuindo especial importância ao processo, relativamente ao produto."

3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS CIVIS – LEGISLAÇÃO: ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS DA UNIÃO E PROCURADORES FEDERAIS. PECULIARIDADES DO RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

O artigo 5º da Lei nº 6.825/80 autorizou a realização de acordos pelos representantes dos órgãos públicos federais [11]. Referido dispositivo, foi substituído pelo art. 1º da Lei nº 8.197/91[12], posteriormente revogada pela Lei nº 9.469/97[13], ainda em vigor.

Apesar da expressa autorização legal, os órgãos públicos não vêm prestigiando a celebração de acordo como forma de solução do conflito. Pois, ainda que considerados todos os esforços de conscientização acerca dos seus benefícios, os métodos alternativos de solução de litígios ainda são pouco utilizados. Paradoxalmente, constata-se que os próprios órgãos públicos vêm atuando na tarefa de modificar a "cultura da sentença".

No que tange ao rito dos Juizados Especiais Federais, terreno fértil para a consecução dos métodos alternativos, merece destacar o

11 Lei no 6.825/80. art. 5º "Os representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a 100 (cem) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, mediante as condições estabelecidas pelo Poder Executivo.
Parágrafo único. Quando o valor da causa for superior ao limite previsto no artigo, a transação somente será possível com a prévia e expressa autorização das autoridades indicadas pelo Poder Executivo."

12 Lei no 8.197/91. art. 1º "Os representantes judiciais da União, suas autarquias e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, mediante as condições estabelecidas pelo Poder Executivo.
§ 1º. Quando o valor da causa for superior ao limite previsto no artigo, a transação, sob pena de nulidade, somente será possível com a prévia e expressa autorização das autoridades que vierem a ser designadas em decreto.
§ 2º. Qualquer transação somente poderá ser homologada após a manifestação do Ministério Público.

13 13 Lei no 9.469/97. art. 1o O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
§ 1o Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

objetivo dirigido à realização da conciliação e da transação, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 9.099/95, aplicável subsidiariamente.

Por sua vez, com vistas a proporcionar o efetivo alcance do referido objetivo, o parágrafo único do art. 10, da Lei nº 10.259/01, expressamente autorizou os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os representantes da causa (advogado constituído ou a parte autora) a conciliar, transigir ou desistir, nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais.

E mais, quanto à atuação perante os Juizados Especiais Federais, existe normativo interno fundamentado no art. 2º do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002, que fixou a competência do Advogado-Geral da União para fixar diretrizes básicas para conciliação, transação, desistência do pedido e do recurso, se interposto.

Desta feita, a Portaria AGU nº 505, de 19 de junho de 2002, publicada no Diário Oficial da União do dia 24 de junho de 2002, que autorizava a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais a transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido nos casos elencados na referida norma, foi

substituída pela Portaria AGU nº 109, de 30 de janeiro de 2007[14], que revogou expressamente a Portaria nº 505/02, estabelecendo as diretrizes para os representantes judiciais efetivarem as disposições constantes do art. 2º do Decreto nº 4.250/02.

---

14 Portaria AGU nº 109, de 30 de janeiro de 2007. "Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:

I – houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e

II – inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

§ 1º A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer as situações.

§ 2º Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3º, §2º,da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, observado o disposto no art. 260 do Código de Processo Civil.

§ 3º Não serão objeto de acordo:

I – as hipóteses em que se discute penalidade aplicada a servidor;

II – os caos de dano moral,salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado; e

III – o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73, de1993 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União contrária à pretensão.

§ 4º Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

De acordo com a mencionada portaria, a transação ou a não interposição/desistência de recurso é autorizada sempre que presentes os seguintes requisitos: erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou pelo procurador que atua no feito ou inexistência de controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

As determinações do ato em análise se desdobram nos seguintes questionamentos: o representante do ente federal poderá ou não celebrar o acordo caso a Administração não se manifeste, mediante seu órgão consultivo competente, reconhecendo o direito postulado pela parte?

Outro aspecto relevante diz respeito à delimitação do que significa "inexistência de controvérsia ao direito aplicado". Certo de que as situações extremas não geram nenhuma dúvida (como quando a matéria já se encontra sumulada, por exemplo), como balizar as demais?

E como questionamento conclusivo, indaga-se: qual o alcance da regulamentação diante do disposto no art. 10, da Lei nº 10.259/01? Basta que o procurador atue com a finalidade de proporcionar menor ônus para o erário?

A sedimentação da prática de acordos nos processos em trâmite nos Juizados Especiais Federais vem sendo incentivada, inclusive, pela pacificação de entendimentos que objetivam afastar qualquer dúvida de risco de prejuízo na hipótese de oferecimento da proposta[15].

Portanto, considerando as autorizações expressas para celebração de acordo, as respostas às indagações acima constituem passo indispensável para que as lides em curso nos Juizados sigam o caminho menos oneroso para União, permitindo que o representante judicial exerça a melhor escolha para tal.

4 CONCLUSÃO

Diante das incontestáveis vantagens da aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos, a resistência dos sujeitos do processo em privilegiá-los não se justifica.

Também não há como justificar a imposição, para os representantes judiciais da União, suas autarquias e fundações, de observância de condições para celebração de acordo ou transação quando o limite das mesmas não está claramente definido, pois a conseqüência lógica da dúvida é a não realização do ato conciliatório. Por certo que a atuação dos advogados públicos deve

§ 5º Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, o advogado ou procurador poderá solicitarão juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário."

15 FONAJEF, Enunciado nº 76: "A apresentação de proposta de conciliação pelo réu não induz a confissão."

ser regulada pelos interesses da Administração; todavia, as regras devem ser claras, para, ao invés de desencorajar, estimular a aplicação dos métodos amigáveis de solução dos conflitos, dentro do referido balizamento.

A mudança de comportamento de todos os envolvidos na condução do processo é imperiosa: a audiência de conciliação não pode consistir em ato meramente formal em que ambas as partes partem da premissa inicial de que a conciliação é inconcebível e pouco esforço é feito pelo magistrado para modificar tal sentimento.

É preciso alterar a nossa realidade jurídica: de nada adianta alterar a lei, se o sentimento litigioso que espera pela prolação da sentença permanece o mesmo.

Quem sabe, a partir da nova realidade, a tentativa de conciliação se torna condição da ação como em outros sistemas jurídicos.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Portaria 505, de 19 de junho de 2002. Dispõe sobre a atuação dos órgãos jurídicos das entidades previstas no art. 6, II, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, no âmbito dos Juizados Especiais Federais. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24.06.2002. Revogada pela Portaria nº 109 AGU, de 30 de janeiro de 2007.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Portaria 109, de 30 de janeiro de 2007. Nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993, (causas de natureza fiscal) pelas Procuradorias da Fazenda Nacional e a representação das autarquias e fundações federais incumbe à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nas respectivas áreas de competência. *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31.01.2007..

ARGENTINA. Lei Federal 24.573, de 1995.

AZEVEDO, André Gomma. Fatores de efetividade de processos de Resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.2. n. 5, p. 75-94 abr./jun. 2005.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares e MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.4, n. 13, p. 38-58, junho, 2007

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.4, n. 15, out./dez. p. 85-101 2007.

Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 4827, de 1998. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>

Brasil. Decreto 4.250, de 27.5.2002. Regulamenta a representação judicial da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais perante os Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Brasília, DF, *Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 28.5.2002.

Brasil. Lei 6.825, de 22.9.1980. Estabelece normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 23.9.1980.

Brasil. Lei 8.197, de 27.6.1991. Disciplina a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais; dispõe sobre a intervenção da União Federal nas causas em que figurarem como autores ou réus entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 6.825, de 22 setembro de 1980, e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 28.6.1991

Brasil. Lei 9.099, de 26.9.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27.9.1995.

Brasil. Lei 9.469, de 10.7. 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 11.7.1997

Brasil. Lei 10.259, de 12.7.2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13.7.2001.

Brasil. [Código de Processo Civil (2002)]. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8.5.2002.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. New York: Thomson West, 2006.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. New York, Oceana publications, Inc, 1963.

_____. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef) . *Enunciado nº 76*. AJUFE, 2004.

GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos, WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil . In: Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado/ organizado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ed. Rio Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008,

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

IPEA. Comunicado nº 83, de 31 de março de 2011. Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>

RIBEIRO, Cláudio da Silva, NOGUEIRA, Leandro Gadelha Dourado. Mediação, psicologia e hermenêutica. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.3, n. 10, p. 38-58 jul./set. 2006.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ALTERNATIVE FORMS OF DISPUTE RESOLUTION

Ivana Roberta Couto Reis de Souza
Procuradora Federal, Procuradora Chefe da Procuradoria Federal no Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília

Marcia Luciana Dantas
Advogada da União, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Surgimento à Crise da Jurisdição; 2 Formas Alternativas de Resolução de Disputas; 2.1 Meios Autocompositivos; 2.2 Meios Heterocompositivos; 3 As Formas Alternativas de Solução de Conflitos e a Administração Pública; 4 Considerações Fianais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa as formas alternativas de solução de conflitos e a possibilidade de aplicação destes institutos no âmbito da administração pública, fazendo uma análise dos meios existentes para a resolução de controvérsias em substituição ao tradicional acesso ao Poder Judiciário. A ampliação da utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem será fundamental para por fim na atual crise por que passa a justiça no Brasil e no mundo. Outro ponto positivo no uso das formas alternativas de solução de disputa é a celeridade na resposta aos destinatários, em decorrência da redução dos litígios, o que certamente aumentará a confiança do cidadão no Estado brasileiro, aproximando o direito do atual contexto social.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Mediação. Arbitragem. Redução de Litígio. Administração Pública. Formas Alternativas de Solução de Disputas.

ABSTRACT: This paper analyzes alternative ways of conflict resolution and the possibility of application of these institutions within the public administration, making an analysis of existing means for dispute resolution to replace the traditional access to the courts. The increased use of mediation, conciliation and arbitration will be key to end the current crisis faced by the justice in Brazil and worldwide. which will boost the confidence of citizens in the Brazilian state, approaching the right of the current social context.

KEYWORDS: Reconciliation. Mediation. Arbitration. Reduce of Litigation. Public Administration. Alternative Dispute Resolution.

INTRODUÇÃO

A crise pela qual passa o Judiciário em todo o mundo é fato que preocupa os profissionais responsáveis por operar o direito e os desafia na busca de caminhos alternativos para a solução de conflitos, o que só será possível através da alteração de velhos conceitos, do desenvolvimento de mecanismos que sejam mais céleres do que os tradicionais e de uma profunda transformação na cultura atual, que tem como base a pré-disposição generalizada ao litígio, fator que dificulta sobremaneira a efetivação da justiça.

As formas alternativas mais conhecidas para a solução de disputa são a mediação, a conciliação e a arbitragem, que se apresentam como opção à judicialização do conflito e devem ser entendidas como meios de acesso à justiça, por isso não representam a desvalorização ou preterição do Poder Judiciário. Cabe ao interessado, diante de uma situação de controvérsia, escolher entre a tutela por meio de uma decisão judicial, ou por uma composição que ocorra sem a necessidade da disputa em juízo.

A morosidade na solução das demandas levadas à justiça e os elevados custos do processamento destas têm levado os jurisdicionados a descrerem na efetividade do Estado como um todo, o que obriga ao desenvolvimento de opções diversas das hoje existentes para que se alcance, em tempo razoável, a tão almejada justiça, ante a incontroversa constatação de que o Judiciário tem tido cada vez mais dificuldade de atuar positivamente frente às demandas que lhe são levadas.

Na sistemática brasileira o início destas mudanças remonta à criação dos Juizados Especiais e à edição da lei de arbitragem, de onde se originou a previsão de procedimentos que prevem a possibilidade da mediação e da conciliação para dirimir contendas, embora a composição não seja um traço característico da cultura do brasileiro.

1 DO SURGIMENTO À CRISE DA JURISDIÇÃO

O homem precisa viver em sociedade para garantir o atendimento dos seus anseios primários e das demais necessidades que são próprias da natureza humana A vida em sociedade se desenvolve por meio de relações e vinculações que, não raro, são fruto de conflitos, cujos meios para a busca da melhor solução devem estar previstos no regramento do próprio grupo social.

Nas épocas mais remotas, não existia um Estado constituído que possibilitasse a satisfação dos direitos de forma justa e de acordo com critérios organizados para a resolução das controvérsias. A vingança

era o meio utilizado para por termo aos conflitos, exercida tendo como embasamento legal a Lei da XII Tábuas, na qual restava prevista que a reparação deveria ocorrer e tinha que ser no exato tamanho do dano causado. A vontade do vencedor se impunha pela força ao vencido e não levava em consideração o real direito.

O Estado se apresentava como um poder e impunha a todos sua vontade, chamando para si o *jus punitionis*. Vigia o regime da autotutela, o qual, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco[1], caracteriza-se, fundamentalmente, por dois aspectos: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra.

A jurisdição como se conhece nos dias atuais teve gênese na Revolução Francesa, que a apresentou como uma das funções do Estado, exercida pelo Poder Judiciário, por meio de seus órgãos e tribunais.

Na lição de Moacyr Amaral Santos:

> O objetivo do Estado, no exercício da função jurisdicional, é assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que se controvertem as partes. [...] Em conclusão, a finalidade da jurisdição é resguardar a ordem jurídica, o império da lei e, como conseqüência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja, amparar o direito subjetivo. [2]

Ocorre, todavia, que se por um lado a conquista da jurisdição representou um enorme avanço para sociedade, por outro não se pode negar que o Judiciário, enquanto detentor do monopólio para decisão dos conflitos, terminou por se tornar um caminho dispendioso, moroso e, acima de tudo, pouco eficiente sob o ponto de vista de levar ao cidadão a justiça com uma duração razoável do processo.

A excessiva judicialização das demandas tem acentuado um grave problema para o Poder Judiciário, que atualmente encontra-se absolutamente incapaz de apresentar uma composição para os litígios com eficácia e os processos terminam perpetuando-se por anos, sem que sejam definitivamente solucionados.

Recentemente, na abertura do 1º Curso de Conciliação e Mediação realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

1 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com q EC 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 23.

2 Santos, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 68.

Magistrados – ENFAM e pela Advocacia-Geral da União[3], a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, foi enfática ao afirmar que se deve "*reconhecer a ineficiência dos mecanismos estatais de resolução dos conflitos materializados em processos judiciais*".

Saliente-se que essa crise da jurisdição não pode ser vista de forma isolada, na medida em que é consequência da dificuldade do próprio Estado de acompanhar a dinamização das relações sociais que ditam a evolução dos direitos fundamentais.

É de se destacar, ainda, que o problema não é uma particularidade do Brasil, vários outros países também estão se deparando com o desafio de repensar os meios tradicionais de resolução de conflitos para atender às novas demandas dos seus cidadãos. Nesta linha de pensamento temos a lição de Shelma Kato, para quem:

> O conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes propicia a perda da confiança nas soluções normatizadas, gerando a crise do direito. A crise do direito, como a crise das instituições relacionam-se com a inadequação da ordem jurídica às exigências de Justiça, em crescente insatisfação.[4]

Diante desse contexto, o certo é que as relações sociais, cada vez mais globalizadas, requerem soluções menos complexas para suas contendas, de forma que se dê mais efetividade ao Direito, surgindo a necessidade de serem criados e aperfeiçoados os mecanismos de solução alternativa para a resolução de conflitos.

2 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

É nesse cenário de ineficiência da jurisdição que a sociedade vem recorrendo aos *equivalentes jurisdicionais*, ou seja, a formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. Os meios de composição de conflitos, se dividem em autocompositivos e heterocompositivos.

2.1 MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Os meios autocompositivos são aqueles nos quais as próprias partes envolvidas no conflito encontram a solução para por termo à

3 Evento realizado dias 6 e 7/10/2011 no Auditório Externo do Conselho da Justiça Federal, Brasília/DF.

4 KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 172.

controvérsia. Os meios autocompositivos de disputas são classificados em autotutela, mediação e conciliação.

A autotutela é o meio de solução de conflitos no qual as disputas das partes são solucionadas por meio da sobreposição da vontade do mais forte. Trata-se de meio primitivo de resolução de conflitos. A autotutela caracteriza as civilizações com pequeno índice de desenvolvimento social e intelectual, em que as leis existentes são poucas e não são cumpridas da maneira correta, em decorrência da carência de organização do Estado para tal. Diante disto, os particulares se apropriam da resolução dos conflitos, o que se dá pela imposição da vontade do mais forte.

Nas sociedades contemporâneas a prática da autotutela é proibida pela grande maioria dos Estados, que estabelecem, inclusive, sanções pelo uso de sua prática, a exemplo do Brasil que expressamente veda a autotutela, e o seu exercício resta descrito na tipificação do crime de exercício arbitrário das próprias razões[5].

A autotutela e autodefesa são institutos jurídicos distintos, tendo em vista que esta última é excepcionalmente autorizada pelo Estado, sempre que a parte estiver impossibilitada de recorrer ao judiciário para demandar - e ser atendido em tempo hábil - a proteção de um direito ameaçado. A autodefesa é a faculdade do titular do direito em que incide a ameaça utilizar-se, de maneira moderada, dos meios que tiver ao seu alcance, visando afastar o perigo eminente. É o que se dá, por exemplo, com a legítima defesa estabelecida no direito penal brasileiro.[6]

Outro meio autocompositivo existente para a solução de conflitos é a conciliação, em que as partes fazem concessões recíprocas e põem fim à divergência celebrando um acordo. A conciliação difere da mediação. A atuação desempenhada pelo moderador difere daquela desenvolvida pelo conciliador.

> O conciliador pode sugerir às partes o que fazer, pode opinar sobre o caso, diferentemente do mediador, que visa à comunicação entre as partes, a facilitação de seu diálogo, sem sugerir a solução, para que possam sozinhas administrar seu conflito.[7]

5 Código Penal brasileiro: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite

6 Código Penal Brasileiro: Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

7 SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6199>. Acesso em: 7 out. 2011.

A conciliação possui três subdivisões, a saber: transação, renúncia e submissão. A transação é uma espécie do gênero negócio jurídico pelo qual as partes põem fim ao litígio consensualmente, após concessões mútuas, nos termos previstos no art. 840 do Código Civil[8]. A renúncia ao direito sobre o que se funda a ação é o ato de abdicação por meio do qual o demandante reconhece não possuir o direito alegado, ao passo que a submissão, também conhecida como reconhecimento da procedência do pedido, consiste no ato do demandado de aceitar a pretensão que lhe foi dirigida.

A terceira espécie de autocomposição é a mediação, que pode ser definida como o mecanismo extrajudicial em que um terceiro se coloca como mediador para o fim de ajudar os interessados na busca de uma solução amigável do conflito. Não existe imposição, ganhador nem perdedor, mas, apenas, a resolução de uma contenda de maneira pacífica e sem complexidade, construída pelos interessados ao longo do procedimento.

Destaque-se que, como as próprias partes encontram a solução que põe termo à disputa, o que se dá com o auxílio do moderador, a mediação é meio autocompositivo de conflitos, no qual não se fala em decisão, tendo em vista que o terceiro envolvido – o mediador – não decide, ficando a sua atuação restrita ao auxílio das partes na busca da solução que melhor beneficie ambas.

Portanto, ao contrário da arbitragem, na mediação o mediador não tem a função de dizer quem tem razão ou quem é o vencedor de um conflito. O papel daquele que media a controvérsia é o esclarecimento e a orientação das partes envolvidas no sentido de buscar a melhor composição para o litígio, este profissional dirige o diálogo entre as partes, sem interferir no resultado final.

Segundo a lição do Prof. Sebastião José Roque[9], na mediação:

> As próprias partes procuram chegar a um consenso, assistidas pelo mediador, que as incita sem participar da discussão. O mediador busca o consenso entre as partes e não um acordo. O consenso, por sua vez, é o fundamento para se chegar a um acordo, pois ele pode não vir. A mediação visa a aproximar as partes para que elas discutam seu problema, esclareçam as idéias e formem a impressão exata do teor de seus problemas, as causas deles, a possibilidade de um acerto, e até peçam desculpas pelos excessos cometidos. Ao contrário da arbitragem, não há vencido nem vencedor. Não há renúncia de direitos. Geralmente nada fica por escrito. É informal,

8 Código Civil: Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

9 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem:* a solução viável. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2009. p. 240.

> não se adaptando a ela leis, regulamentos e outras formalidades quanto ao seu 'modus faciendi'.

Não se trata de um instituto novo, pois até mesmo o livro mais antigo da humanidade apresenta passagens evangélicas em que Jesus desempenhou o papel de grande mediador. Contudo, informa Christopher W. Moore, que *somente a partir da virada do século XX, a mediação tornou-se formalmente institucionalizada e desenvolveu-se como profissão reconhecida*[10].

Os Estados Unidos parecem ser o país que mais avançou nesse tema. Basta verificar que em 1926 foi fundada a *American Arbitration Association (AAA)*. Trata-se de uma instituição privada que presta serviços a indivíduos e organizações que desejam resolver conflitos fora do tribunal. Em 1998, com a assinatura do "Alternative Dispute Resolution Act" pelo então presidente Bill Clinton, o programa federal de procedimentos alternativos ligado aos tribunais como "mediation" e "voluntary arbitration" foi expandido para as Cortes Distritais, cujos juízes ficaram autorizados a determinar a aplicação destes métodos no curso dos processos, com exceção da arbitragem, desde que aprovado pelas partes envolvidas.

Na Argentina, a implementação da mediação ocorreu em decorrência da necessidade de se buscar alternativas às causa levadas Judiciário, tendo em vista o grande volume de demandas judiciais.

Interessante notar que antes de ser editada lei específica regulamentando o instituto, a Argentina trabalhou sua implementação da seguinte forma:

> Em primeiro lugar, convidaram especialistas norte-americanos para explicarem as experiências vividas nos Estados Unidos, em seguida, treinaram mediadores na Argentina contando com a colaboração da Embaixada Norte-americana por meio do seu "Servicio Informativa" (USIS) e da "Agencia Interamericana para el Desarrollo" (AID).
>
> Paralelamente, adotaram medidas legislativas que têm por primeiro resultado a promulgação do Decreto n.º 1.480 de 19 de agosto de 1992, que declara o tema mediação como sendo de "interesse nacional".
>
> Em seguida, criou-se o "Centro de Mediación" e a "Escuela de Mediadores", implantando-se um plano piloto na Justiça Comum, além de criar-se uma comissão para acompanhamento do programa.

10 MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed. 1998. p 33.

> Dois anos depois, a "Corte Suprema de Justicia de la Nación" aprovou o plano piloto de mediação que começou a funcionar em dez juizados cíveis da capital federal, expandindo-se desde 1º de fevereiro de 1995.
>
> No início, as partes solicitavam a mediação e o processo judicial era suspenso pelo prazo que as partes decidiam. Interessante é que durante este período de experiência, coletavam-se dados buscando identificar quais tipos de casos deveriam ser enviados para mediação, momento ideal do processo para envio, forma mais eficaz de se convocar as partes, além de outros fatores característicos para melhor implementação do instituto da mediação.
>
> Com resultados positivos, no ano de 1996 promulgou-se a "Lei 24.573" que tornou a mediação obrigatória, operando como um requisito de admissibilidade da ação, com efeito suspensivo para a prescrição.[11]

No Brasil ainda não existe regulamentação a respeito, mas, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que *institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos.*

O art. 2º do citado Projeto de Lei dispõe sobre o conceito atribuído ao instituto, nos seguintes termos:

> Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Já o art. 3º prevê que a mediação pode ocorrer de forma prévia ou incidental ao processo, o que pode se dar na via judicial ou extrajudicial, sendo lícita em toda matéria que admita a conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem (art. 4º) e o termo de transação, lavrado por um mediador e assinado por ele e pelos interessados, poderá ser homologado pelo juiz e consistirá em título executivo judicial (art. 7º).

Portanto, conclui-se que a intenção do legislador é nitidamente a de desafogar o Poder Judiciário, trazendo à luz mecanismos modernos de solução alternativa de conflitos, conforme salienta o Senador Pedro Simon, Relator do Projeto.

---

11 FERNANDES JÚNIOR, Edson. *Mecanismos de resolução ao alternativa de conflitos como ferramentas de auxílio para construção da política judiciária no Brasil*. 2008. 38f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba. 2008.

Ocorre, todavia, que a mediação no Brasil vem sendo tratada não apenas como uma forma de desobstruir o sistema judiciário, mas de constituir um novo paradigma cultural, consubstanciado na "Pacificação".

Em muitos países, e no Brasil não é diferente, existe uma forte cultura do conflito. Vê-se que cada vez mais os cidadãos *judicializam* suas frustrações, seus descontentamentos, suas ambições, como se o Judiciário pudesse lhes trazer amparo ao forte conteúdo emocional que motiva as ações judiciais, como se o Estado-Juiz tivesse meios de lhes devolver a paz que um dia foi tirada ou renunciada.

Esta é a motivação pela qual, não raro, apesar de ter atendido seu pleito numa ação judicial, o autor permanece com o mesmo sentimento que deu gênese à demanda. Provavelmente isso ocorra em virtude da abordagem negativa do conflito, como sendo uma situação que causa harmonia para um e desarmonia para outro, sucesso para um fracasso para outro, e assim por diante.

Contudo, na moderna Teoria do Conflito abre-se a possibilidade de se perceber a controvérsia de forma positiva, ao que vale dizer, que passa-se a entender que o conflito é um fenômeno natural nas relações humanas e que, por meio dele, pode-se avançar socialmente.

Neste sentido é a lição do doutrinador Morton Deutsch, na obra The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes[12]:

> O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é freqüentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna.

Nessa mesma obra o autor classifica os processos de resolução de disputas em *construtivos* e *destrutivos*. Para quem, um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa, em decorrência da forma pela qual esta foi conduzida. Em outras palavras, as partes quando em processos destrutivos de resolução de disputas concluem tal relação processual

12 LIMA, Lizana Leal; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. Meios alternativos de solução de conflitos: considerações acerca da teoria dos jogos. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33240-42248-1-PB.pdf>

com o esmaecimento da relação social preexistente à desavença e ocorre a acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de condução do conflito[13].

Por sua vez, processos construtivos, segundo Deutsch, seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa[14].

Diante desse contexto, não é difícil concluir que enquanto o processo judicial acirra nas partes a necessidade de ganhar a disputa e não de resolver o problema, na mediação as partes são estimuladas a resolverem o conflito por meio do diálogo, da reflexão e da compreensão. Isso explica porque a composição realizada na mediação, além de ser mais eficaz, atua como instrumento de transformação da relação entre as partes.

2.2 MEIOS HETEROCOMPOSITIVOS

Os meios heterocompositivos de conflitos são aqueles em que um terceiro, estranho à controvérsia, soluciona o litígio, o que se dá com as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e com a arbitragem.

A arbitragem é o método alternativo de resolução de conflitos mais difundido e utilizado em todo o mundo. Trata-se de meio heterocompositivo de solução de controvérsias, que se caracteriza pela presença de um terceiro, estranho ao conflito, que apresenta a solução para a disputa e, em assim sendo, a controvérsia será dirimida por alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes [15].

A utilização da arbitragem como meio alternativo à jurisdição remonta ao final do século XVIII, consoante informa Roberto Castro de Figueiredo[16]:

> Neste período, os Estados, especialmente as potências européias, adotaram a prática de assumir as demandas de seus nacionais contra Estados estrangeiros por danos causados à sua propriedade. Como no direito internacional público clássico se reconhecia apenas o Estado como sujeito dotado de personalidade jurídica internacional, a proteção ao interesse privado na ordem jurídica internacional

13 AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2009. p. 34.

14 Idem. Ibidem. Nota 9.

15 CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei nº 9.307/96. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p.7.

16 FIGUEIREDO, Roberto Castro. As origens do uso da arbitragem como modo de solução de controvérsias em disputas relativas a investimentos. *Revista Brasileira de Arbitragem. Edição Especial.* p. 8.

> estava condicionada ao exercício da proteção diplomática do Estado em favor de seus nacionais. A prática do exercício da proteção diplomática, que resultou na formação de uma norma costumeira de direito internacional público existente até hoje, estava fundada na teoria desenvolvida por Emerich de Vattel, segundo o qual, sendo o Estado um ente composto pelo soberano e seus súditos, o dano causado ao indivíduo pelo Estado estrangeiro constituiria um dano ao próprio Estado do indivíduo, o que lhe conferiria o direito de pleitear em nome próprio, na esfera internacional, a reparação pelo dano causado ao seu nacional contra o Estado estrangeiro. Nesse período, tornou-se costumeira no direito internacional público a solução de controvérsias entre Estados que envolviam a proteção a interesses privados, mediante a celebração de *lump sum agreements* ou a instituição de procedimentos arbitrais entre Estados com a constituição de comissões mistas e tribunais arbitrais."

No Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 e se caracteriza por ser o método em que as partes submetem o seu litígio a um terceiro, em regra um árbitro, que decidirá de acordo com a lei ou a equidade. Os conflitos devem dizer respeito a direitos patrimoniais disponíveis e as partes devem ter capacidade para contratar, tendo em vista que o compromisso arbitral é instituído por meio de contrato celebrado entre pessoas capazes.

A arbitragem é facultativa, apresentando-se como uma alternativa ao processo judicial. Contudo, uma vez firmado o compromisso arbitral, optando-se por este meio para dirimir eventual controvérsia, as partes ficam vinculadas, e se submetem à decisão do árbitro, restando afastada a jurisdição.

Assim sendo, a sentença arbitral, quanto ao mérito, não pode ser revisada ou submetida a controle judicial. Esse controle fica restrito, apenas, aos aspectos formais da sentença arbitral, previstos na própria Lei que regulamenta a arbitragem.

A doutrina diverge ao tratar da natureza jurídica da arbitragem. No Brasil, há duas correntes preponderantes. Uma delas entende que a arbitragem tem natureza privatista, tendo em vista que o poder de decidir atribuído ao árbitro decorre da convenção de arbitragem firmada entre as partes. E, nesse sentido, o árbitro não estaria exercendo função jurisdicional, já que o monopólio de exercer a jurisdição seria do Estado, o que, segundo esta corrente, se caracteriza pela forma de investidura do julgador.

Esse é o entendimento defendido por *Luiz Guilherme Marinoni*, para quem a jurisdição somente poderá ser exercida por pessoa que

esteja investida da autoridade de juiz, o que demanda a aprovação em concurso público, consoante estabelecido no art. 93, I, da Constituição da República de 1988. A investidura na função de juiz não pode delegada a outra pessoa. E, em sendo a arbitragem manifestação da autonomia da vontade, a escolha pelo juízo arbitral implica em renúncia à jurisdição, já que a escolha só pode ser feita por pessoas plenamente capazes e para a decisão acerca de direitos patrimoniais disponíveis[17].

O fato das decisões dos árbitros não serem definitivas, já que em algumas hipóteses previstas na própria lei de arbitragem o Poder Judiciário poderá anulá-la, é argumento utilizado por aqueles que negam a natureza jurisdicional da arbitragem, ante a previsão de revisão por estrutura diversa daquela que a originou.

Noutro giro, há a corrente doutrinária que defende a natureza jurisdicional da arbitragem, sob o argumento de que a decisão arbitral é proferida por árbitro que conduz o processo com imparcialidade e, uma vez transcorrido o prazo de noventa dias sem ser impugnada, passa a se tornar imutável, por incidir sobre ela a coisa julgada material. Nesse diapasão, tem-se o entendimento, *in verbis*:

> A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta dessa circunstância que se pode afirmar que a arbitragem no Brasil não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada) [18].

Por fim, há aqueles que defendem a natureza híbrida da arbitragem, à medida em que cria um processo de resolução de litígios com origem contratual, mas com algumas características do processo judicial.[19].

17 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 147 e segs

18 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 81, v.1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento

19 LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Disponível em: < http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri20.pdf> Acesso em: 12/10/2011. Original: "An arbitrator's authority is actually hybrid in nature, consisting of a contractual basis for the creation ad restriction of his powers, coupled with a jurisdictional authority as permitted to exist or as assisted by state authority. It has been proposed that the contractual and the jurisdictional nature of arbitration are in the process of assimilating each other. This type of consideration, it is submitted, is unnecessary. As will be seen, the powers of an arbitrator are the result of a combination of both natures which creates a process for dispute settlement with its origin in contract, yet reflecting some of the characteristics of the public judicial process. "

A Constituição da República de 1988 não faz qualquer vedação, ainda que de forma implícita, ao exercício da função jurisdicional pelo árbitro. Portanto, resta plenamente viável a investidura do árbitro na função jurisdicional para que decida causas que versem acerca de direitos patrimoniais disponíveis, garantindo a imutabilidade da sentença arbitral, sempre que observados os princípios constitucionais atinentes ao processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e depois de decorrido o prazo de noventa dias sem impugnação.

3 AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez estabelecidos os conceitos dos institutos, cumpre agora analisar de que maneira podem ser levados a efeito no âmbito da Administração Pública.

Nas últimas décadas a Administração Pública tem passado por constantes transformações com vistas ao atendimento das mais diversas demandas da sociedade. Acerca desse aspecto, leciona o Prof. Moreira Neto, para quem:

> [...] o Estado contemporâneo não está hoje limitado a editar sempre normas gerais e abstratas e, por isso, hierarquizáveis, passando-se a admitir a possibilidade de negociar o melhor modo de realizar concretamente o interesse público, o que abre espaços para a edição de normas mais adequadas a essa realização, revestida da legitimação também concreta, como hoje permitem os modernos instrumentos da visibilidade e da participação.
>
> E é em razão dessa quebra do 'absolutismo jurídico' da lei, que eclode com força e viço a ideia de que na pluralidade do ordenamento jurídico é que se apóia a vitalidade do direito e da democracia.[20]

A última pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça fez um levantamento dos maiores litigantes em juízo no Brasil e concluiu que o Instituto Nacional do Seguro Social e a União são partes em 37,51% das ações judiciais[21].

---

20 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.

21 Segundo a listagem divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, o rank está assim descrito: 1º lugar) INSS: 22,33%, 3º lugar) Fazenda Nacional: 7,45%; 4º lugar) União: 6,97%; 24º lugar) Advocacia-Geral da União: 0,76%.

Neste contexto, há amparo legal para que a Administração Pública se utilize de meios alternativos com vistas a solucionar os conflitos dos quais seja parte, com o escopo de evitar as custosas demandas judiciais.

Quando se estuda a arbitragem como forma alternativa de conflitos envolvendo a Administração Pública, o primeiro questionamento que se apresenta diz respeito à compatibilização desse instituto com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Isso porque, o art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, dispõe que "*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

Portanto, a Lei exige dois requisitos, quais sejam, a arbitrabilidade subjetiva, que se refere à capacidade de se submeter ao juízo arbitral; e a arbitrabilidade objetiva, que se refere às questões controvertidas que poder ser resolvidas nesse juízo.

Com relação à arbitrabilidade subjetiva não existe dúvida quanto à capacidade da Administração Pública poder se submeter à arbitragem, tendo em vista sua capacidade de assumir deveres e obrigações decorrentes da celebração de contratos.

A celeuma reside, portanto, na arbitrabilidade objetiva, uma vez que, pertencendo o patrimônio público a todos os cidadãos, não pode o agente público dele se desfazer, a não ser em decorrência de lei que expressamente o autorize.

Na visão de alguns doutrinadores, a impossibilidade da Administração Pública se submeter à arbitragem tem raiz na própria Constituição Federal, ante os princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade.

Nesse contexto, é preciso relembrar que a indisponibilidade do interesse público significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. (...) Em suma, o necessário – parece – é encarecer que, na administração, os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela[22].

A submissão ao procedimento arbitral não impõe às partes a renúncia de seus direitos, mas apenas definem que um terceiro – árbitro – decidirá sobre a disputa. Nesse procedimento, as partes continuam com a prerrogativa de utilizar-se de todos os meios de prova, bem

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 64-65.

assim apresentar os argumentos fáticos e jurídicos necessários para influenciar o árbitro na resolução do conflito.

Neste sentido, não procede o argumento de que a arbitragem implica em renúncia de direitos, o que excluiria o Poder Público de sua utilização.

Quanto ao princípio da legalidade, assevera parte da doutrina que a Administração Pública não poderia se submeter à arbitragem por falta de lei expressamente a autorizando.

Contra esse argumento, sustenta outra parte da doutrina que a utilização do juízo arbitral pela Administração está prevista de forma genérica na legislação, nos seguintes dispositivos:

> Art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, o qual dispõe que *os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*;
>
> Art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe: *são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais*;
>
> Art. 11 da Lei nº 11.079, de 2006, segundo o qual impõe que *o instrumento convocatório conterá minuta de contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 1995, podendo ainda prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, 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, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.*

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[23], ao comentarem sobre esse aspecto, expõem que:

> A legislação sobre contratações públicas não é exaustiva quanto à instituição de modelos contratuais que podem ser empregados pela Administração. Muito pelo contrário. As contratações públicas foram disciplinadas de maneira genérica, prevendo-se cláusulas gerais que deveriam constar em qualquer tipo de pacto, mas sem excluir outras previsões. Qualquer modelo contratual previsto em lei, desde

23 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo.* Belo Horizonte, ano 2008, nº 248 maio/ago.

> que não contrarie as previsões específicas da Lei 8.666/93, pode ser empregado pelas entidades integrantes da Administração Pública.
>
> Assim ocorre com a arbitragem. Trata-se de um sistema de jurisdição privada, a ser aplicado mediante acordo entre as partes envolvidas. É, portanto, um tipo de contrato (ou de cláusula) que está à disposição das pessoas em geral, inclusive daquelas integrantes da Administração Pública, Na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estatais, como também não há em relação a qualquer outra espécie de pessoa. A lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente.

Em que pese a abalizada doutrina que defende a ampla aplicação da arbitragem aos conflitos envolvendo a Administração Pública, a verdade é que, nos dias atuais, esse mecanismo de resolução de conflito somente encontra-se expressamente previsto para controvérsias envolvendo a licitação e contratação sob o regime de parceria público-privada. Isso porque, para os contratos de concessão e permissão da prestação de serviços públicos a Lei nº 8.987, de 1995, apenas prevê o *modo amigável de solução das divergências contratuais*, o que não significa que a arbitragem foi o modo escolhido.

O que se depreender do presente exame legislativo é que a arbitragem poderá vir a ser aplicada à restrita temática dos contratos administrativos e isso inclui inclusive aqueles em que a Administração se iguala ao particular, como os regidos por normas de direito privado.

Quanto a esse aspecto, importante transcrever trecho do voto proferido nos autos do REsp nº 606.345[24], da lavra do Ministro João Otávio de Noronha:

> Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que 'as pessoas

24 REsp 606345/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 240.

> capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis'.
>
> Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.

Portanto, a jurisprudência entende que não se pode generalizar a utilização da arbitragem para todas as controvérsias envolvendo a Administração Pública como quer fazer grande parte da doutrina. É necessário refletir melhor acerca do tema e, se for o caso, promover-se estudos a fim de cunhar uma legislação própria que preveja a utilização da arbitragem pelo Poder Público, como fez o Estado de Minhas Gerais ao editar a Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte.

Quanto à mediação, também não existe norma legal dispondo sobre sua utilização pela Administração Pública, nos moldes utilizados nos Estados Unidos e na Argentina, mas, é preciso anotar a experiência positiva decorrente da atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal - CCAF, criada em 2007 por meio do Ato Regimental nº 05, da Advocacia Geral da União.

Trata-se de órgão integrante da Consultoria Geral da União[25], que foi concebida com a finalidade central de buscar a solução amigável para os conflitos envolvendo os diversos órgãos da União e as demais entidades da Administração Indireta Federal, evitando que haja litígios entre estes.

Em momento posterior, foi conferida à CCAF a competência para conciliar as demandas envolvendo a União e os Estados ou o Distrito Federal, com o objetivo de buscar uma maior aproximação entre estes, visando a diminuição da judicialização das controvérsias que eventualmente possam surgir, conferindo maior eficiência à implementação das políticas públicas.[26]

---

25 Art. 4º Integram a Consultoria-Geral da União:

[...]

VIII - a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF;

26 Artigo 1º da Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008: O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.

A CCAF tem por princípio disseminar a cultura conciliatória como mecanismo de pacificação dos conflitos de natureza administrativa com a racionalização de custos decorrente da redução de demandas administrativas e judiciais envolvendo organismos da administração federal.

Assim sendo, a principal função da CCAF é a de prevenir os litígios judiciais, bem como por termo a eventuais ações que já estejam em curso, o que contribui de maneira efetiva para desafogar o Poder Judiciário.

O trâmite dos conflitos que se encerram com a conciliação perante a Câmara é bem mais célere do que o das ações judiciais – em média, um processo submetido à CCAF é concluído em três meses. O processamento compreende o encaminhamento pelas entidades interessadas de documento escrito esclarecendo a controvérsia, devidamente instruído e apresentando os respectivos representantes, que se reúnem em sessões conciliatórias[27] e, na hipótese de composição, celebra-se um acordo que passará a surtir os seus efeitos depois de homologado pelo Advogado Geral da União.

Quando as partes não chegam a um consenso de maneira a encerrar o conflito, é elaborado um parecer pela Consultoria-Geral da União, que uma vez aprovado pelo Advogado-Geral da União, vincula as entidades Federais, o mesmo não acontecendo com os Estados e Municípios, ante a autonomia destes assegurada pela Constituição Federal.

O bom desempenho da CCAF tem firmado a convicção de que as entidades que integram a Administração Pública Federal possuem meios para solucionar administrativamente os seus conflitos e divergências, com maior eficiência e segurança. E dentro desta linha de busca da composição é imperioso que seja dado um passo a mais, para que se amplie e aperfeiçoe a estrutura tornando-a apta a solucionar conflitos de outras naturezas, a exemplo daqueles envolvendo a Administração e seus próprios servidores e indo mais além para compor controvérsia envolvendo os particulares.

Não obstante a boa prática apresentada pela CCAF é necessário que o Poder Público adote medidas mais proativas com a finalidade não apenas de terminar os conflitos já judicializados, mas, sobretudo, prevenir que os conflitos se judicializem.

Uma das alternativas que poderiam ser utilizadas seria a criação de mesas de conciliação e mediação no âmbito dos órgãos e entidades públicas, instaladas nos órgãos de execução da Advocacia Geral da União, compostas por Advogados Públicos capacitados para conciliar ou mediar conflitos não

27 Artigo 9º da Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007: O conciliador e os representantes dos órgãos e entidades em conflito deverão, utilizando-se dos meios legais e observados os princípios da Administração Pública, envidar esforços para que a conciliação se realize.

apenas entre os órgãos e entidades da Administração Pública, mas entre esta e o próprio administrado, seja pessoa física ou jurídica.

Em virtude da escassez de profissionais em determinados órgãos e entidades, não seria possível a designação de advogados para funcionarem exclusivamente nessa atividade, contudo é importante que seja firmado o marco, com a criação das mesas de conciliação e mediação como órgão legitimado para compor os litígios entre a Fazenda Pública federal e os particulares.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da função jurisdicional pelo Estado, que representou um considerável avanço da civilização a partir da Revolução Francesa, hoje caminha para o estrangulamento, diante da ineficiência e incapacidade estatal em resolver de maniera célere e eficaz os conflitos que lhes são submetidos.

A jurisdição vive uma crise na atualidade, que é consequência da dificuldade do próprio Estado em acompanhar a evolução dos direitos fundamentais que ditam a dinamização das relações sociais, não podendo, por este motivo, ser concebida isoladamente, ante a sua multiplicidade de fatores, contexto social que demanda uma imediata atuação estatal, sob pena de falência do próprio Estado, que já apresenta dificuldades em se desencumbir a contento da sua missão primordial, e que justifica a sua existência, de implementar adequadamente as políticas públicas.

Além disso, a crescente judicialização dos conflitos decorrente da cultura litigiosa, que ainda é dominante no Brasil, concebe a falsa percepção de que o Poder Judiciário é única via existente para a resolução de conflitos.

É fundamental que haja uma mudança de paradigma, a fim de que o Estado-juiz e a sociedade possam perceber a viabilidade de utilização dos meios alternativos de resolução de disputas, dentre os quis se destacam a arbitragem e a mediação, ressaltando-se que tal alteração de perspectiva precisa ir além da resolução pura e simples do conflito, para alcançar não só o fim da divergência, mas que seja perseguido o término da controvérsia com a manutenção e até o fortalecimento da relação social preexistente.

No âmbito da Administração Pública essa mudança de paradigma é salutar, tendo em vista que a sociedade não existe sem o Estado, que não sobrevive sem a sociedade, de maneira que a resolução de conflitos por meio de processos construtivos tem o papel de consolidar a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A Advocacia-Geral da União, instituição que exerce as atividades de consultoria, assessoramento jurídico e representa a União e as entidades que integram a Administração Indireta Federal judicial e extrajudicialmente deve fomentar a realização desses processos construtivos de resolução de controvérsias, a fim não apenas de por fim aos litígios judicializados, mas, principalmente, de implementar ações afirmativas na esfera administrativa, atuando de maneira a previnir a judicialização das demandas.

É necessário reconhecer que a União, as autarquias e fundações como atores principais das ações judiciais devem trabalhar proativamente para resolver os conflitos e não ficar esperando que a solução consensual seja dada pelo Poder Judiciário, por meio de campanhas de conciliação. A experiência positiva da Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal deve ser expandida, em especial com a ampliação de suas competências, a fim de se constituir como órgão legitimado a promover a resolução extrajudicial de conflitos surgidos no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, nestes incluídos os entre a Administração e seus próprios servidores e entre o poder público e o administrado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Manual de mediação judicial.* Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem:* Lei nº 9.307/96. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo.* 21. ed. rev. e atual. de acordo com q EC 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 81, v.1: *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*

FERNANDES JÚNIOR, Edson. *Mecanismos de resolução ao alternativa de conflitos como ferramentas de auxílio para construção da política judiciária no Brasil.*

KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça:* a função social do judiciário. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado.* Disponível em: < http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri20.pdf> Acesso em: 12/10/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: RT, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação:* estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* 20 ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996

SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6199>. Acesso em: 7 out. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo.* Belo Horizonte, ano 2008, n. 248 maio/ago.

IMUNIDADES DOS BANCOS CENTRAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO AMERICANO

CENTRAL BANK IMMUNITIES UNDER THE FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT OF 1976 (FSIA).

Júlia Wanderley Vale Cadete
Bacharela em Direto pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) Especialista em Direito Público pela Faculdade Integrada do Recife (FIR) Procuradora do Banco Central do Brasil.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regime jurídico das imunidades de jurisdição e execução no FSIA; 1.1 Imunidade de jurisdição; 1.2 Imunidade de jurisdição; 2 Estratégias executórias dos credores e a decisão da Corte de Apelações do Segundo Circuito; 2.1 Teoria do alter ego; 2.2 Teoria fundada na expressão "held for its own account"; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (FSIA) constitui a base normativa das imunidades garantidas, nos Estados Unidos, *às* autoridades soberanas estrangeiras. A interpretação de seus dispositivos tem se mostrado historicamente tortuosa, especialmente no que concerne à imunidade de execução dos bens dos bancos centrais. De um lado, há decisões judiciais que defendem o entendimento de que a imunidade de execução garantida pelo FSIA só é aplicável aos bancos centrais "independentes" de seus estados; de outro, alguns precedentes registram que aplicação dessa imunidade depende de que os bens da autoridade monetária sejam utilizados em "atividades de bancos centrais". O presente artigo pretende identificar a adequada interpretação das normas do FSIA, essencial para a atuação segura dos bancos centrais no mercado americano, o que será feito com o auxílio da doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos.

ABSTRACT: The American approach to foreign state´s immunity has been codified in the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (FSIA). The interpretation of its rules has not been simple, especially in regard to Central Banks' immunity from attachment and execution.
Some precedents state that the immunity provided to central bank assets in the FSIA depends on whether the central bank is "independent" from its parent state; others affirm that the immunity depends on whether the assets are used for "central banking activities".
The present article intends to indentify the best interpretation for the Act, based on doctrine and case law.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidades. Jurisdição. Execução. Banco Central. FSIA. Independente. Função.

KEYWORDS : Immunities. Jurisdictional. Execution. Central Bank. FSIA. Independent. Function.

INTRODUÇÃO

No Direito Internacional prevalecia, originalmente, a teoria da imunidade absoluta dos Estados, que não poderiam ser julgados perante uma corte estrangeira sem o seu consentimento, com fundamento no princípio "*par in parem no habet judicium/imperium*".

Nos Estados Unidos não era diferente. Em 1812, no caso *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, foi aplicada a teoria da imunidade absoluta de jurisdição, em razão da constatação de que entes soberanos *não poderiam* ser submetidos a julgamento sem que o seu poder e a sua dignidade fossem afetados[1].

O diplomata Paulo Henrique Gonçalves Portela[2], a esse respeito, assinala:

> A imunidade absoluta é consentânea com o espírito da época em que surgiu [ainda na Idade Média], em que o Estado nacional se consolidava, fenômeno que ocorreu sob a égide do absolutismo e, portanto, de idéias como 'o direito absoluto do Estado de se organizar, de não depender senão de seus próprios órgãos', a 'negação de subordinação ou limitação do Estado a qualquer outro poder, passando este a encerrar um poder supremo e independente' e a necessidade de oposição a poderes externos.

Mais tarde, notadamente entre o final do século XIX e a década de 60 do século passado, com a intensificação das relações entre os países, a possibilidade de responsabilização dos Estados estrangeiros passou a ser necessária, não sendo mais admitida a chancela irrestrita a ilícitos cometidos contra os particulares. A teoria inicial da imunidade de jurisdição absoluta, então, evoluiu para a chamada teoria relativa, atualmente prevalente no cenário internacional.

Segundo a teoria da imunidade de jurisdição relativa, um Estado pode ser lavado, contra a sua vontade, a julgamento perante uma corte estrangeira quando atua virtualmente equiparado a um particular, praticando "atos de gestão". Assim, apenas ao praticar "atos de império", relacionados com o exercício das prerrogativas soberanas, os estados gozam de imunidade de jurisdição.

---

1 HARVARD LAW REVIEW. *Too Sovereign to be sued:* Immunity of Central Banks in times of financial crisis. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/124/december10/Note_7618.php>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

2 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado.* 2. ed. Bahia: Juspodium, 2010. p. 167.

No que diz respeito *à* imunidade de execução, atinente à impossibilidade de se efetuar medidas constritivas aos bens de Estados estrangeiros, a questão ainda não está devidamente consolidada. Parte da doutrina defende que a referida garantia deve ser absoluta, com vistas a "*evitar desgastes nas relações internacionais e com fulcro na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, e de Relações Consulares, de 1963, que consagram a inviolabilidade dos bens das missões diplomáticas e consulares*"[3]. Há quem defenda, no entanto, a relativização da imunidade de execução, nos mesmos moldes referentes à imunidade de jurisdição.

Tais noções não decorrem de tratado, tendo sido estabelecidas no âmbito internacional por normas costumeiras[4]. Em alguns países, contudo, curiosamente os regidos pela *Common Law*, a matéria foi codificadas internamente. Nesse sentido, destacam-se as observações de Urquiza[5]:

> [...] paradójicamente, la inmunidad de los estados soberanos en los países sujetos al sistema del Common Law se determina actualmente mediante uma norma legal que codifica todo el derecho sobre el tema. Por el contrario, en los países com raigambre em el derecho continenal europeo (por ejemplo: Suiza, España y Alemania), la inmunidad soberana permanece em gran medida (como casi siempre há sido em la tradición del Derecho Romano) como uma interpretación jurídica basada exclusivamente em el estúdio de la jurisprudência de los tribunales competentes.

Os Estados Unidos disciplinam o assunto no *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* (FSIA), que trata das imunidades de Estados estrangeiros (*foreign states*), bem como de seus órgãos ou instrumentos (*its agencies or instrumentalities*), sob a ótica da teoria relativa. É justamente esse diploma legal que será estudado no presente artigo, com ênfase nos dispositivos que conferem imunidades de execução *especiais* aos bancos centrais.

Não é demais lembrar, a esse respeito, que tais entidades necessitam ter seus bens livres de quaisquer embaraços para, especialmente em tempos de crises financeiras, poderem desempenhar de forma adequada a suas funções soberanas na condução da política cambial e monetária.

---

3 PORTELA, op. cit., p. 171.

4 Ibidem. p. 167.

5 URIQUIZA, María Del Carmen, *La protección de las reservas de los bancos centrales y la ley de inmunidad soberana de los ee.uu.* La experiencia argentina. Disponível em: <http://www.cemla.org/pdf/legales/viii_urquiza_maria.pdf >. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

O FSIA possui um conjunto de normas que se presta a garantir esse ambiente de atuação propício *às autoridades monetárias*, mas também há motivação política para tanto.

Caso os recursos das autoridades monetárias fossem facilmente submetidos à execução, eles passariam a ser investidos fora dos Estados Unidos, em prejuízo à economia deste país[6]. *O próprio Congresso* americano, em seu relatório sobre a Lei (FSIA *House Report* 31), fez referência essa preocupação, *verbis*:

> If execution could be levied on such funds without an explicit waiver, deposit of foreign funds in the United States might be discouraged. Moreover, execution against the reserves of foreign states could cause significant foreign relations problems.

Não obstante, no cenário americano, os credores de Estados estrangeiros, em caso *sovereign default*[7], vêm tentando expropriar as reservas dos bancos centrais destes países mantidas no *Federal Reserve Bank of New York (FRBNY)*. A esse respeito, vale transcrever o seguinte excerto doutrinário[8]:

> For U.S. counterparties to transactions with sovereign governments, *central bank accounts with the Federal Reserve Bank of New York (FRBNY) are a ripe target for attachment. The FRBNY holds '$3 trillion in U.S dollar-denominated assets at the Bank, more than half of world's official U.S. dollar reserve'*. This presence in a single entity of a substantial portion of potential sources of income for expanding, litigious set of sovereign creditors has made the Southern District of New York the 'focal point venue in the emerging world of sovereign debt enforcement'. (Grifos nossos)

As diversas teses lançadas na justiça para atingir esses bens vinham em um ciclo de reconhecimento jurídico[9], o que levou alguns estudiosos a afirmarem que as imunidades previstas no FSIA não

6 BAXTER, JR. Thomas C, Remarks at the Central Reserve Bank of Peru on the Foreign Sovereign Immunities Act and Central Bank Immunity in the United States. Disponível em: <http://www.newyorkfed.org/newsevents/speeches/2010/bax101119.html>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

7 Não pagamento, dentro do prazo acordado, dos títulos emitidos por um país, seja do valor principal ou do acessório.

8 HARVARD LAW REVIEW, op. cit.

9 Nesse sentido, conferir os seguintes precedentes: Allied Bank Internacional v. Banco Crédito Agricola de Cartago; Republico f Argentina v. Weltover; e Weston Cie de Finance et D´investissement, S.A. v. Equador.

passavam de um mito[10]. Isso fez, também, com que diversos países passassem a depositar as reservas de seus bancos centrais no *Bank for International Settlement* (BIS), onde a imunidade é garantida, sem riscos legais aparentes.

Um caso emblemático sobre o tema, no qual foram solucionadas recentemente questões de *first impression*[11], *é* o proposto por EM LTD. e NML Capital Ltd. contra a República Argentina, figurando o Banco Central da República Argentina (BCRA) como parte interessada. Nele, as autoras, sob o argumento de que o BCRA não era uma entidade independente, mas o *alter ego* da República Argentina, pretendiam atingir as reservas internacionais da autoridade monetária depositadas no FRBNY, para quitar a dívida do Estado, o qual havia renunciado a sua imunidade.

A ação foi julgada procedente pela Corte Distrital de Nova Iorque, principal centro de disputas da espécie, tendo sido autorizadas medidas constritivas em aproximadamente 100 milhões de dólares em reservas do BCRA. Posteriormente, em 5 de julho de 2011, a decisão foi reformada pela Corte de Apela*ções* do Segundo Circuito[12] a qual entendeu que a garantia de imunidade dos bancos centrais não depende de estes serem entidades "independentes" dos Estados, mas apenas de que seus bens sejam utilizados "em funções de banco centrais".

Para a compreensão da relevância jurídica do referido precedente, faz-se necessário analisar as regras contidas no FSIA.

1 REGIME JURÍDICO DAS IMUNIDADES DE JURISDICÃO E EXECUÇÃO NO FSIA

O FSIA foi editado em 1976 para regular as imunidades de Estados estrangeiros, bem como de seus órgãos ou instrumentos. Em temos gerais, *são conferidas* imunidades aos entes soberanos (*foreing states, its agencies or instrumentalities*) quando estes atuam investidos de seus poderes estatais, mas não quando participam de "atividades comerciais".

Aos bancos centrais, por desempenharem funções críticas na economia mundial, foram garantidas algumas proteções adicionais referentes à execução, na forma da se*ção 1611*(b)(1) do FSIA.

Fixado esse panorama inicial, passa-se a análise das normas do FSIA.

---

10 URIQUIZA, op. cit.

11 A expressão se refere a casos em que não há precedente vinculante a ser seguido (*no binding authority*).

12 Inteiro teor da decisão disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1573075.html>.

1.1 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Os termos genéricos das imunidades de jurisdição estão disciplinados nas seções *1604 a 1607 do FSIA. Na* seção *1604*, estatui-se a regra geral de que "estados estrangeiros" detêm imunidade de jurisdição, os quais são definidos, na seção 1603, da seguinte forma:

> a) A *'foreign state'*, except as used in section 1608 of this title, *includes a political subdivision of state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).*
>
> b) An *'agency or instrumentality of a foreign state' means any entity:*
>
> 1) which is a *separate legal person*, corporate or otherwise, and
>
> 2) which is an *organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof*, and
>
> 3) which is neither a citizen of a State Of the United States as defined in section 1332 (c) and (d) of this title, *nor created under the laws of any third country.* (Grifos nossos)

Como se vê, a definição de "estados estrangeiros" é bastante ampla, de forma a englobar as suas subdivisões políticas, órgãos e instrumentos, também conceituados acima. A maioria dos bancos centrais se enquadrará como "*instrumentality of a foreign state*" e, portanto, será titular da imunidade de jurisdição garantida aos Estados estrangeiros. Tal enquadramento, contudo, *não é* presumido, constituindo ônus da prova do demandando demonstrá-lo em juízo.

O FSIA, nas seções 1605 a 1607, estabelece algumas exceções à imunidade de jurisdição, sendo a estatuída na seção 1605(a)(2)[13], atinente às "atividades comerciais", a que mais afeta as autoridades monetárias. A respeito dela, Urquiza observa:

---

13 A seção1605 dispõe: "(a) *A foreign state shall not be immune from the Jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case* [...] *(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;*"

> [...] no se reconocerá inmunidad si la demanda judicial se fundamenta en una actividad comercial desarrollada por el estado extranjero en Estados Unidos, un acto ejecutado en Estados Unidos con relación a una actividad comercial emprendida por el estado extanjero en otra parte o un acto realizado fuera de Estados Unidos con relación a una actividad comercial que tenga un efecto directo em Estados Unidos[14].

A expressão "atividade comercial" *é* conceituada na seção 1603(d)[15], segundo a qual, no intuito de se identificar se uma atividade *é* comercial, o que deve ser levar em conta *é a natureza* do ato praticado e não os seus *propósitos*. A Suprema Corte, no caso *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, teve a oportunidade de destrinchar o conceito e entendeu que "atividades comerciais" *são aquelas que podem ser desem*penhas por particulares, *verbis*:

> [T]he question is not whether the foreign government is acting with a profit motive or instead with the aim of fulfilling uniquely sovereign objectives. Rather, *the issue is whether the particular actions that the foreign state performs (whatever the motive behind them) are the type of actions by which a private party engages in 'trade and traffic or commerce'*[16]. (Grifos nossos)

Nesse contexto, ao analisar a emissão de títulos pela Argentina, a Suprema Corte concluiu que essa atividade, embora tenha feita para conduzir uma crise fiscal doméstica, *é* comercial, já pode ser desempenhada por particulares.

À luz do critério descrito, verifica-se que boa parte das atividades dos bancos centrais (investimentos em dólar, em títulos etc.), com ressalva *à* supervisão e regulamentação, será considerada comercial[17] e, portanto, enquadrável na exceção prevista na sessão 1605(a)(2). Disso decorre que a garantia de imunidade de *jurisdição* das autoridades monetárias é bastante restrita no âmbito do FSIA.

Outra importante exceção relaciona-se com a possibilidade de renúncia, explícita ou implícita, à imunidade de jurisdição. A renúncia explícita normalmente é resultado de negociações, nas quais os investidores privados estão sempre motivados a demandá-la. Ao

14 URIQUIZA, op. cit.

15 Nos termos da seção 1603(d), *"A 'commercial activity' means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose"*.

16 HARVARD LAW REVIEW, op. cit.

17 URIQUIZA, op. cit.

analisar o instituto, fora do contexto específico do FSIA, a doutrina de direito internacional público destaca a sua utilização corriqueira:

> Não é incomum um Estado renunciar a sua imunidade de jurisdição. Isto normalmente é feito por meio de um *tratado*, mas também pode se dar em virtude da conclusão de um *contrato*, no qual expressamente se preveja a renúncia à imunidade. Tal normalmente se dá quando o Estado conclui contratos internacionais de crédito com bancos privados estrangeiros (pois quando o contrato de empréstimo tem natureza *pública*, ou seja, quando é concluído com *outro estado*, não se tem dúvida que há aí imunidade de jurisdição). Não raras as vezes se veem governos com dificuldades nas suas balanças de pagamentos serem praticamente coagidos por bancos comerciais internacionais (dos quais são devedores) a inserir nos contratos de empréstimos com eles concluídos cláusulas de renúncia à sua imunidade jurisdicional, para o fim de verem-se processados no foro escolhido pelo banco credor[18]. (Destaques do original)

No que tange às renúncias implícitas, estas tem sido reconhecidas pelas cortes americanas nas situações em que o "estado estrangeiro":

a) aceita se submeter à arbitragem nos Estados Unidos;

b) acorda que a lei que regerá o contrato será a lei americana (federal ou estadual); ou

c) submetido a julgamento em uma corte americana, deixa de argüir a sua imunidade[19].

Verificadas a ocorrência das exceções à imunidade de jurisdição analisadas acima, relativas à prática de "atividades comerciais" ou à renúncia, o estado estrangeiro, seus órgãos ou instrumentos poder*ão* ser submetidos a julgamento perante uma corte americana, mesmo contra a sua vontade.

1.2 IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

As normas gerais referentes às imunidades de execução estão previstas nas se*ções 1609* a 1611 do FSIA. A sessão 1609 estatui a regra

18 MAZZUOLI. Valério de Oliveira, *Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 543-544.

19 BAXTER, JR. Thomas C., op. cit.

geral de que as propriedades de Estados estrangeiros situadas nos Estados Unidos são imunes a medidas de execução (*attachment and execution*), salvo se aplicáveis alguma das exceções previstas nas sessões 1610 e 1611.

Na seção 1610 – entre outras exceções, que não convêm ressaltar dados os propósitos do presente artigo – afasta-se a incidência da imunidade sobre bens do Estado estrangeiro utilizados para "atividades comerciais" nos Estados Unidos e, também, no caso de renúncia, implícita ou explícita[20], mas isso não é suficiente para que a execução seja possível.

É necessário que os referidos bens estejam situados nos Estados Unidos e tenham sido utilizados em "atividades comerciais" neste país, quando do protocolo do *writ of attachment or execution.* Nesse sentido, compilam-se as ponderações de Bexter:

> Section 1610 authorizes attachment or execution against the property of a foreign state that is used for commercial activity in the United States where the foreign state has waived immunity from attachment or execution. It is noteworthy that even where a foreign state has waived its immunity, its property will not automatically be subject to attachment or execution under Section 1610. *Before permitting attachment or execution of a foreign state's property, U.S. courts require a showing that the property in question is located in the United States, and was used for commercial activity in the United States at time the writ of attachment or execution was issued.* (Grifos nossos)

O preceito que mais interessa aos propósitos desse artigo, no entanto, é o previsto na seção 1611(b)(1), transcrito adiante, que se refere especificamente aos bancos centrais, afastando a aplicação das exceções estatuídas na seção 1610, nos seguintes termos:

> "(b) *Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter, the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution, if - (1) the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account, unless* such bank or

20 "§ 1610. Exceptions to the immunity from attachment or execution

«(a) The property in the United States of a foreign state, as defined in section 1603(a) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a Judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if - "(1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or "(2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or[…]". (Grifos nossos)

> authority, or its parent foreign government, has *explicitly waived* its immunity from attachment in aid of execution, or from execution, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the bank, authority or government may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver". (Grifos nossos)

De acordo com o dispositivo, será garantida imunidade de execução aos bens de bancos centrais ou de autoridades monetárias estrangeiras, mantidos por conta própria (*held for its own account*), desde que não tenha havido renuncia *expressa*, de sua parte ou de seu Estado. Como se vê, n*ão se atribui* à renúncia implícita o poder de afastar a aplicação da imunidade, o que consubstancia norma mais benéfica em relação à prevista na seção 1610.

Além disso, aos bancos centrais não se confere o poder de renunciar à garantia que impede sejam tomadas contra si medidas executórias *prévias* à sentença (*prejudment attachment*), como as de natureza cautelar. Isso porque a seção 1611(b)(1), ao contrário da seção 1610(d), somente menciona a possibilidade de ren*ú*ncia dos bancos centrais à execução posterior a sentença.

N*ão há margem*, portanto, para negociação privada da inserção desse tipo de renúncia em contratos, já que não é permitida pela lei. A vedação representa uma garantia adicional às autoridades monetárias que investem nos Estados Unidos e há motivação pol*ítica* para que exista, conforme assinala Bexter:

> Prejudgment attachment allows a plaintiff to encumber funds before the legal theories and proof are tested in a court room. We can all imagine what an attractive target Central Bank reserves must present for a plaintiff seeking to realize on what he hopes will be substantial judgment. Given this, without the beneficial protection conferred by Section 1611(b)(1), Central Banks could find their assets tied up in litigation. *From a policy perspective, a license to hunt down Central Bank assets would be unacceptable due to the significant U.S. interest in encouraging U.S. investment by Central Banks, and to the foreign interest in protecting national savings.* (Grifos nossos)

É imperioso ressaltar, ainda, que não há na norma em exame qualquer exceção referente à prática de "atividades comerciais" e nem faria sentido que houvesse. Caso esse tipo de exceção estivesse prevista, a imunidade de execução dos bens dos bancos centrais não teria qualquer efeito prático, já que estes são utilizados freqüentemente em operações,

com fins regulatórios, que podem ser enquadradas como "atividades comerciais", no sentido definido em *Weltover*.

Vale dizer, contudo, que interpretação das normas constantes da seção 1611(b)(1) na forma acima descrita, segundo a qual a única forma de execução dos bens dos bancos centrais seria através da renúncia explícita (imunidade absoluta), *não* foi adotada pelas cortes, conforme será examinado no próximo tópico.

2 ESTRATÉGIAS EXECUTÓRIAS DOS CREDORES E A DECISÃO DA CORTE DE APELAÇÕES DO SEGUNDO CIRCUITO

Na tentativa de sujeitar os bens dos bancos centrais a medidas de execução (*attachment and execution*), os credores utilizaram basicamente duas estratégias: uma referente à teoria do *alter ego* e outra fundada na interpretação da expressão "*held for its own account*", contida na seção 1611(b)(1). Cada uma dessas estratégias será analisada adiante, seguida da decisão da Corte de Apelações do Segundo Circuito, a qual exerce jurisdição sobre Estado de Nova Iorque, principal centro de disputas da espécie.

2.1 TEORIA DO ALTER EGO

A teoria do *alter ego* foi utilizada, recentemente, pelos credores da República Argentina em ação proposta perante a Corte Distrital de Nova Iorque. A tese tem por fundamento uma decisão, de 1983, conhecida como *Banced*, na qual figuraram como partes *First National City Bank* e *Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*.

Nela, a Suprema Corte americana entendeu que um instrumento do governo (*government instrumentality*), criado como entidade jurídica distinta e independente do Estado, deve ser tratado como tal, não podendo um ser tido como responsável pelos débitos do outro. No entanto, a regra geral não deveria ser aplicada se a entidade fosse tão controlada por seu proprietário a ponto de uma relação de "principal" e "agente" ser criada; ou, se verificado que o *status* autônomo do instrumento do governo enseja fraude ou injustiça.

Valendo-se deste precedente, os citados credores asseveraram em juízo que o constante despeito por parte da República Argentina da independência do BCRA o teria transformado no mero *alter ego* desta. Segundo eles, nos termos relatados pela Corte de Apelações, a República "*had exploited the legal fiction of [that] independence unjustly and fraudulently to avoid paying creditors like [plaintiffs]*".

A Corte Distrital de Nova Iorque julgou a ação procedente, afirmando que, de fato, o constante desrespeito por parte da República da independência do BCRA autoriza a conclusão de que este não possui existência jurídica autônoma (*juridical separateness*), com fundamento no caso *Banced*. Na decisão, narrada no julgamento da Corte de Apelações, ponderou-se:

> BCRA did the Republic´s bidding in two important respects. First, BCRA issued the pesos in sufficient amounts to purchase billions of U.S. dollars. Second, BCRA took [those dollars] and paid the Republic´s debt to the IMF.
>
> This demonstrated that Republic could draw on the resources of BCRA at will. The Republic ignored the mandate of BCRA´s charter, which provided that BCRA would not be subjected to any order or instruction of the National Executive in connection with the implementation of monetary and financial policy. The management of BCRA posed no obstacles to Republic's use of the resources of BCRA exactly as the Republic wished. The Republic's control in regard was complete.

Afastada a existência jurídica autônoma do BCRA, entendeu-se que os fundos deste, os quais estavam depositados no FRBNY, são na verdade da República, sendo inaplicáveis as regras contidas na seção 1611(b)(1), destinas às autoridades monetárias. Além disso, à luz da seção 1610, aduziu-se que como tais fundos foram utilizados em "atividades comerciais" nos Estados Unidos – porque empregados em atividades bancárias tradicionais, as quais podem ser desempenhadas por particulares – estão desprovidos de imunidade. Asseverou-se, também, que por ter a República renunciado à imunidade *seus* bens, isso incluiria os do BCRA.

Pelo exposto, verifica-se que para a Corte Distrital de Nova Iorque a imunidade prevista na seção 1611(b)(1) somente é aplicável a bancos centrais independentes de seus estados. No entanto, conforme se verá, esse posicionamento não é o mais adequado, seja por não atender aos objetivos do FSIA e seja por não possuir amparo na lei.

A Corte de Apelações do Segundo Circuito, examinando o recurso da República Argentina, do BCRA e as petições dos Estados Unidos e do FRBNY – os quais intervieram no feito na qualidade de *amicus curiae* – sustentou que a linguagem, estrutura e história da se*ção 1611(b)(1)* imuniza os bens de um banco central ou autoridade

monetária, mantidos por conta própria, sem considerar se estes são "independentes" de seus estados.

Assim, o fato de uma relação de principal e agente ter sido criada, nos termos do caso *Banced*, seria irrelevante. Para essa Corte, os benefícios especiais concedidos pela lei aos bancos centrais, por interesse estatal, devem ser respeitados, não devendo o precedente judicial ser utilizado para torná-los inaplicáveis, *verbis*:

> [...] foreign central banks are not treated as generic 'agencies and instrumentalities' of a foreign state under FSIA; they are given *'special protections' benefitting the particular sovereign interest in preventing attachment and execution of central bank property [...]. Plaintiff cannot evade this statutory requirement by using Banced to turn assets that would otherwise be considered property of a central bank held for its own account into property of the Republic that is not entitled to immunity.* (Grifos nossos)

Na decis*ão*, *verificou*-se que a interpretação literal dos termos FSIA demonstra que a única exigência existente para garantir a imunidade da seç*ão 1611(b)(1) é que os bens do banco central sejam* mantidos por conta própria (*held for its own account*), não havendo qualquer referência à necessidade de "independência", daí a inadequação desse requisito.

Consignou-se, também, que a análise do contexto histórico do ato revela que à época de sua edição, em 1976, a maioria dos bancos centrais funcionava como departamento dos ministérios de finanças. Dessa forma, não faria sentido concluir que o Congresso pretendeu editar uma norma, elaborada para prevenir problemas nas relações entre países, que deixaria de imunizar parte significante das reservas dos bancos centrais mantidas nos Estados Unidos.

Por fim, outro argumento utilizado pela Corte para afastar a exigência de "independência", relaciona-se com a constatação de que a linguagem adotada na seção 1611(b)(1) sugere que o Congresso estava atento ao fato de que os bens de um banco central também poderiam pertencer ao estado, *verbis*:

> As the United States, appearing as *amicus curiae*, observes, 'if Congress had intended to limit § 1611(b)(1) to independent central banks, one would have expected the introductory language of the subsection—'Notwithstanding the provisions of section 1610 of this chapter'—to refer only to § 1610(b), which provides for execution or attachment of the property of state agencies and instrumentalities, rather than

> to § 1610 as a whole.' United States *Amicus* Br. 6–7. But § 1611(b)(1) refers to § 1610 in its entirety—including those provisions of § 1610 applicable only to foreign states. Therefore, the statute seems to anticipate the possibility that property held by the central bank may also be property of the sovereign state.

Assim, após afirmar que a imunidade dos fundos do BCRA mantidos no FRBNY não *é condicionada pela* "independência" deste em relação à República, mas por tais fundos serem "mantidos por conta própria" (*held for its own account*), nos termos da seção 1611(b)(1), a Corte achou por bem firmar o conceito da expressão, conforme será visto adiante, uma questão de *first impression* no Circuito.

2.2 TEORIA FUNDADA NA EXPRESSÃO "HELD FOR ITS OWN ACCOUNT"

Conforme relatado pela Corte de Apelações, foram apresentadas três possíveis interpretações para a expressão "*held for its own acount*": uma pelo BCRA, uma pelo FRBNY e uma pelos autores. Estes últimos, por intermédio de uma construção gramatical e sintática dos termos da seção 1611(b)(1), afirmaram que "*[p]roperty of a central bank is 'held for its own account' when it is held for [the central bank's] own profit or advantage.*"

A interpretação, que serve de reforço a teoria do *alter ego*, pretende dissociar os interesses dos bancos centrais dos de seus estados, de maneira que apenas as operações empreendidas no interesses daqueles estariam providas de proteção. No caso concreto, como os fundos depositados no FRBNY foram utilizados para pagar os débitos da República Argentina com o Fundo Monetário Internacional, eles não seriam "*held for its* [central bank´s] *own account*", não estando protegidos pela garantia de imunidade prevista na seção 1611(b)(1).

Analisando, os argumentos dos autores, a Corte asseverou que a pretendida dissociação de interesses não encontra amparo na estrutura do FSIA, nem nos próprios propósitos de um banco central, *verbis*:

> Plaintiffs' definition is novel but cannot be correct. BCRA is charged by statute with power and responsibility over, among other things, issuing and monitoring the stability of the Argentine peso, establishing and implementing monetary policy, investing reserves, acting as the Republic's financial agent and as depository and

> agent for the Republic before "international monetary, banking and financial entities," and regulating the Argentine banking system and financial sector. See BCRA Charter Arts. 1–60; JA Vol. V at 763–75. *These are all traditional activities of central banks*, see Ernest T. Patrikis, Foreign Central Bank Property: Immunity from Attachment in the United States, 1982 U. Ill. L.Rev. 265, 274 n. 37 (1982) (enumerating "functions of central banks"), *which are performed "in the national economic interest*," de Kock, Central Banking at 22. *They are also, to a one, functions which defy any attempt to divide the interest of the central bank from that of the state it serves.* (Grifos nossos)

O FRBNY, na qualidade de *amicus curiae*, propôs um teste baseado somente na linguagem do FSIA, chamado de "*plain language test*". Segundo este teste, os fundos de um banco central seriam considerados "mantidos por conta própria" (*held for its own account*) se estivessem depositados em uma conta no seu nome, em razão do princípio de direito bancário que estabelece que o balanço positivo em uma conta reflete um débito do banco em relação ao depositário.

O teste sugerido pelo FRNY, que aparenta adotar a teoria da imunidade absoluta, possui o mérito de ser bastante objetivo, reduzindo o risco legal para os bancos centrais. No entanto, a Corte, apesar de reconhecer a sua utilidade, afirmou:

> Indeed, in 1993, the district court in Weston Compagnie de Finance et D'Investissement, S.A. v. La Republica del Ecuador concluded—without referring to it by name—that *the "plain language" test is a necessary but not sufficient condition for central bank property immunity under § 1611(b)(1).* 823 F.Supp. 1106, 1112 (S.D.N.Y.1993) ("Any funds in an account in the name of a foreign central bank are thus funds 'of' that foreign central bank. *To say that, however, does not end the inquiry. Such funds are, under § 1611(b)(1), immune from attachment only if 'held for [the foreign central bank's] own account.*

Já o BCRA, em suas razões, aduziu que uma propriedade de um banco central é "mantida por conta própria" quando utilizada em "atividades de bancos centrais" (*central banking activities test*). Esse entendimento também foi adotado pelo Congresso em seu relatório sobre o FSIA (FSIA *House Report* 31), no qual consignou:

> Section 1611(b)(1) provides for the immunity of central bank funds from attachment or execution. *It applies to funds of a foreign central bank*

> *or monetary authority which are deposited in the United States and "held" for the bank's or authority's "own account"—i.e., funds used or held in connection with central banking activities, as distinguished from funds used solely to finance the commercial transactions of other entities or of foreign states.*

A Corte de Apelações apontou a seguinte dificuldade no chamado "*central banking activities test*": o relatório do Congresso distingue as propriedades usadas ou mantidas em conexão com atividades de bancos centrais, que são imunes, daquelas usadas somente para financiar transações comerciais. No entanto, a estrutura do FSIA sugere que uma propriedade usada para atividades comerciais e uma propriedade de um banco central mantida por sua própria conta não se enquadram em categorias que se excluem mutuamente.

Para chegar a essa conclusão, valeu-se das lições da Corte Distrital de Nova Iorque explanadas no caso *Weston*, *verbis*:

> U.S.C. *§ 1611(b)(1), in other words, is an exception to § 1610, providing for immunity from attachment that would otherwise be allowed by § 1610. Without § 1610, no property of a foreign state would be subject to attachment; § 1610, however, allows attachment only of property 'used for a commercial activity'. The property referred to in § 1611(b)(1) therefore must be property used for a commercial activity: if it were not, it would not be attachable at all. It follows that a showing that property of a central bank is used for a commercial activity does not, of itself, exclude it from the immunity granted by §1611(b)(1).* (Grifo nosso)

Sendo assim, para resolver essa tensão, a Corte adotou um teste, suavemente modificado, para identificar as hipóteses em que a imunidade será aplicável. De acordo com esse teste – que combina elementos do "*plain lenguage test*" e do "*central bank activities test*" – quando um fundo estiver em uma conta em nome de um banco central ou de uma autoridade monetária será, presumivelmente, imune, nos termos da seção 1611(b)(1). Tal presunção será afastada se demonstrado, com especificidade, que tais fundos não estão sendo utilizados em "*funções de bancos centrais*", em seu sentido usual, *independentemente de possuírem natureza comercial.*

A solução encontrada pela Corte de Apelações possui o mérito de conjugar os interesses públicos e privados em tensão. De um lado, resguarda os interesses dos bancos centrais, que poderão desempenhar suas funções soberanas no mercado americano com riscos legais reduzidos; de outro, preserva o interesse dos credores na medida em

que prevê a possibilidade de reparação dos prejuízos que lhe foram causados por bancos centrais fora do exercício de suas funções próprias.

No entanto, é de se observar que não foi delimitado na decisão o que são "*funções de bancos centrais*" e, portanto, haverá margem de argumentação – embora com limites – para que uma atividade seja, ou não, incluída no conceito, conforme conveniência.

3 CONCLUSÃO

A decisão Corte de Apelaç*ões* do Segundo Circuito sinaliza para o fim da discussão acerca de questões relativas às imunidades soberanas que vinham sendo travadas há décadas nas cortes americanas. Fixou-se a adequada interpretação da expressão "*held for its own account*", objeto de diversas divergências, e deixou-se clara a intenção, baseada em razões políticas, de se preservar a proteção especial conferida aos bens dos bancos centrais.

É importante consignar, a esse respeito, que a referida decisão não é vinculante para as cortes distritais que não estejam submetidas à jurisdição do Segundo Circuito, tampouco para outras Cortes de Apelação, possuindo, em relação a elas apenas caráter persuasivo. Não obstante, o fato de ter sido proferida pela corte com mais expertise no assunto – por exercer jurisdição sobre Estado de Nova Iorque, um dos maiores centros financeiros do mundo – sugere que o precedente será seguido.

Assim, pode-se afirmar que há, atualmente, uma delimitação mais clara do nível de proteção que os bancos centrais gozam no âmbito do FSIA, o que enseja a redução significativa do risco legal a que tais entidades estão sujeitas ao atuar no mercado americano. *Há de se ressaltar*, a título comparativo, que mesmo com a decisão acima, ainda há outros ordenamentos jurídicos mais propícios *à atuação das* autoridades monetárias.

No Reino Unido, por exemplo, a matéria est*á disciplinada no State Immunity Act* (SIA) de 1978, o qual não admite que as propriedades dos bancos centrais ou autoridades monetárias sejam encaradas como utilizadas para propósitos comerciais para o fim de afastar a imunidade, nos termos da seção 14(4)[21]. Sobre o assunto vale transcrever as seguintes constatações:

> As a consequence, under UK law the assets of a foreign central bank or monetary authority are (other than with the written consent

21 *"Property of a state's central bank or other monetary authority shall not be regarded for the purpose of Sub-Section (4) of Section 13 above as in use or intended for use for commercial purposes; [...]".*

> of the central bank or monetary authority concerned) *immune* from enforcement proceedings and cannot be seized in execution of judgment. *This immunity in favour of a foreign central bank or monetary authority is not limited to assets required or used in connection with sovereign or other non-commercial functions, nor is it limited to where the central bank or monetary authority is performing (whether in whole or part) central bank functions*[22]. (Grifos nossos)

Essa sutil diferença de tratamento jurídico, no entanto, *não deve fazer* com que os Estados Unidos deixem de ser considerados pelos bancos centrais estrangeiros como um local interessante para aplica*ção das* reservas internacionais, seja por conta da histórica estabilidade do dólar, seja por conta da diversidade de investimentos disponíveis neste país.

REFERÊNCIAS

BAXTER, JR. Thomas C. *Remarks at the Central Reserve Bank of Peru on the Foreign Sovereign Immunities Act and Central Bank Immunity in the United States.* Disponível em: <http://www.newyorkfed.org/newsevents/speeches/2010/bax101119.html>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

HARVARD LAW REVIEW. *Too Sovereign to be sued: Immunity of Central Banks in times of financial crisis.* Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/124/december10/Note_7618.php>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

EUROPEAN COMMISSION. *Green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgements in the European Union: the attachment of bank accounts sec (2006) 1341. UK perspective.* Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/other_authorities/bank_of_england_en.pdf >. Acesso em: 12 de outubro de 2011.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público.* 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado.* 2. ed. Bahia: Juspodium, 2010.

22 EUROPEAN COMMISSION, *Green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgements in the European Union: the attachment of bank accounts sec (2006) 1341. UK perspective.* Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/other_authorities/bank_of_england_en.pdf >. Acesso em: 12 de outubro de 2011.

ROS. Pablo M. *The Elliot Acropolis? An Analysis of the Individual Creditor Sovereign Debt Enforcement Mechanisms*. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/llm/select-papers-from-the-seminar-in-international-finance/llm-papers-2010-2011/ros.pdf>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

URIQUIZA, María Del Carmen. *La protección de las reservas de los bancos centrales y la ley de inmunidad soberana de los ee.uu. La experiencia argentina*. Disponível em: <http://www.cemla.org/pdf/legales/viii_urquiza_maria.pdf>. Acesso em: 6 de outubro de 2011.

VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. *Bancos Centrais no Direito Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOÇÕES GERAIS SOBRE O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO COMMON LAW

AN OVERVIEW ABOUT THE FUNCTIONING OF THE BINDING PRECEDENT SISTEM IN COMMON LAW

Léa Émile M. Jorge de Souza
Procuradora Federal, especialista em Direito Processual Civil e Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Precedente Judicial; 2 Natureza Jurídica do Precedente Judicial; 3 Precedentes Persuasivos X Precedentes Obrigatórios; 4 Organização Judiciária Norte americana; 4.1 Organização das cortes federais;4.2 Organização das cortes estaduais; 5 Ratio Decidendi X Obiter Dictum; 5.1 Ratio Decidendi; 5.2 Obiter dictum; 6 Exceções À Obrigatoriedade dos Precedentes e sua Forma de Revogação; 6.1 Distinguishing; 6.2 Alterações das circunstâncias; 6.3 Decisões per incuriam; 6.4 Existência de decisões contraditórias de mesma hierarquia; 6.5 Reversal; 6.6 Overruling; 7 Eficácia Temporal da Decisão que Anuncia uma Nova Regra; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO*:* O artigo faz uma breve análise acerca dos caracteres essenciais constitutivos de um precedente vinculante. Inicia-se fazendo uma sintética introdução acerca das origens do *common law* e do princípio do *stare decisis*. Em seguida, passa-se à análise dos elementos caracterizadores dos precedentes, abordando o seu conceito, a sua natureza jurídica e fazendo um rápido exame da organização judiciária dos Estados Unidos. Inicia-se, então, um estudo acerca do alcance da vinculatividade dos precedentes através, primeiramente, de incursões sobre a definição do que constitui a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* e, posteriormente, da apresentação das principais técnicas utilizadas na não aplicação e revogação dos precedentes. Por fim, aborda-se o tema da eficácia temporal de precedente que anuncia nova regra para, finalmente, concluir sobre a impossibilidade de uma futura aplicação da doutrina dos precedentes obrigatórios no Brasil.

ABSTRACT*:* The article makes a brief analysis about the essential features that constitute a binding precedent. Initiates by making a summary introduction about the origins of common law and about the principle of *stare decisis*. Then move on to the analysis of the main elements of the precedent, addressing the concept and its legal nature and, making a quick examination of the judicial organization of the United States. It starts, then, a study of the reach of the binding precedent through, at first, to raids on the definition of what constitutes the *ratio decidendi* and the *obiter dictum* and, later, by presenting the main techniques used in the non-application and overrule of the precedent. Finally, its approach the issue of the temporal efficacy of a precedent that announces a new rule to, finally, conclude about the impossibility of a further use of the binding precedent doctrine in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Funcionamento. Mecanismo. Alcance. Vinculatividade. Precedente. *Common law.*

KEYWORDS: Functioning. Mechanism. Reach. Binding. Precedent. Common law.

INTRODUÇÃO

Durante muitos séculos após a queda do império romano no ocidente o cenário jurídico europeu era praticamente uniforme, baseava-se em regras não escritas, na prática negocial e nos tribunais locais. Somente entre os séculos XII e XIII, em decorrência do descobrimento do *Corpus Iuris Civilis*, pode-se afirmar que houve uma ruptura entre a evolução do direito na Europa continental, especialmente na França e na Itália, e entre a evolução do direito na Inglaterra.

No século XI foi descoberto o *Corpus Iuris Civilis* que consistia em uma compilação de textos da época romana e que havia sido elaborado no século IV por determinação de Justiniano que pretendeu consolidar diversos documentos jurídicos romanos em um único *corpus*. Na realidade, esses textos não possuíam relação entre si e tratavam-se de escritos esparsos que ora retratavam o julgamento de casos, ora escritos doutrinários, ora escritos de lei. No entanto, os descobridores de tais textos os consideram superiores ao direito então predominante e iniciaram um estudo aprofundado e sistematizado de tal documento, com a finalidade de encontrar harmonia e coerência entre esses textos, o que se deu principalmente na Itália e na França. O descobrimento desses textos coincidiu com o surgimento das universidades, o que fez com que o seu estudo acabasse ficando restrito às castas de pensadores sofisticados.

Por outro lado, na Inglaterra, já havia sido estabelecido um direito autônomo, baseado na prática cotidiana que era considerado por todos como adequada. Já existia uma centralização judiciária e uma homogeneidade da classe forense e, por tais motivos, as tentativas de iniciar estudos do *Corpus Iuris Civilis* naquela nação não tiveram muita repercussão. Ademais, acrescente-se que a Inglaterra já se consistia em um Estado unitário sob o governo de um rei (a Itália e a Alemanha eram descentralizadas, dividida em comunas e pequenos reinos) e muitos reis rejeitaram o estudo do direito romano, tendo Henrique III, inclusive, proibido o estudo das *leges*.

Assim, o sistema jurídico inglês manteve-se baseado no julgamento dos casos concretos, aplicando regras baseadas nos costumes e nas decisões dos reis ou dos juízes, que iam sendo catalogados nos *statute books*, contendo, assim, os costumes da corte. Nessa época ainda não havia obrigatoriedade em seguir os precedentes, porém, já existia uma preocupação com os julgamentos contraditórios e com a necessidade de decidir casos similares de maneira semelhante. Criou-se o hábito de catalogação das decisões judiciais que continham os argumentos das partes e as observações do juiz e que consistiam em verdadeiro

repositório de doutrina judicial e que tinha por fim auxiliar no ensino jurídico. Esses repositórios passaram a ser chamados de *year books*.

No século XVI essas compilações foram substituídas pelos *Law Reports* que foram objeto de atenção de Edward Coke, hoje considerado o fundador da doutrina dos precedentes. Este jurista empreendeu muitos esforços em sistematizar e organizar os repertórios de jurisprudência, preservando o talento dos juízes do passado e concedendo maior importância às decisões recentes. Coke tentava, ainda, classificar os precedentes, conciliando e distinguindo as decisões divergentes, o que facilitava a citação dos precedentes.

Nessa época ainda não existia qualquer obrigatoriedade em se aplicar um precedente anterior, porém, o judiciário inglês já era imbuído de uma forte tendência em se combater os julgamentos contraditórios e em se escolher proferir solução semelhante para casos similares. Essa tendência de aplicação dos precedentes decorria do entendimento de que deveria ser conferida à população previsibilidade (*predictability*), igualdade (*equality*), consistência (*consistency*) e estabilidade (*stability*). Somente a partir do século XIX, no julgamento *Beamisch v. Beamisch*, quando a *House of Lords* estabeleceu que estaria obrigada a seguir suas próprias decisões, ficou reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial.

O *Common law*, que teve sua origem na Inglaterra, irradiou-se para boa parte de suas colônias, sendo que, hoje, os dois maiores representantes desse sistema são o próprio Reino Unido, que o mantém em uma versão mais rígida, e os Estados Unidos que possuem um *common law* mais flexível. A expressão *common law* pode ser traduzida como "direito comum" e é justamente isso que esse sistema sempre representou: um direito baseado nas regras do homem comum, ou seja, baseada nos costumes e que considera os casos concretos como fonte do direito. Pode-se, assim, afirmar que a construção do *common law* se deu a partir de uma noção de Direito através dos tempos, dos costumes consolidados, como sendo um exemplo vivo da idéia histórica de Direito.

Para os estudiosos do Direito, egressos de países que adotaram o sistema proveniente do *civil law*, não há muita dificuldade em entender a lógica da doutrina dos precedentes, no entanto, levanta muita dificuldade a compreensão da sistemática de funcionamento e operacionalização deste sistema no dia-a-dia dos juristas dos países de *common law*, já que a lógica da tomada de decisões acaba seguindo uma ordem inversa à da que é utilizada onde se adotou o sistema legalista.

Assim, o propósito do presente estudo é lançar um pouco de luz aos mecanismos que envolvem a tomada de decisões com base no respeito ao *stare decisis*, com vistas a uma melhor assimilação desse sistema alienígena

que tanta influência vem exercendo sobre as constantes reformas no ordenamento brasileiro, especialmente, no que tange ao processo civil.

1. CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

À princípio, poder-se-ia afirmar que toda decisão judicial constitui um precedente. No entanto, o conceito de precedente judicial, na realidade, depende da sua análise dentro de determinado sistema jurídico. A conceituação de tal instituto será diferente se estiver-se tratando de sistemas de *civil law* ou de *common law*.

Como o presente estudo interessa-se por analisar os precedentes obrigatórios dentro dos países de *common law*, pode-se, portanto, afirmar que os precedentes judiciais seriam aquelas decisões tomadas por cortes hierarquicamente superiores (e no caso americano, de mesma jurisdição) que possuem autoridade vinculante aos demais integrantes do judiciário. Nesse sentido:

> Em Nova York, a palavra "precedente" é utilizada das mais diversas maneiras, porém quando usada de forma estrita, precedente significa decisões obrigatórias de cortes superiores e da mesma jurisdição, assim como decisões da própria Corte de Apelação. As cortes, geralmente conferem a tais precedentes valor de decisão obrigatória, especialmente, em matérias de *common law*, tais como contratos, responsabilidade civil e propriedade. [1]

Luiz Guilherme Marinoni extrapola a caracterização do precedente com base em seu aspecto formal (vinculatividade da decisão) e vai analisar o conteúdo material de uma decisão que deve ser considerada precedente, afirmando:

> Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais

1 "In New York, the word 'precedent' is used in a variety of ways, but when used most strictly, precedent means binding decisions of higher courts of the same jurisdiction as well the decisions of the same appellate court. Courts generally accord such precedent decisive authority value, especially in common law areas, such as contract, torts, and property." in SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). In: MaCCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S (eds.). Interpreting Precedents: a Comparative Study. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997. p.355.

> argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado.
>
> Nesta dimensão, fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.[2]

Com base nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, pode-se conceituar precedente como sendo aquelas decisões acerca de matéria de direito que se firmam como paradigmas para a orientação do jurisdicionado e dos magistrados ao consolidar os contornos de determinada tese jurídica, sendo, nos países de *common law*, vinculantes para os demais órgãos do judiciário a depender da hierarquia ou da jurisdição na qual foi prolatada.

2 NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Como já visto, a origem do *common law* decorreu na necessidade de solução pelas *King´s Courts* dos litígios que aconteciam em uma sociedade desprovida de tradição legislativa. Daí porque o juiz tinha a função de determinar qual seria a lei do caso concreto, sendo que essa regra estabelecida deveria ser respeitada em controvérsias posteriores, fazendo surgir a lei do caso concreto (*case-law*).

Com a evolução do pensamento jurídico e o aparecimento de diversas escolas que passaram a tentar explicar o que era o direito e a sua origem, tais como a escola do direito natural, escola positivista, escola histórica, escola sociológica americana, escola do realismo jurídico etc, surgiram debates em torno da natureza jurídica do precedente judicial se declaratória ou constitutiva.

Aqueles defensores da natureza declaratória afirmam que o precedente judicial não cria Direito, o Direito preexiste é independe de decisão judicial. O trabalho do juiz é descobrir ou revelar o que é o direito, seja através da análise dos costumes, de princípios de direito natural, da razão ou até mesmo da lei. Ensina Benjamin Cardozo:

> A teoria dos escritores antigos era de que os juízes não legislavam de maneira alguma. Uma norma preexistente estava lá, encravada,

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 94-95.

> secretamente, no corpo do Direito consuetudinário. Tudo o que os juízes faziam era retirar as vendas, e expor a lei a nossa visão.[3]

Já os defensores da natureza constitutiva ensinam que a decisão judicial efetivamente cria Direito (*judge make law)*. Nesse sentido, Victoria Sesma, citada por Marcelo Alves Souza:

> Segundo Sesma, autores como Gray, Holmes, Cardozo, Pound e Salmond, assinalam que é uma ficção pueril conceber o Direito como existente independentemente e antes das decisões judiciais; ao contrário, defendem que o *common law* não está constituído por costumes imemoriais, mas, sim, pelas normas criadas pelos juízes ao decidirem os casos concretos submetidos a sua consideração. GRAY faz uma profunda análise crítica das teses defendidas por CARTER e BLACKSTONE. Pare ele, a tese declaratória há que ser entendida como uma resistência de juízes e juristas em reconhecerem o fato de que os tribunais, com o consentimento do Estado, têm aplicado, na tomada de decisões, normas que não preexistiam e que, em conseqüência, não podiam ser conhecidas pelas partes quando teve lugar a controvérsia. Trata-se – diz GRAY – da resistência frente ao fato certo de que os tribunais estão criando continuamente Direito *ex post facto*.[4]

Com certeza o reconhecimento da natureza constitutiva do precedente judicial traz consigo dois problemas de difícil solução: a ofensa ao princípio da separação de poderes[5] e a surpresa que uma decisão pode causar uma decisão criadora do Direito que incidirá sobre uma situação jurídica ocorrida anteriormente, assim, as pessoas não têm como saber com antecedência as conseqüências legais de sua conduta.

---

3 "*The theory of the old writers was that judge did not legislate at all. A pre-existing rule was there, imbedded, if concealed, in the body of the customary law. All that the judges did was throw off wrappings, and expose the statute to our view*" in CARDOZO, Benjamin N. The nature of judicial process. Digital (Kindle) ed. New Orleans: Quid Pro Law Books, 2010. p.79.

4 SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 44.

5 Interessante notar, neste ponto, na Inglaterra, a Câmara dos Lords (*House of Lords)*, órgão integrante do Legislativo, exercia função jurisdicional ao analisar em última instância dos recursos contra as decisões da Corte de Apelação (*Court of Appeal*) e exercia a função de corte de primeira instância para o julgamento de seus pares. As funções judiciais da Câmara dos Lords foram sendo suprimidas ao longo do tempo até que, em 2009, foi criada a Suprema Corte do Reino Unido que assumiu as funções de corte de última instância do reino. Assim, curiosamente, um órgão integrante do parlamento exercia funções jurisdicionais e dava a última palavra acerca do que seria a lei em determinados casos, o que favorecia o mecanismo de correção das decisões judiciais por meio da edição de lei pelo parlamento.

Nos dizeres do Bentham, citado por Rupert Cross e J. W. Harris, ao comentar a criação do Direito pelos juízes:

> Você sabe como eles fazem? Apenas como um homem faz leis para o seu cão. Quando o seu cão faz algo você quer quebrá-lo, você espera até que ele faça e bate nele. Esse é o modo como você faz leis para o seu cachorro, e esse é o modo como os juízes fazem as leis para você e para mim.[6]

Rupert Cross e J. W. Harris apontam, ainda, que do ponto de vista histórico a natureza declaratória do precedente é verdadeira, já que juízes medievais obrigavam-se a dar cumprimento aos usos e costumes contemporâneos, porém, por outro lado, os autores consideram que, do ponto de vista analítico, essa teoria é inconsistente com as regras correntes relativas ao precedente, posto que se a decisão apenas evidencia o que a lei é, essa decisão jamais poderia ser anulada (por outra decisão ou por ato do parlamento), posto que um juiz subseqüente poderia sempre dar valor a tal decisão. Porém, os autores continuam aduzindo três principais motivos pelos quais a teoria declaratória persiste mesmo após a moderna doutrina inglesa tomar forma: a crença na separação dos poderes, visto que a legislação pelo judiciário é reprovada por todos; o fato de que o juiz irá fazer lei sempre com efeitos retroativos e, em terceiro lugar, a teoria declaratória permanece nos dias de hoje de uma maneira renovada, visto que quando os juízes se confrontam com uma nova questão, eles tendem a justificar sua decisão como sendo prevista na *common law*.[7]

Apesar de o princípio da legalidade parecer um problema intransponível para os defensores da teoria constitutiva, o fato é que nos países de *common law* a retroatividade do direito é majoritariamente aceita, ademais, há autores que defendem que não se deve prestar "reverência religiosa" ao princípio da separação de poderes[8].

3 PRECEDENTES PERSUASIVOS X PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Os precedentes dividem-se em obrigatórios ou persuasivos a depender da autoridade que os mesmos possuem no sentido de vincular sua observância nos casos posteriores.

6 "Do you know how they make it? Just as a man makes law for his dog. When your dog does anything you want to break him off, you wait till he does and then beat him. This is the way you make laws for your dog, and this is the way the judges make law for you and me." In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 31.

7 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Idem, p. 30.

8 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 48.

Os precedentes ditos persuasivos são aqueles que, inobstante a necessidade de sua observância, deverão vir acompanhados de outras argumentações que demonstrem a necessidade de sua observância, ou seja, tais precedentes não obrigam a tomada de decisão em um determinado sentido, mas servem como argumentação favorável e aditiva à tomada de posição do juiz. Não há, portanto, obrigatoriedade em seguir um precedente persuasivo, mas o juiz irá segui-lo por estar convencido de sua correção ou, ainda, em decorrência de outros fatores, tais como a hierarquia da corte que o proferiu, o prestígio do juiz condutor da decisão, a possível unanimidade da decisão, a existência de vários argumentos favoráveis etc.

Por outro lado, os precedentes obrigatórios são aqueles que devem ser seguidos por si só, independentemente da existência de outras argumentações jurídicas que levem à mesma conclusão do precedente. Os precedentes obrigatórios possuem uma força vinculante absoluta, tal qual a lei possui nos países de *civil law*. Um precedente obrigatório não pode deixar de ser aplicado, salvo se o juiz demonstrar que o caso diante de si é diferente do caso paradigma de onde emanou o precedente (*distinguishing)* ou se o precedente for anulado (*overruling*) ou, ainda, se for demonstrado que o precedente não mais se adéqua às condições sociais modernas, ou seja, se o precedente for superado pela evolução da sociedade.

Existem três regras básicas chamadas de *rules of precedent* e que dão os contornos das principais características da doutrina do *stare decisis*:

> São elas o respeito devido a uma decisão única de uma corte superior, o fato de que uma decisão de determinada corte é um precedente persuasivo mesmo com relação às cortes superiores àquela da qual emanou a decisão, e o fato de que uma única decisão é sempre precedente obrigatório com relação às cortes abaixo daquela que proferiu a decisão.[9]

Observe-se que essas três regras representam integralmente as regras dos precedentes no sistema inglês, porém, apesar de corresponderem também ao sistema norteamericano, devem ser complementadas, neste último país, com regras relativas à jurisdição das cortes, o que será feito em item posterior.

Alguns autores fazem, ainda, distinção acerca da graduação dos precedentes obrigatórios entre aqueles que são relativamente obrigatórios, pois poderiam ser afastados se houvessem boas razões para

9 "These are the respect paid to a single decision of a superior court, the fact that a decision of such a court is a persuasive precedent even so far as courts above that from which it emanates are concerned, and the fact that a single decision is always binding precedent as regards courts below that from which emanated." In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Idem, p. 30.

tanto, ou seja, quando o precedente fosse contrário ao direito ou à razão, por exemplo, ou aqueles que são absolutamente obrigatórios, pois não podem ser afastados ainda que considerados irracionais ou incorretos.

Um mesmo precedente poderá ser obrigatório ou persuasivo e sua autoridade vinculante irá depender da hierarquia da corte na qual ele foi proferido, no caso do sistema inglês, ou da hierarquia e da jurisdição da corte onde foi proferido, no caso do sistema americano[10].

4 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NORTEAMERICANA

O estudo da organização judiciária dos Estados Unidos é de fundamental importância, na medida em que a maior ou menor obrigatoriedade dos precedentes irá depender da hierarquia da corte que prolatou referido precedente e da jurisdição da corte que proferiu a decisão. Assim, somente mediante a análise da organização judiciária e do entendimento da posição da corte que prolatou a decisão, dentro desta organização, será possível determinar se o precedente será considerado obrigatório ou persuasivo.

A organização judiciária norteamericana é bem semelhante à organização brasileira e pode ser dividida em órgãos que exercem jurisdição federal e estadual, sendo que, em cada um dos Estados da federação, existem cortes organizadas hierarquicamente que exercem a competência estadual e a competência federal.

Ao contrário do sistema judicial inglês, o americano é descentralizado em razão do forte federalismo que lá impera. A competência para legislar da União é constitucionalmente estipulada e abrange poucas hipóteses, enquanto que a competência para legislar sobre todo o resto pertence aos Estados. Por tais motivos, tornou-se necessária a existência de cortes

10 Interessante notar a curiosidade trazida por Marcelo Alves Dias de Souza, retirada de um artigo de James L. Dennis, na nota de rodapé nº 84 de seu livro, ao comentar que o Estado americano da Luisiana possui sistema jurídico filiado à tradição do *civil law*: "*Geralmente, determina-se o grau de persuasão de um precedente pela maior ou menor proximidade de sua metodologia a uma lei codificada específica. Por exemplo, quatro processos diferentes podem ter sido decididos por quatro métodos semelhantes, porém, distintos: o primeiro, por analogia a uma norma codificada específica; o segundo, por analogia a um princípio do Código extraído de várias normas; o terceiro, por analogia baseada no sistema do Código Global; o quarto, pela busca objetiva independente não relacionada a uma analogia sistemática ou estatutária. Ao avaliar esses casos como precedentes, sem qualquer outro fator, o juiz deve atribuir autoridade persuasiva maior ao primeiro processo e um valor menor, sucessivamente a cada um dos outros processos. Justifica-se classificar os precedentes numa hierarquia de valor persuasivo porque, quanto mais uma decisão anterior estiver ligada a uma norma específica, mais se terá certeza que o precedente se coaduna com os princípios e diretrizes do legislador. A posição do juiz como um rulemaker provisório, e não como um legislador igual (lawmaker), significa que ele tem o dever de restringir, tanto quanto possível, aos princípios e diretrizes do legislador.*" James L. Dennis *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 54.

federais, que analisam matérias atinentes à competência da União[11] e outras estipuladas pela Constituição e cortes Estaduais que julgam casos de competência legislativa residual, ou seja, todo o resto[12].

Ressalte-se que as cortes estaduais podem julgar causas federais (mesmo não sendo sua competência original) por uma série de fatores relacionados ao domicílio dos litigantes, entre outros, cuja explicação não é pertinente ao desenvolvimento do presente trabalho. Inversamente, os tribunais federais, por motivos semelhantes, podem julgar causas estaduais. Não se pode concluir, porém, que, ao julgar causas federais, a justiça estadual poderá proferir precedente obrigatório nessa matéria e que deverá ser seguido pela justiça federal. Conforme será visto adiante, quando os tribunais federais ou estaduais autuam invadindo a competência material uns dos outros não há formação de precedente obrigatório de uns para os outros.

Além da existência de uma Constituição escrita, de diversos estatutos legais e da descentralização do judiciário, decorrente do

11 A seção 8 do artigo I enumera as competências legislativas do Congresso Nacional: 1. Será da competência do Congresso: Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos serão uniformes em todos os Estados Unidos; 2. Levantar empréstimos sobre o crédito dos Estados Unidos; 3. Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas; 4. Estabelecer uma norma uniforme de naturalização, e leis uniformes de falência para todo o país; 5. Cunhar moeda e regular o seu valor, bem como o das moedas estrangeiras, e estabelecer o padrão de pesos e medidas; 6. Tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos; 7. Estabelecer agências e estradas para o serviço postal; 8. Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas; 9. Criar tribunais inferiores à Suprema Corte; 10. Definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto mar, e as infrações ao direito das gentes; 11. Declarar guerra, expedir cartas de corso, e estabelecer regras para apresamentos em terra e no mar. 12. Organizar e manter exércitos, vedada, porém, a concessão de crédito para este fim por período de mais de dois anos; 13. Organizar e manter uma marinha de guerra; 14. Regulamentar a administração e disciplina das forças de terra e mar; 15. Regular a mobilização da guarda nacional (milícia) para garantir o cumprimento das leis da União, reprimir insurreições, e repelir invasões; 16. Promover a organização, armamento, e treinamento da guarda nacional, bem como a administração de parte dessa guarda que for empregada no serviço dos Estados Unidos, reservando-se aos Estados a nomeação dos oficiais e a obrigação de instruir a milícia de acordo com a disciplina estabelecida pelo Congresso; 17. Exercer o poder legiferante exclusivo no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que, cedido por determinados Estados e aceito pelo Congresso, se torne a sede do Governo dos Estados Unidos, e exercer o mesmo poderem todas as áreas adquiridas com o consentimento da Assembléia do Estado em que estiverem situadas, para a construção de fortificações, armazéns, estaleiros e outros edifícios necessários; e 18. Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos ou aos seus Departamentos e funcionários. In: *Estados Unidos da América. Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: < http://braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em: 16 set. 2011.

12 A competência residual dos Estados consta na X Emenda à Constituição que assim dispõe: "Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo." In: Estados Unidos da América. Idem. Acesso em: 16 set. 2011.

federalismo, pode-se citar como principal característica diferenciadora do sistema judicial americano o princípio da supremacia da Constituição que, ao contrário do que ocorre na Inglaterra, se contrapõe ao princípio da supremacia do parlamento e faz com que todas as decisões judiciais devam ser tomadas sempre em consonância com os preceitos constitucionais.

Dentro dessa conjuntura histórica e ideológica, o princípio do *stare decisis* acabou sendo delineado de maneira mais atenuada nos Estados Unidos, Marcelo Alves de Souza traz o seguinte julgado da Suprema Corte:

> Todavia, como consta da decisão *U.S. Suprem Court* em *Hertz v. Woodman* 218 US 205 [1910], a regra do *stare decisis* não é inflexível. Em verdade, mesmo em se tratando de um precedente *a priori* obrigatório, os tribunais americanos não se consideram estritamente obrigados a segui-lo se ele não prima pela correção e razoabilidade; ademais, a validade de um precedente está condicionada a sua adequação à situação política, econômica e social presente.[13]

4.1 ORGANIZAÇÃO DAS CORTES FEDERAIS

O sistema judiciário federal é composto pela *U.S. Suprem Court*, pelas *Courts of Appeal* (ou *Circuit Courts*) e pelas District Courts.[14] As cortes federais tem competência determinada em razão da matéria, prevista pelo art. III, seção 2, item 1 da Constituição Federal[15].

No topo da organização federal, encontra-se a *U.S. Supreme Court* que foi o único tribunal criado diretamente pela Constituição e que possui jurisdição sobre todo o território americano. Obviamente, a Suprema Corte não está vinculada à obrigatoriedade das decisões de nenhuma outra corte que não as suas próprias decisões, por outro lado, suas decisões vinculam todas as demais cortes federais dos Estados Unidos e as cortes estaduais quando julgarem matéria federal.

---

13 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 91.

14 Foi incluído um Anexo I com mapas representativos das *Circuit Courts* e das *District Courts*.

15 "A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Eqüidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros." Estados Unidos da América. Idem. Acesso em: 16 set. 2011.

Logo abaixo estão as *U.S. Courts of Appeal* ou *Circuit Courts of Appeal* que são a segunda instância da justiça federal. Os Estados Unidos são divididos em 13 *Circuits* com competência para analisar as apelações das decisões das *District Courts*. As *Circuit Courts* são obrigadas a observar as decisões proferidas pela Suprema Corte e pela própria *Circuit Court* (*mandatory authority*), mas não estão obrigadas a seguir os precedentes de outras *Circuit Courts* e nem das *District Courts*, precedentes esses que apresentarão natureza apenas persuasiva (*persuasive authority*).

As *District Courts* são os juízos de primeiro grau e estão presentes em todos os estados da federação, sendo representados por, pelo menos, um escritório, existindo alguns estados que possuem mais de uma *District Court*. As decisões proferidas por essas cortes são obrigatórias apenas na própria corte e constituem-se em precedentes persuasivos para as demais cortes. Porém, os precedentes das *Circuit Courts* e da *U.S. Supreme Court* possuem autoridade obrigatória sobre as decisões proferidas na primeira instância.

Interessante notar, no entanto, que apenas decisões proferidas pela *Circuit Court* a que pertence a *District Court* tem autoridade obrigatória (*mandatory authority)*. Uma decisão proferida, por exemplo, pela 10ª *Circuit Court* não se constitui em precedente vinculante em uma *District Court* pertencente ao 9º *Circuit*, nesse caso, considera-se que a decisão da 10ª *District Court* tem autoridade de precedente apenas persuasivo (*persuasive authority*) junto às cortes do 9º *Circuit*.

4.2 ORGANIZAÇÃO DAS CORTES ESTADUAIS

A organização judiciária das cortes estaduais varia de Estado para Estado, visto que cada um tem liberdade para estipular a sua própria organização, porém, são elementos comuns na grande maioria dos Estados a existência de uma Suprema Corte ou *Supreme Court of Appeal* ou *Court of Ultimate Appelation*; de uma *Court of Appeal* ou *Intermidiate Appellate Court*; das *Trial Courts of General Jurisdictio;* das *Trial Courts with Specialized Jurisdiction* e das *Small Claims and others Informal Courts*[16].

As Supremas Cortes estaduais têm a função de órgão de decisão de última instância em matéria estadual, ou seja, dão a última palavra sobre as leis estaduais e a Constituição dos Estados. Lembre-se, por oportuno, que, ao contrário do que possa parecer, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem a última palavra apenas em matéria constitucional

16 BURNHAM, William. *IIntroduction to the law and legal system of the United States*. 4. ed. Saint Paul: Tomson/West, 2006. p. 171-172.

e legal federal, os seus julgados sobre assuntos estaduais não obrigam as cortes dos Estados, pois, em matéria estadual a última palavra é dada pela Suprema Corte de cada Estado.

As *Court of Appeal* são a segunda instância da justiça estadual e julgam as apelações provenientes das *Trial Courts*. Os recursos contra as decisões das *Small Claims Courts* são ouvidas primeiro nas *Trial Courts*.

As *Trial Courts of General Jurisdiction* são chamadas por vários nomes nos diferentes Estados, podem ser consideradas como a justiça comum de primeira instância e são responsáveis pelo julgamento da maioria dos casos cíveis e pelos casos penais mais sérios.[17] Já as cortes especializadas também são cortes de primeira instância, porém, com matéria predeterminada específica.

As *Small Claim Courts* são pertencentes à jurisdição geral, porém, são cortes ainda inferiores às *Trial Courts* e julgam casos cuja controvérsia seja de pequeno valor.

Sendo um sistema judiciário hierarquizado, assim, como o sistema federal, a lógica de obediência é a mesma: as cortes mais altas não estão obrigadas a seguir os precedentes das cortes inferiores, já as cortes inferiores devem seguir obrigatoriamente os precedentes das cortes superiores e os seus próprios, com exceção das Supremas Cortes e das Cortes de Apelação que não estritamente obrigadas a seguir seus próprios precedentes. Diga-se, ainda, que a obrigatoriedade de vinculação ao precedente da corte superior diz respeito apenas à corte superior dentro do mesmo Estado. Exemplifique-se dizendo que as decisões tomadas pela Suprema Corte do Estado de Nova York não são obrigatórias para as *Trial Courts* do Estado da Pensilvânia.

Ressalte-se que os precedentes provenientes das cortes federais têm apenas força persuasiva com relação às cortes estaduais e, portanto, não são de observância obrigatória pelas cortes nos Estados, isso, independentemente da hierarquia que a corte que proferiu a decisão ou que a corte que está julgando um caso ocupa. A autoridade dos precedentes proferidos por cortes federais vincula apenas as cortes federais e os precedentes proferidos por cortes estaduais são vinculantes apenas para as demais cortes estaduais. Ademais, os precedentes de um Estado não vinculam as cortes de outro Estado.

Interessante, por fim, trazer um resumo feito por Victoria Sesma, citada por Marcelo Alves de Souza, que delineia os contornos da obrigatoriedade dos precedentes nos Estados Unidos:

17 Casos penais mais sérios são chamados *felonies* e são punidos geralmente com mais de um ano de prisão.

1) A Suprema Corte nunca se considera estritamente obrigada por suas próprias decisões, e os demais tribunais federais e estaduais têm seguido esta mesma regra em relação às suas próprias decisões.

2) Uma decisão da Suprema Corte é obrigatória em questões federais em todos os demais tribunais (federais e estaduais).

3) Uma decisão de um tribunal federal, sobre uma matéria federal, pode ter um efeito persuasivo em um tribunal estadual, mas não é obrigatória, já que o tribunal estadual só deve obediência a um tribunal federal: a Suprema Corte. E inversamente: a decisão de um tribunal estadual sobre uma questão federal pode ser persuasiva em assuntos federais, mas não é obrigatória.

4) As decisões dos tribunais federais (com exceção das decisões da Suprema Corte) não são obrigatórias para outros tribunais federais de classe igual ou inferior, a menos que o tribunal posterior deva obediência aos tribunal que decidiu a questão.[18]

5 RATIO DECIDENDI X OBITER DICTUM

O significado essencial do precedente se encontra na sua fundamentação e não apenas no seu dispositivo. O dispositivo de um precedente representa apenas a decisão que o juiz está dando ao caso concreto em análise, mas as razões dessa decisão é que serão utilizadas pelos demais juízes para verificar qual a regra de direito estabelecida naquele caso e que deve ser seguida. Verifica-se, pois, uma dupla função dos precedentes: ao mesmo tempo em que resolvem o caso concreto, servem de regra de direito para a solução de novos casos que venham a surgir.

Observe-se, porém, que não é toda a fundamentação que deverá ser observada pelos demais julgadores, mas apenas aquela parte que constitui a regra de direito e os elementos essenciais utilizados pelo juiz para prescrever tal regra. Por isso, diz-se que a fundamentação da decisão é composta pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictum*, sendo que a primeira será a parte vinculante da fundamentação e o segundo não.

Na doutrina do precedente, apenas a parte da decisão considerada *ratio decidendi* vai consistir regra legal (*rule of law*) ou princípio de direito, como prefere chamar MacCormik, e somente essa parte será

18 SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 96.

vinculante. Tudo aquilo que for considerado *obiter dictum* não será considerado integrante da parte vinculativa do precedente.

5.1 RATIO DECIDENDI

A conceituação do que é *ratio decidendi* levanta várias dúvidas e vem sendo objeto de estudo da doutrina por um longo tempo. O conceito que se adota, como ponto de partida, neste trabalho, por ser o mais abrangente e representativo, é o dado por Rupert Cross e J. W. Harris que afirmam que a *ratio decidendi* é "qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para atingir sua conclusão, ou uma parte necessária de sua instrução ao júri"[19].

A teoria que parece melhor explicar como se determina a *ratio decidendi* é o método de Arthur L. Goodhart. Segundo referido autor a *ratio decidendi* de um caso é determinada pela verificação dos fatos que foram tratados como fundamentais pelo juiz, ou seja, deve-se perquirir o que foi considerado relevante e o que não foi considerado como tal pelo julgador e, assim, chega-se à *ratio decidendi* e ao *obiter dictum*, respectivamente.

Toda corte posterior que tiver diante de si os mesmos fatos considerados como relevantes pela decisão anterior deverá julgar o caso da mesma forma, por outro lado, se no caso posterior existirem fatos substanciais que não constavam no anterior ou se estiverem faltando fatos essenciais que existiam no paradigma, então, a decisão tomada no primeiro caso não será obrigatória para o segundo. Rupert Cross e J. W. Harris apresentam 6 regras retiradas do ensaio escrito por Goodhart "*Determining the Ratio Decidendi of a Case*" que parecem traçar um caminho para se encontrar a *ratio decidendi* ou o que o citado autor prefere chamar de "princípio do caso" (*principle of a case*):

> (I) O princípio do caso não é encontrado nas razões dadas na fundamentação.
>
> (II) O princípio não é encontrado na regra de direito estabelecida na fundamentação.
>
> (III) O princípio não é necessariamente encontrado pela consideração de todos os fatos verificados no caso e na decisão do juiz.

19 "[...] *ratio decidendi of a case as any rule of law that expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, or a necessary part of his direction to a jury*". In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Idem, p. 75.

> (IV) O princípio do caso é encontrado levando-se em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais e (b) a sua decisão como baseada neles.
>
> (V) O juiz pode expressa ou implicitamente tratar certos fatos como relevantes ou irrelevantes. É relativamente raro que o juiz expressamente indique quais fatos ele considerou relevantes ou irrelevantes.
>
> (VI) Uma conclusão baseada em fatos hipotéticos é *dictum*.[20]

Neste passo, verifica-se que definir o que constitui a *ratio decidendi* de um caso é operação complexa e em nada se assemelha a definição, no direito brasileiro, do que constitui a *ratio decidendi* para fins de verificação da coisa julgada material.

É importante observar que a *ratio decidendi* sempre deve ser analisada com relação à solução do caso. Não existe a possibilidade de constituir *ratio decidendi* a decisão da corte acerca de uma matéria preliminar, posto que essa matéria não terá interferência na resolução do caso. Assim, Marinoni exemplifica que mesmo que a corte se detenha em analisar uma questão preliminar atinente a sua competência para julgar a ação posta diante de si, essa decisão acerca da sua competência não se constituirá em precedente vinculante, pois não possui relação com a decisão final do caso[21]. Isso decorre do fato de que a teoria do *stare decisis* é baseada na solução do caso ou *case-law*.

A *ratio decidendi* é a parte da decisão que deve necessariamente ser seguida e dá ao precedente força obrigatória vinculante, porém, há duas hipóteses em que a doutrina aponta que não há vinculatividade na *ratio decidendi*. A primeira ocorre, em regra, nos julgamentos por órgãos colegiados, quando cada um dos julgadores apresenta uma linha de raciocínio diferente, embora todos cheguem a mesma conclusão, nesse caso, diz-se que não há *ratio decidendi* discernível e que, portanto, o juiz do caso seguinte está livre para utilizar o raciocínio que considerar melhor. A segunda hipótese trata-se do caso em que não há *ratio decidendi*, pois a fundamentação da decisão é insuficiente e não enuncia

---

20 "(I) *The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion. (II) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion. (III) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge's decision. (IV) The principle of a case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them. (V) A judge may expressly or impliedly treat certain facts as material or immaterial. Its comparatively seldom that a judge expressly indicates which facts he considers material or immaterial." In* CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Idem, p. 64-66.

21 MARINONI, op. cit., p. 251.

uma regra de direito ou, ainda, um princípio que seja, considerando-se, assim, que a decisão é desprovida de sua força obrigatória.

5.2 OBITER DICTUM

Como já afirmado acima, a parte da decisão que for considerada *obiter dictum* não irá produzir força vinculante com relação aos demais órgãos do judiciário e, portanto, não são prescrições de observância obrigatória.

A identificação do conceito de *obiter dictum* pode ser encontrada negativamente a partir do que se considera por *ratio decidendi*. Ou seja, tudo aquilo que na decisão não for considerada *ratio* será *dictum* e não terá força vinculante.

Assim, *obiter dictum* será tudo aquilo que, apesar de fazer parte da fundamentação da decisão e de possuir relação com o caso que se examina, não constitui elemento essencial para a decisão que foi tomada.

Observe-se, porém, que a doutrina faz uma divisão entre dois tipos de *obiter dictum*: *judicial dictum* e *gratis dictum*. Sendo *judicial dictum* aquela parte da decisão que apesar de não determinante para o julgamento da questão chega a posicionar-se acerca de fatos intrinsecamente ligados a questão e que, por isso, apresentam grande força persuasiva. Por outro lado, *gratis dictum* seria qualquer proposição que apenas trate de questões periféricas ou não relacionadas estritamente com o caso em exame.

6 EXCEÇÕES À OBRIGATORIEDADE DOS PRECEDENTES E SUA FORMA DE REVOGAÇÃO

Esquecendo-se a existência de precedentes apenas persuasivos (que não são de observância vinculante e podem ser afastados se o juiz considerar que há boas razões para fazê-lo), pode-se afirmar que o princípio do *stare decisis* vincula as cortes inferiores e as próprias cortes que prolataram as decisões a aplicar obrigatoriamente os precedentes anteriores. No entanto, a doutrina aponta, geralmente, as seguintes exceções à obrigatoriedade dos precedentes absolutamente vinculantes: *distinguishing*; decisões *per incuriam*; alterações das circunstâncias; existências de decisões contraditórias de mesma hierarquia; *reversal* ou reforma através de um recurso e, por fim, o *overruling*, que é uma forma de revogação do precedente.

6.1 DISTINGUISHING

Essa é a principal técnica para a não aplicação de um precedente e consiste na distinção entre o caso em análise e o caso do precedente

paradigma. Aqui serão contrapostos os elementos fáticos da *ratio decidendi* de um e de outro caso para verificar a existência de uma semelhança entre eles que possa legitimar a aplicação da conclusão do precedente paradigma ao caso em exame.

A utilização do *distinguishing* pressupõe a identificação da *ratio decidendi* do precedente que se pretende afastar, com vistas a identificar se os elementos fáticos que compõe essa *ratio* são diversos dos elementos fáticos do caso posto diante do juiz.

Obviamente que não há necessidade de similitude entre todos os fatos de um e de outro caso, mas apenas dos fatos considerados fundamentais, relevantes, para o juiz que proferiu o precedente. Deste modo, para que seja afastada a obrigatoriedade do precedente, o juiz deve identificar que os fatos fundamentais insertos na *ratio decidendi* do precedente são diversos dos fatos que ele considera fundamentais no caso posto diante de si. Ou seja, aquele juiz que se utiliza de fatos não fundamentais para fazer o *distinguishing* está evidentemente tentando burlar a regra da obrigatoriedade do precedente.

A utilização da técnica do *distinguishing* permite também a evolução da jurisprudência e a adaptação dos precedentes a novas situações. Essa evolução está relacionada com o alcance dos precedentes que pode ser estendido ou limitado quando está sendo relacionado com um novo caso. O fato é que, tendo-se sempre em mente a finalidade de um determinado precedente, o mesmo poderá ser aplicado a outros casos que, em princípio não estavam contidos em sua *ratio*, mas que possuem relação com a sua finalidade e, assim, ocorre uma extensão do alcance do precedente que será aplicado a novas situações, desde que, obviamente, essas situações sejam compatíveis com a sua *ratio*.

Marinoni aponta, com fundamento em Neil Duxbury, que a forma mais comum de *distinguishing* acontece quando a corte não aplica um precedente por considerar que o novo caso possui um número maior de fatos materiais e prefere editar uma nova regra. Esse novo precedente proferido altera a *ratio* do primeiro precedente incluindo mais requisitos para a sua aplicação e, portanto, restringindo o seu alcance.

6.2 ALTERAÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Evidentemente, a aplicação de um precedente passa não só pela identificação da *ratio decidendi*, mas também pela análise das circunstâncias em que este precedente foi proferido. Como já dito acima, a verificação da cultura, do modo de viver da época e do lugar onde a decisão foi proferida são essenciais para entender os limites e o alcance

da *ratio*. É freqüente que a evolução da sociedade torne um precedente inaceitável e, portanto, inaplicável.

No entanto, a não aplicação de um precedente em decorrência das suas razões não mais fazerem sentido perante uma sociedade modificada apenas tem lugar no sistema judicial americano e só pode ser utilizado pelos tribunais. No sistema inglês apenas a Suprema Corte pode afastar-se de seus precedentes com fundamento na alteração das circunstâncias.

6.3 DECISÕES PER INCURIAM

As decisões *per incuriam*, na realidade, não se enquadram na categoria de técnicas para se afastar a utilização do precedente, mas sim, de precedentes que não possuem natureza obrigatória. O fato é que a decisão *per incuriam* é aquela que foi tomada em sentido contrário ao de uma lei ou de um precedente existente por ignorância do órgão julgador. Ou seja, caso o julgador tivesse ciência da existência da lei ou do precedente, teria sido proferido julgamento em sentido diverso, logo, essa decisão proferida por ignorância da existência de um precedente ou se uma lei não será considerada precedente que deva ser seguido.

6.4 EXISTÊNCIA DE DECISÕES CONTRADITÓRIAS DE MESMA HIERARQUIA

Em regra, quando existem duas decisões contraditórias de mesma hierarquia considerar-se-á válida a segunda decisão proferida, principalmente, se a segunda decisão tiver feito menção à existência da primeira. No entanto, nem sempre essa regra deve ser seguida, pois apenas na Suprema Corte há presunção de que uma decisão posterior em sentido contrário revoga a anterior.

O fato é que a segunda decisão em sentido contrário pode ter sido proferida por diversas razões, inclusive, *per incuriam*, nesse caso, como as decisões *per incuriam* não formam precedentes válidos, a decisão que continuará a reger os casos posteriores será a primeira decisão. Logo, para se averiguar qual das duas decisões conflitantes deve prevalecer como precedente, será necessário analisar toda a fundamentação de ambas para determinar se houve uma intenção revogadora pela segunda decisão ou não.

6.5 REVERSAL

Reversal é simplesmente a reforma de uma decisão de uma corte inferior por uma corte superior através de recurso e dentro do mesmo

processo. Aqui o julgamento da corte inferior fica desprovido de qualquer efeito e o que passa a vigorar é a decisão proferida pela corte superior.

6.6 OVERRULING

O *overruling* é a revogação de um precedente anterior pelas cortes que estão autorizadas a assim proceder. Alguns autores definem *overruling* como a possibilidade que possuem as cortes superiores de revogar os precedentes das cortes inferiores. A partir dessa afirmação, chega-se a conclusão de que apenas os precedentes persuasivos podem ser objeto de revogação. Ora, se as cortes apenas podem revogar os seus próprios precedentes (que, como se viu, na grande maioria dos casos, são apenas *persuasive authority*) ou os precedentes das cortes inferiores, somente poderão se objeto de *overruling* as decisões não vinculantes. Já aquelas decisões que são consideradas *mandatory authority* não poderão ser objeto de revogação, posto que são decisões tomadas por cortes superiores e que não podem ser afastadas pelas cortes inferiores.

Assim, as cortes superiores quando deixam de aplicar precedente de cortes inferiores estão revogando esses precedentes e prescrevendo uma nova regra a ser aplicada aos casos subseqüentes.

Normalmente, aponta-se como fundamentos para o *overruling* a incorreção, injustiça ou inconveniência do precedente, no entanto, todas essas razões devem ser analisadas sempre sopesando o prejuízo que a revogação do precedente irá ocasionar na estabilidade e previsibilidade do sistema. Quando há revogação do precedente a decisão continua a valer para as partes no caso onde essa decisão foi tomada, porém, para os casos futuros essa decisão não mais servirá de paradigma, ou seja, não deverá ser obrigatoriamente seguida.

> Apesar de as supremas cortes, tanto federal, quanto estaduais, estarem obrigadas por seus próprios princípios estabelecidos, elas têm o poder de anular (derrubar, perturbar, rejeitar) uma decisão elaborada anteriormente se possuírem razões convincentes para fazê-lo. Por exemplo, as cortes podem anular uma decisão anterior se as razões para sua manutenção não fizeram mais sentido ou tiverem obtido conseqüências negativas.[22]

22 *"Even though both the federal and state supreme courts are bound by their own settled principles, they have the power to overrule (overturn, disturb, reject) a decision that they made previously if there are compelling reasons to do so. For example, courts may overrule a prior decision if the reasons for upholding in no longer make sense or have been found to have negative consequences."* in REINHART, Susan M. Strategies for legal case reading and vocabulary development. Michigan: University of Michigan Press, 2007. p. 8.

7 EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO QUE ANUNCIA UMA NOVA REGRA

Tema de singular importância diz respeito à eficácia temporal de uma decisão que anuncia novo precedente que revoga um precedente anterior ou que contêm orientação diversa. A relevância do tema diz respeito ao fato de que a população baseia suas condutas com base nas decisões judiciais que acabam por representar em que consiste o direito para tais pessoas. No caso, a modulação temporal dos efeitos de uma decisão que anuncia nova rega pode ser retroativa ou prospectiva[23].

Nos Estados Unidos, inobstante a influência da escola realista que acredita na criação do direito pelos juízes, a decisão que anuncia nova regra, geralmente, possui efeito retroativo sobre os casos ainda não definitivamente julgados. Porém, essa regra é bem menos rígida do que na Inglaterra. Pode-se afirmar que geralmente a aplicação de novo precedente que considera de maneira diferente o *statute law* é aplicada prospectivamente, já a decisão que revoga entendimento anterior que versava apenas sobre *common law* é aplicada retroativamente. Victoria Sesma aponta os casos em que geralmente a decisão dos tribunais que anuncia uma nova regra é aplicada prospectivamente:

a) Em casos penais, quando o Direito judicial estende a sanção penal a condutas que não estavam criminalizadas no Direito anterior. Nestes casos, os critérios para determinar se as garantias constitucionais no campo do processo penal vão ser aplicadas exige a consideração destes três critérios: a) os fins a que servem os novos padrões; b) a extensão da confiança que têm os operadores jurídicos nos velhos padrões; e c) o efeito que teria na Administração da Justiça uma aplicação retroativa de novos padrões.

b) Em processos cíveis contra funcionários que atuaram de acordo com uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

23 Há quem defenda uma subdivisão dos efeitos retrativos e prospectivos. Os efeitos retrativos seriam plenos (*full retroaction*) quando o tribunal aplicasse a nova regra para os casos ocorridos antes e depois da sua prolatação e seriam limitados (*limited retroaction*) quando a nova regra se aplica aos casos anteriores que ainda não possuíssem sentença definitiva quando o novo precedente foi publicado. Já os efeitos prospectivos podem ser puros (*purely prospective aplication*), quando o tribunal aplica o novo precedente apenas aos casos acontecidos após a prolatação do precedente, não aplicando nem mesmo ao caso que originou o precedente, ou, ainda, que os efeitos prospectivos serão regulares (*regular prospective aplication*), quando o tribunal aplica o novo precedente ao caso que está julgando e aos casos posteriores. POMORSKI *apud* SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 157.

c) Em casos cíveis contra partes que celebram um contrato ou adquirem uma propriedade confiando numa decisão (que posteriormente é derrogada) ou em uma lei declarada posteriormente inconstitucional.

d) Para proteger pessoas cujos atos não estava expostos à responsabilidade civil antes da mudança no *case law*.[24]

Realmente a eficácia temporal da decisão que anuncia nova regra é matéria muito polêmica e cuja solução apenas poderá ser dada no caso concreto. Efetivamente, não se poderia admitir que a prevalência de questões técnicas acabasse por provocar injustiças, como no caso de uma pessoa condenada criminalmente por decisão formadora de precedente que, posteriormente, foi objeto de revogação, porém, ao se inverter o olhar para a situação da vítima que veria o seu carrasco sendo liberado da prisão em decorrência de uma decisão tomada em um caso seguinte, também se pode concluir pela existência de injustiça.

8 CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina da vinculação aos precedentes agrega ao sistema jurídico estabilidade, segurança, previsibilidade, celeridade na tomada de decisões e, principalmente, respeito ao princípio da igualdade que pode ser considerado "fundamento derradeiro da justiça"[25]. Não causa estranheza que o berço do *stare decisis* tenha sido a Inglaterra onde o órgão que sempre deu a última palavra sobre os mais variados temas, formando o precedente último e que vinculava todo o restante do judiciário foi a *House of Lords* que é uma das casas do órgão legislativo[26]. Assim, em última instância, sempre foi próprio legislativo que, atuando em sua função jurisdicional, resolvia definitivamente que direito seria aplicável ao caso em questão, ou seja, o órgão legislava no caso concreto com força vinculante para todos os outros tribunais era o mesmo órgão que elaborava as leis genéricas, havendo uma nítida confusão entre função legislativa e jurisdicional, o que não causava naquele país nenhuma estranheza, pois lá, ao contrário do que ocorre no Brasil, não se verifica a necessidade de uma forte divisão entre esses dois poderes. Essa proximidade entre

24 SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, op.cit., p. 172.

25 SOUZA, op.cit., p. 19.

26 Somente a partir de 2009 a função judicante foi excluída das atribuições da *House of Lords* e passou a ser competência da Suprema Corte do Reino Unido.

as duas funções também sempre permitiu um mecanismo eficiente de correção dos erros judiciais por meio do legislativo.

Por outro lado, no Brasil, país filiado à tradição do *civil law*, a separação entre os poderes é fundamento do próprio Estado e princípio constitucionalmente previsto que é, e deve ser, levado as suas últimas conseqüências, ante a força normativa da Constituição. No contexto brasileiro, por mais sedutora que pareça a idéia de adoção de um sistema de precedentes vinculantes (ainda que minimamente), não se pode esquecer que o instrumento destinado a conceder segurança jurídica aqui é, primordialmente, a lei e não a jurisprudência (que não é sequer considerada fonte do direito por muitos autores). Assim, teme-se que a atribuição de vinculatividade aos precedentes de tribunais seja o mesmo que liberar o órgão judicial para exercer atividade legislativa, já que estaria a dizer o que é o direito com necessidade de observância obrigatória por todos.

Pode-se contrapor este argumento afirmando-se que os tribunais estariam apenas esclarecendo e interpretando a legislação com força vinculante, logo, não estariam imiscuindo-se no papel do legislativo. No entanto, a esse argumento, pode-se responder com o seguinte questionamento: e nos chamados *hard cases*? Ou seja, e quando se estivesse diante de um caso novo e complexo que não encontrasse resposta na legislação posta? Estaria o tribunal autorizado a proferir decisão com eficácia vinculante? E se assim procedesse, não estaria avançando nas funções do órgão legislativo?

Obviamente não se está defendendo que os juízes não tenham liberdade para julgar os casos que não encontrem solução na legislação posta (o paradigma da completude da legislação infraconstitucional há muito tempo não convence). Não se pretende retomar a idéia de juiz como "a boca da lei". Com certeza integra a função judicante a prerrogativa da construção judicial do direito aplicável ao caso concreto. Acredita-se na completude do ordenamento jurídico e na possibilidade de construção das soluções jurídicas aplicáveis aos casos difíceis, quando não houver lei em sentido estrito aplicável ao caso. No entanto, não se concorda com a idéia de que essa decisão em casos difíceis (onde não há legislação aplicável) deva ser tomada como decisão vinculante e de observância obrigatória pelos demais membros do judiciário, sob pena de se aceitar a legislação dos tribunais.

Ademais, é necessário ter muito cuidado quando se fala em vinculação ao precedente em um país como o Brasil, onde o poder judiciário é extremamente deficitário de recursos pessoais, é abarrotado de ações (tanto que todas as reformas processuais recentes visam acelerar o procedimento judicial) e acaba tendo por conseqüência a prolatação de decisões verdadeiramente pobres de fundamentação. A aplicação do

precedente vinculante seria uma saída muito fácil a ser utilizada para ajudar na diminuição dos processos, porém, poderia acabar tolhendo a atuação das partes no processo judicial e a sua possibilidade de intervir na formação do provimento final de mérito, o que evidentemente não se coaduna com o modelo constitucional de processo em um Estado Democrático de Direito[27]. Ressalte-se, porém, que a posição contrária a uma vinculatividade dos precedentes não se estende aos anseios da doutrina de os magistrados observem os posicionamentos já consolidados dos tribunais superiores por um dever mesmo de coerência do órgão.

Não se pode negar que o judiciário brasileiro passa por um momento de total ausência de uniformidade e coerência em suas decisões. Não se pode deixar de questionar o motivo de decisões tão díspares e, por vezes, provenientes do mesmo órgão, inclusive em casos de fácil elucidação e com vasta legislação regulamentadora. O escopo do presente trabalho não permite o ingresso em discussões metajurídicas, porém, necessário se faz observar que, talvez, a falta de coerência do judiciário possa ser encontrada na falta de cultura de observância (e até mesmo respeito) das (às) decisões dos tribunais superiores e na falta de preparo para o exercício da função. É sabido que a maioria dos juízes no Brasil prefere proferir decisões de conteúdo isolado que encontram guarida em seus entendimentos estritamente pessoais e que estão ao arrepio do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência. Esse tipo de atitude não encontra outra justificativa que não o desconhecimento do magistrado de seu papel na sociedade.

27 O modelo de processo jurisdicional democrático que se adota, por se considerar o mais adequado ao momento neoconstitucionalista em que se vive, é o proposto por Jürgen Habermas que aduz que para que uma norma seja considerada democrática os destinatarios de tal prescrição deveriam necessariamente intervir no seu processo de criação, ou seja, o povo deixaria de ser meramente destinatário das normas para ser também seus autores, formulando-se a partir dessa idéia o chamado princípio do discurso, segundo o qual são "válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de paricipantes de discursos racionais" (HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia (entre facticidade e validade). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.142). Dentro dessa perspectiva, poder-se-ia afirmar o caráter democrático e a existência de legitimidade de uma decisão judicial se, no seu procedimento de criação, fosse possibilitada a mais ampla participação daqueles que serão atingidos por essa decisão, sendo-lhes franqueada a possibilidade de se valer do discurso racional. Neste sentido, o princípio discursivo torna-se parte integrante do princípio democrático e a anuência de todos os sujeitos de direito, dentro dos limites de sua autodeterminação discursivamente racional, irá impedir o surgimento de decisões que violem os direitos fundamentais. Segundo Habermas "Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos" (HABERMAS, Jürgen. Idem, p.345).

Deste modo, acredita-se que a solução para a falta de coerência e uniformidade do judiciário não está na adoção de um sistema de precedentes vinculantes. Esse problema deve ser resolvido com outros meios e não pela usurpação da competência legislativa constitucionalmente estabelecida. Ademais, o sistema brasileiro não precisa de mais essa forma de enrijecimento (vinculação ao precedente), já que a lei já é um fator que impede rápidas alterações de posição.

O que se deve extrair, pois, do estudo do direito norteamericano é o exemplo que o judiciário passa de coerência e responsabilidade com seus julgados. Se uma decisão foi tomada em um determinado sentido, essa decisão deve efetivamente ser mantida e pode ser usada como parâmetro de atuação para os jurisdicionados. Mesmo nos Estados Unidos onde a vinculatividade ao precedente toma contornos menos severos, há um compromisso do judiciário com a segurança e estabilidade das decisões. Assim, as pessoas podem agir nos termos do que dispõe a legislação e as decisões judiciais, sem correrem o risco de serem surpreendidas a todo o momento com novas decisões que consideram condutas passadas, e que eram adequadas aos olhos de uma decisão anterior, agora equivocadas e passíveis de sanção.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 34. n. 172. p. 121-174, São Paulo, junho, 2009.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4. ed. Saint Paul: Tomson/West, 2006.

CAENEGUEM, R. C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. Digital (Kindle) ed. New Orleans: Quid Pro Law Books, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Digital (Kindle) ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América.* Disponível em: < http://braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em: 16 set. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia (entre facticidade e validade).* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MACCORMICK, Neil.; SUMMERS, Robert S., Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting precedents:* a comparative study. Surrey: Ashgate, 2010.

MAPS CATALOG. *Mapa da organização judiciária dos Estados Unidos.* Disponível em: < http://nashamapa.com/federal-district-court-maps/>. Acesso em: 16 set. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). I*nterpreting precedents*: a comparative study. Surrey: Ashgate, 2010.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

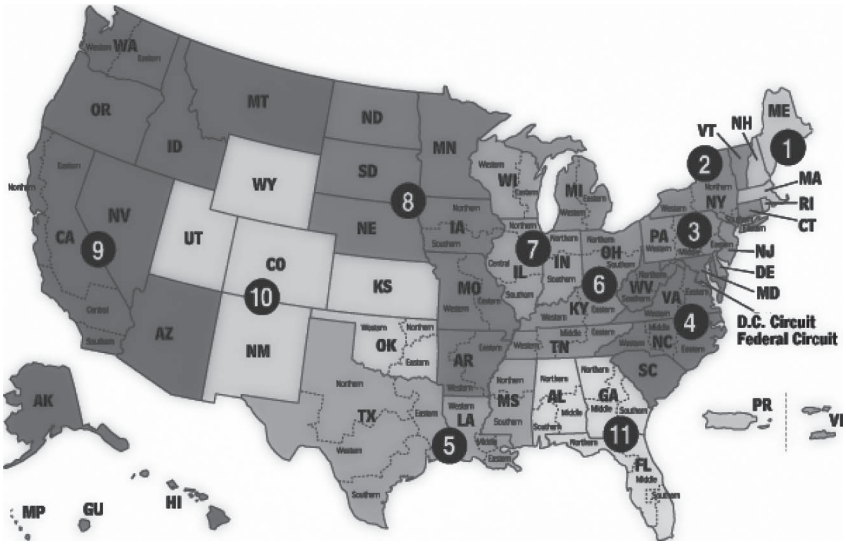
REINHART, Susan M. *Strategies for legal case reading and vocabulary development.* Michigan: University of Michigan Press, 2007.

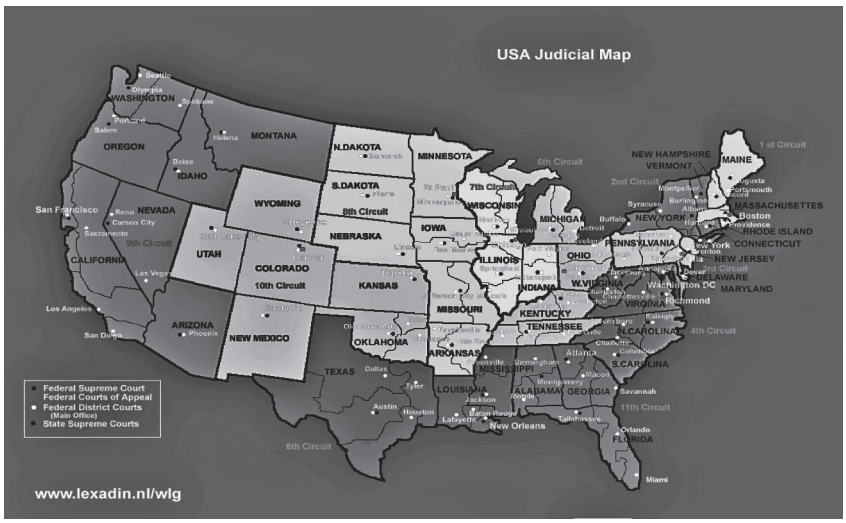
SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* Curitiba: Juruá, 2006.

SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S (eds.). *Interpreting precedents:* a comparative study. Surrey: Ashgate, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO I [28]





28 Mapas que representam as 13 *U.S Circuits Couts of Appeal* e as *U.S. District Courts*. A primeira imagem unifica as duas instâncias e a segunda imagem separa cada uma das instâncias. Imagens retiradas de MAPS CATALOG. Disponível em: < http://nashamapa.com/federal-district-court-maps/>. Acesso em: 16 set. 2011.

ENFORCEMENT – ASPECTOS DO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

ENFORCEMENT – ASPECTS OF JUDICIAL DECISIONS IMPLEMENTATION IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Luiz Fabricio Thaumaturgo Vergueiro
Advogado da União, mestre em Direito Constitucional e Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; exerceu as funções de Coordenador de Ações Relevantes da PRU-1ª Região (DF), Coordenador de Ações Trabalhistas e de Coordenador de Recomposição do Patrimônio Público e Defesa da Probidade Administrativa da PRU-3ª Região (SP).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Execução e suas definições; 2 Procedimento Ordinário da Execuçã; 3 Execução Contra a Fazenda Pública; 4 O Processo de Execução como Matéria de Legislação Estadual; 5 Perfil dos Auxiliares da Justiça Encarregados da Execução; 5.1 Law Clerks; 5.2 Sheriff's Office; 5.3 United States Marshalls Service; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: A questão da efetividade da Justiça nos modernos ordenamentos jurídicos tem se mostrado cada vez mais importante, haja vista a percepção de que pouca (ou nenhuma) utilidade terá um pronunciamento jurisdicional que não seja capaz, ao final, de dar solução ao conflito de interesses adjudicado pelo Estado. Nesse contexto, a experiência jurídica estadunidense pode servir como novo e revolucionário paradigma a ser observado na realidade brasileira, com reflexos não somente na efetiva satisfação dos direitos das partes, como na racionalidade e economicidade do sistema judiciário como um todo.

ABSTRACT: The subject of Justice effectiveness in modern legal frames has become more and more important over the years, given the overall perception that little (or none) utility will have a judicial decision which is not able to, eventually, solve the conflict of interests adjudicated by the State. In such a context, the North-American legal experience may present itself as a new and revolutionary paradigm for the Brazilian reality, with consequences not only to the effective satisfaction of parties legal rights, but also to a greater rationality and economicity of the judicial system as a whole.

INTRODUÇÃO

Destina-se este trabalho a brevemente apresentar os aspectos gerais do procedimento de execução de decisões judiciais nos Estados Unidos da América, em conexão com as perspectivas institucionais almejadas pela Escola da Advocacia Geral da União (EAGU), quando do estabelecimento de parceria com a renomada faculdade de Direito da *Thomas Jefferson School of Law*, em San Diego, Califórnia. Adverte o autor, desde já, que seu conteúdo poderá mostrar-se por vezes até mesmo chocante aos operadores de Direito brasileiros, sobretudo considerando-se as matizes preponderantemente pragmáticas de referidos institutos na sistemática estadunidense, e que por vezes se afastam de conceitos arraigados à prática nacional. Ao fazê-lo, contudo, procurar-se-á lembrar os leitores, a todo o tempo, que vige naquele país, ininterruptamente há mais de duzentos anos, uma Constituição que serviu de exemplo à maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais – inclusive ao brasileiro, em diversas ocasiões –, e que não pairam dúvidas sérias acerca do caráter democrático e legalista daquela sociedade. Desse modo, e a despeito do limitado escopo deste artigo, buscará o autor indicar soluções possíveis para alguns dos "gargalos" do processo civil brasileiro, e até mesmo a origem remota para alguns dos institutos que, vez por outra, começam a ser inseridos em leis processuais brasileiras.

1 A EXECUÇÃO E SUAS DEFINIÇÕES

Há muitos anos vige no Brasil a distinção, no processo civil, entre processo de conhecimento, de execução, e cautelar, positivada, inclusive, na letra do art. 270 do Código de Processo Civil, diferenciação oriunda da tradição processualista italiana, tão bem explicada, entre nós, por Enrico Tulio Liebman, ao explicitar os efeitos da sentença condenatória, obtida na fase cognitiva, onde são acertados a existência de um determinado Direito, e seus limites. Para Liebman[1]:

> *A execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do Direito Material.* Mas os órgãos incumbidos dessa atividade só a podem exercer quando houver regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer as latentes na estrutura orgânica

1 LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução.* São Paulo: Saraiva. 1968. p. 16.

> da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. *A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.*

Como bem se percebe, da definição clássica fornecida por Liebman, a condenação proveniente do processo de conhecimento, mais do que o reconhecimento da existência de um Direito, e de seus limites, representa uma autorização para que o Juiz, num segundo momento, a torne "viva, concreta, eficiente", no curso do denominado processo ou fase de execução.

Bom lembrar que esta distinção conceitual entre fase de conhecimento e fase de execução não foi eliminada pelas alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, pois esta, para longe de eliminar a necessária intervenção judicial no procedimento executivo das condenações ao pagamento de quantia certa – relembre-se que permanece a dicotomia dos processos de conhecimento e execução em várias outras espécies obrigacionais, sobretudo aquelas proferidas contra a Fazenda Pública, sujeitas ao procedimento previsto pelo art. 730, do Código de Processo Civil –, ainda tornou mais direta a participação do Juiz na execução, por meio do novel procedimento do "cumprimento de sentença"[2].

Ainda acerca da indispensabilidade da presença do Estado-Juiz na relação executiva, esclarece didaticamente Elpídio Donizetti[3]:

> *Na execução, o conceito de ação mantém os mesmos atributos*, isto é, trata-se de direito público subjetivo, autônomo e abstrato, porém destinado não ao acertamento da lide, mas sim à satisfação do direito de crédito já certado em título executivo (judicial ou extrajudicial). *Direito público porque se dirige contra o Estado-juiz; subjetivo porque*

2 *"A sentença que impõe o pagamento de quantia certa, no sistema da Lei 11.232/2005, conservou as características essenciais da condenação, pois é correlacionada a uma forma de execução direta expressamente tipificada pelo legislador. A única diferença é a de que a execução por expropriação, a partir de agora, dispensa a propositura da ação de execução. Mas a sentença, ao impor o pagamento de quantia certa, continua fixando a sanção executiva, e assim abrindo oportunidade para a execução, ainda que mediante simples requerimento de expedição de mandado de penhora e avaliação por parte do credor (art. 475-J)."* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento* , 5. ed. São Paulo: RT. 2006. p. 428.

3 DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 885.

> *faculta ao lesado, em seu direito, pedir a manifestação do Estado para provocar a realização do direito de crédito, por atos de coerção e sub-rogação;* autônomo e abstrato devido à circunstância de não ter sua existência vinculada à do direito material.

Muito diferente, contudo, é a noção da efetivação de um comando jurisdicional no Direito estadunidense, que privilegia aquela fase dita cognitiva, ou de conhecimento, reconhecendo-a como preponderante na realização da Justiça Material, dado que ali se manifesta em grande parte das vezes a instituição do júri, que promove a adequação típica de subordinação entre o Direito material – legislado ou decorrente do exercício da jurisdição –, relegando para um momento subseqüente os atos de execução – genericamente denominados *enforcement* – tidos como mero exaurimento da atividade judicante (de conhecimento), o que conduz, na maior parte das situações, à sua delegação a organismos administrativos, ou, até mesmo, a particulares, onde cabível.

Observados os limites de espaço e escopo deste artigo, a maior parte das considerações será destinada à espécie mais comum de execução, qual seja, a dos débitos em dinheiro (*money judgements*), ou, como prefere denominá-la a doutrina brasileira, a execução por quantia certa contra devedor solvente.

Nesse sentido, a extensa literatura acerca do procedimento de *enforcement*, que será promovido preferencialmente, mas não exclusivamente, por intermédio do instrumento jurídico do *writ of execution*, aqui traduzido de forma livre como "ordem de execução".

Segundo didática definição do juiz californiano Alan Ahart[4], citando o artigo 699.520, do Código de Processo Civil do Estado da Califória:

> *Writ of Execution*: Uma ordem de execução é um *procedimento dirigido pela Corte ao oficial de cobrança (exemplo: xerife, delegado ou agente) do condado no qual a coleta [cobrança] haja se de ser efetivada, e a qualquer notário registrado.* A ordem requisita do oficial que dê cumprimento a um julgamento na forma prescrita pela Lei.

Da definição, deduz-se, primeiramente, que uma "ordem de execução" não é um processo autônomo, conduzido sob a direção direta e imediata da autoridade judiciária, mas um procedimento, de cobrança

4 *"Writ of Execution: A writ of execution is a court process directed to the levying officer (i.e., sheriff, marshal or constable) of the county where the levy is to be made and to any registered process server. The writ requires the levying officer to enforce the money judgment in the manner prescribed by law."*AHART, Alan M. California Practice Guide: *Enforcing Judgments and Debts.* California: Thomsom Reuters. 2011. p. 12.

meramente deferido pela corte à parte credora *(judgment creditor*), para que acione autoridades constituídas da comarca, ou até mesmo a particulares, para que promovam os atos de constrição do patrimônio do devedor (*judgment debtor*), necessários à satisfação do *quantum debeatur* apurado na fase de conhecimento.

A expressão inglesa *levy* utilizada pelo texto original comporta, razoavelmente, dois significados distintos no contexto. De um lado, significa genericamente cobrança; exigência financeira, tal como em "ação de cobrança". Por outro lado, simboliza também o ato material de coleta física de um determinado bem, sendo que a autoridade pública procede, com base neste permissivo legal, nos dois sentidos, isto é promove a cobrança do devedor, fisicamente coletando ou retendo tantos bens móveis quantos sejam necessários à satisfação do crédito, observadas restrições legais aos bens penhoráveis[5].

De outro lado, a sistemática norte-americana também permite que particulares cadastrados pelo Estado[6] – no texto traduzidos como "notários" – promovam diversos atos de execução, desde que estes não envolvam a apreensão direta de bens, em poder do devedor, que é reservada, nestes casos, às autoridades públicas[7]:

> *Cobrança realizada por notário registrado – quando permitida:* Um notário registrado poderá efetivar uma ordem de execução quando autorizado pelo art. 699.080, do CPCC. Tais cobranças não exigem a apreensão da mercadoria.

Atente-se, ainda, que os notários estarão limitados à cobrança/coleta somente quanto aos bens móveis diretamente em poder dos *judgment debtors*, mas não em relação a bens que estejam fora de seu controle imediato, assim como de títulos e papéis representativos de direitos em poder de terceiros.

---

5 O *Levying Officer* procederá de forma diversa quando localizar bens que sejam, por suas dimensões, inviáveis para remoção imediata. A constrição de bens imóveis, por sua vez, submete-se a outro procedimento, levado a efeito pelo credor sem a intervenção imediata de tais autoridades, como veremos.

6 Os *registered servers* são particulares regularmente inscritos perante os órgãos locais de Justiça, aos quais incumbe a realização da maior parte dos atos de comunicações processuais, tais como citações, notificações e intimações, agindo sempre sob a direção e remuneração das partes, às quais incumbe fornecer-lhes, também, os meios necessários à consecução de seus mandatos. Podem ser substituídos por oficiais da corte, aos quais, igualmente, serão devidos o pagamento de taxas e a direção pelos advogados das partes, passiveis de responsabilização em caso de má-direção neste serviço.

7 *"Levy by registered process server - When permissible: A registered process server may levy a writ of execution only where authorized by CCP § 699.080, below. Such levies do not require seizure of the property."* AHART, Alan M. p. 16.

Pode-se afirmar, desta forma, que o processo de execução na experiência norte-americana é, basicamente, extrajudicial, sujeitando-se a controles mínimos por parte do Poder Judiciário, que somente se manifesta, com caráter administrativo, no início do procedimento, e nos casos em que, havendo abuso ou irregularidade na efetivação da cobrança, poderá atuar incidentalmente para fazer cessar o abuso, ou deferir medida de excepcional gravidade, sujeita a cláusula de reserva de jurisdição.

Em apoio a tal assertiva, relevante o magistério de Laura Hunter Dietz, *et alli*[8]:

> § 5 *Necessária validade, certeza e definitividade do julgamento*
>
> Um julgamento deve ser válido de modo a conferir um direito à sua execução.
>
> Um julgamento nulo, ordinariamente, não assegura nenhuma proteção àquele que pretenda executá-lo. Um julgamento que demonstre, de plano, não ter sido proferido por juízo competente, não pode ser executado. Contudo, um julgamento que seja meramente anulável constitui suficiente exercício de jurisdição para fins de sua execução, até que seja superado, revertido ou cassado.
>
> Um juizado de equidade não prestará seu auxílio à execução de um julgamento obtido por fraude, já que um requerente deve apresentar-se de boa-fé quando postula em juízo tal remédio.
>
> *Em geral, um julgamento deve ser suficientemente certo em seus termos, para ser suscetível de execução, nos termos da lei, e de tal forma que os auxiliares do juízo possam levá-lo a efeito sem a necessidade de obtemperar acerca de fatos que não estejam ali dispostos.*

8 "§ 5 Necessity of validity, certainty, and definiteness of judgment. A judgment must be valid in order to confer a right to enforce it. 1 A void judgment does not, ordinarily, provide any protection to those who seek to enforce it. 2 A judgment which shows upon its face that the court was without jurisdiction to render it cannot be enforced. 3 However, a judgment which is merely voidable constitutes sufficient jurisdiction for all acts done in its enforcement, until it is superseded, reversed, or vacated. 4 A court of equity will not lend its aid to enforce a judgment obtained by fraud since a complainant must come into equity with clean hands in the matter on which relief is sought. 5 *In general, a judgment must be sufficiently certain in its terms to be susceptible of enforcement in the manner provided by law,* 6 *and it must be in such form that ministerial officers can carry the judgment into execution without ascertainment of facts not therein stated.* 7 If a judgment is for money, it must state with certainty the amount to be paid, as execution cannot generally issue if the judgment is ambiguous or uncertain in amount." DIETZ, Laura Hunter, et alli. American Jurisprudence: *Executions and Enforcement of Judgments*, 2. ed. Minnesota: West Group. 2011.

> Se um julgamento é de dinheiro, deve afirmar a quantia a ser paga, eis que o procedimento de execução, em geral, não pode conter ambiguidade ou incerteza quanto ao seu valor.

O mesmo procedimento é observado, em linhas gerais, tanto pelas Cortes Federais quanto Estaduais, observando-se, conforme mais adiante esclarecido, ao sistema federativo estadunidense, caracterizado por ampla liberdade aos Estados-federados, aos quais compete legislar sobre a maior parte do Direito Processual, tanto civil quanto penal. Efetuada essa ressalva, o *enforcement* das dívidas em dinheiro segue o fluxo seguinte:

2 PROCEDIMENTO ORDINÁRIO DA EXECUÇÃO

Primeiramente, o Credor apresenta ao Escrivão-Chefe (*Clerk of the Court*), do Juízo sentenciante, um requerimento para que este expeça uma ordem de execução (*writ of execution*), mediante o pagamento da respectiva taxa (atualmente em torno de US$ 15,00), vide CCP § 699.510(a); Gov.C. § 70626(a)(1). O Escrivão não possui autoridade para recusar a expedição da ordem, quando apresentada sentença não-condicional no formulário adequado.

Depois de expedida a ordem de execução, ela deve ser apresentada ao Oficial de Coleta, acompanhada das instruções para seu cumprimento – elaboradas pelo advogado da parte credora –, e do comprovante de pagamento da taxa de cobrança.

O Oficial, então, coleta os bens indicados do Devedor, removendo-os para depósito oficial, ou impondo penhora (*judgment lien*) em favor do Credor. A propriedade coletada ou penhorada é então levada a leilão público, e seu valor utilizado para a satisfação do crédito exequendo.

Durante todo o procedimento as orientações sobre os bens e sua destinação são dadas pelo advogado da parte Credora ao Oficial de Coleta – público ou privado –, que só poderá recusar-lhes cumprimento em caso de divergência entre os dados constantes da sentença (notadamente os nomes e dados de qualificação das partes), ou no caso de procedimentos que exijam ordens judiciais específicas[9], como a *seizure order*[10] (necessária para a coleta de bens em local privado

9 Ambos os tipos de ordens dependem de intervenção judicial propriamente dita, mas sua concessão segue rito simplificado, podendo ser concedidas *ex parte*, isto é, sem contraditório prévio (*inaudita altera pars*). No caso da *seizure order*, à semelhança dos mandados de busca criminais, o Juízo pode exigir que o Credor demonstre possuir indícios (*probable cause*), de que os bens perseguidos se encontram no local da busca).

10 A writ of execution is not justification for a warrantless entry into a defendant's home. 2 Thus, an inventory search conducted incident to the levy on the home violates the debtor's Fourth Amendment right against

do Devedor, especialmente em seu domicílio), ou a *turnover order* (necessária para que o Devedor apresente bens ou informações sobre eles ao Credor, ou promova a sua transferência quando necessária).

Para casos em que o Devedor possua valores em dinheiro ou papéis financeiros em poder de instituições bancárias ou de valores mobiliários, pode ser obtida, também junto ao Escrivão da corte, uma *assignment order*, isto é, uma "ordem de endosso", para que a instituição custodiante transfira os valores ao controle do Credor.

O procedimento do writ of execution é válido para expropriação de bens imóveis[11] do Devedor, mas, em razão de seus custos e maior demora, há outras modalidades permitidas pelo ordenamento jurídico e recomendadas na prática, como a Judgement Lien on Personal Property (JLPP), forma específica de registro levada a efeito pelo advogado do Credor diretamente junto ao registro público, e que impõe ônus real sobre bem imóvel do devedor, o qual servirá, no futuro, para dar início a procedimento expropriatório.

O serviço de registros públicos, na maioria dos Estados norte-americanos, é centralizado nas Secretaria de Estado (*Secretary of State*), que cumpre papel semelhante às Juntas Comerciais brasileiras. Informações relativas a imóveis, entretanto, são de competência dos Escrivães do Condado (*County Clerks*).

---

unreasonable search and seizure; to conduct such an inquiry requires the sheriff or executing officer to obtain an execution warrant by judicial process. 3 *In the absence of a statutory provision to the contrary, there is a common-law prohibition against forcible entry into a dwelling to execute a writ of possession of personal property.* 4 Thus, generally a sheriff or other officer may not break open the outer door or other outside protection to a dwelling house against the prohibition of the owner for the avowed purpose of levying an execution on the owner's goods therein. 5 A statute authorizing a forcible entry of a dwelling where property subject to claim and delivery is concealed does not authorize a forcible entry in execution cases. 6 *On the other hand, even in the case of the debtor's home, once the officer has peaceably effected an entrance, he or she may break open inner doors or trunks to reach the debtor's property pursuant to a writ of execution.* 7 As a general rule, an execution officer may break down the outer door of a building other than a dwelling where necessary for the purpose of levying a writ of execution. 8 This rule has been applied to a barn, garage, or outhouse not connected with the dwelling house. 9. DIETZ, Laura Hunter, et alli. § 199.

11 In contrast to a levy on personal property which is generally defined as a seizure of the property, 1 the term "levy" where applied to connote the acts by which an officer manifests intent to appropriate land to satisfy an execution, has had considerable elasticity of meaning. 2 *A levy in the context of execution on real property is merely the act by which property to be taken and sold is designated or set aside.* 3 Real property, unlike personal property, cannot be levied upon by serving a copy of the writ of execution on the owner. Rather, the officer must take the steps required by statute to appropriate the real property for the purpose of satisfying the command of the writ. 4 In general, where there is a special statutory provision regarding the manner in which a levy of an execution on real estate is made, it must be strictly observed. Departure from the requirements of the statute will invalidate the levy. 5 An actual seizure of the property is unnecessary to effect a levy of execution on real estate.6. DIETZ, Laura Hunter, et alli. § 195.

Capítulo especial é dedicado às execuções de julgamentos proferidos pelas Varas de Família, em que, conquanto possível, será evitada ao máximo a expedição de Ordens de Cobrança, dado o interesse na privacidade das partes envolvidas[12].

Na execução dos julgados de Varas de Família, o Juízo observará, a intervalos regulares, a necessidade da expedição de ordens necessárias ao cumprimento de suas decisões. O escrivão-Chefe não tem competência para expedir os *writs of execution* nestes casos, contudo, uma vez emitida ordem do Juízo da Família em matéria de pensão, alimentos, etc., a própria ordem será cumprida imediatamente, sem a necessidade do requerimento de uma ordem de cobrança pelo procedimento ordinário[13].

Os Oficiais de Cobrança têm um prazo especificado, em média, de 90 (noventa) dias para cumprimento das ordens de cobrança, quando devem retorná-las ao Escrivão-Chefe, com relatório circunstanciado dos atos praticados. Uma vez restituída a ordem, cessa a autoridade do Oficial para promover atos de execução, ou receber do Devedor – ou de terceiro interessado – qualquer pagamento referente àquele julgamento.

3 EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

A execução, quando envolve entes de Direito Público, observará procedimentos especiais tanto quanto esta estiver no polo ativo quanto no polo passivo da relação processual. Dado o limitado escopo deste artigo, aborda-se a execução contra os entes de Direito Público.

Como regra geral, os bens dos Estados Unidos, dos Estados, das municipalidades, e de seus organismos instrumentais (autarquias), são imunes ao processo de execução pela via expropriatória, e, portanto, não poderá ser expedido em seu desfavor um *writ of execution*, ou medida semelhante[14]. Tal se deve, majoritariamente, em,

12 *Domestic relations orders: Monetary orders and judgments under the Family Code, including child, spousal and family support orders, are enforceable by writ of execution. (But see 6:349 ff. re Family Code orders and judgments.) [CCP § 699.510(b); Fam.C. §§ 290, 5100, 5103 e 5104.* AHART, Alan M. Op. Cit.

13 *Court order for issuance of writ generally required: The family court generally has discretion to determine whether execution is an appropriate remedy to enforce Family Code orders and judgments (see Fam.C. § 290 — enforcement by execution, etc. "as the court in its discretion determines from time to time to be necessary"). Therefore, a writ of execution ordinarily is not issued as a matter of course to enforce Family Code orders and judgments; a court order is required. [...] Writ issues automatically to enforce support judgments: Support judgments and orders are given special treatment: Notwithstanding Section 290" (above), child, family and spousal support orders are enforceable by writ of execution (or by Fam.C. § 17522 or CCP § 706.030 notice of levy) without prior court approval. [Fam.C. § 5100].* AHART, Alan M. op. cit.

14 *Limitation—no garnishment against public entity: Further, garnishment may not be used to reach monies owed the judgment debtor by a governmental agency or entity. 1) [6:400] Against state and local governments: Unless*

razão de vigorar nos EUA, assim como na maior parte dos países de common law, o Princípio da Imunidade Soberana, advindo da tradição constitucional inglesa, pela qual o Estado será imune ao processo (*The King Can do No Wrong*), exceto naquelas hipóteses em que houver lei (em sentido estrito), permitindo que em determinada hipótese seja o Pode Público demandado[15].

A doutrina estadunidense chega mesmo a ironizar o fato de que, num país que se erigiu em razão da repulsa ao regime monárquico, e que editou uma constituição escrita em franca oposição ao sistema inglês de constituição histórica, tenha sido mantida a Doutrina da Imunidade Soberana. Assim sendo, de forma a garantir mecanismos de controle sobre o governo, desenvolveram-se legislação e jurisprudência (*caselaw*), que mitigaram a imunidade, permitindo formas de ações injuntivas, que permitem a limitação judicial de atos ilegais[16].

Nesse contexto, para dar cumprimento à ordem de pagamento dirigida contra a Fazenda Pública, o Credor deverá apresentar cópia ou extrato da sentença ao órgão, que promoverá a sua liquidação de acordo com as regras de processo administrativo respectivas.

Entretanto, acaso a Administração não promova a satisfação do crédito, poderá o Credor mover contra o órgão ou autoridade negligente um *writ of mandamus*, pelo qual a corte pode compelir o

---

specifically authorized by statute, public entities (including city and county agencies) are not subject to garnishment for money they owe to judgment debtors. [Irilarry v. San Diego (1921) 186 C 535, 536'537, 199 P 1041, 1042] To reach such money, the judgment creditor must file an abstract (or certified copy) of judgment with the state or local agency involved and follow the procedures of CCP § 708.710 et seq. AHART, Alan M. Op. Cit.

15 *Actions against the United States or its agencies for Money damages are generally barred by the sovereign immunity, but may be brought pursuant to statute.* Primary among them are the Federal Torts Claims Act ((FCTA) and the Tucker Act. The FCTA, enacted in 1946, provides for recovery for torts, providing tort liability of the federal government "in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances". The Tucker Act, first enacted in 1855, provides for recovery of damages in "cases not sounding in tort", meaning primarily government contract cases. *However, keeping with the notion that there could be no suit in the absence of Congressional waiver of sovereign immunity, Congress has made exceptions to its waiver of immunity and exempted the United States from trial by jury and punitive damages.* In general, "when the United States enters into contract relations, its rights and duties therein are governed generally by the law applicable to contracts between private individuals. BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States.* 4. ed. Minnesota: Thomson West. 2006. p. 221.

16 *It is somewhat ironic that a country that threw off the yoke of monarchism and ratified a written constitution to assure that government followed the rule of law, retains the doctrine of sovereign immunity. Since Sovereign Immunity could effectively make the government unaccountable to the Constitution and the laws, the tension between accountability and sovereign immunity has produced caselaw and legislation that modifies immunity concepts sufficiently to allow actions for most forms of injunctive relief.* BURNHAM, William. Op. Cit. P. 220.

Estado a fazer o que lhe foi ordenado, sob pena de responsabilidade pessoal do Administrador[17].

4 O PROCESSO DE EXECUÇÃO COMO MATÉRIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Como se sabe, os Estados Unidos da América formam um Estado Federal, com repartição de competências legislativas, administrativas e judiciais entre o Governo Central (Federal), e os dos Estados.

Sob este princípio, o Constituinte norte-americano optou por limitar as competências jurisdicionais da cortes federais a determinadas matérias, razão pela qual são classificadas como "cortes de jurisdição limitada", nos termos do art. Art. 3, § 2 da Constituição dos Estados Unidos a: a) casos fundados na Constituição, nas Leis federais, ou nos tratados internacionais; b) controvérsias em que os Estados Unidos (Governo federal) seja parte; ou c) controvérsias entre os Estados, ou entre cidadãos de Estados diferentes (*diversity cases*).

Já as cortes estaduais são classificadas como "de jurisdição geral", pois podem conhecer do mais amplo escopo de controvérsias, inclusive

17 *As a general proposition, an execution may not be levied against the property of a state, county, or municipal organization in the absence of a statute expressly granting such right.* 1 Furthermore, even where a right to subject property of a political subdivision to execution is permitted, an execution may not be levied on any property held by a municipal or other public corporation for public purposes. 2 Reasons given for the rule are that title to such property is held in trust for the public, 3 and that in any event, such a seizure and sale of public property would be against public policy, 4 since the effect of such a sale would be the destruction of the means provided by law for carrying on the government. 5 Additionally, all political subdivisions of a state performing governmental functions are exempt from execution proceedings. 6 Observation: Presumptively, all property of every kind held by a municipality is held for public use, and the onus of overcoming this presumption is on the party seeking to execute on particular municipal property. 7 The continued operation of the office of the clerk of the court is essential to all aspects of government, and a state constitutional provision that no public property is subject to seizure applies to the office of the clerk of the court. 8 A municipal corporation, unlike a private corporation, is both a public and political body clothed with exclusive civil authority and political power and possessing the responsibility to provide security for the lives and property of a great number of persons. To carry out these responsibilities, a municipal corporation must possess physical assets such as buildings, waterworks, fire engines, and police cars. Such property is held for public, and only public, purposes, and to allow such assets to be executed upon would impair the municipality's ability to carry out its duties. 9 However, a federal civil rights plaintiff may enforce an award of attorney's fees against a municipality by seeking execution against property of the municipality despite state law provisions exempting municipal property from execution, since state law cannot restrict the authority of a federal court to order the satisfaction of its judgments. 10 A quasi-public corporation would be disabled from performing its public duties if its property could be seized and sold, and thus the public would suffer great harm. 11 *Observation: The proper procedure for enforcing a judgment against a public or municipal entity is mandamus, not a writ of execution; a writ of execution would impermissibly allow the seizure of public property.* DIETZ, Laura Hunter, et alli. § 167.

suscitando hipóteses de competência concorrente já que, embora as leis dos Estados Unidos atribuam determinadas competências às cortes federais, em geral não excluem a competência de cortes estaduais para a mesma matéria, o que é especialmente relevante nos *diversity cases*, que opõem interesses de particulares, qualificados apenas pela diversidade de domicílios em Estados distintos[18].

Desta dualidade de competências decorre, no plano legislativo, competências em Direito Processual e Direito Material, nas esferas federal e estadual, entretanto, vige interessante regra estabelecida desde 1789, pelo *Rules of Decison Act*, segundo a qual *as cortes federais, quando decidindo matérias próprias do Direito Estadual, devem aplicar o Direito Material do Estado em que estiverem sediadas*, seguindo, contudo, o Direito Processual federal que lhes for próprio[19].

Por razões históricas, o processo de execução, dado recair sobre bens de pessoas e corporações, é tratado como material de Direito Material, e, portanto, sujeita à competência legislativa estadual. Observando esta peculiaridade é que o Código Federal de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), determina, em seu artigo 69[20], que as execuções dos julgados federais observarão a Lei do Estado em que se localizarem[21].

Sendo assim, o processo de execução levado a efeito num Estado pode ser diferente daquele observado no outro, sendo certo que mesmo as cortes federais, ao examinarem eventuais oposições às execuções levadas a efeito sob suas ordens, deverão aplicar também a interpretação dos tribunais estaduais (a *common law* daquele Estado), relativa àquela matéria.

---

18 REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Michigan: Michigan University Press. 2007. p. 2.

19 *The Rules of Decision Act. As already alluded in Chapter I, Congress has provided since 1789 in the Rules of Decision Act that federal courts handling state-law claims must follow state law. The Act has been interpreted to mean that federal courts must follow state law on all substantive issues, but that they may follow their own federal procedural law. This is consistent with traditional conflict-of-laws notion that the forum court is permitted to apply its own procedural rules. The precise scope of the Rules of Decision Act was made clear in the 1938 case of Erie, Lackawanna R.R. v. Thompkins, and issues under the Act are referred to as "Erie Questions".* BURNHAM, William. op. cit. p. 189.

20 Rule 69. Execution - (a) In General.(1) Money Judgment; Applicable Procedure. A money judgment is enforced by a writ of execution, unless the court directs otherwise. *The procedure on execution — and in proceedings supplementary to and in aid of judgment or execution — must accord with the procedure of the state where the court is located, but a federal statute governs to the extent it applies.*

21 *The procedures for execution and for supplementary proceedings in aid of judgment and enforcement are generally those of the state in which the Court sits* (Fed. R. Civ. P. 69). Federal Judicial Center. Law Clerk Handbook. Washington: FJC. 2007. p. 26.

5 PERFIL DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA ENCARREGADOS DA EXECUÇÃO

Como se viu nos itens antecedentes, o procedimento de execução é levado a efeito, majoritariamente, por agentes públicos que não integram o Poder Judiciário, documentados por ordem expedida por auxiliar da justiça não detentor de prerrogativas próprias de um magistrado. Observadas essas peculiaridades, pode-se afirmar que o processo de execução estadunidense é predominantemente extrajudicial.

Para melhor compreender o papel das autoridades e servidores envolvidos neste processo, estudado com detalhes pelas escolas de Direito norte-americanas, apresentamos breves apontamentos sobre seu trabalho, envolto normalmente em aura de respeitabilidade e estatura maior do que o tratamento normalmente atribuído a seus equivalentes na sistemática brasileira.

5.1 LAW CLERKS

Os *Law Clerks*, aqui traduzidos como escrivães-chefes, são oficiais da corte responsáveis pela assistência direta e imediata dos Juízes, em qualquer nível de jurisdição. São também denominados *Judicial Clerks* ou *Law Secretaries*.

Todos os Juízes Federais de cortes de primeiro e segundo graus possuem a seu serviço *Law Clerks*, responsáveis pela pesquisa legal – imprescindível num sistema em que o Direito será identificado em precedentes espalhados por todo o país –, assim como pela elaboração de minutas de decisões judiciais. São normalmente recrutados dentre advogados recém-formados, por período limitado, e selecionados dentre estudantes que se destacaram durante o curso Direito[22].

O papel dos *Law Clerks* no processo de execução é preponderante, competindo-lhe analisar a correlação entre os requerimentos do Credor e o conteúdo da sentença exequenda, para, somente então, expedir a ordem de cobrança[23] que será objeto de cumprimento pelos Oficiais de Cobrança.

---

22 Judicial clerks, especially those working for federal judges and state supreme court justices, usually have excellent law school records and often have writing and research experience as members of the law review of their law school. Pay for such clerks averages between $40,000 and 60,000, though permanent judicial clerks in the federal system can receive up to $ 82,000. *While many clerks could conceivably get higher paying Jobs in private practice, they choose to be law clerks because of the experience and education they will gain and because of the prestige attached to such service.* BURNHAM, William. op. cit. p. 185.

23 *A writ of execution is the formal document issued by the court that authorizes a sheriff to levy upon the property of a judgment debtor. n1 It constitutes a direct command of the court to the sheriff to carry out the mandate of the*

5.2 SHERIFF'S OFFICE

Tradicionalmente, existe na organização administrativa norte-americana uma subdivisão desconhecida no Brasil, denominada Condado (*County*), menor do que um Estado, e maior do que uma cidade, isto é, em cada Condado haverá normalmente várias cidades. O conceito corresponde, com alguma semelhança, à idéia que se faz no Brasil de Comarca, divisão territorial de em que o Juiz de Direito exerce sua jurisdição, e que pode abranger mais de um município.

Na sistemática político-administativa da maioria dos Estados, uma municipalidade somente se tornará autônoma, em relação ao Estado-Membro, quando passar pelo procedimento de "incorporação", que a emancipará. Mas a "incorporação" está sujeita a limites territoriais precisos, de tal maneira que, além daquele território da cidade, normalmente uma área rural, continuará sendo exercida a autoridade do Condado, cujo principal "executivo" é o seu *Sheriff*.

Legalmente, os *Sheriffs* são oficiais eleitos, responsáveis pelo cumprimento da lei – *lato sensu* – em todo o território dos condados de sua circunscrição. Em alguns Estados, possuem atribuições próprias de fiscalização dos tributos e posturas Estaduais, bem como de posturas municipais em localidades não-incorporadas.

Embora estejam formalmente inseridos na estrutura organizacional do Poder Executivo, os *Sheriffs Deparments*, ou *Sheriffs Offices*, são vistos como autoridades de polícia judiciária, no sentido de encarregadas de prestação de apoio às autoridades judiciais, tanto em matéria criminal quanto cível, sendo este o fundamento genérico para que atuem como responsáveis pela execução de sentenças cíveis[24].

Na execução civil, são os destinatários das ordens de cobrança emitidas pela corte, a requerimento do credor, competindo-lhes relativamente ampla discrição no cumprimento dos mandados, devendo

---

writ. n2 The writ is not part of the judgment itself, but rather is a procedural device issued by the court to assist a successful litigant in obtaining the benefits of the judgment awarded him. Its sole function is related to enforcing the judgment of the court. n3 Since an execution ordered to enforce a judgment does not form a part of the judgment, errors associated with the execution proceedings will not render the underlying judgment open to collateral attack. n4. DIETZ, Laura Hunter, et alli. § 62.

24 *Sheriffs' deputies mostly patrol the unincorporated* áreas *of the county, or those that lie between municipalities. They do, however, have jurisdition throughout the county, and, in some* áreas *they routinely work alongside municipal police to enforce laws within towns and cities. Sheriffs' departments are generally responsible for serving court papers, including civil summons, and for maintaining security within state courtrooms. Sheriffs also run county jails and are responsible for more detainees awaiting trial than any other type of law enforcement department in the country.* SCHMALLEGER, Frank. Criminal Justice: A brief Introduction. 8. ed. New Jersey: Pearson education. 2010. p. 121.

atentar para a regularidade formal de sua expedição e do procedimento, embora ajam sob a direção geral do credor, que possui a incumbência de indicar bens do Devedor, e os locais onde estes possam ser localizados[25].

5.3 UNITED STATES MARSHALLS SERVICE

De maneira semelhante ao que acontece com os *Sherrifs*, em nível estadual, foi estabelecida no âmbito federal uma organização encarregada de prestar apoio à Justiça Federal dos Estados Unidos, conquanto topograficamente localizada no Poder Executivo.

Trata-se do *United States Marshalls Service*, órgão vinculado ao Departamento de Justiça, que é responsável pelo transporte de prisioneiros, supervisão do programa de proteção a testemunhas, captura de fugitivos federais, bem como pela execução de todas as ordens e mandados expedidos pelas cortes federais, além de fornecerem a segurança física aos magistrados, servidores e instalações da Justiça Federal.

Cada Distrito Judicial (circunscrição da Justiça Federal norte-americana), tem um *United States Marshall* indicado pelo Presidente, após aprovação do Senado Federal, com mandato de 4 (quatro) anos, e que se submete ao mesmo procedimento de impedimento do Procurador dos Estados Unidos (*United States Attorney*), daquele distrito. Assim como o *US Attorney*, o *US Marshall* pode e deve nomear seus *deputies* (assistentes).

A atuação do *U.S. Marshal* está regulamentada, em sentido amplo, pelo art. 4, (2), "c" do Código Federal de Processo Civil[26].

---

25 *The authority and duty of sheriffs and their deputies with respect to the execution of writs of execution are controlled by statute, under which the rights and duties accruing to the execution officer may differ materially from those existing at common law. n1 The officer is under a legal obligation to proceed with the execution of the writ n2 by performing every act required to be done under or by virtue of it, in the absence of a lawful withdrawal of the writ from the possession of the officer, n3 or of a direction given by an authorized person that the progress of the execution be suspended. n4 Accordingly, whenever an officer has power to satisfy an execution in his or her hands, it is his or her duty to do so. n5 As a general rule the officer is justified in the execution of a writ regular on its face and issued by competent authority. n6 Where particular statutory procedures are set in place to determine the ownership of property subject to a writ of execution when ownership is contested, the officer is obligated to follow the statutory procedure rather than releasing or abandoning the execution without following the procedure. n7 A question frequently arises as to the amount of property which should be sold under execution when more than enough to satisfy the debt has been seized. In the absence of the judgment debtor's expressed desire to have all parts of a tract or lot sold together, n8 the execution officer may make a division of the property, if that is practicable, and sell only so much of it as is necessary to satisfy the debt. n9 Indeed, in some jurisdictions it is the officer's imperative duty, under such circumstances, to sell only a portion. n10.* DIETZ, Laura Hunter, et alli. § 174.

26 (c) Service. (1) In General. A summons must be served with a copy of the complaint. The plaintiff is responsible for having the summons and complaint served within the time allowed by Rule 4(m) and must furnish the necessary copies to the person who makes service. (2) By Whom.Any person who is at least

Quando atuando na execução, o *U.S. Marshall* observará os mesmos procedimentos aplicáveis a ao *Sherrifs' Department* do Condado onde deve cumprir a decisão, respeitando os limites territoriais da jurisdição da corte distrital a que se vincula[27].

6 CONCLUSÕES

A análise dos procedimentos de execução adotados pelo ordenamento jurídico norte-americano permite verificar que existem opções válidas para a satisfação de créditos acertados judicialmente, sem a necessidade de permanente supervisão do Poder Judiciário, como tem sido o caso na realidade brasileira.

De fato, a respeitabilidade do regime jurídico-político dos Estados Unidos da América, que inspirou e moldou em tantos aspectos o constitucionalismo brasileiro, é capaz de sustentar argumentos em favor de uma menor intervenção judicial nos atos de execução, permitindo a sua paulatina delegação a autoridades vinculadas a outros ramos do Poder Público, mais próximas do cotidiano social, submetidas a menor custo de funcionamento do que o a burocrática máquina judicial, e que, nem por isto, se veem menos aparelhadas, em termos técnicos, para garantir a licitude de processos expropriatórios.

Parte desta percepção já foi acolhida pelo legislador brasileiro, ao inserir, por exemplo, o art. 685-C, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, e que chega mesmo a indicar a rede mundial de computadores (internet), como foro apropriado para a alienação de bens excutidos do Devedor (art. 685-C, § 3º, CPC).

---

18 years old and not a party may serve a summons and complaint. (3) *By a Marshal or Someone Specially Appointed. At the plaintiff's request, the court may order that service be made by a United States marshal or deputy marshal or by a person specially appointed by the court.* The court must so order if the plaintiff is authorized to proceed in forma pauperis under 28 U.S.C. § 1915 or as a seaman under *28 U.S.C. § 1916.*

27 Ordinarily, executions may be levied only by sheriffs, bailiffs, and court officers. n1 A deputy marshal may also be authorized to levy execution. n2 *A writ of execution issuing from a federal court is executed by a United States marshal. n3 A United States marshal is required to execute all lawful writs issued under authority of the United States, and may command all necessary assistance to execute his or her duties. n4 A United States marshal and his or her deputies, in executing the laws of the United States within a state, may exercise the same powers which a sheriff may exercise in executing the laws of the state.* n5 As a general rule, a writ of execution may be executed only by the officer to whom it is directed. n6 Thus, a writ of execution addressed to the sheriff of a specified county can legally be served only by the sheriff of that county, or by his or her duly authorized deputy. n7 Under a practice occasionally adopted, however, the writ is directed generally to all execution officers, or any execution officer, of the state. n8 Under federal law, prior to resignation, retirement or removal from office, a United States marshal must deliver to the marshal's successor all unserved process. DIETZ, Laura Hunter, et alli. § 175.

Ainda assim, percebe-se excessiva intervenção de atos judiciais que, não bastasse desviarem a atenção dos já sobrecarregados magistrados brasileiros, ainda se encontram sujeitos a sem número de recursos, inerentes a qualquer decisão judicial.

Especificamente no que tange à prática dos entes representados por órgãos da Advocacia Pública, em todos os níveis de Governo, e da Advocacia-Geral da União, em especial, compostos por profissionais de elevado perfil técnico, selecionados com rigoroso procedimento de aferição ética, e dotados de inúmeros mecanismos de controle institucional, estaria plenamente justificada a delegação da prática de determinados atos de execução, mormente em dívidas com valor líquido, plenamente acertados em prévio processo onde assegurado o contraditório, e nos limites do título exequendo.

REFERÊNCIA

AHART, Alan M. California Practice Guide: *Enforcing Judgments and Debts*. California: Thomsom Reuters, 2011.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 4. ed. Minnesota: Thomson West, 2006.

DIETZ, Laura Hunter, *et alli*. *American Jurisprudence*: Executions and Enforcement of Judgments, 2. ed. Minnesota: West Group, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*, 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Law Clerk Handbook*. Washington: FJC, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

SCHMALLEGER, Frank. *Criminal Justice*: A brief Introduction – 8. ed. New Jersey: Pearson Education, 2010.

A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DE ÓRGÃOS JULGADORES DO PODER EXECUTIVO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO (FINRA - EUA)

THE JUDICIAL REVIEW OF BRAZILIAN EXECUTIVE BRANCH AGENCY ACTION AND THE COMPARATIVE LAW (FINRA - USA)

Miquerlam Chaves Cavalcante
Procurador da Fazenda Nacional com atuação perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Ex-assessor jurídico da Presidência da República (SAJ). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará.

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 O Modelo Brasileiro; 3 A Revisão Judicial de Decisões do Carf; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: Recente contato com o direito norte-americano nos levou a refletir sobre o desenrolar do processo administrativo tributário brasileiro. Mais precisamente, nossa abordagem versa sobre o momento posterior ao contencioso administrativo federal, ou seja, a fase judicial que ordinariamente acontece após a decisão de última instância administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. O procedimento administrativo desenvolvido no âmbito da *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA), instituição independente e reguladora das empresas de títulos e valores mobiliários que fazem negócios nos Estados Unidos, lança luzes sobre a atual descartabilidade do procedimento brasileiro. Ademais, nos instiga a tecer considerações sobre a necessidade de fortalecimento da posição institucional do CARF no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de promover a utilização racional de recursos públicos e garantir a perfeita independência entre Poder Executivo e Poder Judiciário, sem que isso signifique ofensa aos princípios conquistados por nossa democracia, como o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Administrativo Tributário. Revisão Judicial. Independência. Executivo. Judiciário.

ABSTRACT*:* Our recent contact with the U.S. Law led us to reflect on Brazilian administrative tax procedure. More precisely, our approach deals with the aftermath of administrative litigation, in other words, the judicial phase that normally happens after the final administrative decision rendered by CARF, the Brazilian Board of Tax Appeals. The administrative procedure developed under the Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), an independent regulator for securities firms doing business in the United States, throws light on the disposability of the current Brazilian procedure. Moreover, challenges us to make considerations about the need to strengthen the institutional position of CARF in Brazilian Law, in order to promote the rational use of public resources and to ensure perfect independence between the Executive Branch and Judicial Branch, without offense to the principles of our democracy, such as the principle of judicial review (Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição).

KEYWORDS*:* Tax Administrative Procedure. Judicial Review. Independence. Executive. Judiciary.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A matéria abordada nesse estudo teve como inspiração um aspecto muito peculiar do procedimento administrativo da entidade norte-americana denominada *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA).

Uma breve síntese sobre a evolução legislativa do mercado de capitais norte-americano se faz fundamental para compreendermos o papel da FINRA. Com efeito, a regulação em nível nacional do mercado de valores mobiliários começou em resposta à quebra da bolsa em 1929.

Tal regulação encontra seus pilares em dois principais diplomas legais, o *Securities Act of 1933* e o *Securities Exchange Act of 1934*. Destaque-se que este último diploma foi responsável pela criação da *Securities and Exchange Commision* - SEC, conforme previsão da Seção 4 do Ato de 1934, *verbis*:

> SEC. 4. (a) There is hereby established a Securities and Exchange Commission (hereinafter referred to as the "Commission") to be composed of five commissioners to be appointed by the President by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of such commissioners shall be members of the same political party, and in making appointments members of different political parties shall be appointed alternately as nearly as may be practicable. No commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment than that of serving as commissioner, nor shall any commissioner participate, directly or indirectly, in any stock-market operations or transactions of a character subject to regulation by the Commission pursuant to this title. Each commissioner shall hold office for a term of five years and until his successor is appointed and has qualified, except that he shall not so continue to serve beyond the expiration of the next session of Congress subsequent to the expiration of said fixed term of office, and except (1) any commissioner appointed to fill a vacancy occurring prior to the expiration of the term for which his predecessor was appointed shall be appointed for the remainder of such term, and (2) the terms of office of the commissioners first taking office after the enactment of this title shall expire as designated by the President at the time of nomination, one at the end of one year, one at the end of two years, one at the end of three years, one at the end of four years, and one at the end of five years, after the date of the enactment of this title.[1]

1 SEC. 4. (a) É criada uma Comissão de Valores Mobiliários (doravante referida como a "Comissão"), composta por cinco comissários a serem nomeados pelo Presidente por e com a opinião e o consentimento do Senado. Não mais de três comissários devem ser membros do mesmo partido político, e ao fazer nomeações de membros de diferentes partidos políticos devem ser nomeados alternadamente tanto quanto pode ser

A SEC, portanto, trata-se de agência independente criada pelo *Securities Exchange Act of 1934* (Seção 4), incumbida de toda a regulamentação federal ligada aos valores mobiliários[2], com destaque na fiscalização dos agentes que atuam no mercado, bem como na proteção dos investidores.

No ano de 1938 o *Securities Exchange Act of 1934* foi alterado pelo chamado *Maloney Act*, que inseriu a Seção 15A naquele diploma. A alteração possibilitou a constituição e o registro de associações nacionais de valores mobiliários, que supervisionariam a conduta dos seus membros, ao mesmo tempo em que estariam sujeitas à supervisão da SEC.

Vejamos a previsão legal:

> REGISTERED SECURITIES ASSOCIATIONS
>
> SEC. 15A. (a) An association of brokers and dealers may be registered as a national securities association pursuant to subsection (b), or as an affiliated securities association pursuant to subsection (d), under the terms and conditions hereinafter provided in this section and in accordance with the provisions of section 19(a) of this title, by filing with the Commission an application for registration in such form as the Commission, by rule, may prescribe containing the rules of the association and such other information and documents as the Commission, by rule, may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.[3]

possível. Nenhum comissário deve se envolver em qualquer outro negócio, vocação, ou emprego além do de servir como comissário, nem qualquer comissário deve participar, direta ou indiretamente, em operações no mercado de ações ou operações de alguém sujeito à regulamentação pela Comissão nos termos do presente título. Cada Comissário será eleito por um mandato de cinco anos e até que seu sucessor seja nomeado e tenha se qualificado, só que ele não deve continuar a servir além do vencimento da próxima sessão do Congresso subsequente à expiração do referido mandato fixo, e exceto (1) qualquer comissário nomeado para preencher uma vaga que ocorra antes da expiração do mandato para o qual seu antecessor foi nomeado será designado para o restante do prazo, e (2) os prazos dos mandatos dos comissários que primeiro assumirem o cargo após a promulgação deste título caduca conforme designado pelo Presidente, no momento da nomeação, um no final de um ano, outro no fim de dois anos, outro no fim de três anos, outro ao final de quatro anos , e outro no fim de cinco anos, após a data da promulgação deste título.

2 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the United States.* 4. ed. St. Paul, MN, West Group, 2006. p. 583.

3 ASSOCIAÇÕES DE VALORES MOBILIÁRIOS REGISTRADAS

SEC. 15A. (a) Uma associação de corretores e distribuidores pode ser registrada como uma associação nacional de valores mobiliários nos termos da alínea (b), ou como uma associação afiliada de valores mobiliários nos termos da alínea (d), nos termos e condições aqui estabelecidas nesta seção e, em conformidade com as disposições da seção 19 (a) deste título, mediante a apresentação à Comissão de um formulário de pedido de registro, cuja forma a Comissão pode regulamentar, contendo as regras da

Em outras palavras, a alteração promovida pelo *Maloney Act* possibilitou a criação das *Self-Regulatory Organization* - SRO, em tradução livre, Organizações Auto-Reguladoras. Nos dias atuais, os Estados Unidos contam com uma única SRO, exatamente a *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA).

A FINRA é autoridade auto-reguladora da indústria financeira, ou seja, do mercado de valores mobiliários (*securities*), mais especificamente no que se refere aos agentes que atuam neste mercado, disciplinando sua atuação como forma de proteção aos investidores.

A entidade nasceu da junção (ou consolidação) entre a *National Association of Securities Dealers, Inc.* - NASD e o segmento de regulamentação, execução, e arbitragem da *New York Stock Exchange* - NYSE. A consolidação, que foi anunciada em 28 de novembro de 2006 e aprovada pela *Securities and Exchange Commision* em 26 de julho de 2007, entrou em vigor em 30 de julho de 2007[4].

FINRA constitui instância fora da esfera Estatal. Trata-se de autoridade privada cuja atribuição é deveras ampla em seu segmento econômico. Com efeito, dispõe de competência para registrar e treinar os operadores da indústria financeira, normatizar e regulamentar o setor, fiscalizar firmas que exploram a atividade de valores mobiliários, educar o público investidor, fazer cumprir as leis federais norte-americanas que disciplinam o segmento, etc.[5].

Suas atribuições são assim explicadas em publicação própria[6]:

---

associação e outras informações e documentos que a Comissão entenda, por regulamento, necessário ou conveniente, no interesse público ou para a proteção dos investidores.

4 FINRA. *NASD and NYSE Member Regulation Combine to Form the Financial Industry Regulatory Authority - FINRA*. Disponível em: <http://www.finra.org/Newsroom/NewsReleases/2007/p036329>. Acesso em: 10 out 2011. " The Financial Industry Regulatory Authority (FINRA) today announced that it has commenced operations as the largest non-governmental regulatory organization for securities brokers and dealers doing business in the United States. FINRA was created through the consolidation of NASD and the member regulation, enforcement and arbitration operations of the New York Stock Exchange. The consolidation, which was announced on Nov. 28, 2006 and approved by the Securities and Exchange Commission on July 26, 2007, became effective today, July 30, 2007."

5 FINRA. *About the Financial Industry Regulatory Authority*. Disponível em: < http://www.finra.org/AboutFINRA/>. Acesso em: 04 out 2011. "FINRA touches virtually every aspect of the securities business—from registering and educating industry participants to examining securities firms; writing rules; enforcing those rules and the federal securities laws; informing and educating the investing public; providing trade reporting and other industry utilities; and administering the largest dispute resolution forum for investors and registered firms. We also perform market regulation under contract for the major U.S. stock markets, including the New York Stock Exchange, NYSE Arca, NYSE Amex, The NASDAQ Stock Market and the International Securities Exchange."

6 FINRA. *Get to know us.*. Disponível em: <http://www.finra.org/web/groups/corporate/@corp/@about/documents/corporate/p118667.pdf>. Acesso em: 10 out 2011.

Safeguard the investing public against fraud and bad practices. By qualifying and licensing brokers, writing and enforcing rules and regulations for every single brokerage firm and broker in the United States, and investigating and disciplining anyone who violates the public trust.

Put firms under a microscope. Every day, hundreds of professionally trained FINRA financial examiners are in the field taking a close look at the way brokers operate, with a focus on the greatest risks to the markets and investors. We conduct routine examinations, as well as inquiries based on investor complaints and suspicious activity. We consult with other regulators, determine examination priorities and conduct special "sweeps" to target issues of immediate concern.

Enforce industry rules and federal securities laws. We foster investor confidence through vigorous enforcement. We can bring disciplinary actions against firms or individuals, meaning we can fine them, suspend them—even expel them—from the business. And we frequently require firms to provide restitution to investors who have been harmed.

Register, test and educate brokers. We require all brokers to register with FINRA, pass our qualification exams and satisfy continuing education requirements. As a result, FINRA maintains the largest and most sophisticated online registration and reporting system in the world—known as the Central Registration Depository. In addition, our BrokerCheck® system allows investors to check out the backgrounds of firms and brokers online: *www.finra.org/brokercheck.*

Work to ensure investors are not misled. We require that all broker advertisements, Web sites, sales brochures and other communications present information in a fair and balanced manner. And certain communications—those related to mutual funds, variable products and options—must be filed directly with FINRA. In 2008 alone, FINRA reviewed more than 90,000 individual advertisements and communications from firms to investors.

Keep an eye on the markets. We monitor what's happening in the U.S. stock market —by looking for suspicious trading activity in all stocks, bonds and options traded on the NASDAQ Stock Market, the International Securities Exchange and the over-the-counter markets.

Educate and inform investors. We believe an essential component to investor protection is investor education. We offer a range of free educational resources to help investors build their financial knowledge to better understand the markets and basic principles of saving and investing. The FINRA Investor Education Foundation is the largest of its kind in the U.S.: *www.finrafoundation.org.*

Demand fairness. Today's investors have a lot at stake. And because of that, they expect to be treated fairly. When problems between brokers and investors occur, we administer the largest forum specifically designed to resolve securities-related disputes between and among investors, securities firms and individual brokers. We have 73 hearing locations around the country—including at least one in each state—and in London and Puerto Rico[7].

7 *Proteger o investimento público contra a fraude e más práticas.* Qualificando e licenciamento corretores, escrevendo e fazendo cumprir normas e regulamentos para cada firma corretora e corretor nos Estados Unidos, e investigando e disciplinando qualquer pessoa que viole a confiança do público.

Colocar as empresas sob um microscópio. Todos os dias, centenas de examinadores financeiros do FINRA, treinados profissionalmente, estão no campo dando um olhar mais atento sobre a forma como operam os corretores, com foco em maiores riscos para os mercados e investidores. Realizamos exames de rotina, bem como inquéritos com base em queixas dos investidores e atividades suspeitas. Nós consultamos outros reguladores, determinamos prioridades e realizamos "varreduras" especiais a questões alvo de preocupação imediata.

Fazer cumprir as regras da indústria e as leis federais de valores mobiliários. Promovemos a confiança dos investidores através da aplicação vigorosa das normas. Podemos trazer ações disciplinares contra empresas ou indivíduos, o que significa que podemos multá-los, suspendê-los - até mesmo expulsá-los - do ramo. E nós freqüentemente requeremos às empresas que assegurem restituição para os investidores que tenham sido prejudicados.

Registrar, testar e educar corretores. Exigimos que todos os corretores que queiram se registrar com FINRA, passem por nossos exames de qualificação e satisfaçam as necessidades de educação continuada. Como resultado, FINRA mantém o maior e mais sofisticado sistema de registro e comunicação on-line do mundo - conhecido como Repositório de Registro Central. Além disso, nosso sistema BrokerCheck® permite que os investidores verifiquem os antecedentes das empresas e corretores on-line: *www.finra.org/brokercheck.*

Trabalhar para assegurar que os investidores não sejam induzidos em erro. Exigimos que todas as propagandas de corretagem, sites da Web, folhetos de vendas e outras comunicações apresentem informações de uma forma justa e equilibrada. E algumas comunicações - aquelas relacionadas com fundos de investimento, produtos variáveis e opções - devem ser apresentadas diretamente à FINRA. Só em 2008, FINRA analisou mais de 90.000 anúncios individuais e comunicações de empresas para os investidores.

Ficar de olho nos mercados. Nós monitoramos o que está acontecendo no mercado de ações dos EUA - olhando para a atividade de comércio suspeitas em todas as ações, títulos e opções negociadas na *NASDAQ Stock Market*, na *International Securities Exchange* e os mercados *over-the-counter.*

Educar e informar os investidores. Nós acreditamos que um componente essencial para a proteção dos investidores é a educação do investidor. Nós oferecemos uma gama de recursos educacionais gratuitos para ajudar os investidores a construir os seus conhecimentos financeiros para entender melhor os

Dentre suas competências, no que diz respeito à conduta disciplinar dos atores do mercado de capitais, insere-se a de julgar reclamações ou queixas dos clientes (investidores) que se sintam prejudicados em decorrência da atuação de agentes (indivíduos ou corporações) submetidos à sua atribuição, bem como disputas entre seus afiliados[8].

Em caso de irresignação da parte interessada em face de decisão exarada pela FINRA, a parte que se sentir prejudicada pode oferecer recurso à *Securities and Exchange Commision* (SEC), autoridade máxima do mercado de capitais.

Julgados em que essa supremacia da SEC é revelada podem ser facilmente consultados no *site* da própria Comissão na internet[9].

Por exemplo, em 05 de outubro de 2011, o *Administrative Law Judge*, Cameron Elliot, proferiu decisão em que proibiu o senhor Richard L. Globe de se associar com um corretor, comerciante, consultor de investimentos, corretor valores mobiliários municipal, NRSRO e agente de transferência. Vale destacar que o caso citado teve como catalisador irregularidades apuradas em reclamação administrativa iniciada pela FINRA[10].

Como afirmamos acima, a SEC constitui autoridade máxima do mercado de valores mobiliários, o que não significa que suas decisões são insuscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário norte-americano. A revisão judicial das ações e condutas das agências (como é o caso da SEC) é determinada tanto pelas leis que instituem e regem uma agência específica como também, de forma genérica, pelo *Administrative Procedures Act* - APA.

O APA, dentre outras disposições, acresceu ao Título 5, Capítulo 7 do *U.S. Code* a Seção 702, que diz:

§ Section 702. - Right of review

mercados e os princípios básicos de poupança e investimento. A *FINRA Investor Education Foundation* é a maior do gênero nos EUA: *www.finrafoundation.org.*

Demandar justiça. Investidores de hoje têm muita coisa em jogo. E por causa disso, eles esperam ser tratados de forma justa. Quando os problemas entre corretores e investidores ocorrerem, nós administramos o maior fórum projetado especificamente para resolver disputas relacionadas a valores mobiliários entre os investidores, as empresas e corretores individuais. Nós temos 73 locais de ouvidoria em todo o país - incluindo pelo menos um em cada estado - e em Londres e em Porto Rico.

8 FINRA. *Arbitration e Mediation.* Disponível em: <http://www.finra.org/ArbitrationMediation/index.htm>. Acesso em: 04 out 2011. "FINRA operates the largest dispute resolution forum in the securities industry to assist in the resolution of monetary and business disputes between and among investors, securities firms and individual registered representatives."

9 Disponível em: <http://www.sec.gov/alj/aljdec.shtml>. Acesso em: 11 out 2011.

10 SEC. Richard L. Goble. Cameron Elliot, Administrative Law Judge. File No. 3-14390. Disponível em: <http://www.sec.gov/alj/aljdec/2011/id435ce.pdf>. Acesso em: 11 out 2011.

> A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof. An action in a court of the United States seeking relief other than money damages and stating a claim that an agency or an officer or employee thereof acted or failed to act in an official capacity or under color of legal authority shall not be dismissed nor relief therein be denied on the ground that it is against the United States or that the United States is an indispensable party. The United States may be named as a defendant in any such action, and a judgment or decree may be entered against the United States: Provided, That any mandatory or injunctive decree shall specify the Federal officer or officers (by name or by title), and their successors in office, personally responsible for compliance. Nothing herein
>
> (1) affects other limitations on judicial review or the power or duty of the court to dismiss any action or deny relief on any other appropriate legal or equitable ground; or
>
> (2) confers authority to grant relief if any other statute that grants consent to suit expressly or impliedly forbids the relief which is sought.[11]

As cortes norte-americanas tem entendimento deveras ampliativo sobre o tema. Entendem que, mesmo na ausência de previsão expressa de *judicial review* na lei específica que cria cada agência, presume-se que

11 Seção 702. - Direito de revisão

Uma pessoa que sofre lesão a direito por causa da ação de agência, ou vê prejudicado ou lesado pela ação agência, na acepção de uma norma relevante, tem direito à revisão judicial da mesma. Uma ação em um tribunal dos Estados Unidos em busca de provimento judicial que não seja danos pecuniário e afirmando a alegação de que a agência, um funcionário ou empregado da mesmo agiu ou deixou de agir em caráter oficial ou sob aparência de autoridade legal não deve ser descartada, atenuada, nem mesmo ser negada sob o fundamento em que é contra os Estados Unidos ou que os Estados Unidos é uma parte indispensável. Os Estados Unidos podem ser citados como réu em qualquer ação, e uma sentença ou decisão judicial pode ser oposta aos Estados Unidos: desde que qualquer decisão ou medida cautelar obrigatória deve especificar o servidor ou servidores públicos federais (por nome ou por título), e seus sucessores no cargo, pessoalmente responsáveis pelo cumprimento da decisão. O aqui disposto em nada

(1) afeta outras limitações sobre revisão judicial ou o poder ou dever do tribunal de rejeitar qualquer ação ou negar socorro em qualquer outra base apropriada, legal ou eqüitativa, ou

(2) confere autoridade para conceder provimento judicial se qualquer outro estatuto que concede autorização para se adequar expressa ou implicitamente proíbe o provimento judicial que é procurado.

o Congresso, órgão responsável pela criação das agências, quis a *judicial review* quando da criação daquela entidade[12].

Neste cenário, um fato peculiar nos chamou a atenção: a forma como se efetiva a *judicial review* de decisões proferidas em grau recursal pela *Securities and Exchange Commision.*

Isso porque, a revisão judicial a ser feita em uma decisão proferida pela *Securities and Exchange Commision* terá sede em uma corte de apelação (*appellate court*), e não em um órgão julgador de primeira instância (*trial court*)[13].

Em outras palavras: todo o trabalho prévio, feito por instâncias outras (que não o Poder Judiciário) não é desprezado. Com efeito, o trabalho da FINRA (entidade privada) e da SEC (agência independente) são prestigiados quando a revisão judicial ocorre apenas no nível de uma corte de apelação.

Por outro lado, caso a *judicial review* tomasse lugar em um juízo de primeira instância (*trial court*), notório seria o desprestígio e o dispêndio de recursos (públicos), já que a análise da matéria voltaria à estaca zero.

Tal modelo nos inspira a algumas reflexões sobre a sistemática do ordenamento brasileiro.

2 O MODELO BRASILEIRO

O objetivo proposto é, a partir do modelo acima delineado, apresentarmos alternativas para aprimorar o relacionamento entre órgãos julgadores do Poder Executivo e do Poder Judiciário brasileiros.

Ao falarmos em *aprimorar* nosso sistema, não queremos dizer *copiar* modelos alienígenas com a presunção de serem melhores que nosso modelo. As ordens jurídicas são completamente distintas, a herança cultural é diversa e os valores democráticos preponderantes são discrepantes entre as sociedades.

12 BURNHAM. op. cit., p. 206.

13 Os sistemas de cortes estaduais e federal norte-americanos costumam ser organizados hierarquicamente em três níveis: *lower-level* ou *trial courts*, *appellate courts* e *supreme court*. As *trial courts* atuam como juízos de primeira instância, sob a presidência de um juiz (*judge*), que pode fazer uso ou não do júri, a depender da lide e da vontade das partes. Os jurados (*triers of fact* ou *fact finders*) são responsáveis por decidir as matérias fáticas, aplicando a lei determinada pelo juiz do caso. Havendo insatisfação de alguma das partes com o resultado proferido pela *trial court*, eventual recurso interposto será analisado pela corte de apelação (*appellate court*) que é composta pelos *justices*, geralmente em colegiado de três membros (*three-judge panel*), em que não há a atuação dos jurados. Como regra, essa decisão é irrecorrível, não obstante a possibilidade de todos os juízes da corte reverterem a decisão exarada pelos três juízes. É a chamada decisão *en banc*, onde todos ou grande parte dos juízes da corte se reúnem para proferir o julgamento.

Estamos aqui com Arnaldo Godoy[14], quando tece comentários sobre o modelo judiciário norte-americano:

> Atitude crítica ou preconceituosa com o modelo descrito poderia identificar choque cultural, jurídico e sociológico. Postura adesista ou adulatória poderia demonstrar aceitação de imperialismo conceitual, legalista ou ideológico. É que direito é fenômeno cultural, denso de experiência, carente de lógica, inclusive nos Estados Unidos.

Nosso ordenamento constitucional determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF/88). De forma mais específica, o artigo 109 da Constituição Federal atribui aos *juízes federais* a competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, com exceção de algumas demandas submetidas às justiças especializadas.

Entretanto, na estrutura organizacional da União, seja na administração direta ou na administração indireta[15], não é raro existirem processos e órgão julgadores próprios, tendentes a solucionar conflitos entre administrados e Administração, entre usuários e concessionárias de serviços públicos, etc.

A propósito, o processo administrativo conta com uma lei geral que o disciplina (Lei nº 9.784, de 1999)[16], e com normatização específica em alguns casos. Vale adiantar, sem prejuízo de retornarmos posteriormente ao tema, que o resultado do processo administrativo gera diferentes efeitos conforme a parte vitoriosa do litígio, se administrado ou se Administração.

Ocorre que, na prática, todo o trabalho desenvolvido no curso do processo administrativo, a depender da solução encontrada, acaba sendo desprezado em nome da *inafastabilidade de jurisdição* que se mostra burocrática e pouco funcional. Isso se dá pelo fato de não haver qualquer aproveitamento da fase "pré-judicial", ou seja, do processo administrativo, quando o conflito atinge a esfera do judiciário.

Salientamos que a nossa crítica, de forma alguma, mira o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, também conhecido como *direito de ação* ou, ainda, como *princípio do livre acesso ao Judiciário*[17]. Tal princípio

14 GODOY, Arnaldo Sampaio. de Moraes. *Direito nos Estados Unidos.* Baurueri: Manole, 2004. p. 12.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.152.

16 MELLO. op. cit., p. 490.

17 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 614.

é conquista que habita nosso ordenamento desde a Constituição de 1946[18], sendo sua proteção de fundamental importância.

Vislumbramos, por outro lado, que seu manejo pode ser aprimorado, ao mesmo tempo em que sua aplicação não deve anular a *separação dos poderes* e nem pode olvidar a *celeridade processual* e a utilização racional da gestão de pessoas e de recursos públicos.

O aprimoramento do *princípio da inafastabilidade da jurisdição* passa, em nosso sentir, pela previsão de que a revisão judicial de julgados proferidos por colegiados do Poder Executivo se dê, quando necessária, a partir do segundo grau de jurisdição.

A perfeita compreensão das sugestões aqui propostas exige um aprofundamento prático sobre seu alcance, que pode ser utilizado para todas as decisões com trânsito em julgado proferidas por órgãos julgadores administrativos.

Escolhemos, a título de ilustração, o Processo Administrativo Tributário Federal (ou Fiscal), cuja fase decisória encontra seu ápice no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

3 A REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES DO CARF

O processo administrativo fiscal federal é regido pelo Decreto nº 70.235, de 1972, e pelo Decreto nº 7.574, de 2011, sendo certo que este último reuniu disposições esparsas sobre o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União e sobre o processo de consulta da aplicação de legislação tributária federal.

A fase litigiosa deste processo inicia-se com a impugnação feita pelo Contribuinte ao lançamento fiscal realizado. O julgamento é feito, em primeira instância, pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ›s), órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

> *Decreto nº 7.574, de 2011*
>
> Art. 61. O julgamento de processos sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os relativos à exigência de direitos *antidumping* e direitos compensatórios, compete em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 591.

> Brasil (Decreto no 70.235, de 1972, art. 25, inciso I; Lei no 9.019, de 30 de março de 1995, art. 7o, § 5o).
>
> Parágrafo único. A competência de que trata o caput inclui, dentre outros, o julgamento de:
>
> I - impugnação a auto de infração e notificação de lançamento (Decreto no 70.235, de 1972, art. 14);
>
> II - manifestação de inconformidade do sujeito passivo em processos administrativos relativos a compensação, restituição e ressarcimento de tributos, inclusive créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI (Lei no 8.748, de 1993, art. 3o, inciso II; Lei no 9.019, de 1995, art. 7o, §1o e §5o); e
>
> III - impugnação ao ato declaratório de suspensão de imunidade e isenção (Lei no 9.430, de 1996, art. 32, § 10).

Em outras palavras, um colegiado de 3 (três) Auditores Fiscais analisará o acerto e a legalidade do lançamento tributário realizado. Caso entendam que a cobrança tributária está correta, o contribuinte que se sentir prejudicado pode recorrer desta decisão, mediante recurso voluntário ao CARF.

Com efeito, caso a DRJ entenda que o lançamento fiscal esteja incorreto ou padeça de algum vício, o colegiado o anulará. Tal decisão transitará em julgado para a Administração (Fazenda Nacional).

Há hipóteses, contudo, em que, mesmo sendo declarada a nulidade do lançamento, o processo deve ser remetido ao CARF. Isso acontece nos casos em que o valor de tributos e multas exonerados pela decisão da DRJ ultrapasse determinado valor (atualmente 1 milhão de reais). Trata-se do recurso de ofício.

A análise do recurso voluntário do contribuinte e do referido recurso de ofício no CARF é feito por um colegiado paritário (turma de julgamento). Cada turma de julgamento do CARF é composta por 6 (seis) conselheiros, sendo metade deles representantes da Fazenda Nacional, ocupantes de cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e a outra metade de representantes dos contribuintes, indicados por entidades de classe de suas categorias econômicas de nível nacional, em lista tríplice, por solicitação do Presidente do respectivo Conselho.

Anexo II - Regimento Interno do CARF

> Art. 23. Cada turma ordinária ou especial é integrada por 6 (seis) conselheiros titulares, sendo 3 (três) representantes da Fazenda Nacional e 3 (três) representantes dos contribuintes.
>
> [...]
>
> Art. 28. A escolha de conselheiro representante da Fazenda Nacional recairá dentre os nomes constantes de lista tríplice elaborada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e a de conselheiro representante dos contribuintes recairá dentre os nomes constantes de lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional e pelas centrais sindicais.

O CARF conta ainda com uma Câmara Superior, destinada a uniformizar a jurisprudência administrativa do colegiado.

A especialização técnica deste colegiado é notória. Da parte dos representantes da Fazenda Nacional, são auditores fiscais com larga experiência e expertise profissional. Da mesma forma, os representantes dos contribuintes, em regra, são advogados e contadores, com vasto conhecimento e longa prática profissional.

A expertise dos conselheiros se reflete em votos de extrema qualidade técnica e na profundidade das discussões tributárias[19]. Não por acaso, os grandes nomes no direito tributário nacional atuam naquele colegiado, berço e laboratório das mais relevantes teses tributárias.[20]

Concluído o contencioso administrativo-tributário, ou seja, proferida a decisão do CARF, duas vias se abrem[21]: A primeira delas, sendo vitorioso o contribuinte, a matéria faz coisa julgada para a Administração. A segunda via, sendo vitoriosa a Fazenda Nacional, permite que o contribuinte reinicie a discussão sobre a matéria no Judiciário.

Não vemos razão para que uma discussão, exaustivamente levada a termo na esfera administrativa, seja reiniciada em um juízo

19 Por diversas vezes ouvimos advogados de Contribuintes afirmarem das tribunas do CARF que, em caso de derrota, dificilmente levariam a disputa para o âmbito judiciário, ante o receio, dada a complexidade da matéria tributária envolvida, da discussão se limitar a aspectos processuais.

20 Não nos esqueçamos de outras vantagens do Processo Administrativo Fiscal, tais como: permitir ao Contribuinte uma defesa de "baixo custo" (não há taxas; o auxílio por advogados não é obrigatório); baixo impacto financeiro em caso de derrota (ausência de ônus da sucumbência); os julgadores são extremamente especializados e qualificados; maior rapidez em comparação ao Poder Judiciário; permite à PGFN ter contato prévio com teses novas dos Contribuintes, ao mesmo tempo que permite a estes testá-las.

21 ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 305.

de primeira instância. Parece-nos mais plausível que a discussão da matéria tributária seja continuada no Poder Judiciário.

Defendemos, portanto, que, sendo proferida uma decisão do CARF desfavorável ao contribuinte, eventual discussão judicial da matéria deve ser realizada em corte judicial de 2ª instância, ou seja, junto aos Tribunais Regionais Federais.

A rediscussão do assunto por juízo de primeira instância, nos moldes atuais, traz mais malefícios do que benefícios: 1. gera injustificável preponderância do Poder Judiciário sobre o Executivo; 2. reduz o nível de profundidade com que a matéria tributária é discutida, não obstante a expertise exigida dos magistrados, a especialização dos conselheiros atuantes no CARF se sobressai; 3. alonga a solução do conflito e retarda a pacificação social a que se propõe o Judiciário; 4. desperdiça recursos públicos tanto do Executivo quanto do Judiciário, entre outros.

Parece-nos que o procedimento adotado pela FINRA poderia ser aplicado, com as necessárias adaptações, à revisão dos julgados do CARF[22], pois preserva a inexorável *inafastabilidade de jurisdição*, ao mesmo tempo em que prestigia outros valores constitucionalmente previstos.

A *celeridade processual* é um deles. A medida contribuiria sobremaneira para uma maior fluidez das causas tributárias submetidas ao Poder Judiciário, na medida em que o processo: 1. teria sua duração reduzida consideravelmente; 2. chegaria à apreciação dos Tribunais ricamente instruído, preservando inclusive decisão de órgão altamente especializado e de composição paritária (CARF).

Da mesma forma, a proposta significa ponto de equilíbrio no que se refere à *separação dos Poderes*.

---

22 Não podemos nos esquecer que, no curso do Processo Administrativo Fiscal, podem surgir situações que exigem uma pronta resposta e que apenas o judiciário pode dar. A legislação aplicável ao PAF determina que a judicialização de matérias em discussão na esfera administrativa representa renúncia à esta via. É a chamada concomitância.

Cremos ser salutar, e coerente com nossa proposta, haver estipulação, em regras procedimentais, de um marco para definir a competência judicial para processos administrativos em curso. Por exemplo, até a decisão da DRJ, eventual judicialização seria feita perante juízo federal de primeira instância. Após o recurso voluntário do Contribuinte, a judicialização da disputa seria feita junto à segunda instância (TRF›s).

Isso evitaria desistências maliciosas à esfera administrativa apenas para se furtar à revisão de 2ª instância (TRF) (ex.: o julgamento do CARF é iniciado, alguns votos são colhidos e há pedido de vistas. Antevendo resultado negativo, o contribuinte ingressa com ação judicial para forçar concomitância, apenas para o processo ser rediscutido no Judiciário, em 1ª instância). No exemplo dado, acolhida nossa sugestão, a desistência, neste ponto do julgamento, faria com que a correspondente ação judicial tivesse foro originário na 2ª instância.

Como sabido, além de funções típicas, exercidas precipuamente, os órgãos (Poderes) exercem funções atípicas[23]. A atividade do CARF, portanto, traduz o exercício, pelo Poder Executivo, de natureza jurisdicional atípica. Vislumbramos ofensa à *separação de Poderes* pela desconsideração total de atividade jurisdicional desenvolvida no Poder Executivo através do CARF.

O atual modelo ofende o *princípio da eficiência* que rege a administração pública, na medida em que consideráveis recursos financeiros são empregados na condução dos processos administrativos para, ao final, suas conclusões não serem levadas em consideração em uma fase judicial subseqüente. Da mesma forma, recursos públicos poderiam ser melhor aproveitados no âmbito judicial com a retirada desta competência dos juízos de primeira instância.

Para viabilizar a alteração deste atual modelo, que desprestigia a atuação de órgãos altamente especializados (não apenas o CARF), entendemos necessária uma alteração, via emenda constitucional, na competência dos Tribunais Regionais Federais.

O acréscimo faria constar do art. 108, II da CF/88 a previsão de os TRF's julgar, em grau de recurso, além das causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição, *as causas que envolvam matéria federal julgadas por órgãos colegiados definidos em Lei Complementar*[24].

4 CONCLUSÃO

O modelo norte-americano da *judicial review* de decisões das agências administrativas é deveras inspirador no que diz respeito à celeridade e economicidade de recursos financeiros e de material humano.

O procedimento de solução de disputas no âmbito da *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA), com previsão de recurso para a *Securities and Exchange Commision* (SEC) e cuja decisão é passível de revisão judicial apenas por corte de 2ª instância (*appellate court*), merece nossa consideração.

Cremos que alguns colegiados de julgamento administrativo, a exemplo do CARF, deveriam ter suas decisões submetidas apenas ao crivo de uma corte judicial de 2ª instância, no caso os TRF's.

A medida concilia a *inafastabilidade da jurisdição* com a *separação e harmonia entre os Poderes*, ao mesmo tempo em que garante *eficiência*

23 LENZA. op. cit., p. 292.

24 A remissão à disciplina por Lei Complementar nos parece salutar, haja vista que evita a citação nominal de diversos colegiados que poderiam se qualificar, no presente ou no futuro, para se submeter à revisão judicial de 2ª instância pelos TRF's.

à administração pública, *celeridade processual* e otimização de recursos financeiros e de pessoal altamente especializado.

A proposta exige alteração constitucional para ser implementada, haja vista a atual ausência desta competência específica dentre aquelas atribuídas aos Tribunais Regionais Federais.

REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN, West Group, 2006.

FINRA. *About the Financial Industry Regulatory Authority*. Disponível em: <http://www.finra.org/AboutFINRA/>. Acesso em: 04 out 2011.

_____. *Arbitration e Mediation*. Disponível em: <http://www.finra.org/ArbitrationMediation/index.htm>. Acesso em: 04 out 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Baurueri: Manole, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NBR 10520:2002 – *Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação*;

NBR 10719:1989 – *Apresentação de Relatórios Técnico-Científicos*;

NBR 6027:2003 – *Informação e Documentação – Sumário – Apresentação*;

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Michigan: EAPP, 2010.

ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A ATUAÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA COMO INSPIRAÇÃO À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE (STARE DECISIS)

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF SPEEDY LITIGATION AND BRAZILIAN PUBLIC AGENCIES LITIGOUS PERFORMANCE AS AN INSPIRATION TO "STARE DECISIS" ADOPTION AS "SÚMULA VINCULANTE"

Nadja Lima Menezes
Procuradora do Banco Central

SUMARIO: Introdução; Brevíssimo Panorama Comparativo sobre a Atuação das Agências Públicas Norte-Americanas como partes Processuais e o seu Reflexo na Litigiosidade. O Esgotamento Prévio dos Remédios Administrativos e a Cláusula de Imunidade de Soberania do Direito Americano; 2 A Súmula Vinculante e o Stare Decisis; 3 A Administração Pública e a Súmula Vinculante; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo é baseado no princípio da celeridade e razoável duração do processo com o objetivo de analisar a litigiosidade da administração pública brasileira e a sua influência na "crise do processo" instalada no País, questionando a possibilidade de comparação com a atuação das agências públicas estadounidenses como pano de fundo. Nesse sentido, mostra-se o impacto da doutrina norte-americana do exaurimento prévio de medidas administrativas (*American exhaustion of remedies doctrine)* e da imunidade de soberania (*state sovereign immunity)* no resultado da comparação. Ademais, o artigo mostra a compatibilidade do "*stare decisis*" com os sistemas de direito de base romanística, e focaliza a súmula vinculante como a primeira experiência brasileira de precedente judicial obrigatório dirigida especialmente à administração pública com o fito de auxiliar na duração razoável do processo e celeridade processual.

ABSTRACT: This article is based on the principle of speedy litigation in order to analyse how litigious Brazilian public agencies are and the influence of that rating on litigation crisis in the country, questioning the possibility of comparison to North American public agencies on the background. In that sense, it has been shown the impact of North American exhaustion of remedies doctrine, and state sovereign immunity on the result of comparison. Furthermore, the article shows how compatible "stare decisis" is with a civil law syste, focusing "súmula vinculante" as Brazilian first binding precedent (mandatory authority) experience which has been adopted as a means of achieving speedier litigation, and has been especially aimed at Brazilian public agencies.

PALAVRAS-CHAVE: Duração razoável do processo. Administração pública brasileira e norte-americana. Doutrina do esgotamento prévio dos remédios administrativos.Imunidade soberana (*sovereign immunity). Stare decisis.* Súmula vinculante.

KEYWORDS : Speedy litigation. Brazilian and North American public agencies. Exhaustion of remedies doctrine. Sovereign immunity. Stare decisis. "Súmula Vinculante".

INTRODUÇÃO

Curial a percepção de que o tempo é elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça. Não haverá utilidade à tutela jurisdicional se não for prestada em espaço razoável de tempo.

De acordo com o artigo 5º, XXXV da Constituição brasileira, *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameação de direito"*. Conquanto o comando se direcione expressamente ao legislador, não há dúvidas de que ele se dirija a todos sem distinções. Nesse diapasão:

> Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir sua pretensão (grifo do autor).[1]

Tal concepção sobre o direito de ação nem sempre foi essa. É importante lembrar que o direito de ação, na época dos Estados liberais burgueses, era apenas o direito formal da propositura de ação; a possibilidade material de suportar os custos da demanda e o usufruto real da ação não estava entre as preocupações do Estado.[2] Com efeito, em tal contexto, a preocupação do direito constitucional era o de oferecer um freio aos excessos das aspirações estatais, não havendo garantias ao efetivo exercício do direito de ação.

A angustiosa realidade da justiça brasileira é representada pelo grande acúmulo de processos à espera de julgamento em todos os graus de jurisdição.

Vale a pena lembrar que os Estados Unidos da América do Norte empobreceram consideravelmente com a Guerra de Secessão; decidiram imprimir primazia a rapidez do seu judiciário.

> Para estimular, finda aquela guerra, o crescimento da economia, o que fez a Suprema Corte norte-americana? Decidiu prestigiar os contratos, sem os quais a economia não cresce. Como os americanos prestigiaram contratos? Imprimindo à justiça deles uma "dureza", uma severidade prática, às vezes exagerada – que nos causa espanto. Como exemplo dessa severidade até excessiva da justiça americana, basta ver como ocorrem os despejos por falta de pagamento de

1 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.170.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.197.

> aluguéis. As cinqüenta legislações estatais são bastante duras, e de modo geral, o inquilino inadimplente não tem muita chance de esticar a discussão do débito na Justiça. Marcado o dia para sair, se ele não sai, o agente da lei arromba a porta do imóvel locado, e os móveis são colocados na calçada. Brutalidade? Talvez. Mas, em compensação, os locadores não temem alugar seus imóveis a estranhos.[3]

Vê-se que a opção americana foi a de adotar uma metodologia processual enxuta e pragmática, tudo em harmonia com a ideologia neoliberal e raízes culturais calvinistas e individualistas, portanto.

Se o processo constitui meio de aperfeiçoamento da humanidade, como bem ensina Dinamarco, então existe uma íntima ligação entre o sistema do processo e o modo de vida da sociedade, sendo a litigiosidade contida um perigoso fator de infelicidade pessoal e desagregação social, consituindo, logo, missão e dever do Estado pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça que é, em última análise, a razão mais profunda por que o processo existe e é legitimada a sociedade[4]; ora, se é missão do Estado pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça, não deverá, enquanto parte interessada, pautar sua conduta de modo incoerente à sua missão.

Dessa forma, convém refletir se a atuação da administração pública brasileira como parte processual está afinada com as missões do Estado, entre elas a de garantir o exercício de direitos fundamentais, como o amplo acesso à justiça, o que significa também colaborar para um processo de duração razoável.

Na verdade, o direito fundamental à duração razoável do processo não é novo, nem tampouco surgiu com a Emenda Constitucional nº45; já era subproduto implícito do princípio maior do devido processo legal. Foi também a Emenda Constitucional nº 45 que introduziu a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento a auxiliar no combate à crise do processo.

O devido processo legal, e o princípio da razoabilidade, com o seu subproduto de duração razoável do processo têm relação estreita com a eficácia dos direitos fundamentais, que é o norte íntegro a ser sempre seguido pelo Estado, seja na sua faceta executiva, legislativa ou judiciária.

---

3 RODRIGUES, Francisco Cezar Pinheiro. Morosidade da justiça civil brasileira: causas e remédios. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.6, n.32, p.48, nov/dez.2004.

4 DINAMARCO, Candido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003 , p.127

> Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, *perdendo até mesmo a razão de ser* (grifo nosso).

Desse cenário, extrai-se a relevância do tema a ser tratado, que, transcende uma mera discussão do ordenamento jurídico, pois afeta a própria credibilidade do Estado Democrático de Direito, cujo papel fundamental é assegurar condições ao exercício pleno da cidadania e propiciar o respeito aos direitos fundamentais de seu povo.

1 BREVÍSSIMO PANORAMA COMPARATIVO SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS PÚBLICAS NORTE-AMERICANAS COMO PARTES PROCESSUAIS E O SEU REFLEXO NA LITIGIOSIDADE. O ESGOTAMENTO PRÉVIO DOS REMÉDIOS ADMINISTRATIVOS E A CLÁUSULA DE IMUNIDADE DE SOBERANIA DO DIREITO AMERICANO.

Preliminarmente, segundo BURNHAM citado por GODOY, agência pública, no direito estadounidense, é todo órgão governamental que não seja militar e que não pertença ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo[5].

É importante pontuar que os Estados Unidos, ao mesmo tempo que agasalham o "*due process of law*", acolhem em seu sistema até hoje a doutrina da exaustão dos remédios administrativos (*Exhaustion of Administrative Remedies)*, que preconiza a obtenção de um decisão final da administração pública antes da busca pelo conhecimento da questão pelo Judiciário; tal é concebido com o fito de evitar o uso desnecessário da máquina do judiciário e uso econômico dos recursos administrativos, bem como promover a autonomia administrativa por meio do ensejo à oportunidade de correção dos próprios erros, além de endossar o propósito legislativo de conceder autoridade aos procedimentos do ente da Administração Pública, embora se ressalve exceção às hipóteses em que o requerente tenha por pretensão desafiar a própria letra da lei:

> Generally, claimants aggrieved by agency action must obtain a final decision of the agency before resorting to a judicial review. This means that the claimant faced with a negative action by an agency

5 GODOY, op. Cit., p.115

> must exhaust the appeal procedures the agency provides. This is said to assure economical use of judicial and administrative resources, to promote administrative autonomy and responsibility by providing the agency with the opportunity to correct its owns mistakes, and to further the legislative purpose. However, exhaustion will not be required if it would be futile, such as where the agency is bound by applicable law to decide against the claimant and the claimant wishes to challenge the law.[6]

Consequência disso é que, se pedido de intervenção judicial é deduzido na pendência de processo administrativo regular, haverá negativa judicial para apreciação do feito.[7] Os norte-americanos não entendem isso como uma barreiro do amplo acesso à justiça. Com efeito, para eles o acesso à justiça é prestado quando respeitados os parâmetros do devido processo legal, o que compreende um processo célere, tramite ele no poder judiciário ou no poder executivo.

Ademais, no ordenamento norte-americano, ainda hoje é vigente a cláusula histórica da imunidade soberana (*state sovereign immunity)*, ainda que mitigada, a qual restringe significativamente a possibilidade de litigar contra agências governamentais *(administrative agencies)*, mormente no que concerne aos pleitos de pagamento de quantia em dinheiro, porquanto a regra é que se exija o consentimento, por parte do ente da administração pública, para integrá-lo à relação processual :

> *When judicial review was discussed, we considered several situations in which agencies were sued by individuals. Suits against agencies, however, can sometimes conflict with sovereign immunity – the doctrine under which that a sovereign cannot be sued without its consent.*[8] (grifo nosso)

Mesmo após a promulgação, em 1946, do *Federal Torts Claims Act (FTCA)*,com a autorização do ajuizamento de ações contra a administração federal e seus empregados, a responsabilidade estatal ainda é muito tênue e só ocorrerá se o Congresso dispensar (*waive*) a imunidade estatal.[9]

Nesse sentido, sobre o sistema da *common law*, Maria Sylvia Zanella di Pietro pontua, com muita propriedade, que, nos países da

6 BURNHAM,, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 4. ed. Thomson West, 2006, p.207.

7 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole 2004, p.120.

8 BURNHAM, op.cit., p. 220.

9 GODOY, op. cit, p.122.

common Law, "mesmo a responsabilidade civil do Estado demorou a ser reconhecida, só ocorrendo isto em meados do século XX, assim mesmo não abrangendo todas as hipóteses de danos causados aos particulares". [10] Mais, observa a administrativista que a resistência do sistema da *common law* em reconhecer a existência de um direito administrativo deveu-se basicamente por duas razões:

1) a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diverso do aplicável aos particulares e;

2) a existência de uma jurisdição administrativa própria para decidir os litígios da Administração Público (o contencioso administrativo francês), daí o sistema de unidade de jurisdição. [11]

O grande paradoxo é que a crítica do sistema norte-americano ao direito francês, por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, não impede "[...] *um direito administrativo posto pelas agências reguladoras, portanto, muito mais autoritário do que o direito francês, e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial, com subtração de algumas matérias à apreciação judicial*" (grifo nosso).[12]

Sob o prisma do direito de ação, e acesso à justiça, o acima narrado causa curiosidade, especialmente ao observador brasileiro, o qual inicia seus estudos de controle de constitucionalidade difuso justamente a partir da doutrina do controle judicial (*Judicial Review)*, calcada no famoso *leading case Marbury v. Madison*, que, em 1803, inaugura o paradigma da competência do juiz da causa para discernir acerca da constitucionalidade. Tanto que o controle de constitucionalidade difuso também é chamado de controle de constitucionalidade americano.

> Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte Americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança

10 DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common Law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez – 2006/jan de 2007, p.04 . Disponível em:<WWW. direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf . Acesso em: 01 de outubro de 2011.

11 Idem., p.03.

12 Ibidem, p.03.

> de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.[13]

Não tão famoso é o julgamento da Suprema Corte, 54 anos depois de *Marbury v.Madison*, que decidiu não ter a Constituição reconhecido aos negros o *status* de cidadãos que pudessem usufruir da vantagem de acesso à diversidade de jurisdição nas cortes federais, e que o Congresso não tinha poder para abolir a escravatura nos estados, o que é um exemplo das contradições existentes nos ordenamentos jurídicos - o que não poderia, aliás, ser diferente, posto serem as instituições criadas e administradas por seres humanos inexoravelmente ligados às suas próprias contradições internas.

> One low point that will be discussed shortly was the Court's infamous 1857 decision in Dred Scott v. Sandford, which held that under the Constitution blacks were not "citizens" who could take advantage of the diversity jurisdiction of the federal courts, and then went on to state Congress had no power to abolish slavery in its territories. Thus, the Court did not get off to a very good start in its exercises of judicial review: Dred Scott was only the Court's second invalidation of a federal law, the first being Marbury v. Madison 54 years before.[14]

De toda sorte, observa-se que os litígios a envolver as agências públicas dos Estados Unidos tendem a ser solucionados dentro do próprio Poder Executivo e na forma do procedimento desenhado por suas próprias normas regulamentares.

O maior quantitativo de execuções fiscais nos Estados Unidos, por exemplo, tramita na via administrativa com a realização do crédito público sem intervenção do judiciário, o que reflete o espírito aversivo aos custos e tempo gastos em discussões judiciárias, produto de uma cultura do pragmatismo e da adesão a realismo jurídico. [15]

> A execução fiscal por via administrativa é o meio mais comum, mais usado garantindo a tomada de bens do devedor e a realização do

13 MENDES , Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1062.

14 BURNHAM, op. cit., p.19.

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado.*Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.120.

> crédito público sem a intervenção do judiciário. Formalidades e delongas são dispensadas.[...] A utilização da via administrativa é comprovação de adesão a realismo jurídico. O que é típico da cultura normativa norte-americana, reflexo do pragmatismo de William James, Charles S. Pierce e de John Dewey [...].[16]

Nessa perspectiva pragmática, a atuação do fisco é a de detectar cobranças que não apresentarão resultados para deixá-las de lado, e concentrar-se em devedores de recuperação creditícia mais factível.[17]

> A execução fiscal judiciária (*foreclosure action*) nas poucas vezes em que é utilizada presta-se para administrar conflitos de interesse entre credores. Trata-se de terceiros que também têm direitos ou expectativas em relação aos bens de devedores, pelo que a Administração fiscal busca o judiciário para preventivamente sanar dúvidas e senões, que possam posteriormente invalidar esforços implementados na fase administrativa.[18]

O traço distinto das peculiaridades acima relatadas tem suas raízes históricas na gênese própria da federação, conquistas do povo americano, e distribuição política de poderes, embora não seja o propósito desse artigo a dissecação de tais circunstâncias históricas e políticas.

Da perspectiva de um operador jurídico brasileiro, onde há um sistema de jurisdição una com competência para abarcar as pendengas nascidas no seio da administração pública, não há como deixar de se remarcar um certo autoritarismo a fecundar o sistema de resolução de conflitos das agências públicas do poder executivo norte-americano, conquanto seja prevista a participação do cidadão na elaboração de normas das agências públicas.

> Paradoxo: criticou-se o direito francês por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, mas criou-se um *direito administrativo posto pelas agências reguladoras*, portanto, *muito mais autoritário do que o direito francês*, *e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial*, *com subtração de algumas matérias à apreciação judicial*. Na jurisdição administrativa, os conselheiros gozam da mesma independência que os membros do Poder Judiciário,

16 GODOY, 2009, p.120.

17 Ibidem, p.119.

18 Opus citatum, p.121.

> o que não ocorre em relação às agências, cuja independência se apoiou, de início, apenas na idéia de neutralidade em relação aos três Poderes do Estado, mito que aos poucos se desfez, pela crescente submissão das agências a controles exercidos pelos três Poderes do Estado e a diretrizes impostas pelo Poder Executivo.[19]

Fato é que, destacadas as devidas peculiaridades e paradoxos próprios de cada sistema, ambos os ordenamentos jurídicos, norte-americano e brasileiro, reconhecem a suma importância da efetiva prestação jurisdicional, como consectário lógico ao direito de ação, e sua intrínseca conexão com uma duração razoável do processo.

Não obstante o Brasil ofereça plexo muito maior de possibilidades para acionar a Justiça, notadamente a ausência de freios no modelo de uma doutrina da *state sovereign immunity* imunidade soberana ou uma exigência prévia, como regra, ao esgotamento das vias administrativas para processar os entes públicos (teoricamente, maior acesso à justiça, pois), é entre nós que se acentua a tão falada crise do Judiciário, que tem, em um de seus aspectos, a morosidade do trâmite processual, e a repetição de causas sobre questões idênticas.

E não é sem razão o descontentamento dos jurisdicionados brasileiros, titulares do direito fundamental do acesso à justiça, portanto. Vejamos o desabafo de Maria Odila da Silva Paes, publicado em julho de 2008 pela Folha de São Paulo e mencionado por Gianpaulo Scaciota:

> Sou viúva, tenho 86 anos e estou aguardando há oito anos decisão do Poder Judiciário, por sua 9ª vara da Fazenda Estadual, em relação a do qual sou parte contra a Rede Ferroviária Federal.
>
> [...]
>
> Por que o Poder Judiciário não decide sobre os direitos reinvindicados? Será que os que decidem a sorte dos homens aqui embaixo não creem que haverá um julgamento da parte do Juiz dos Juízes sobre seus atos?
>
> Um absurdo é a forma como são tratados os direitos das pessoas idosas pela justiça dos homens.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 01 out. 2011.

> Quantos obreiros e viúvas já morreram sem obterem seus direitos legítimos e moralmente justos?[20]

Inegável reconhecer, do demonstrado acima, que nos Estados Unidos, não é comum que as agências públicas resolvam suas controvérsias perante o Poder Judiciário; ora, o mesmo não se pode dizer da administração pública brasileira, maior cliente do poder referido, e responsável por mais da metade de tudo que se julga no país, portanto. [21]

Dessa feita, é premente a discussão a respeito das possíveis medidas e mudanças para desafogar o judiciário, não só pela sociedade em geral, mas especialmente pela administração pública.

2 A SÚMULA VINCULANTE E O STARE DECISIS

Embora, obviamente, a plêiade causal à sobrecarga e lentidão do Judiciário brasileiro seja deveras complexa, como a própria sociedade o é, não se pode ignorar o impacto que a atuação da Administração Pública no Brasil impõe ao sistema judicial.

Dentre as diversas reformas legislativas e projetos para conferir maior celeridade ao processo, e, por efeito, corresponder com um mínimo de efetividade ao direito fundamental de amplo acesso à justiça, elege-se aqui comentar a súmula vinculante e sua compatibilidade com o sistema romanístico, partindo-se da premissa de sua utilidade e contribuição à celeridade do processo e amplo acesso à justiça.

> A morosidade da Justiça, amplamente conhecida e criticada, apresenta-se como uma das grandes mazelas do Judiciário desse começo de novo século.
>
> No Tribunal de Justiça de São Paulo, para se ter um exemplo, convivia-se com um inconcebível "tempo morto" de até 5 anos para se distribuir um único recurso de apelação, apesar de a tese decidida pelo juízo monocrático (e aguardando distribuição para nova apreciação pelo Tribunal) já estar pacificada no STF.

---

20 Reclamação enviada para a Folha de São Paulo sob o título "A Justiça dos Homens" e publicada em setembro de 2008. Disponível em: <www.fadisp.com.br/download/turma_m3/Gianpaulo_Scaciota_2.pdf>. Acesso em 18.10.2011

21 Artigo da revista Veja, artigo publicado no sítio eletrônico do CNJ. Disponível em: <http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=171990&iABA=Not%EDcias&exp=s. Acesso em: 25.10.11

> *Sem dúvida, a divergência jurisprudencial, atrelada ao sistema recursal pátrio, bem como as diversas causas repetidas em que a Fazenda Pública figura como parte vêm contribuindo para agravar a chamada "crise da Justiça".*
>
> A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar realizar o comando fixado no art.5º, LXXVIII, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida, estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniforme (grifo nosso).[22]

Pela doutrina de Fredie Didier Jr, *"Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos".*[23]

A essência do *stare decisis* é a aplicação do sistema dos precedentes judiciais como fonte do direito, seja essa forma vinculativa ou não[24]. O efeito vinculante é referente às hipóteses onde as decisões de um tribunal devem obrigatoriamente ser seguidas pelas instâncias superiores (*Binding Stare Decisis Effect);* o não vinculante ocorre quando um juiz ou tribunal não é obrigado a seguir as decisões anteriores, mas pode ser persuadido (ou não) pelo raciocínio e cotejo analítico anteriormente usado *(Persuasive Stare Decisis Effect)*[25].

Alega-se que a súmula vinculante beba na fonte do sistema da *common law*, e que, portanto, seja incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de base romanística.

Na verdade, a súmula vinculante brasileira encontra seus antecedentes na Alemanha, Áustria (controle concentrado de constitucionalidade) e Portugal (assentos portugueses das Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas), e não só no *stare decisis* dos países do *common law* [26], pelo que estaria refutado tal argumento.

> 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,

22 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.504.

23 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 2. ed. Salvador:Podivm, 2008, p.347.

24 "The essence of the system by which court decisions are a source of law for later cases is the rule of *stare decisis"*, Burnham, op. cit., p.65.

25 Idem, p.65.

26 Idem, p.505-508.

> 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 [...][27]

Por outro lado, costuma-se replicar que o *stare decisis* da *common law* não guardaria coerência com o sistema romanístico brasileiro, uma vez que o primeiro teria sua gênese criativa no judiciário, e o segundo na lei, via poder legislativo, tendo em vista o art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que não menciona os precedentes judiciais como fonte do direito, mas apenas a lei, e, subsidiariamente, os costumes, e os princípios gerais do direito.

Tal é o raciocínio de uma corrente mais tradicional, a qual tende a não aceitar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas e tem o seu fundamento em construções civilistas antigas[28].

Entretanto, posição mais moderna abraça a jurisprudência como fonte do direito diante da percepção de que as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica adquirem identidade própria, e cristalizam-se em regras aplicáveis a situações futuras que lhe guardem similaridade. Excluir-se-iam dessa percepção, pois, as decisões dos juízes singulares pela ausência do caráter de abstração, impessoalidade e generalidade.

> Para a teoria moderna a jurisprudência é valorizada como fonte do Direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário.[29]

Aliás, afigura-se importante esclarecer que o sistema jurídico dos Estados Unidos é *misto*, ou seja, contém tanto normas legisladas (*enacted law)*, como normas criadas exclusivamente de decisões judiciais *(common law* propriamente dita); em caso de conflito entre uma *enacted law* e um precedente da *common law*, prevalece hierarquicamente o primeiro.

> *Adding the supremacy clause of the Constitution to the points about hierarchy mentioned above, a complete hierarchy of sources of law*

27 MENDES , Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 1003.

28 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.158.

29 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p.90.

> *can be constructed. From highest to lowest, they are (1)the federal Constitution, (2)federal statutes, treaties and court rules, (3)federal administrative agency rules, (4) federal common law, (5)state constitutions, (6)state statutes and court rules, (7)state agency rules, and (8)state common law.*[30]

> De toda sorte, a partir da Emenda nº 45/2004, forçoso é concluir que o Legislativo, formado por representantes da vontade geral e soberana do povo, escolheu a última linha doutrinária, reconhecendo à jurisprudência a qualificação de fonte do direito, ao menos no tocante às súmulas vinculantes do STF, ainda que algumas vozes se levantem para classificar essa escolha do Poder Constituinte Derivado como inconstitucional.

Nesse aspecto, ressalve-se que o *stare decisis* do direito norte-americano dá força obrigatória aos precedentes judiciais de todos os tribunais, enquanto que, no Brasil, optou-se por conferir tal poder apenas a categoria de súmulas da Corte Suprema.

De modo geral, as críticas são as de que a súmula vinculante feriria o princípio da separação dos poderes, o princípio do juiz natural e sua independência, além de engessar a jurisprudência.

Sobre o princípio da separação dos poderes, é importante trazer como paralelo o sistema norte-americano. Nos Estados Unidos, a legislação (*enacted law) também* é interpretada pelo Judiciário, embora nesse caso não seja denominada, num sentido mais estrito, como *common law*, cuja formação contém exclusivamente normas resultantes dos precedentes judiciais, segundo antes esclarecido.

Crucial destacar que a interpretação judicial do *enacted law também gera precedentes aptos a formar o stare decisis.*

> In a common law system, caselaw court decisions of individual cases are a source of law and are referred to as a whole as "caselaw". Thus, court decisions not only resolve past controversies; a decision of a case is considered to be a 'precedent' that has legal effect in the future. This effect comes from the principle of 'stare decisis'- the idea that future cases should be decided the same way as past cases.
>
> [...]

30 BURNHAM, op.cit, p.41.

> *Caselaw interpreting enacted law, like common law caselaw, follows the rule of 'stare decisis'"*[31](grifo nosso).

Ou seja, a norma legislada (*enacted law)*, e não só a *common law*, no direito americano, gera precedentes judiciais de efeito vinculante (*binding stare decisis)* ou não (*persuasive stare decisis)*. Portanto, se a analogia é feita comparativamente com ordenamento jurídico estadounidense, não há qualquer estranheza em conferir o efeito vinculante a uma interpretação de um tribunal, no caso, o STF, sobre uma norma do direito positivo. A técnica é comumente usada nos Estados Unidos sem que prevaleça a interpretação de ofensa ao princípio da separação dos poderes, ou que se fale numa ditadura do Poder Judiciário americano.

Não fosse isso, tal como no Brasil, o princípio da separação dos poderes de Locke e Montesquieu não se lhe revela maniqueísta, de arte que os três poderes detêm as funções de julgar, administrar e criar normas no conhecido mecanismo de controle mútuo e de freios e contrapesos entre os poderes.

> Separation of powers and "checks and balances" among the three branches of government were a matter of conscious design. The concept derives from the writings of Baron de Montesquieu and John Locke, with whose works the delegates to the convention were familiar. However, the idea as understood in the United States is less one of strictly separating powers than it is of spreading power among the branches.
>
> [...]
>
> A contemporary commentator has described the Constitution as establishing "separate institutions sharing power[32]

Em arremate, o precedente judicial derivado da interpretação de norma positiva pode ser superado por ato posterior do Legislativo. Se o precedente resultar de interpretação constitucional, o seu cancelamento poderá ocorrer por ato posterior do Congresso Nacional via emenda constitucional (*overruling)*. Isso é verdade tanto alhures, quanto cá (art.103-A, *caput*, e §2º, CRFB), o que reafirma a fidelidade à tônica do

31 BURNHAM, op. cit., p.39-41

32 Idem, p.9.

princípio da separação dos poderes para os casos de criação de lei pelo Judiciário nesse contexto.

> Caselaw interpreting a statute can be overruled by later action of the legislature, just as the statute itself can be amended. Caselaw interpreting the Constitution is reversible only by amending the Constitution.[33]

Outrossim, não cabe cogitar que a súmula vinculante engessaria a evolução da jurisprudência, porquanto é possível ao próprio STF, de ofício ou por provocação, rever e cancelar a súmula de cumprimento obrigatório.

Além disso, a independência funcional do juiz e o princípio do juiz natural estão salvaguardados: ora, se se demonstrar a diversidade entre o contorno fático do caso concreto em julgamento e aquele traçado no precedente vinculante por meio do cotejo analítico fático (técnica do *distinguishing)*, haverá a justificativa para não aplicar o precedente vinculante, o que demonstra estarem intactos o princípio do juiz natural e a independência funcional do juiz, que, nesse caso, não ensejará acolhimento da reclamação pelo STF.

Fato é que a palavra final sobre qualquer matéria constitucional é do Supremo Tribunal Federal, e a súmula vinculante brasileira enseja, dessa forma, um atalho para o que seria o último pronunciamento do STF, sem, entretanto, macular a independência funcional do juiz e inviabilizar o exercício arejado do pluralismo, porquanto, o juiz de base poderá sim deixar de aplicar a súmula, desde que fundamente sua decisão com demonstração de contornos fáticos diversos do caso concreto; acrescente-se que a súmula poderá ser revisada ou cancelada por provocação de diversos entes representativos do Estado e da sociedade (art. 3º da Lei nº 11.417/2006).

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SÚMULA VINCULANTE

Há uma crítica, no meu entender, procedente em parte no atinente ao efeito de um novo tipo de sobrecarga do Judiciário por meio do instrumento das reclamações constitucionais intentadas a cada vez que o Judiciário ou, principalmente, a Administração Pública deixasse de observar uma súmula vinculante.

33 BURNHAM, op. cit., p.41

Conforme já se observou o potencial de grande impacto para a multiplicação do número de processos é detido pela Administração Pública; é preciso que ela efetivamente observe às decisões sumuladas em caráter vinculante para contribuir com o Estado e a justiça brasileira.

> [...], tem-se aqui a clara conviccção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda sua amplitude.[34]

Mais, mister que esforços sejam envidados para resolução de conflitos no âmbito administrativo, com a promulgação de normas e procedimento que permitam assegurar o cumprimento da súmula; não se objetiva que a emenda constitucional instituidora da súmula vinculante, à luz da interpretação do princípio do amplo acesso à justiça, dê azo ao propósito estéril de simplesmente transmigrar o os recursos extraordinários para o as reclamações constitucionais, sem qualquer redução da litigiosidade.

> A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações para o Supremo Tribunal Federal.
>
> Daí a necessidade de que a lei preveja procedimento administrativo adequado de modo a permitir, tanto quanto possível, que as questões eventualmente suscitadas possam ser resolvidas na própria esfera da Administração.
>
> *Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo.35* (grifo nosso)

Nesse sentido, conquanto incompatível com a estrutura constitucional brasileira, interessante a abordagem norte-americana da doutrina da

34 MENDES; COELHO; BRANCO; GONET, op. cit, p.1009.

35 Idem, p.1009.

exaustão dos remédios administrativos (*Exhaustion of Administrative Remedies)*, inicialmente demonstrada, que, no Brasil, só guarda similaridade com o requisito do esgotamento prévio das instâncias da justiça desportiva como condição de procedibilidade para a provocação do Judiciário.

Ademais disso, os efeitos vinculantes e *erga omnes* da súmula vinculante não são novidade no ordenamento jurídico, tendo em vista a preexistência da ação declaratória de constitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade, que, no mesmo passo da súmula vinculante, não se dirigem ao poder legislativo, sob pena de fossilização da evolução social, com grande sacrifício do valor justiça em detrimento do valor segurança jurídica, ambos peças cruciais na arquitetura do projeto social trazido pela Constituição.

> [...] o efeito vinculante em ADI e ADC, na linha de interpretação dada pelo STF, não atinge o Poder Legislativo, produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do *Poder Judiciário* e à *administração pública* direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
>
> Ao analisar a possibilidade de vinculação também para o Legislativo, o Ministro Cezar Peluso indica, com precisão, que esta possível interpretação (diversa da literalidade constitucional) significaria o *"inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição"*.
>
> O Legislativo, assim, poderá, inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada esta atividade, de significar inegável *petrificação* da evolução social.[36]

No entanto, a inovação da súmula vinculante em relação à ADC e à ADIN, percebida a cultura de profusão recursal da administração pública em casos repetitivos, foi a de inaugurar a responsabilização cível, administrativa e penal do administrador público no caso de acolhimento pelo STF de reclamação fundada por desrespeito à súmula vinculante.

O objetivo do legislador foi tão nítido nesse sentido que, apesar de a súmula vinculante irradiar os seus efeitos também ao judiciário, os membros desse poder permanecem isentos de qualquer sanção, o que é mais um elemento indicativo de que a súmula vinculante não restringiu a independência dos juízes.

36 LENZA, op. cit., p.177

4 CONCLUSÃO

Decorrência lógica da circunstância da concentração da resolução de controvérsias das agências públicas no próprio poder executivo é que o *stare decisis* concebido no Judiciário acaba por ser aplicado predominantemente ao direito privado nos Estados Unidos.

O Brasil escolheu um caminho inverso aos dos Estados Unidos para a aplicação da súmula vinculante: enquanto lá a vinculação aos precedentes já se inicia nos tribunais inferiores, aqui se elegeu conceder a prerrogativa de vinculação da decisão apenas à Corte Constitucional.

Os críticos da opção brasileira observam que nos Estados Unidos é mais fácil a mudança da norma veiculada pelo *binding stare decisis*, haja vista que bastaria legislação ordinária para afastá-la, ao passo que no Brasil, somente via emenda constitucional, o que, para alguns significaria a supremacia do Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal.

Não concordamos com essa posição. Efetivamente, a Lei nº 11.417/2006 apresenta requisitos e procedimento necessário para cancelamento ou revisão da súmula com ampla legitimação ativa aos representantes do Estado e da sociedade. Ademais disso, os efeitos vinculantes de decisão do Supremo Tribunal Federal já existem também na ADC e na ADIN.

A administração pública é maior usuária dos serviços do judiciário e tem a cultura da profusão recursal, muitas vezes recorrendo de teses já ampla e notoriamente acatadas pelo Judiciário, ao argumento de ser esse o seu dever de ofício. A instituição da súmula vinculante, ao prever a responsabilidade cível, penal e administrativa do administrador público que deixa de seguir a norma veiculada em súmula vinculante, é claramente dirigida à administração pública.

Para colaborar com a missão estatal de propiciar o amplo acesso à justiça, a administração pública tem como dever efetivamente observar as súmulas, e, se for o caso, não recorrer, deixando aos cuidados dos legitimados a tarefa de requerer o cancelamento da súmula vinculante (o que ensejará a apreciação concentrada, e, logo, econômica da matéria), ou ainda, se for o caso, aplicar a técnica do *distinguishing*, tal como nos países da *common law*, argumentando divergência fática entre os fatos inspiradores da súmula vinculante e o caso concreto.

Mais que isso: urge uma mudança cultural e paradigmática em sua atuação belicosa.

No entanto, é imprescindível frisar não ser possível uma comparação entre a atuação da administração pública brasileira e a norte-americana no concernente à litigiosidade judicial, haja vista as características próprias

do sistema estadounidense, entre elas a doutrina da *Exhaustion of Administrative Remedies*,e a cláusula de imunidade soberana *(state sovereign immunity)*,que, conquanto temperada, desde meados do século XX, ainda subsiste, o que acaba por filtrar drasticamente os casos de litígio judicial das agências públicas americanas.

Como se vê, qualquer comparação numérica sem a consideração desses fatores distorcerá a verdade de qualquer conclusão comparativa entre a litigiosidade da administração pública brasileira e americana.

De toda sorte, tal constatação não isenta a administração pública de colaborar com a missão estatal de garantir a razoável duração do processo, não só com a observância das súmulas vinculantes, mas também com a adoção de medidas outras que possam desaguar na redução da litigiosidade, propiciando, assim, o efetivo uso e gozo do direito fundamental do amplo acesso à justiça aos administrados/cidadãos, com o resguardo da própria funcionalidade do Estado.

Por fim, alerte-se que já começa a se formar entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de responsabilizar o Estado pela demora na prestação jurisdicional:

> Assim, no caso da demora na prestação jurisidicional, configura-se, pois, de maneira insofismável, a necessidade de criação jurisprudencial do direito, assegurando ao particular prejudicado indenização cabível a ser paga pelo Estado.
>
> A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços, quer pela indolência dos seus Juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade.[37]

REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. Thomson west, *2006*.

37 DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional:responsabilidade do Estado: indenização*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmluibitstream/handle/2011/9548/A_Demora_na_Entrega_da_Presta%E7%E3o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 de outubro de 2011, p. 32.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho,* 8. ed. São Paulo: LTr. 2009.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos.* Barueri: Manole, 2004.

_____. *A execução fiscal no direito tributário comparado.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES , Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

ARTIGOS EM PERIÓDICO

1. DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional:* responsabilidade do Estado: indenização. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmluibitstream/handle/2011/9548/A_Demora_na_Entrega_da_Presta%E7%E3o.pdf?sequence=1>.Acesso em: 27 de outubro de 2011.

2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. R*evista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez. 2006/jan. de 2007,

3.RODRIGUES, Francisco Cezar Pinheiro. Morosidade da justiça civil brasileira: causas e remédios. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.6, n.32, p.40-62, nov./dez.2004. Disponível na internet em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf> . Acesso em: 01 de outubro de 2011.

A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE NO DIREITO NORTE-AMERICANO

THE IMPORTANCE OF PRECEDENT IN NORTH AMERICAN LAW

Paulo Cesar da Silva
Procurador Federal, lotado na PF/UFAL
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL

SUMÁRIO: Introdução; 1 Perspectivas Históricas; 1.1 O caso da Louisiana; 1.2. A "Common Law" nos Estados Unidos da América; 2. O Sistema Judiciário Norte-Americano; 3. A "stare decisis" e sua atuação dentro do sistema judicial norte-americano; 3.1. O efeito vinculante da "stare decisis" nas cortes estaduais; 3.2 Métodos de superação do precedente; 4 A "Statutory Law" e sua influencia no sistema legal do precedente. 5. Conclusão; Referências.

RESUMO*:* Este artigo busca, sucintamente, esboçar o sistema legal norte-americano, fixando-se na importância do precedente naquele sistema, ao mesmo tempo em que tenta esclarecer o surgimento dos *statutory law* em sua manifestação mais moderna, fazendo, ainda, uma contraposição entre as duas fontes do direito e sua importância no sistema legal norte-americano ao longo de sua história. A marcha do direito nos Estados Unidos da América parece transitar em um caminho inexorável de adaptação entre os sistemas *Case Law* e *Statutory Law*. A rigidez do sistema da *Common Law* se revela complicado dadas as peculiariedades do sistema judicial norte-americano. O alcance do precedente e sua vinculação nos sistemas judiciais federal e estadual torna a aplicação do direito cada dia mais difícil. A busca da solução tem forçado o sistema à uma adequação que torna o direito norte-americano cada dia mais hibrido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Norte-Americano. Precedente. Importância. *Statutory Law*. Perspectivas.

ABSTRACT: This article attempts to briefly outline the American legal system, settling on the importance of precedent in that system, while seeking to clarify the emergence of the statutory law in its modern manifestation, making also a contrast between the two sources of law and its importance in the American legal system throughout its history. The march of the law in the United States of America seems to move in an inexorable path of adaptation between systems Case Law and Statutory Law. The rigidity of the system of common law proves difficult given the peculiarities of the American judicial system. The scope of precedent and its relationship to federal and state judicial systems makes law enforcement more difficult each day. The search for solutions has forced the system to an adaptation that makes the U.S. law increasingly hybrid.

KEYWORDS: North American Law. Precedent. Importance. Statutory Law. Perspectives.

INTRODUÇÃO

As bases do direito de uma nação estabelecem a forma como se dirimem as demandas surgidas no meio de seu povo. Neste sentido o mundo tem sido dividido entre duas vertentes altamente interessantes, com suas qualidades e adversidades: o sistema codificado romano germânico, que se aplica em grande parte da Europa, África, Oriente Médio, Japão e Indonésia, além de América Latina - claro, incluindo-se aqui o Brasil- e o sistema do *"Common Law"*, originado na Inglaterra e que vigora em todos os países de língua inglesa, a exemplo da Nova Zelândia, Austrália e dos Estados Unidos da América.

Igualmente criativos, enquanto fonte de recursos jurídicos aptos a solucionar uma demanda jurídica entre cidadãos, coube a mim o privilégio de mergulhar, a poucos meses, no sistema do *"Common Law"* Norte-americano e vivenciar suas vantagens, beleza, peculiaridades e dificuldades, a fim de formar, quem sabe um juízo de convencimento sobre a adequação de cada um dos sistemas, uma vez que, como profissional do direito no Brasil, já me considero acostumado ao sistema romano germânico.

Neste artigo, procuro identificar as peculiaridades do direito Norte-americano, traçando diretrizes para observar o funcionamento do sistema do *"Common Law"*, suas perspectivas passadas, presentes e futuras.

O objetivo maior é situar os Estados Unidos da América no campo do direito, para analisar a qualidade do seu sistema jurídico e tentar perceber os ventos de mudanças ou adequações por que passa aquele sistema jurídico, na busca de se ver adequado aos anseios mais profundos e modernos de sua população.

1. PERSPECTIVAS HISTORICAS

O direito norte-americano, diferentemente do brasileiro - este baseado no direito civil romano-germânico, português, organizado em códigos - erigiu-se sobre o pressuposto das decisões jurisprudenciais, sendo chamado comumente de *"Common Law"*, ou *"Case Law"* ou *"Precedent"*.

Esse sistema jurídico, oriundo do direito anglo-saxão, fundamenta-se no pressuposto de que a lei é criada pelos usos e costumes, nas decisões dos casos concretos proferidas pelos juízes ou corpo de juízes, ao invés do ato normativo codificado extraído do Poder Legislativo.

Assim, os estados americanos atuais, influenciados pelo *Common Law*, têm se organizado sob um sistema legal cuja principal fonte de

direito é o precedente jurisprudencial, significando que a norma se origina nesses estados da aplicação dos casos anteriores e julgados a casos concretos, novos e semelhantes cuja solução dependerá da maneira com que foram julgados anteriormente.

1.1. O CASO DA LOUISIANA

A exceção feita é o Estado da Louisiana cujo sistema legal se baseia não no *"Common Law"* anglo saxônico, mas no Código Civil Napoleônico, fruto dos fortes traços franceses na sua colonização.

Exceção tão notável, mereceu citação no famoso filme *"Um bonde chamado desejo"*, onde a personagem de Marlon Brando, Stanley, ensinava à Stela (personagem de Kim Hunter) as peculiaridades do direito de família no estado da Louisiana e a maneira como estavam ligados ao código napoleônico. (blog Lousiana Legal Community.) [1]

Nesse Estado, como se disse, diferentemente dos demais estados norte-americanos, o sistema legal codificado se direciona por um conjunto de regras gerais e estatutos basicamente geridos pelo Código Civil da Louisiana de 1808, em uso até hoje e ainda em aplicação às demandas de direito de propriedade, direito criminal e de família, *v.g.*, influenciando e subsidiando o judiciário na decisão dos casos apresentados pelos jurisdicionados.

Exemplo deste sistema naquele estado é o princípio do *"forced heirship"* pelo qual, ao descendente se garante uma parcela do patrimônio de seus ascendentes, independentemente da vontade do doador ou legatário, exceto nos casos em que os mesmos tenham sido deserdados, princípio este oriundo do código napoleônico, estabelecido no art. 1.494, do Código Civil da Louisiana e que não se vislumbra em nenhum dos outros estados norte-americanos:

> Art. 1.494. Forced heir entitled to legitime; exception
>
> A forced heir may not be deprived of the portion of the decedent's estate reserved to him by law, called the legitime, unless the decedent has just cause to disinherit him.
>
> Art. 1.494. Herdeiro forçado intitulado à legitima; exceção

1 LOUISIANA LEGAL COMMUNITY. Disponível em: <http://www.la-legal.com/modules/smartsection/item.php?itemid=7> Acesso em: 12/10/2011;

> Um herdeiro forçado não pode ser privado da porção do espólio do falecido reservada para ele pela lei, chamada legítima, a não ser que o falecido tenha justa causa para deserdá-lo. (tradução do autor).

Igual destino se aplica a algumas leis que tratam da maneira com que se realiza transações comerciais na Lousiana, baseada em Leis que não encontram correspondente no *"Uniform Commercial Code - UCC"* usado nos demais estados norte-americanos, apesar do recente esforço dos legisladores daquele Estado por adotá-lo.

A despeito disso, vale registrar o surgimento no Estado da Louisiana de uma tendência de transformação do direito codificado em um direito jurisprudencial do *Case Law*, aproximando o mesmo dos demais 49 estados norte-americanos e transformando este num sistema único de jurisdição civil hibrido.

Prova disto é o art. 1, capítulo 1, do mesmo Código Civil da Louisiana - CC, alterado por Ato de 1987, que determina como fontes do direito a "legislação e os costumes", sendo a legislação a "expressão solene do desejo do legislativo" (art. 2, CC) e resultando os costumes da "prática repetida por um longo tempo e geralmente aceita como tendo adquirido força de lei." (art. 3, CC).

1.2. A COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Regra geral, porém, como se disse, o direito norte-americano se baseia no *"Common Law"*. Seu surgimento remonta à época dos julgados dos Juízes Itinerantes do Rei da Inglaterra, o antigo sistema legal prevalecente ainda na Inglaterra, além de países colonizados pela mesma, a exemplo da Nova Zelândia, Austrália, Canadá e Estados Unidos (antes da revolução americana).

Surgido mais de mil anos antes da fundação dos estados unidos, esse sistema privilegia costumes e regras sociais reconhecidas e executadas pelos julgamentos dos tribunais, que se tornavam decisões vinculantes.

Através dele, os Juízes obrigatoriamente adotam, no enfrentamento de um caso concreto, a experiência e o *"decisum"* de um colega em casos semelhantes e anteriores. O direito é formado, portanto, de decisões anteriores chamadas de *"stare decisis"* que vinculam uma mesma corte ou tribunais e juízes inferiores, sendo de se destacar que sua atuação não se opera de maneira ascendente, ou seja, deixando de vincular tribunais superiores. Isso por conta da peculiaridade do sistema judiciário americano que se faz necessário exemplificar.

2 O SISTEMA JUDICIÁRIO NORTE-AMERICANO

A Constituição Americana de 1789 organizou o país, originalmente divido em 13 (treze) colônias egressas do domínio inglês, sob um sistema constitucional, federativo, de *checks and balances*, ou de freios e contrapesos, influenciado pela doutrina tripartite de poder de Montesquieu (O Espírito das Leis – 1748), constituído de três esferas de poder: Legislativo (bicameral, art. I), Executivo (art. II) e Judiciário (art. III).

Ao poder Legislativo coube pela Constituição a tarefa de se desenvolver, como se disse, de forma bicameral, com uma câmara alta (*Senate*) de representação igualitária por estado e a câmara baixa (*House of Representatives*) de composição baseada na população de cada estado.

Ao poder Executivo, representado pelo Presidente, cabe a tarefa de executar com fidelidade as leis estando investido do poder de negociar tratados entre países e escolher Juízes Federais, ambos mediante aprovação do Senado, além de exercer o poder de veto de leis oriundas do legislativo, que pode ser derrubado por 2/3 (dois terços) dos votos das duas casas.

Com respeito ao Judiciário, a Constituição basicamente se limitou a determinar a criação da Suprema Corte Americana, deixando a possibilidade em aberto de criação de cortes inferiores, sob decisão do Congresso.

A jurisdição das Cortes Federais norte-americanas se definem por duas premissas básicas: *Diversity*, cujo objetivo é o de garantir àquelas cortes a solução de *Controversies* entre dois ou mais estados da federação ou entre cidadãos de diferentes estados e *Federal Question*, a respeito de controvérsias surgidas no tocante à própria Constituição ou as leis federais.

Além disso, tal jurisdição, ainda de acordo com a Constituição, será exercida em caráter *original*, quando tratem casos envolvendo Embaixadores, Ministros ou Cônsules de outros países, ou em que um Estado seja parte, ou de *apelação*, quando julguem casos baseados na regra da *Diversity* ou *federal question* de cortes federais inferiores assim como casos de apelação de decisões de cortes estaduais, que resolveram casos envolvendo leis federais.

Num ambiente inicial de extrema desconfiança do poder central, em detrimento do poder dos estados, a constituição consagrou o principio de que os estados detêm todo o poder, restando ao governo federal aquilo que não for reservado aos estados. A maneira de se estabelecer isto foi deixando enumeradas as atribuições ou faculdades

do governo federal, reservando aos estados todo o restante da regulação da vida.[2]

Assim, o sistema judiciário norte-americano está hierarquizado, no âmbito federal, em três níveis, capitaneados pela Suprema Corte; no nível logo abaixo, por 12 (doze) *Circuit Courts of Appeals*, com competência recursal decorrente de tribunais distritais, exceto a *Circuit Court of Appeal* do Distrito de Columbia, de competência restrita; além de um tribunal especial *Court of Appeals for the Federal Circuit* cuja competência principal é julgar recursos oriundos de duas cortes inferiores: o *Court of International* Trade e o *United States Court of Federal Claims*; a seguir, num último nível, por 89 (oitenta e nove) Cortes Distritais com jurisdição federal somente distribuídos nos 50 (cinqüenta) estados americanos, 1(um) no Distrito de Columbia e 1(um) em Porto Rico, além de 3(três) Cortes Distritais, com jurisdição federal e local, nas Ilhas Virgens, Guam e Ilhas Marianas do Norte, e 1(uma) *US Tax Court*, em Washington com competência para julgar casos envolvendo leis tributárias.

Guardadas as devidas proporções e particularidades de suas constituições e leis, cada um dos estados integrantes da federação norte-americana detêm o mesmo sistema de cortes em três níveis e com similaridades de nomenclaturas, claro, conhecendo e decidindo questões de natureza estadual.

3. A STARE DECISIS E SUA ATUAÇÃO DENTRO DO SISTEMA JUDICIAL NORTE- AMERICANO

A dificuldade de se entender o funcionamento da *Stare Decisis* nao se limita ao complexo ordenamento das cortes federais norte-americanas, já que, aliado a isto temos o circuito estadual de cortes que militam no mesmo sistema da *Common Law*, evidentemente, em casos de competência própria, mas, podendo também conhecer e julgar casos de competência federal. [3]

3.1. O EFEITO VINCULANTE DA STARE DECISIS NAS CORTES ESTADUAIS

Em regra, a decisão de uma corte vincula todas as cortes inferiores de um mesmo sistema (federal ou estadual). Na mesma

2 CONSTITUTION, United States. 10a. Emenda. 1789; *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.*

3 Tribunais estaduais são os árbitros finais de leis estaduais e constituições. De sua interpretação de lei federal ou da Constituição dos EUA pode se recorrer à Suprema Corte dos EUA. A Suprema Corte pode optar por ouvir ou não ouvir tais casos. (tradução nossa). COURTS, U.S. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/EducationalResources/FederalCourtBasics/CourtStructure/ComparingFederalAndStateCourts.aspx>

essência, a decisão tomada por uma turma de juízes (três) de uma corte, vincula todas as cortes inferiores de quem aquela corte conhece apelo, a não ser que seja reformada pelo seu pleno ou *en banc procedure*.

No que pertine às cortes estaduais, nenhuma corte dos estados está vinculada por decisão de corte federal em questões de lei estadual, seguindo o princípio da primazia do interesse dos estados em contraposição ao interesse federal. Em homenagem a esse mesmo princípio, no entanto, as cortes federais estão vinculadas por precedente de corte estadual em questões de lei estadual.

Porém, para preservar a unidade do sistema, todas as cortes estaduais estão vinculadas pelas decisões da Suprema Corte em questões de lei federal (sentido amplo, incluindo a Constituição).

A partir dai, importa salientar que entre os diferentes sistemas (ou entre cortes paralelas) pode ocorrer o surgimento do precedente como argumento jurídico, porém sem o caráter vinculativo, podendo o operador do direito, no máximo, valer-se do seu caráter persuasivo.

3.2. MÉTODOS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Verdadeiro orientador do posicionamento das cortes e do comportamento da sociedade, a *stare decisis* não tem o condão de se tornar eterna, até porque surgida da analise de pressupostos fáticos existentes em uma determinada época que necessariamente não precisa persistir por toda a vida.

A sociedade muda e com ela seus costumes, maneira de entender o direito, e os seus anseios que precisam ser conhecidos e antecipados pelo judiciário a fim de que as suas decisões mantenham-se tanto modernas quanto estáveis.

O sistema então pressupõe sua alternância através dos institutos do *overruling* e do *distinguishing*. Por meio deles o sistema reoxigena e flexibiliza o precedente trazendo o direito para a modernidade resolvendo as demandas e litígios sem o ranço do arcabouço jurídico ultrapassado e sem desestabilizar o próprio sistema, originalmente baseado na *Predictability*, *Fairness* e *Consistency* da *Stare Decisis* ou *Leading Case*. [4]

4 No direito anglo-americano, a jurisprudência não é intocável. Ao contrário, a evolução mais recente é no sentido de uma progressiva flexibilização. O próprio Tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro (overruling). Ele próprio ou qualquer juízo ou tribunal inferior pode deixar de aplicá-lo se, cuidadosamente comparados o precedente e o novo caso, existir alguma circunstância fundamental que caracterize este último como um caso diverso do anterior (distinguishing), o que, evidentemente, exige um confronto minucioso de circunstâncias

4. A STATUTORY LAW E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA LEGAL DO PRECEDENTE

Ainda que o sistema legal norte-americano seja, de fato, reconhecido como de orientação jurisprudencial, adotando o principio do *stare decisis*, isso não quer dizer que o país não tenha em seu arcabouço jurídico normas codificadas para orientação dos tribunais.

Como se disse acima, existe no país um Poder Legislativo atuante, além de um Executivo imbuído de uma atuação legiferante bastante importante, resultando em outras fontes do direito, de caráter vinculante, além do precedente, tais como, Constituições, *Statutes*, Tratados (federais somente), Regulações Administrativas, Ordens do Executivo e Regimentos de Cortes.(tradução nossa), todas chamadas *primary authorities* e tão importantes quanto o *case law* na resolução de conflitos no sistema legal norte-americano.

Os *statutes* podem ser definidos como um ato formal, escrito, oriundo do Poder Legislativo, como tal, inferior à Constituição, apto a exercer autoridade normativa sobre o país, estado ou condado.

Além desses, o país conta com um sem número de regras escritas, com autoridade secundária, surgidas com o objetivo de basicamente explicar o significado das *primary authorities*.

Exemplo desses tipos normativos são:[5]

> *Law review* articles, comments and notes (escritos por professores de direito, advogados, estudantes de direito, etc.);
>
> Legal textbooks, tais como *legal treatises e hornbooks;*
>
> Legal digests, tais como the *West American Digest System;*

---

que somente o julgado na íntegra possibilita, e não um lacônico enunciado abstrato. [...] Isso serve para mostrar que a eficácia prospectiva (vinculante ou persuasiva) da jurisprudência não se estratifica em uma regra absoluta e estática. [...]

Por outro lado, assim compreendida, a jurisprudência não engessa o ordenamento jurídico, porque, diante de novas necessidades sociais, ela ajuda a evidenciar as diferenças, impulsionando o Judiciário a evoluir, não se apegando a fórmulas ou paradigmas ultrapassados. A estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, tão bem ressaltadas por CASTANHEIRA NEVES como típicas da common law[7], assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=238>. Acesso em: 13/10/2011.

5 WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Secondary_authority>. Acesso em: 14/10/11.

> Anotações publicadas em statute books, codes, ou outros materiais, tais como as anotações no the American Law Reports series;
>
> Legal encyclopedias (tais como o Corpus Juris Secundum e o American Jurisprudence);
>
> Legal dictionaries (tais como Black's Law Dictionary);
>
> Restatements of the Law publicado pelo the American Law Institute;
>
> Legal briefs e memoranda;
>
> Tax forms and instructions publicado pelo governo;
>
> Government publications explaining or summarizing the laws;
>
> Government employee manuals (tais como the Internal Revenue Manual for employees of the Internal Revenue Service);
>
> Course materials from continuing legal education seminars;
>
> Debate in legislatures, incluindo tais comentários publicados no Congressional Record;
>
> Outros materiais similares; (tradução do autor).

Dessa forma, vê-se que o sistema legal norte-americano está longe de ser chamado de um sistema puramente consuetudinário. De fato, o país parece estar fazendo uma transição lenta mais progressiva pela convergência dos dois sistemas *Case Law* e *Statutory Law* na análise dos casos trazidos aos tribunais.

5 CONCLUSÃO

O debate entre as qualidades dos dois sistemas parece ser interminável, dados os demonstrados contrastes existes no próprio sistema analisado. Se por um lado os Estados Unidos da America foi fundado sob uma orientação legal consuetudinária, de adesão ao *"Common Law"* inglês, o certo é que o país caminhou para uma aproximação cada vez maior do sistema estatutário, codificado, romano-

germânico. Talvez por uma necessidade de melhor adequar a legislação ao caso concreto, tipicamente dinâmico e, como tal, pouco adaptado à rigidez do sistema do *Case Law*.

O país parece viver uma tentativa de adaptação dos dois sistemas desde o seu nascedouro, prova disso é o exemplo citado do Estado da Louisiana, tipicamente de orientação diversa do resto do país, ou seja, iniciado sob o *Statutory Law*, mas tendente a adequação do *"Common Law"*.

De qualquer forma, a solução purista parece distante nesse país, sendo mais prático e mais provável que os Estados Unidos da América caminhe, como muitos países, para uma solução híbrida, de adoção, entre os dois sistemas, daquilo que melhor se aplique à sua realidade e aos desejos de modernidade de sua sociedade.

REFERÊNCIAS

CONSTITUTION, United States. 10. Emenda. 1789.

COURTS, U.S. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/Educational Resources/FederalCourtBasics/CourtStructure/ComparingFederalAnd StateCourts.aspx>

GOLDEN, Thomas. *Aulas de Introduction to the Legal System of the U.S.* Thomas Jefferson School of Law. San Diego, Estados Unidos da América. Julho de 2011;

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=238>. Acesso em: 13/10/2011.

LOUISIANA LEGAL COMMUNITY. Disponível em: <http://www.la-legal.com/modules/smartsection/item.php?itemid=7> Acesso em: 12/10/2011;

WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia. Disponível em: < http://en.wikipedia.org/wiki/Secondary_authority>. Acesso em: 14/10/11

AS DOUTRINAS JUDICIAIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO NORTE-AMERICANO FUNDAMENTOS PARA SUA COMPREENSÃO

THE JUDICIAL DOCTRINES IN AMERICAN TAX LAW. FUNDAMENTALS FOR THEIR COMPREHENSION

Pedro Melo Pouchain Ribeiro
Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário.

SUMÁRIO: 1 Breves Considerações sobre o Sistema Jurídico Norte-Americano – Common Law; 2 A Construção das Doutrinas Judiciais no Direito Tributário Norte-Americano; 2.1 Doutrina da Substância sobre a Forma; 2.2 Doutrina do Negócio Simulado; 2.3 Doutrina do Propósito Negocial ou da Substância Econômica; 2.4 Doutrina da Transação-Etapa; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo é fruto de participação no Curso de Introdução ao Direito Norte-Americano (*Fundamentals of U.S. Law*), realizado na cidade de San Diego, EUA, pela Thomas Jefferson School of Law em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.
Por meio do presente, pretende-se traçar um apanhado sobre o conteúdo e a origem das doutrinas judiciais tributárias norte-americanas, de modo a fundamentar sua eventual utilização no direito brasileiro como decorrência lógica e inerente ao sistema tributário. A partir de um estudo dos precedentes judiciais, traz-se a concepção geral das doutrinas judiciais tributárias dos Estados Unidos, subsidiando e fomentando o debate relativamente ao planejamento tributário e à elisão fiscal no Brasil.

ABSTRACT*:* This article is the outcome of the writer's attendance to the course Fundamentals of U.S. Law, held by Thomas Jefferson School of Law (San Diego, CA), July 2011, in partnership with the School of Brazil's Attorney General's Office.
It aims to outline an overview on the content and origin of the judicial doctrines in U.S. tax law so as to bring elements for their possible use in Brazilian law as a logical and inherent result of tax system. From an analysis of the leading cases it brings the general concept of the american tax law judicial doctrines, supporting and encouraging discussions concerning tax planning and tax avoidance in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Americano. Direito Tributário. *Common Law*. Doutrinas Judiciais. Planejamento Tributário. Elisão Fiscal.

KEYWORDS: American Law. Tax Law. Common Law. Judicial Doctrines. Tax Planning. Tax Avoidance.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO – COMMON LAW

A partir de uma perspectiva histórica, o *common law* é visto como o tradicional direito consuetudinário inglês, não escrito e desenvolvido a partir de usos e costumes – em verdadeira contraposição ao sistema positivista originário da Europa continental.

De forma mais recente, e em consideração ao contexto norte-americano, o *common law* pode ser compreendido como um sistema jurídico no qual decisões judiciais possuem efeitos de precedente e vinculação. Os princípios e normas que regem o comportamento social não estão consagrados *exclusivamente* em atos normativos editados pelo Legislativo mas, também, em decisões proferidas pelos Tribunais, razão pela a função do Poder Judiciário é igualmente de criação de normas gerais, abstratas e imperativas (*caselaw*[1]). Os casos paradigmas são considerados precedentes e possuem efeito vinculante sobre o próprio Poder Judiciário, que deverá aplicar a norma criada no julgamento de casos futuros, a partir da concepção da *stare decisis*[2].

Como fonte do direito, há, além do direito não escrito criado pelos Tribunais (*caselaw*), o direito legislado ou positivado (*enacted law*), que consiste em: constituição, leis (*statutes*), tratados, regulamentos administrativos, etc. Especialmente a partir de 1930, verifica-se a tendência de positivação nos Estados Unidos, quando as leis (*statutes*) passam a expressar o direito criado pelas Cortes, substituindo-o ou criando novas áreas do direito. No âmbito federal, os direitos tributário, ambiental, bancário, previdenciário estão regulados em códigos. Em nível estadual, inúmeras leis normatizam os direitos comercial, do consumidor, de família, etc. Contudo, nos estados seguem regulados prioritariamente pelo *common law* muitas áreas do direito privado, tais quais: contratos, responsabilidade civil e propriedade.

Na hierarquia das fontes do direito, o direito positivado (*enacted law)*, através da Constituição e das leis, sempre precede ao direito

1 O conceito de *caselaw* possui certa semelhança com *common law*, em que pese mais restrito. Somente pode ser compreendido como o direito criado pelo Poder Judiciário, a partir do julgamento de casos (precedentes).

2 *Stare decisis* pode ser compreendida como a prática judicial de submissão das Cortes aos precedentes. Por motivos de previsibilidade, equidade e consistência, o Judiciário deverá aplicar, como precedente, os princípios e normas gerais, bem assentados e duradouros aos casos futuros. Como política pública, a Corte está vinculada a suas próprias decisões. Nada obstante, normas podem ser criadas, expandidas, modificadas ou revogadas, a fim de acompanhar os anseios sociais e economicos. Dentro do pragmatismo americano, tal possibilidade vem sendo exercida com enorme bom senso e responsabilidade, sem maiores crises de segurança jurídica.

jurisprudencial (*common law)*. Em contrapartida, as Cortes adotam método de interpretação basicamente gramatical e restrito. O âmbito de aplicação do direito positivo se torna limitado a sua disposição gramatical, sem possibilidade de leitura extensiva ou adoção de analogia.

A partir de tal coexistência, destaca-se o papel do Legislativo que, em exercício de freios e contrapesos (*checks and balances*), passa a ter o poder de extinguir ou modificar a jurisprudência. As Cortes, por meio de sua interpretação, reconhecem a supremacia do direito positivo, sem, contudo, deixar de manifestar certa hostilidade a sua aplicação.

Eis a síntese geral do sistema norte-americano essencial para a compreensão do tema relativo à construção das doutrinas judiciais no direito tributário nos Estados Unidos.

2 A CONSTRUÇÃO DAS DOUTRINAS JUDICIAIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO NORTE-AMERICANO

Em um país onde o estudo do direito ocorre a partir de uma visão extremamente prática, pelo estudo de casos jurisprudenciais, não causa surpresa que as doutrinas judiciais tributárias e seus precedentes sejam lecionados como princípios gerais desse ramo jurídico.

Em que pese o caráter preponderantemente positivo (legal e regulamentar) do direito tributário norte-americano, as referidas doutrinas judiciais exercem papel fundamental na compreensão e estudo do direito e do planejamento fiscal naquele país.

O julgamento proferido pela Suprema Corte no caso *Gregory v. Helvering* é o marco inicial das doutrinas judiciais tributárias.

Desde a instituição do imposto de renda, as empresas contribuintes procuram incrementar sua posição econômica através da redução do pagamento de tributos, prática que, obviamente, se aceita até os limites postos pelo direito. Evitar o pagamento de tributos não é inapropriado. Nos célebres dizeres do juiz americano Learned Hand (apud SCHNEIDER, 2009, p. 39):

> Não há nada de sinistro em alguém dispor de suas atividades de modo a manter os tributos os mais baixos possíveis. Todos fazem isso, ricos ou pobres, e todos o fazem corretamente; a ninguém recai o dever de pagar mais do que o direito exige.

No legítimo exercício de melhor exercer o seu planejamento tributário, não raramente adentra o contribuinte em uma zona cinzenta de legalidade. À medida que se desenvolve a sofisticação dos métodos

de planejamento, mais frequentemente impugna o Fisco a legitimidade do aproveitamento de "brechas" pelos contribuintes. Esse debate ganha força quando se leva em consideração o contexto de um sistema cada vez mais complexo, cheio de oportunidades de benefícios fiscais e com espaço para diferentes interpretações.

O desejo de reduzir a carga tributária, em sintonia com as pressões concorrenciais, fortalece a importância da atividade de planejamento. Eis o contexto, ainda universalmente atual, em que se deu a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Gregory v. Helvering*, em 07 de janeiro de 1935.

Evelyn Gregory controlava a companhia United Mortgage, que possuía ações da empresa Monitor. Seu desejo era adquirir ações da Monitor diretamente. Se a United Mortgage simplesmente distribuísse essas ações a ela, transferindo-lhe a propriedade sob forma de dividendos - a rota mais óbvia e convencional na oportunidade - Gregory seria tributada na quantia total distribuída e, ainda, pela mais alta alíquota do imposto de renda vigente à época. Por conta disso, ela decidiu empreender uma "reestruturação" na United Mortgage, ao término da qual passou a deter a propriedade das ações da Monitor. Promovendo a referida reestruturação, ela exporia uma menor parte da distribuição à tributação, ao tempo em que incorreria em uma alíquota menor do imposto.

A referida reestruturação estava, técnica e formalmente, de acordo com a legislação tributária. Contudo, a Suprema Corte desconsiderou-a, ao decidir que a operação consagrava a prevalência do "artifício sobre a realidade" (*artifice above reality*) e carecia de "propósito negocial" (*business purpose*).

Gregory acabou sendo tributada sobre aquilo que de fato recebeu – os dividendos – desconsiderada a reestruturação promovida. Apesar de não ter cometido sonegação fiscal, o que Gregory realizou foi considerado ato elisivo ineficaz, vez que situado fora do alcance material dos benefícios fiscais pretendidos.

A partir daí, desenvolveram-se as doutrinas judiciais tributárias, dentre as quais se destacam:

a) substância sobre forma;

b) negócio simulado;

c) propósito negocial (ou da substância econômica); e,

e) operação etapa.

Todas elas procuram negar benefícios fiscais a transações que, embora preenchendo os requisitos técnico-formais para obter uma determinada dedução, são ofensivas aos princípios fundamentais do direito tributário.

2.1 DOUTRINA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA

Em geral, as normas conferem relevância, respeito e estímulo à forma escolhida de uma determinada transação; de modo que dela possam irradiar os efeitos fiscais desejados. Nada obstante, a doutrina da substância sobre a forma (*The Substance-Over-Form Doctrine*) possibilita às Cortes americanas aprofundar a análise do conteúdo substancial de uma transação. Parte-se da premissa de que se duas transações têm o mesmo resultado econômico, elas deverão igualmente ter o mesmo resultado fiscal.

Nesse sentido, a fim de possibilitar a real identificação de uma transação, releva-se o aspecto formal quando seu aspecto substancial (ou material) se apresentar destoante daquele. Em caso de conflito, privilegia-se esse último e assim será identificada sua real natureza para fins tributários.

Um precedente importante dessa doutrina é o caso *Knetsch v. United States*, decidido vinte e cinco anos após o caso *Gregory*, também pela Suprema Corte.

Mediante acordo com um banco, o contribuinte Knetsch obteve financiamento de US$ 4 milhões para adquirir títulos sem vencimento. O empréstimo lhe custava o pagamento de juros de 3,5%, enquanto os títulos adquiridos lhe rendiam 2,5% de juros. O empréstimo tinha como garantia tão somente os títulos adquiridos por Knetsch, sem qualquer outra possibilidade de responsabilidade patrimonial pelo contribuinte. Trata-se de empréstimo do tipo *non-recourse loan*, em que ao banco não era conferido o direito de executar o patrimônio do contribuinte em caso de inadimplência.

Knetsch sofria o prejuízo fiscal de 1% de juros, decorrente da diferença entre custo e rendimento. Por conta disso, pretendia rapidamente obter uma grande dedução fiscal, reduzindo a parcela tributável das outras rendas que auferia. Tornar-se-ia apto para tal mediante dedução do prejuízo fiscal na base de cálculo do imposto de renda.

De acordo com a legislação da época, não havia qualquer limitação para dedução a título de juros. Por outro lado, o empréstimo não garantia qualquer regresso ao patrimônio de Knetsch na hipótese de calote. Tudo que o banco poderia obter era o dinheiro, em nome do contribuinte, que já estava sob sua custódia.

Segundo decidiu a Suprema Corte, tratava-se, em realidade, de puro artífico para fugir à tributação. Na prática, o banco nunca se desfez do dinheiro, já que todo ele se encontrava em seus cofres e o pratrimônio de Ketsch não sofria qualquer risco pela operação.

Knetsch não logrou comprovar a existência de algum outro motivo, além da elisão fiscal. Dessa forma, sua conduta fora desaprovada pelo Poder Judiciário porque "não havia nenhuma substância a ser realizada por Knetsch a partir dessa transação que não a dedução fiscal" (BLUM apud SCHNEIDER, 2009, p. 40).

BITTKER e LOKKEN (apud SCHNEIDER, 2009, p. 40) apontam o frequente sucesso do governo americano na utilização dessa doutrina, especialmente quando as transações ocorrem entre pessoas da mesma família ou com algum vínculo. Ainda que se tenha tentado articular critérios objetivos de aplicação, a proposta dos referidos professores tem sido que "uma transação estará consumada sob determinada forma que reflita com justiça a sua substância".

A partir da concepção da doutrina da substância sobre a forma, exsurgem, como corolário, as demais doutrinas judiciais tributárias, fortalecendo a interrelação entre todas elas.

2.2 DOUTRINA DO NEGÓCIO SIMULADO

A doutrina do negócio simulado (*Sham Transaction Doctrine*) possui raiz teórica semelhante ao negócio jurídico simulado do Código Civil brasileiro. Com foco voltado ao direito tributário, a *Sham Transaction Doctrine* procura invalidar transações nas quais inocorrem as atividades econômicas que fundamentam a incidência dos benefícios fiscais.

A jurisprudência americana estabelece duas categorias de simulação: substancial (*sham in substance*) e fática (*sham in fact*). A primeira diz respeito a transações que efetivamente são realizadas, cuja forma não corresponde à substância do negócio. A segunda, por sua vez, corresponde a transações que sequer ocorrem. O *leading case* da Suprema Corte americana é identificado no caso *Frank Lyon Co. v. United States*.

Um banco estadual, o Worthen Bank, pretendia obter financiamento para finalizar a construção de sua nova sede. Na condição de membro do sistema financeiro americano (*Federal Reserve System*), sofria restrições federais e estaduais para tal operação. Desse modo, resolveu alienar o imóvel em construção a Frank Lyon Co., mediante contrato de compra e venda, condicionado à locação de longo período em seu favor (*sale-and-leaseback*).

O adquirente, Frank Lyon Co., por sua vez, já que não sofria de qualquer restrição, logrou obter o empréstimo necessário para o término da obra. O banco ficou obrigado ao pagamento do aluguel pelo principal (imóvel) e pelo equivalente aos juros do financiamento obtido. Ao Worthen Bank fora garantida a opção de recompra do prédio, em vários momentos, a preços iguais ao saldo devedor do financiamento, com investimento inicial de US$ 500.000,00.

No ano em que a construção foi finalizada, o banco readquiriu a propriedade. Na declaração de imposto de renda federal do respectivo ano, a empresa Frank Lyon Co. apurou o aluguel do banco, enquadrando-o como dedução fiscal por depreciação do prédio, juros pelo empréstimo e outras despesas relacionadas à referida operação de compra e venda condicionada à locação.

Em decisão, a Suprema Corte *rejeitou* a aplicação da teoria do negócio simulado no caso sob o fundamento de que restrições legais eram impostas ao banco alienante e que as múltiplas partes envolvidas possuíam interesses concorrentes.

Com o desenvolvimento jurisprudencial, desenvolveu-se um teste de duas etapas (*two-step test*) para sua caracterização. Consoante estabelecido pelo quarto circuito judicial no caso *Rice´s Toyota World v. Comissioner* (apud SCHNEIDER, 2009, p.40):

> Para tratar uma transação como simulação, a corte deve verificar que o contribuinte não foi motivado por nenhum propósito negocial, além do benefício fiscal obtido, e que a transação não tem nenhuma substância econômica porque não há nenhuma possibilidade razoável de existir lucro.

Os tribunais têm aplicado o referido teste de duas etapas de maneira distinta. Enquanto alguns exigem a ocorrência alternativa de um dos fatores, outros a tem exigido concomitante.

Por fim, consoante lição de SCHNEIDER (2009, p.40), ainda que o arquétipo geral de transação simulada esteja definido com acerto, a exata compreensão quanto às definições de propósito negocial e substância econômica ainda permanecem abertas.

2.3 DOUTRINA DO PROPÓSITO NEGOCIAL OU DA SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

De maneira geral, a doutrina do propósito negocial (*The Business Purpose Doctrine*), também conhecida como doutrina da substância

econômica (*The Economic Substance Doctrine*), tem por finalidade rejeitar a aplicação de benefícios fiscais às transações realizadas simplesmente com o intuito de evitar tributação e sem nenhum propósito econômico ou negocial.

Entende-se imprescindível haver uma motivação extra fiscal em uma dada transação – um propósito negocial – a fim de que sobre ela possam irradiar os efeitos dos benefícios fiscais pretendidos. Constatando-se haver tão somente o propósito elisivo, a transação será desconsiderada e os tributos incidirão normalmente sobre a operação, tal qual fosse ela inexistente.

Consoante firmado na jurisprudência americana, uma transação não carece de substância econômica simplesmente porque também realizada por motivos tributários. Afinal, vigora o princípio de que o contribuinte, amparado pelo direito, pode buscar legitimamente reduzir seu ônus fiscal[3]. Nada obstante, a doutrina da substância econômica desconsiderará aquelas transações que carregam forte motivação elisiva, sem qualquer conteúdo econômico substancial.

Suas origens podem ser apontadas, além do caso *Gregory*, no também famoso *Goldstein v. Comissioner*, decidido em 1966 pela Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito[4].

O contribuinte, Goldstein, ganhou o prêmio de uma grande corrida de cavalos irlandesa. Através do aumento extraordinário de receita, intentou obter uma maneira de reduzir a base de cálculo do imposto a ser pago naquele ano. Assim, anteriormente à incidência fiscal, contraiu grande empréstimo que lhe proporcionava prejuízo, porém apto a lhe gerar benefício fiscal superior as perdas auferidas. O contribuinte contraiu empréstimo pagando juros de 1,5% a fim de adquirir títulos públicos, que lhe rendiam 0,5%, utilizando-se dos referidos títulos como garantia ao empréstimo.

Na prática, isso significava que, ao invés de ter um único recebimento pelo prêmio da corrida de cavalos, Goldstein obteria pagamentos menores por meio dos títulos no curso de muitos anos. Isso o deixaria exposto a um menor ônus fiscal porque a tributação sobre a receita do prêmio seria compensada pelas deduções do pagamentos dos juros.

Goldstein declarou todo o pagamento de juros como dedução, com base no § 163 do vigente Código de Receita Interna do Estados

3 Vide *N.Ind.Pub. Serv. Co v. Comm'r, 115, F.3d 506, 511 (7th Cir. 1997)* ("A tax-avoidance motive is not inherently fatal to a transaction. A taxpayer has a legal right to conduct his business so as to decrease (or altogether avoid) the amount of what otherwise would be his taxes.").

4 Com jurisdição sobre os estados: Connecticut, New York e Vermont.

Unidos (*Internal Revenue Code*). A IRS (Receita Federal americana) não concordou e o contribuinte recorreu ao Judiciário.

O Fisco arguiu, baseado no precedente *Knetsch v. United States*, que o pagamento de juros, realizado exclusivamente para fins elisivos, não seriam dedutíveis. Goldstein procurou diferenciar sua situação do caso *Knetsch*, vez que nesse último o empréstimo não garantia a execução do patrimônio do devedor em caso de inadimplência (*non-recourse* loan) e que seu patrimônio, no caso, corria sérios riscos de responder pela dívida no caso de não pagamento do empréstimo.

No caso *Knetsch*, se o contribuinte ficasse inadimplente no empréstimo, o banco não poderia ir em busca de seu patrimônio; não sofria ele, portanto, qualquer risco patrimonial. Já Goldstein responderia com seu patrimônio (como sua casa), no caso de o governo americano dar calote no pagamento dos títulos públicos. Ocorre que, em realidade, a chance do governo dar calote era aproximadamente nula. Assim, decidiu-se em favor do Fisco. O contribuinte apelou.

A decisão fora mantida pela Corte de Apelações do Segundo Circuito, de modo a indeferir a dedução. A corte entendeu que a única razão para a transação foi o propósito de elisão fiscal e que o patrimônio de Goldstein não estaria sujeito a risco, vez que a chance do governo americano dar calote era praticamente nula. Assim, não haveria substancial diferença entre o seu caso e o precedente do caso *Knetsch*, razão pela qual sua transação seria desconsiderada também com base na doutrina do propósito negocial.

Em suma, partindo do pressuposto de que o contribuinte está autorizado a definir a forma da transação, "deve haver limites a capacidade de empreender transações motivadas por fins tributários. Caso contrário, tributos serão facilmentes evadidos" (HICKS, 2007, p. 103). A doutrina da substância econômica serve, portanto, para impedir práticas abusivas, das quais decorrem resultados estranhos aos princípios e políticas gerais de tributação. Não se deve confundí-las, contudo, com práticas que, inobstante agressivas, mostrem-se coerentes com o sistema tributário.

Aponte-se, ainda, a seriedade e a agressividade com que essa doutrina é aplicada nos Estados Unidos, inclusive mediante inversão do ônus da prova. Em outras palavras, sobre o contribuinte recai o ônus de provar que, ao elidir tributos, não agiu de maneira abusiva. Tal qual decidido no caso *C M Holdings*, "o contribuinte tem o ônus de prova que a forma da transação reflete fielmente sua substância e que as deducões são permitidas" (apud HICKS, 2007, p. 103).

Ainda que não explicitamente exigida no Código de Receita Interna, as Cortes têm imposto observância a essa doutrina. Estudiosos a tem considerado como verdadeira pedra angular do direito tributário (BURNHAM, 2006, p. 627).

2.4 DOUTRINA DA TRANSAÇÃO-ETAPA

A doutrina da transação-etapa (*The Step Transaction Doctrine*) propõe que a Corte deverá se ater ao resultado final de uma série de transações. Dessa forma, releva-se as transações intermediárias, quando caracterizadas como mera etapa, predeterminadas tão somente para atingir o resultado final almejado, e sem qualquer conteúdo econômico relevante e independente[5].

Consoante exemplo de BURNHAM (2006, p. 627), um contribuinte deseja sair da situação "A" para a situação "B" mas, fazendo isso, estará sujeito ao resultado tributário desfavorável "X". Assim, encontra uma maneira de sair da situação "A" para a situação "C", e, então, da situação "C" para a "B", ocasião em que ambas as operações não lhe acarretam nenhum resultado tributário desfavorável. O resultado prático é que o contribuinte saiu da situação "A", chegando a situação "B", sem arcar com o resultado desfavorável "X". Se as etapas intermediárias "A" para "C" e "C" para "B" não possuírem significado econômico independente e tiverem sido planejadas para se chegar ao resultado "B", as Cortes poderão invocar a doutrina da transação-etapa para desconsiderar as etapas intermediárias e, de toda forma, impor ao contribuinte o resultado fiscal desfavorável "X".

Um paradigma relevante à compreensão e aplicação da doutrina da transação-etapa ocorreu no caso *McDonald´s Restaurants of Illinois Inc. v. Comissioner of Internal Revenue*, julgado pela Suprema Corte em 1982. Na oportunidade, afirmou-se que "a doutrina da transação-etapa é uma particular manifestação do mais geral princípio tributário de que distinções puramente formais não podem obscurecer a essência de uma transação." (ESTADOS UNIDOS, 1982)

Ainda de acordo com o referido julgamento, a doutrina da transação-etapa fornece três testes para sua aplicação, concernente ao interrelacionamento das diversas etapas: teste do compromisso vinculante, teste do resultado final e teste da interdependência.

---

5 Tal qual estabelecido no caso *Minnesota Tea Co. v. Helvering*, um dado resultado no final de uma reta não é diferente de um resultado que segue caminho cheio de desvios (ESTADOS UNIDOS, 1938).

O primeiro deles se relaciona com os casos em que há um compromisso vinculante entre as etapas. Verifica-se se, à época em que a primeira transação foi celebrada, havia o compromisso do contribuinte para a realização da etapa posterior intermediária. A utilização do presente teste proíbe a utilização da doutrina da operação-etapa, a menos que uma transação possa ser caracterizada como "primeiro passo", expondo o elo vinculante à realização das etapas subsequentes.

Em outras palavras, se houve um momento durante a série de transações, no qual as partes não estavam comprometidas com as etapas posteriores, as etapas *não sucumbem* com base no presente teste. O teste do compromisso vinculante tem por finalidade atribuir segurança na atividade do planejamento tributário, apresentando-se como a mais rigorosa limitação à aplicação da doutrina da transação-etapa

O teste do resultado final é particularmente relevante nos casos que envolvem uma série de transações, designadas e executadas como partes de um único plano; com o escopo de atingir um certo resultado. De acordo com o presente teste, as séries de etapas próximas e interrelacionadas dentro de um determinado plano são apenas meios pelos quais o plano se executa e não serão separadas. O teste do resultado final combina eventos ou etapas separadas que aparentam ser componentes de uma ação empreendida para atingir um particular resultado. Sob tal perspectiva, fases distintas serão integradas se elas fizerem parte de um único esquema disposto a atingir um único resultado. O teste do resultado final é o mais frequentemente invocado para a aplicação da doutrina da transação-etapa.

De acordo com o teste da interdependência, etapas distintas serão desconsideradas se, mediante interpretação razoável de fatos objetivos, forem interdependentes uma das outras. Dito de outro modo, aplica-se a doutrina da transação-etapa quando as etapas forem tão dependentes entre si que as relações jurídicas de uma transação teriam sido infrutíferas sem a completude da série de transações. O presente teste tem sido aplicado frequentemente em casos envolvendo operações corporativas. De acordo com KEINAN (2007, p. 55), o teste da interdependência se diferencia do teste do resultado final em um aspecto importante, ainda que sejam complementares: enquanto o primeio foca na questão objetiva de saber se uma etapa possui sentido independentemente das demais, o último concentra sua análise na subjetividade do desejo das partes em conectar uma certa etapa a uma determinada transação.

Em suma, deve-se aplicar a doutrina da substância sobre a forma quando a motivação do contribuinte for unicamente a elisão fiscal, com base nas definições e métodos trazidos.

3 CONCLUSÃO

Analisou-se, portanto, que as doutrinas judiciais tributárias norte-americanas foram todas desenvolvidas no âmbito jurisprudencial, a partir do estudo de casos práticos. O fundamento de sua aplicação reside na lógica do sistema tributário e na interpretação de seus princípios essenciais.

É indiscutível que o direito norte-americano tem influenciado ao longo da história diversos ramos do direito brasileiro. Para além da influência oriunda do constitucionalismo e do federalismo norte-americano, o Brasil tem também feito uso de diversas doutrinas judiciais americanas, independentemente de positivação no ordenamento pátrio.

À guisa de exemplo, cite-se as conhecidas: teoria processual penal dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), a teoria civil da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*); a teoria constitucional dos poderes implícitos (*implied powers*); todas muito bem recebidas por nossos tribunais superiores.

E tal adoção, nas mais diferentes áreas, é feita porque as doutrinas judiciais americanas são desenvolvidas a partir de raciocínio lógico-sistemático, relacionado à compreensão dos princípios gerais do direito, como expressão de bom senso e justiça. Por tal motivo, não necessitam que estejam imprescindivelmente positivadas no direito pátrio.

Nesse sentido, considerando os fundamentos e origens das doutrinas judiciais tributárias americanas, pode-se concluir não haver maiores óbices a que tal visão pragmática seja semelhantemente defendida no direito tributário brasileiro, como já ocorre em outros ramos de nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4. ed. St. Paul: Thomson/West, 2006.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Gregory v. Helvering*. 293 U.S. 465, 1935.

_____. Supreme Court of the United States. *Frank Lyon Co. v. United States*. 435 U.S. 561, 1978.

_____. Supreme Court of the United States. *Knetsch v. United States*. 364 U.S. 361, 1960.

_____. Supreme Court of the United States. *Minnesota Tea Co. v. Helvering*. 302 U.S. 609, 1938.

_____. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Goldstein v. Commissioner*. 364 F.2d 734, 1966.

_____. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. *McDonald´s Restaurants of Illinois, Inc. v. Comissioner*. 688 F.2d 520, 524-25, 1982.

HICKS, Timothy R. Government Victories Using the Economic Substance Doctrine: A Changing of the Tide in Tax Practice? *Cumberland Law Review*, Birmingham, v. 38. p. 101-138, 2009.

KEINAN, Yoram. It Is Time for The Supreme Court to Voice Its Opinion on Economic Substance. *Houston Business and Tax Law Journal*, Houston, v. 7. parte 1, 2006. Disponível em: <http://www.hbtlj.org/v07p1/v07p1_keinan.pdf>. Acesso em; 19 set. 2011.

_____. Rethinking The Role of the Judicial Step Transaction Principle and a Proposal for Codification. *Akron Tax Journal*, Akron, v. 22. p. 45-99, 2007.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2007.

SCHNEIDER, Daniel M. Use of Judicial Doctrines in Federal Tax Cases Decided by Trial Courts, 1993-2006: A Quantitative Assessment. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, v. 57. p. 35-75, 2009.

WAIZER, Harry. Business Purpose Doctrine: The Effect of Motive on Federal Income Tax Liability. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 49. p. 1078-1096, 1981. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol49/iss6/7>. Acesso em: 19 set. 2011.

DISTINÇÕES ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO E SUA IMPLICAÇÃO NA CONFORMAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

DIFFERENCES BETWEEN BRAZILIAN AND AMERICAN LEGAL SYSTEMS AND IT´S DIFFERENTS JUDICIAL REVIEW FEATURES.

Rafael Michelsohn
Procurador Federal membro da Advocacia-Geral da União, concluiu o curso Fundamentals of U.S. Law na Thomas Jefferson School of Law, Califórnia, EUA.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Common law e civil law; 2 Constituição brasileira e Constituição Americana; 3 Origem do chamado controle difuso de constitucionalidade (judicial review): caso Marbury x Madison (1803); 4 Fatores que influenciaram a formulação do controle difuso de constitucionalidade brasileiro; 5 Conformação atual do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

RESUMO: comparação entre a sistemática jurídica brasileiro e norte-americana sob três aspectos principais: sistema jurídico (*common law e civil law*), aspectos constitucionais e aspectos institucionais. Como o modelo brasileiro de controle difuso de constitucionalidade, embora importado do modelo americano de *judicial review*, possui uma amplitude e uma conformação tão diferentes do modelo que se desenvolveu nos Estados Unidos. A ideia é retratar como características de nossa sociedade e do nosso direito contribuíram nesse processo. São essas características: nossa cultura jurídica (originada em nosso sistema de *civil law*), nossa história recente (Constituição de 88) e nossas crises políticas (âmbito institucional).

ABSTRACT: comparison between tha brazilian na american legal systems. Differences between common law and civil law (code of Napoleon). Shows how different historical backgrounds, different beliefs and different ways of thinking brought two different systems. How the Brazilian judicial review, in spite of the fact of being originated from de American judicial review, has very different features.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema. Jurídico. Brasileiro. Americano. Controle. Difuso. Constitucionalidade.

KEYWORDS: Legal. System. Brazilian. American. Judicial. Review.

INTRODUÇÃO

Breve análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e norte-americano: diferenças históricas e culturais e sua implicação na conformação de modelos distintos de controle difuso de constitucionalidade.

Em uma sucinta exposição buscarei mostrar, por uma perspectiva, como os diferentes sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), as diferentes características entre as constituições e os diferentes níveis de credibilidade nas instituições culminou na lapidação de modelos de controle difuso de constitucionalidade que, embora tenham uma origem comum no direito americano, possuem características e dinâmica distintas.

O raciocínio parte do pilar dos sistemas jurídicos republicanos, que é a Constituição e sua importância histórica. De um lado temos a constituição americana (1787), que retrata a formação de um país e que contém cláusulas fundamentais para a harmonia e equilíbrio de uma nação. É, em sua essência, um pacto federativo por excelência. De outro lado, temos a constituição brasileira de 1988, que retrata o fim de um período de ditadura, e busca restabelecer ideais democráticos. É, em sua essência, uma carta garantista.

A partir deste panorama, veremos como o judiciário brasileiro, ao buscar o resgate da retidão nas condutas de outras instituições (do executivo e legislativo) - tarefa que assumiu em meio a uma legítima consciência histórica de restabelecimento dos ditos ideais democráticos - muitas vezes acaba por minar, sob uma ótica mais abrangente, a confiança dos cidadãos em relação às leis e às instituições como um todo. Esse fenômeno, por vezes chamado de inconstitucionalismo, faz-se necessário em uma série de ocasiões, mas acaba por ter o efeito deletério apontado em outras tantas.

1 COMMON LAW E CIVIL LAW

A primeira grande distinção que fazemos ao compararmos o sistema jurídico brasileiro com o americano é a de que o sistema americano é baseado na *common law* enquanto que o brasileiro é baseado na *civil law* (código de Napoleão).

Os juízes da *common law*, desde seu surgimento, tiveram um papel fundamental de identificar, aplicar, uniformizar ou mesmo criar as leis vigentes em sua jurisdição. A partir de um caso concreto, geralmente uma disputa entre particulares, o juiz identificava qual a lei aplicável ao caso. Entenda-se lei de forma mais abstrata, como a regra de conduta ou de

justiça que deveria prevalecer para que a disputa pudesse ser solucionada de maneira mais condizente com os costumes e cultura locais, com o objetivo de melhor atender à necessidade de pacificação social.

Determinada regra, ou "lei" (*law*), só se tornava escrita a partir do momento que um juiz da *common law*, ao identificá-la (a partir de uma visão abrangente e imparcial do substrato social estudado) e aplicá-la em um caso concreto de disputa privada, transcrevia o caso (*lawcase*) para registro, divulgação ou publicação.

Esses juízes, portanto, possuíam plena autoridade para "dizer o direito", para identificar, formular, dar roupagem às regras existentes na sociedade e entabula-las por meio dos julgados, tecendo assim, paulatinamente, um enorme emaranhado de casos que revelaram o direito daquela sociedade de modo que pudesse ser estudado sob o ponto de vista histórico ou jurídico.

Tanto essa autoridade para, desta forma agindo, "dizer o direito", como a autoridade para agir em nome do Estado e ter poder para garantir a eficácia das leis (consubstanciadas em suas decisões) - *law enforcement*, era conferida pela poder de um governo central, originariamente da coroa.

De outro lado, temos o nosso modelo brasileiro, fundado eminentemente a partir da *civil law*.

Diferentemente, as regras presentes em nossa sociedade que regulavam as relações entre particulares não eram captadas nem criadas por juízes. Nossas regras, também captadas a partir de nosso substrato cultural e social, eram lapidadas em textos, codificadas.

A codificação é tarefa que cabe ao poder central do país ou estado, e incumbe ao poder executivo ou legislativo, dependendo do caso.

Portanto, de modo bem simplista, podemos dizer que cabia ao juiz da *civil law* apenas garantir a eficácia e a correta aplicação das leis, autoridade que lhe era conferida também pelo poder de um governo central (coroa).

Nesse ponto, apenas para ilustrar um aspecto que poderá ser útil mais adiante nesse artigo, registro uma possível distinção entre o mecanismo de aplicação da lei por um juiz da *common law* e um juiz da *civil law*:

Um juiz da *civil law* poderia em determinado caso concreto, se deparar com uma situação em que a lei escrita (codificada) aplicável para determinado caso lhe pareceria injusta. Como não era sua tarefa identificar ou captar qual a lei aplicável para o caso concreto, pois essa tarefa já havia sido exaustivamente feita em textos codificados, restava a ele apenas encontrar dentre as leis codificadas, após um exercício de interpretação, a que se aplicava ao caso em questão. Não lhe competia concordar ou não a partir de seu senso de justiça. Competia-lhe apenas

aplicar a lei escrita. Esta situação, em que aparentemente não resta alternativa, nos dá a impressão de estarmos diante de um sistema estático

Por outro lado, o juiz da *common law*, ao se deparar com os mesmos fatos, fazia o seguinte raciocínio: qual a "lei" aplicável a este caso? Então, a partir de seu senso de justiça, cunhado a partir de um estudo do substrato social e cultural de seus jurisdicionados, ele identificava, captava a "lei" aplicável ao caso. Entretanto, em determinado caso era possível que já houvesse um julgamento, deste mesmo juiz ou de outro juiz, em que se decidiu de maneira que agora lhe parecia injusta. O julgado havia sido reduzido a termo e ele estava diante de um documento escrito que o induzia a um julgamento aparentemente injusto. Que alternativas tinha esse juiz? Basicamente três:

a) concluir que ele deveria julgar de acordo com o julgado semelhante, com a intenção de dar consistência, credibilidade e coerência ao sistema, que deveria seguir um padrão lógico;

b) verificar que existia um fato específico que na verdade diferenciava os casos aparentemente semelhantes um do outro (*distinguish*);

c) chegar à conclusão de que aquela "lei", aplicada no caso anterior não mais fazia sentido na atual conformação da sociedade, ou seja, não mais encontrava alicerce no substrato social ou cultural existentes e que ela portanto deveria ser considerada uma lei inválida, não mais aplicável (*bad law*, ou *not good law*) e então captar, estabelecer e aplicar a "lei" que entendia aplicável e justa. Em oposição ao desempenho do juiz da *civil law*, descrito acima, verificamos que o juiz da *common law* se via diante de alternativas para solucionar o problema, o que nos dá a impressão de estarmos diante de um sistema dinâmico.

A simplificação foi grande, mas assim podemos identificar uma distinção entre os sistemas. Hoje, em nosso sistema (*civil law*), os juízes possuem métodos e mecanismos para alcançar uma decisão justa (um dos métodos seria o nosso "controle difuso"), o que vem sendo aprimorado. E acredito que o objetivo, em um ou em outro sistema, seja sempre o de se alcançar a justiça. Mas a intenção em expor essa distinção dessa forma, é a de demonstrar como existe uma grande diferença na linha de raciocínio entre os operadores de direito da *civil law* e da *common law*, o que implica em verdadeiras culturas jurídicas distintas.

2 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E CONSTITUIÇÃO AMERICANA

Uma segunda grande distinção entre os sistemas brasileiro e americano está, como mencionei no início, na profunda diferença entre as constituições brasileira e americana, cunhadas em contextos históricos diversos.

A constituição americana, sintética, limitou-se a estabelecer o pacto federativo, garantindo segurança e igualdade de força e tratamento dos estados federados perante a União, preservar o equilíbrio entre os poderes do estado e em garantir os direitos individuais mínimos, invioláveis, sendo a abolição da escravidão e a liberdade de expressão seus expoentes.

Diferentemente, a constituição brasileira, analítica, foi muito além, tratando de uma ampla gama de assuntos. Tratou de forma exaustiva as atribuições e poderes de União, Estados e Municípios. Estabeleceu forma, funções, poderes e limites de uma série de instituições republicanas além de criar novas instituições com novas funções. Entre os direitos individuais, estabeleceu uma ampla relação de direitos dos cidadãos e deveres do estado. Todos os ramos do nosso direito possuem um capítulo ou ao menos um conjunto de dispositivos que por vezes vão além de estabelecer seus princípios e iniciam um regramento específico.

Enquanto a constituição americana funda-se no pacto federativo, na igualdade de tratamento entre os estados e entre os poderes do estado, garantindo também direitos individuais mínimos que possibilitam uma identidade social mínima, a constituinte brasileira de 1988 significou um verdadeiro pacto dos diversos setores da sociedade entre si e com o estado.

Analisando o constitucionalismo americano, verificamos a constituição como documento fundamental para garantir o equilíbrio institucional da nação: equilíbrio entre estados federados e entre estados e a União, bem como entre os poderes do estado. É dever dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, observar rigorosamente a constituição para evitar crises políticas, sociais e institucionais.

No que diz respeito ao poder judiciário federal americano, a ele incumbe zelar pelo equilíbrio institucional, definindo parâmetros e limites em caso de disputas entre estados e na efetivação das garantias individuais previstas na constituição. A Suprema Corte americana teve papel histórico decisivo em diversas questões relativas aos direitos dos negros e em relação à liberdade de expressão.

Enquanto que a Suprema Corte americana se limita a apreciar um número reduzido de casos, dentro de uma gama reduzida de assuntos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro aprecia uma infinidade de processos dentro de um amplo espectro de assuntos.

Uma razão para essa grande diferença do número de processos submetido à corte suprema no Brasil e nos Estados Unidos está nas diferentes características entre as constituições desses dois países.

Outra importante razão para essa diferença de atuação entre o STF e a Suprema Corte está na configuração do sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade.

3 ORIGEM DO CHAMADO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE (JUDICIAL REVIEW): CASO MARBURY X MADISON (1803)

O presidente americano John Adams, do partido federalista, havia perdido as eleições para o republicano Thomas Jefferson. Antes do término de seu mandato, John Adams aprovou a criação de novas cortes federais no país e nomeou uma série de juízes de seu partido para ocuparem os cargos.

Entretanto, antes que todos esses novos postos fossem efetivamente preenchidos, seu mandato findou e Thomas Jefferson assumiu a presidência. O novo presidente reformulou essa nova estrutura de cortes federais criada por seu antecessor e deixou de diplomar os juízes da oposição que haviam sido nomeados. Uma crise institucional se instalou.

O Congresso, agora dominado pelos republicanos, demoveu uma série de juízes, que eram em sua maioria federalistas, de seus cargos. Foi determinado também o recesso de dois anos da Suprema Corte.

Em meio a essa crise, um desses juízes preteridos era William Marbury (nomeado juiz do Distrito de Columbia), que endereçou uma petição à Suprema Corte para que ela o diplomasse, uma vez que o secretário de justiça, James Madison, se recusara a faze-lo. O julgamento ficou a cardo do juiz da Suprema Corte John Marshall, um federalista que havia trabalhado como secretário de estado de John Adams.

A saída encontrada por Marshall foi declarar a inconstitucionalidade da lei que conferiu à Suprema Corte o poder de conceder diretamente o *mandamus* no caso da violação de um direito individual. Num raciocínio então considerado extremamente estranho e complexo ele argumentou que uma vez que a Constituição previa que a Suprema Corte deveria julgar esse tipo de mandamos apenas em grau recursal, uma lei não poderia prever, em contrariedade à constituição, que a Suprema Corte poderia apreciar uma petição diretamente a ela submetida, sem a prévia apreciação de uma corte inferior, muito embora se entendesse que o cidadão possuía o direito ao *mandamus*.

Desta forma Marshall contornou a crise institucional e em contrapartida buscou afirmar a autoridade da Suprema Corte, que passou a deter o poder de afastar atos aprovados pelo executivo ou pelo congresso que contrariassem a constituição, tese já há tempos defendida por doutrinadores federalistas.

Passaram-se cinquenta anos para que a Suprema Corte se utilizasse novamente desse mecanismo de *judicial review*. E muito embora esse mecanismo tenha se firmado e tenha se desenvolvido no sistema judicial americano como um método válido de revisão de leis, estatutos ou atos que contrariem a constituição, temos que na prática, nesses duzentos anos que se passaram desde a sua formulação, foram poucas e esporádicos os casos em que a Suprema Corte efetivamente afastou a aplicação de leis ou estatutos com base na inconstitucionalidade.

4 FATORES QUE INFLUENCIARAM A FORMULAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Desenvolveu-se no Brasil, à semelhança do que aconteceu nos EUA, um sistema de controle difuso de constitucionalidade. Um juiz em qualquer grau de jurisdição, assim como ocorre no modelo americano, pode avaliar se determinada lei editada pelo congresso está em consonância com o que estabelece a constituição e assim decidir um caso concreto.

Vejamos então como cada um dos três fatores mencionados no início contribuíram para que o modelo brasileiro apresente, na prática, um dimensionamento e uma expressão tão diversa do controle difuso nos EUA:

a. Constituição analítica:

É fácil observar que, tendo a Constituição de 88 tratado de uma gama expressivamente mais abrangente de assuntos, isso gera uma quantidade infinitamente maior de situações em que se pode questionar um ato ou uma lei com base na contrariedade a uma regra estabelecida na Constituição.

b. Credibilidade institucional:

Nosso histórico de crises institucionais e um passado recente de um regime antidemocrático contribuíram para que a sociedade coloque sempre em cheque a idoneidade dos atos legislativos.

Muitos advogados e magistrados militantes da redemocratização encamparam essa ferramenta do controle difuso como arma para o combate às vicissitudes de nossas instituições, contribuindo para a proliferação da utilização desse mecanismo.

Nosso "inconstitucionalismo" ganhou fôlego na década de 90 e na década seguinte ganhou novos contornos a partir da "indústria de liminares" que passou a caracterizar o ramo dos profissionais do direito.

c. Cultura jurídica:

No sistema da *common law*, o juiz tem enraizado em seu modo de pensar que ele deve buscar, identificar ou captar a partir de sua leitura da sociedade em que está inserido, a regra de comportamento ou os valores presentes nessa sociedade que lhe permitam solucionar o caso de maneira mais justa.

Como mencionei no capítulo 2, antes de por si próprio "dizer a lei" ele observará os casos semelhantes que já foram decididos. São os casos já decididos que consubstanciam de forma objetiva o que é o direito naquela sociedade e que vão formando seu tecido jurídico, que é fruto de um paulatino aprimoramento.

Essa forma de raciocínio parte da metodologia empregada para a solução de disputas entre particulares, cujas regras geralmente são construídas jurisprudencialmente.

Quando tratamos de uma questão de direito público, administrativo ou tributário, por exemplo, a dinâmica é outra, pois temos uma lei que traz um regramento específico (*estatute*) pronto, assim como ocorre em praticamente todo o ordenamento jurídico da *civil law*, que tem como pressuposto a existência prévia de um extenso rol de leis codificadas que buscam exaustivamente prever todo o tipo de condutas e situações que possam ser objeto de direitos.

O juiz da *common law* já possui uma tendência natural de observar como determinado caso, em que se colocou em dúvida a forma de aplicação de determinada regra (*estatute*), foi decidido por outras cortes.

Por sua vez, o juiz da *civil law* se preocupa inicialmente em interpretar a lei para tentar aplica-la corretamente. Esta é a sua tarefa. Seu raciocínio sempre se inicia deste ponto de partida. Assim, ele interpretará a lei e formulará o seu convencimento. Posteriormente ele verificará como a questão já foi decidida.

Tentarei explicar essa ideia de outra maneira: na *common law*, o corpo de juízes historicamente teve um papel fundamental na formulação do direito, ou do "tecido jurídico". É natural que os juízes, independentemente

de uma imposição, tenham uma certa tendência natural em seguir o que já foi decidido, pois são justamente as decisões já existentes que constituem o objeto de estudo do direito em que ele se ampara.

Não é o que ocorre na *civil law*. Os juízes não tiveram um papel tão marcante na formulação do direito, sua atuação sempre estivera mais jungida à interpretação e aplicação das leis escritas, codificadas, e que constituíam, evidentemente, o seu objeto de estudo como fonte do direito. As demais decisões podem servir para auxilia-lo em seu exercício de interpretar e aplicar corretamente a lei, ou seja, tem uma utilidade secundária.

Voltemos ao nosso foco, que é o controle difuso de constitucionalidade. Resta claro que para um juiz da *common law*, em uma discussão sobre a constitucionalidade de uma lei, ele naturalmente seguirá a decisão de uma instância superior que já decidiu pela constitucionalidade, por exemplo.

Registro, por oportuno, que nos EUA a decisão de uma corte em qualquer matéria, seja de caráter constitucional ou não, *sempre* vinculará a corte imediatamente inferior (*binding decision*).

Diferentemente, vemos no Brasil juízes decidindo, por exemplo, pela inconstitucionalidade de uma lei que o tribunal decidira constitucional, e vice-versa. Não somente esta é uma situação muito comum e frequente, como se vai muito mais além. Juizes de primeira instancia ou tribunais decidem diferentemente do que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu em determinado caso sobre exatamente a constitucionalidade ou não de uma lei. E isso é frequente.

5 CONFORMAÇÃO ATUAL DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Reunindo essas características, temos como resultado que inúmeros casos relativos a uma infinidade de matérias são submetidos ao STF. Nosso cenário de crise institucional potencializa essa quantidade de processos, uma vez que se busca sempre colocar em cheque os atos do executivo e do congresso perante a constituição. Acrescente-se a falta de consistência nas decisões das diferentes instâncias que não seguem as decisões das instancias superiores, demandando, portanto, repetidamente a necessidade de utilização de todas as instâncias recursais. todos esses fatores contribuíram para que o número de processos levados ao STF se tornasse algo astronômico.

Esse fenômeno naturalmente sobrecarregou demasiadamente o STF, tornando-o moroso e comprometendo sua eficiência, contribuindo para que se tornasse mais uma instituição colocada à luz do descrédito.

E suas decisões, que muitas vezes buscam restaurar aspectos da ordem social ou mesmo da higidez de outras instituições, encontravam dificuldades em cumprir seu papel, por chegarem tardiamente ou por não ter efetividade prática (muitos juízes do país todo prosseguiriam decidindo contrariamente ao que o STF havia julgado!).

Vejam que a súmula vinculante só foi criada no Brasil em 2004. Os debates sobre sua criação ou não possuíam contornos ideológicos. Seus detratores falavam em engessamento das instancias inferiores e no risco dela ser utilizada como instrumento autoritário visando impedir que juízes de instâncias inferiores pudessem assegurar aos cidadãos garantias constitucionais frente ao estado.

Vemos novamente como a falta de credibilidade em nossas instituições dificulta a formulação e aprimoramento de ferramentas que tem como objetivo justamente restabelecer a organização social e a ordem jurídica necessárias para possibilitar um cenário favorável ao fortalecimento de nossas instituições. Trata-se de um círculo vicioso e é muito difícil fazer qualquer espécie de julgamento pois sabemos que em nosso país existem razões históricas e endêmicas para essa descrença.

Com as recentes reformas constitucionais e legislativas tocantes à súmula vinculante, repercussão geral e efetividade das decisões do STF, vislumbramos um caminho para a reformulação de nosso controle difuso para um controle não tão difuso, mas um pouco mais centrado, condizente com as aspirações de fortalecimento institucional de que necessitamos.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE COMMON LAW E APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

BRIEF NOTES ON APPLICATION OF COMMON LAW AND PRECEDENT SYSTEM IN BRAZIL

Renata Cordeiro Uchoa Florencio
Procuradora Federal – Advocacia Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Common Law – Definição, Origem e Evolução Histórica; 1.1 Common Law nos Estados Unidos; 2 Sistema de Precedentes no Brasil; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO : Breves apontamentos sobre *common law* e aplicação do sistema de precedentes no Brasil. O presente artigo busca apresentar uma explanação acerca dos dois grandes sistemas jurídicos do mundo ocidental e a forma como a teoria dos precedentes pode colaborar para a efetivação da justiça, mesmo no Brasil, que adota o sistema denominado *civil law*. O objetivo é contribuir para o aprimoramento da discussão sobre o tema. É um trabalho teórico, no qual se realiza pesquisa qualitativa, desenvolvida por meio de referências bibliográficas, análise de doutrina e jurisprudência. Apresentam-se precedentes judiciais brasileiros que já ostentam força obrigatória no ordenamento jurídico, como forma de demonstrar a possibilidade e a conveniência da utilização desse tipo de precedente no Brasil, bem como a sua importância na evolução do estudo do direito processual civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Common Law. Civil Law. Direito Brasileiro. Processo Civil. Precedentes.

ABSTRACT: Brief notes about common law and the application of the caselaw in Brazil. This article aims to show an explanation about the two great legal systems of the western world and how the caselaw theory can contribute to the achievement of the true justice, even in Brazil, which adopts the system known as civil law. The aim is to contribute to the improvement of the discussion on the issue. It is a theoretical work, in which there is qualitative research, developed through bibliographic references, analysis of doctrine and jurisprudence. It is presented some caselaws in Brazilian courts which already have binding force, as a way of demonstrating the possibility and convenience on the use this kind of judicial decision and its importance in the evolution of Brazilian civil procedural law study.

KEYWORDS: Common Law. Civil Law. Brasilian Law. Civil Procedural. Precedent.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata das duas grandes formas de expressão da experiência jurídica ocidental, o common law e o civil law, com suas circunstâncias, institutos e conceitos próprios, os quais, em colaboração, podem contribuir para a evolução e aprimoramento do anseio social de melhor distribuição da justiça.

Para chegar a esse entendimento, é necessário, inicialmente, analisar a origem do common law, com suas características e peculiaridades. Aqui, a base do ordenamento jurídico são os precedentes, ou seja, o direito criado pelo juiz no ato do julgamento, no caso concreto. Fundamenta-se, portanto, em normas de caráter específico, através da semelhança de litígios atuais com aqueles apreciados anteriormente.

Nos Estados Unidos se convencionou afirmar que existe um sistema misto, híbrido, devido à primazia da análise dos precedentes, mas com elevada importância dada à Constituição Federal e aos Statute Laws, normas escritas, que não são valorizadas no contexto do common law.

Já a tradição do civil law, de origem romano-germânica e adotada no Brasil, caracteriza-se pela codificação do direito, com existência de leis escritas, pelas quais vigoram normas de caráter mais abstrato, que são aplicadas pelos juízes no caso concreto.

Atualmente, essa dicotomia entre os dois grandes sistemas vem dando lugar à idéia de que os mesmos podem interagir, formando uma só tradição jurídica. Exemplo disso há no caso brasileiro, onde a autoridade dos precedentes jurisprudenciais vem sendo discutida na doutrina e que, embora timidamente, já vem sendo aplicada pelo legislador e pelos tribunais.

Através das breves considerações aqui tecidas, procura-se alertar para a necessidade de aprofundamento dos estudos e da aplicação da teoria dos precedentes no Brasil, dando-se força às decisões dos Tribunais Superiores como forma de contribuir para a coerência e para a segurança da ordem jurídica, visando o fim maior que é a efetividade da distribuição da justiça.

1 COMMON LAW – DEFINIÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Por volta dos séculos IX e X, havia na Inglaterra, predominantemente feudal, cortes judiciais para cada distrito (*Hundred Courts* e *Count Courts*) e jurisdições senhoriais, para aplicação do direito dos povos germânicos (direito anglo saxônico).

Com a conquista do território pelos normandos, formou-se um poder forte e centralizado que manteve a estrutura anterior, porém com algumas medidas como a criação de um complexo unitário e permanente de cortes reais (localizado em Londres), envio de juízes itinerantes aos distritos e utilização de expedientes autoritários, para retirar algumas causas da análise dos senhores feudais e das cortes populares tradicionais.

A instituição efetiva do *common law* se deu por intermédio dos Tribunais Reais de Justiça, ou Tribunais de Westminster, instituições judiciais centralizadas, que aplicavam um direito uniforme em toda a Inglaterra.

Formou-se, assim, um direito comum, originário da corte, sem que houvesse necessidade de um texto formalizado ou de estudos universitários. "A expressão 'common law' vem da característica de os casos julgados na Corte serem submetidos a um direito comum, contraposto a todos os costumes locais".[1]

Assim, o *Common Law* é um sistema jurídico de princípios e costumes originário da Inglaterra, cujos precedentes (julgados anteriores proferidos em casos concretos) regem os casos futuros com força de obrigatoriedade.

Esse sistema de precedentes vinculantes (*doctrine of stare decisis* ou *doctrine of precedent*) surgiu por volta do século XV, com as reuniões de juízes na "Câmara Exchequer" (*Exchequer Chamber*), para discussão de casos importantes e/ou complexos. Nos séculos seguintes (XVI e XVII) essas decisões assumiram papel vinculante, o que se estendeu para os demais julgados, proferidos por outras cortes, a partir do século XIX, com o aperfeiçoamento do sistema de relatório de casos (*Law Reports*), que compilavam o teor de decisões judiciais e os argumentos manejados por advogados.

O fundamento para utilização obrigatória dos precedentes foi a necessidade de que os princípios jurídicos considerados nas decisões das Cortes permanecessem vigentes e aceitos como fontes primárias de direito, pelo menos até que Cortes superiores decidissem de forma contrária ou caso fosse publicada legislação revogando tais idéias.

Também na Inglaterra se constituiu um ramo de direito relativamente autônomo em relação ao *common law*: o *Equity*. Essa divisão atribuiu ao *common law* a competência para tratar de assuntos julgados nos Tribunais de Westminster e ao *equity law* a competência para assuntos tratados pelos Tribunais do Chanceler (importantes especialmente na ausência do rei, como em tempos de guerra).

1 VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law*: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2007. p. 109-110.

No século XIX juntaram-se as duas correntes, sendo o *equiity* de aplicação subsidiária, quando inexistir solução pela utilização do *common law*. Na Inglaterra pertencem a *common law*, hoje, o direito criminal, dos contratos e *torts* (responsabilidade civil extracontratual). Já à e*quity* pertencem as matérias que se referem a *state property* (propriedade imobiliária), os *trusts*, *bankruptcy* (falências), testamentos, herança e desconsideração da personalidade jurídica. Nos Estados Unidos, cujas peculiaridades serão melhor analisadas adiante, inexiste essa diferenciação.

Elemento importante a se considerar sobre a base inglesa do sistema, é que ele está em contínuo aperfeiçoamento, sem que tenha havido grandes mudanças ou rupturas em sua história, conforme nos ensina Teresa Arruda Alvin Wambier:

> Ao pensar em como o sistema do *Common Law* nasceu, tende-se a dizer que ele sempre foi como é hoje. De fato, a natureza contínua do desenvolvimento do direito inglês pode sugerir que este sempre tenha sido como é hoje. A história do direito inglês é um continuum. Nunca houve o desprezo do que se entendia como correto antes, ou uma divisão do direito entre duas eras. Uma pré e uma pós-revolucionária.[2]

1.1 COMMON LAW NOS ESTADOS UNIDOS

O *Common Law* chegou aos Estados Unidos por meio de imigrantes ingleses, na sua maioria vítimas de perseguição religiosa, e logo tomou contornos próprios, bastante peculiares.

Com efeito, o modelo americano é considerado misto, tendo em vista que possui diversos elementos que o afastam do sistema tradicional inglês, devido principalmente ao começo das hostilidades que sucederam o crescimento das colônias britânicas nos Estados Unidos, com ideais de independência.

Naquela época, começaram a ecoar influências vindas da França, com seu sistema escrito – *Civil Law*, distanciando o sistema jurídico americano da tradição inglesa e tornando-o, por assim dizer, híbrido.

Sobre o assunto, vejamos o ensinamento de Guido Fernando Silva Soares:

> Relembre-se que o Direito norte-americano, com exceção do Estado da Louisiana, é considerado um direito da família da *Common Law*

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito – Civil Law e Common Law. *Revista Jurídica Nota Dez*, Porto Alegre, v. 57. n. 384. out. 2009. p. 53-62.

> misto, ou seja, pertence àquela família, mas sintonizado muito de perto da *Civil Law* (compare-se com o direito da Escócia, considerado da *Civil Law* misto, ou seja, parente do direito brasileiro, mas muito perto da *Common Law*).[3]

A estrutura governamental adotada pela Constituição Norte-Americana de 1787, assinada em 04 de julho de 1788 (data símbolo da Independência) foi fundamental para caracterizar o distanciamento que se consolidou entre o sistema britânico e o americano. Nos Estados Unidos adotou-se a divisão tríade de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), proposta por Montesquieu em sua obra "O espírito das leis", de 1748, enquanto que na Inglaterra vigia o Estado unitário, com sistema monárquico.

Portanto, o que diferencia fundamentalmente o sistema americano do adotado na Inglaterra é a importância dada à Constituição Federal e aos *Statute Laws* - normas escritas, criadas pelos três poderes do Estado (tratados internacionais, leis ordinárias federais e estaduais, códigos, etc.).

Nesse contexto, importante salientar que os *Statute Laws* servem para preencher lacunas deixadas pelos precedentes. Portanto, possuem caráter subsidiário em relação ao *case law* (estudo de casos). Ou seja, nos Estados Unidos da America predomina a doutrina dos precedentes, mas há recurso alternativo que inexiste no modelo inglês.

Outra característica marcante do *common law* americano é a autonomia dada aos Estados membros. Desta forma, cada unidade federativa terá uma forma diversa de tratar um mesmo assunto, tornando o sistema complexo por excelência.

A unidade do sistema jurídico é dada pela própria história dos Estados Unidos que, adaptando seu modelo, adotou medidas como o controle da constitucionalidade e a possibilidade de mudança da jurisprudência, atenuando a regra dos precedentes e mantendo-se estável até os dias atuais.

Além disso, percebe-se um esforço jurídico de uniformização do direito dos Estados membros, buscando-se um princípio de unidade dentro do sistema, com o alinhamento das decisões judiciais de cada estado, por seus magistrados, com as decisões da maioria.

Pode-se afirmar, com certeza, o papel fortíssimo que a jurisprudência tem exercido em questões de grande repercussão nos Estados Unidos. Os juízes da Suprema Corte, ao longo dos anos, tem

---

3 SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common Law:* Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 26.

estabelecido grandes precedentes, como no caso *Mc Cullock v. Maryland* (1819), garantindo ao congresso americano o direito de criar um banco nacional, o que mais tarde influenciaria na criação do Federal Reserve, ou no caso *Bown v. Board of Education of Topeka* (1954), acabando com a existência de escolas separadas para alunos negros e brancos.

Isso não quer dizer que não tenha havido outras formas de regulação da vida nas sociedades adeptas ao *common law*. Na realidade, já há um bom tempo se vem observando, principalmente nos Estados Unidos, uma vastíssima produção legislativa, tornando o direito jurisprudencial puro bastante raro.

Diante dessa realidade, muito tem se falado acerca da aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, o *common law* e o *civil law*, que possuem elementos característicos diferenciadores, mas permitem um intercâmbio de idéias que os enriquece mutuamente, colaborando para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

2 SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

O Brasil é um país que segue a tradição do *civil law*, a qual contempla dogmas oriundos, principalmente, da Revolução Francesa, que procurou promover uma ruptura entre o direito comum, até então existente, substituindo-o pelo direito natural, mais claro e concreto.

O *civil law* possui origem romana, tendo sido introduzido no continente europeu pela França e posteriormente trazido para o Brasil por Portugal. Sua produção legal é regrada pelo devido processo legislativo, em que, inicialmente, se buscava retirar do juiz a oportunidade de interpretar a legislação, de modo a preservar a autoridade do parlamento no que concerne à regulação da vida da sociedade. Ao juiz caberia, tão somente, aplicar a letra fria da lei, submetendo qualquer dúvida de viez interpretativo ao Legislativo.

No entanto, com o passar do tempo, os juízes passaram a fazer essa interpretação das normas, caindo em desuso a utilização das comissões legislativas destinadas a solucionar dúvidas ou cassar decisões que apresentassem equívocos interpretativos.

Com isso se quer dizer que, assim como no *common law*, também ocorreram mudanças na essência do *civil law*, através do surgimento de tradições jurídicas particulares, o que, como dito anteriormente, os aproximaram, permitindo a utilização de institutos característicos de cada um deles no outro.

No Brasil, a função jurisdicional consiste em interpretar a lei, e não em seguir precedentes. Nesse país, aprende-se que a Lei, devidamente

interpretada, basta para a aplicação do direito ao caso concreto, o que vem de encontro à utilização do sistema de precedentes judiciais como fonte e solução eficaz de conflitos.

Ocorre que as situações postas para análise do Poder Judiciário estão cada vez mais complexas, envolvendo questões extremamente relevantes e/ou com muitos envolvidos. Nesse contexto, a utilização do referido sistema de precedentes pode trazer benefícios à função jurisdicional, atribuindo-lhe maior coerência, na medida em que se propõe a evitar decisões conflitantes em casos semelhantes, o que gera desde insegurança jurídica até, em maior medida, o descrédito da justiça, como se tem visto.

Assim, os estudiosos do tema começaram a perceber que não só haveria vantagens, mas uma real necessidade de implantação de algumas medidas nesse sentido, o que vem encontrando eco no Poder Legislativo brasileiro, aproximando o nosso *civil law* da característica básica e fundamental do *common law:* o precedente.

Importante frisar que há argumentos sólidos contra a utilização desse sistema de precedentes no Brasil. Os contrários apontam obstáculos ao desenvolvimento do direito, em virtude do previsível estancamento das decisões, o que impediria o surgimento de novas interpretações legais, mais adequadas às novas realidades sociais.

Sustentam também que tais medidas representariam óbice à realização da isonomia substancial, uma vez que cada litígio teria suas peculiaridades, que não poderiam ser abstratamente consideradas. Pontuam, ainda, a possibilidade de violação ao princípio da separação dos poderes, mácula à independência dos juízes e ao princípio do juiz natural e prejuízo até mesmo à garantia de acesso à justiça.

De fato, essas dificuldades certamente estão surgindo, mas menor monta, falando de forma mais realista. O certo é que, diante das vantagens existentes, deve-se buscar contorná-las com eficiência e boa vontade.

A favor da utilização do sistema de precedentes no Brasil, temos a necessidade de segurança jurídica, por meio da previsibilidade, confiança e estabilidade do sistema judiciário. Com efeito, se ao surgir um conflito as partes já tiverem conhecimento prévio de seu possível desfecho junto ao Poder Judiciário, certamente resolverão seu problema sem acioná-lo ou litigarão em juízo sem medo do risco de serem surpreendidos.

Atualmente, em virtude da utilização, muitas vezes irracional, do princípio do livre convencimento motivado do juiz, acionar a justiça brasileira é encarado como uma verdadeira loteria.

Outro ponto considerado vantajoso na utilização de precedentes é o atendimento ao princípio da igualdade perante a jurisdição, que

se poderia traduzir por igualdade no curso do processo, e diante das decisões judiciais, dando coerência à ordem jurídica.

Mais um aspecto positivo seria o fato de que o controle do poder do juiz garantiria a imparcialidade, na medida em que sua decisão atentaria para a existência de precedente acerca do modo de aplicação da norma no momento. Isso aumenta muito a segurança do sistema, desestimula a litigância desordenada, favorece acordos em demandas já judicializadas, valorizando os princípios da economia e celeridade processuais.

Em outras palavras, uma vantagem leva a outra, formando um círculo virtuoso altamente desejável na realidade atual, de desgaste do Poder Judiciário. A utilização crescente dos precedentes vem aparecendo como forma de solução para o problema, e é nesse sentido que tem caminhado o ordenamento jurídico brasileiro.

Exemplos disso são vários. A repercussão geral exigida para o recurso extraordinário nada mais é do que a determinação de aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal às demais decisões que versem sobre determinada matéria. Tanto é assim que o Código de Processo Civil determina, em seu artigo 543-A, que negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos que versarem sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente.

Uma vez, então, que o STF atribua repercussão geral, se tem requerido pelas partes o sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, com fundamento legal no artigo 543 – B do CPC, a fim de que se possa aplicar a decisão de mérito posterior, privilegiando a economia processual e a segurança jurídica. Com isso, redefine-se o tratamento processual dado ao Recurso Extraordinário, que assim evolui e se efetiva como alternativa para a solução eficaz e segura dos conflitos.

A doutrina, capitaneada pelas idéias do Ministro Gilmar Mendes, tem apresentado a teoria da "abstrativização do controle difuso", ou "transcendência dos motivos determinantes", segundo a qual as razões de decidir proferidas em sede de controle difuso da constitucionalidade (Recurso Extraordinário) devem ser seguidas pelos demais órgãos do Judiciário. Essa doutrina, embora ainda não consolidada e nem pacífica, aproxima-se muito da teoria dos precedentes e já chegou a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

As súmulas vinculantes também colaboram para esse processo evolutivo de se valorizar a segurança jurídica e a efetividade da justiça. O artigo 103 da Constituição Federal traz a possibilidade de sua edição, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tendo por objetivo a validade, interpretação e eficácia de normas cuja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre eles e a Administração Pública,

acarrete grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre uma mesma questão.

Veja-se claramente, neste caso, a aplicação da teoria dos precedentes. O legislador constitucional, sensível à realidade acerca da existência de diversas decisões contraditórias sobre matéria idêntica, inaugura instrumento apto a resolver a questão: havendo reiteradas decisões sobre uma mesma matéria que, ainda assim, permanece controvertida, multiplicando-se processos idênticos, autoriza a edição de súmula de observância obrigatória pelo restante do Poder Judiciário e pela Administração Pública.

Ora, trata-se de inscrever enunciado sobre as razões de decidir anteriores, pois se exige reiteradas decisões sobre uma mesma matéria, vedando-se a edição de súmulas gerais e abstratas, como ocorre na produção legislativa em geral. Aqui, os precedentes judiciais é que tomam força obrigatória, em aplicação clara da teoria a eles referente no Brasil.

O mesmo ocorre em relação ao controle concentrado da constitucionalidade das leis no Supremo Tribunal Federal, em que a Lei nº 9.868/99 conferiu eficácia contra todos e efeitos vinculantes da decisão em relação ao Judiciário e à Administração Pública. Isso nada mais é que atribuir força obrigatória ao precedente.

Sobre a questão, ensina-nos Luiz Guilherme Marinoni:

> Embora da decisão proferida em sede de controle abstrato produza coisa julgada *erga omnes*, os seus motivos determinantes ou sua *ratio decidendi* também têm relevância para que o Supremo Tribunal Federal possa dar efetiva tutela à Constituição. A adequada tutela jurisdicional da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas. E é na medida em que se admite esta eficácia vinculante que a decisão, até então vista apenas como produtora de coisa julgada *erga omnes* – e, assim, como definidora de se a norma expressamente invocada na ação direta é ou não inconstitucional -, passa a também ter qualidade de precedente constitucional.[4]

Mas não é somente o Supremo Tribunal Federal que tem se utilizado dos precedentes para facilitar a sua atuação. Atualmente, já existe previsão legal para que os demais tribunais se beneficiem de julgados anteriores no julgamento dos seus processos, tornando-o mais seguro e coerente para as partes.

4 MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 469.

Tal previsão se encontra no artigo 557 do Código de Processo Civil, permitindo que o relator negue seguimento ou dê provimento imediato ao recurso, caso seja ele contrário ou conforme súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro Tribunal Superior. É o que a doutrina convencionou chamar de "julgamento monocrático pelo relator".

Essa possibilidade de julgamento monocrático de recursos estimula o seguimento, logo pelas primeiras instâncias de julgamento, dos entendimentos firmados nos tribunais, em virtude da possibilidade quase que certa de reforma de seu posicionamento em contrário, o que contribui para a celeridade processual e para a redução do número de recursos meramente procrastinatórios.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, a questão foi tratada, também, em norma específica instituída pela Lei nº 11.672/2008, que alterou a redação do Código de Processo Civil, para permitir que, no caso de demandas repetitivas, o presidente do Tribunal de origem admita um ou mais recursos representativos da controvérsia, a fim de encaminhá-los ao STJ, suspendendo os demais até o seu pronunciamento definitivo.

A norma vai além: publicado o acórdão do STJ, os recursos especiais sobrestados terão seu seguimento denegado, no caso de decisão conforme do Tribunal de origem, ou serão novamente examinados, em caso de decisão divergente deste Tribunal. Ou seja, os recursos repetitivos ficam sobrestados no Tribunal de origem até o pronunciamento definitivo do STJ. Conhecido o precedente, a decisão deverá necessariamente adequar-se a ele, a ponto de se exigir a retratação do juízo "a quo", examinando novamente a questão em caso de decisão divergente.

Assim, há clara aplicação da teoria dos precedentes na nova redação do CPC, em seu artigo 543-C, por conta da autoridade vinculante dos precedentes do STJ, sem que, no entanto, haja qualquer violação ao direito de ação.

A tendência aqui tratada já se faz presente, inclusive, nos juízos monocráticos de primeira instância. Ali, já existe o que a doutrina convencionou chamar de súmula impeditiva de recurso.

Com previsão legal no artigo 518, § 1° do CPC, permite-se que o juízo "a quo" não receba o recurso de apelação, quando em confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Enunciados de súmulas nada mais são do que jurisprudência, precedentes. Assim, o juízo monocrático, seguindo a tendência, pode também se utilizar da teoria aqui estudada.

O projeto de reforma do Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, traz também outras propostas

de ampliação da aplicação da teoria dos precedentes no direito processual brasileiro, a exemplo rejeição liminar de demanda contrária ao entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

São inegáveis os avanços e a necessidade de aprofundamento cada vez maior dos estudos sobre o tema. Isso não quer dizer a defesa de tornar-se o direito brasileiro da família common law, definitivamente. Trata-se apenas de evolução, cientes de que as grandes vertentes na verdade se aproximam e se complementam, respeitadas as suas diferenças fundamentais, havendo aspectos positivos a serem aproveitados, como já vem ocorrendo no Brasil, de modo a contribuir com o aprimoramento do Poder Judiciário e com os anseios da sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem visto um crescimento vertiginoso, nas últimas décadas, de sua importância internacional, dada em parte pelo crescimento econômico e social de seu povo, o que se refletiu no campo acadêmico e no reconhecimento da necessidade de mudanças no direito processual civil, notadamente pelo estudo do direito comparado.

Assim, iniciaram-se discussões acerca das grandes correntes jurídicas ocidentais da atualidade, notadamente o *Common Law* e o *Civil Law*, com suas tradições e influências, quando ficou claro que as mesmas poderiam interagir em colaboração mútua: a primeira com seus precedentes, julgados anteriores que regem casos futuros com força de obrigatoriedade; e a segunda com a segurança trazida pela produção legislativa e codificação das normas jurídicas aplicáveis.

Os Estados Unidos contribuíram fortemente para esse intercâmbio de idéias, por meio da adoção do sistema *common law* misto, com contornos próprios bastante peculiares, como a valorização da Constituição e a utilização de diversas leis escritas, idéias típicas do *civil law*.

Muito tem se falado acerca da aproximação entre esses dois grandes sistemas jurídicos, por se ter visto que tal medida colabora de modo decisivo para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. No Brasil, as situações postas para análise do Poder Judiciário estão cada vez mais complexas, sendo que a utilização do sistema de precedentes inaugura um novo tempo de coerência, segurança jurídica e estabilidade.

É nesse sentido que tem caminhado o ordenamento jurídico nacional, através da atuação do poder Legislativo, através da recente edição de leis e de alterações do Código de Processo Civil, que antes não contemplava essa realidade.

Trata-se de processo de evolução da nossa sistemática processual, cientes de que as grandes vertentes jurídicas aqui tratadas na verdade se aproximam e se complementam, respeitadas as suas diferenças fundamentais, havendo aspectos positivos a serem aproveitados com essa interação, de modo a contribuir com o aprimoramento do Poder Judiciário e com os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm >. Acesso em: 06 ago. 2011.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law.* Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 2. n. 2. 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=67>. Acesso em: 18 set. 2011.

MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Rodrigo Emiliano; TURCI, Bruno Luiz. Obrigatoriedade dos precedentes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16. n. 2976, 25 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19849>. Acesso em: 18 set. 2011.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law:* Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito – Civil Law e Common Law. *Revista Jurídica NotaDez*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, outubro, 2009.

O SISTEMA DE JÚRI NOS EUA

THE JURY SYSTEM IN THE USA

Rosana Gavina Barros Horostecki
Procuradora Federal atuante no Núcleo Previdenciário da Procuradoria Federal em Santa Catarina. Professora de Direito Civil em diversos cursos preparatórios para exame da OAB e concursos para Juiz do Trabalho e Procurador do Trabalho.

SUMÁRIO: 1 Evolução Histórica; 2 Partes no Júri; 3 Júri - Aplicação Prática na Atualidade; 4 Julgamentos pelos Tribunais do Júri – Prós; 5 Julgamentos pelos Tribunais do Júri – Contras; 6 Dados Estatísticos – Serviço de Júri nos Estados Unidos; 7 Sistema de Júri no Mundo; 8 Sistema de Júri no Brasil; 9 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este artigo versa sobre o sistema de júri adotado nos Estados Unidos da América do Norte comparado ao sistema de júri adotado no Brasil. O papel do juiz. A função do promotor público. A atuação do advogado de defesa. A escolha dos jurados. A aplicabilidade do sistema de júri nos dias atuais. A análise da evolução histórica do instituto e sua aplicabilidade prática na atualidade, bem como posições contrárias e favoráveis demonstradas neste trabalho, ensejam uma reflexão acerca do sistema de júri praticado no sistema jurídico brasileiro. Ao final são apresentados dados estatísticos demonstrando numericamente o funcionamento do júri nos Estados Unidos da America do Norte.

PALAVRAS-CHAVE: Júri Norte-Americano. Origem. Composição. Funcionamento. Estatística. Comparação. Júri Brasileiro.

ABSTRACT: The present article is about the jury system in the United States of America in comparison to the jury system in Brazil. The judge's role. The district attorney. The defense attorney. The jury selection process. The analysis of the jury's historical evolution and its applicability nowadays, as well as positions pros and against the jury system showed in this article leads to a deep thought about the jury system used on the Brazilian legal system. At the end statistic data shows in numbers the functioning of the jury system in the United States of America.

KEYWORDS: North American Jury. Origin. Statistics. Comparison. Brazilian Jury.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O sistema de júri americano tem sua origem na Inglaterra medieval. Naquela época 12 homens livres e cumpridores da lei eram escolhidos para auxiliar o rei a fazer justiça utilizando seu conhecimento do costume local. Com o crescimento da população isso não mais foi possível e aqueles homens começaram a basear suas decisões nas provas produzidas nos Tribunais.

Os Estados Unidos da América do Norte adotaram o sistema britânico em razão dos colonos do século XVIII temerem o que chamavam de tirania dos britânicos. Assim, um júri composto por americanos poderia reformar decisões britânicas que os americanos entendiam como arbitrárias, principalmente aquelas relacionadas ao embarque ilegal de mercadorias em embarcações não britânicas.

Em 1791 os Estados Unidos da América do Norte em sua Declaração de Direitos determinou expressamente que "em todos os processos criminais, os acusados terão direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial".

Restou ainda estabelecido que mesmo processos civis poderiam ser submetidos a julgamento por tribunal do júri, mas em qualquer caso somente as provas produzidas durante o procedimento do júri seriam apreciadas pelos jurados.

O direito ao julgamento por um júri foi estabelecido na Sexta e Sétima Emendas Constitucionais de 1791, na esfera criminal e cível, respectivamente.

2 PARTES NO JÚRI

Inicialmente, o júri era composto por 12 membros e as decisões deveriam ser unânimes. Mais tarde a Suprema Corte admitiu a formação de júri com 6 membros sem a exigência de unanimidade na decisão. Também foi determinado pela Suprema Corte que o Estado deveria prover gratuitamente advogados aos réus pobres.

O sistema americano acredita que a verdade prevalecerá se forem permitidas à defesa e à acusação apresentarem suas alegações perante um júri. Neste caso, a função do juiz restringe-se a dirigir e manter a ordem (*fairness*) no processo. Os protagonistas são os advogados. A eles cabe a tarefa de convencer os jurados, em igualdade de condições, acerca da verdade que defendem.

Os jusfilósofos americanos de teoria do direito defendem ser esta uma demonstração prática do direito, eis que mais do que lei ou jurisprudência,

devem os advogados comprovarem os locais, horas e circunstâncias dos fatos, observados os limites impostos pela lei para a produção das provas.

Interessante ressaltar que o Promotor de Justiça controla e supervisiona todo o inquérito policial, a fim de garantir a correção na colheita das provas que serão apresentadas aos jurados.

Diversamente do que ocorre no Brasil, o Promotor de Justiça, na maioria dos estados americanos, é eleito pela comunidade onde atua.

Após analisar o caso, pode o Promotor pedir o arquivamento do inquérito ou submeter a denúncia, em alguns estados, ao *Grand Jury*. Geralmente a denúncia é oferecida perante o Juiz-Presidente do *Petty (Petit) Jury*. Neste momento, tem início a fase de negociação (*plea bargaining)*, na qual a acusação pode tentar que o acusado assuma a culpa (*plea of guilty)* em troca de uma redução na pena. Isso certamente poupará ao acusado despesas e a incerteza da sentença.

Os jurados, por sua vez, são escolhidos dentre cidadãos americanos, com residência na jurisdição geográfica atendida pelo tribunal onde irá atuar, devem ter no mínimo 18 anos de idade, devem falar e entender bem o idioma inglês e não podem estar sob qualquer impedimento legal (crime qualificado, condenação ou incompetência).[1]

Os jurados devem permanecer todo o tempo à disposição do tribunal. Por essa razão, recebem um valor diário. Os cidadãos que trabalham para o governo continuam a receber seu salário normal, enquanto durar o julgamento. Entretanto, no que tange aos demais empregados, a legislação varia de estado para estado. Alguns estados obrigam o empregador a manter o salário do empregado até um determinado número de dias. Caso o cidadão escolhido para ser jurado comprove que poderá ter sério prejuízo financeiro em razão do seu afastamento, este poderá ser dispensado do júri.

Nos casos em que há possibilidade de aplicação da pena de morte, só a escolha dos jurados pode levar até 2 (dois) meses.

As decisões do júri têm que ser unânimes, o que pode levar horas, dias ou até meses para serem concluídas. Quando a unanimidade não é atingida o juiz obrigatoriamente deve declarar um *mistrial* e convocar um novo julgamento, que irá apreciar todas as provas desde o início. Alguns estados, neste caso, admitem que o juiz absolva o réu, desde que haja concordância do promotor.

Apenas 25% de todos os julgamentos perante o tribunal federal dura mais que uma semana, e apenas 0,6% dura mais que 30 (trinta)

1 State Court Organization [Organização dos Tribunais Estaduais], 2004, Departamento de Justiça dos EUA, Bureau de Estatísticas da Justiça. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/burnett.htm>. Acesso em: 19.09.2011.

dias. No caso do ex-astro de futebol americano O. J. Simpson o júri ficou reunido por 6 (seis) meses.

Normalmente os jurados são autorizados a retornarem aos seus lares no final do dia, desde que não conversem com ninguém sobre o julgamento. Entretanto, caso seja necessário, serão levados para um hotel, sem acesso a qualquer tipo de informação e transportados do hotel para o tribunal e vice-versa em carros com as janelas lacradas e bloqueadas, de forma a evitar que tenham qualquer contato visual com jornais, revistas ou cartazes de manifestações públicas.

Em casos de julgamento de alguma celebridade americana, a escolha de um júri imaculado pode levar semanas, ou até meses. Nesses casos surgem também jurados que negociam o lançamento de um livro, como ocorreu após os julgamentos do O.J. Simpson e de Michael Jackson. Estudiosos do Direito afirmam que esta prática não é ilegal, eis que assegurada pela Primeira Emenda. Entretanto, indubitavelmente pode prejudicar a imagem do sistema de júri americano.

Estima-se que todo cidadão americano será chamado a atuar como jurado pelo menos uma vez em sua vida.

Recentemente também surgiu outro profissional atuante nos tribunais de júri: os consultores de júri, responsáveis por pesquisas de opinião para ajudar advogados a escolherem os jurados que lhes sejam favoráveis.

3 JÚRI - APLICAÇÃO PRÁTICA NA ATUALIDADE

Apesar de a indústria cinematográfica americana fazer crer que o sistema de júri é bastante utilizado, na verdade, a grande maioria das pessoas não exerce esse direito, por duas razões principais: A uma, por causa do enorme custo envolvido; a duas, porque no caso de condenação, em razão de todo o embate entre os advogados e todos os detalhes apresentados nos depoimentos das testemunhas, a penalidade aplicada costuma ser bem maior.

Em casos de julgamento de crimes perante o tribunal federal (*federal court*) o júri é formado por 12 (doze) pessoas. Nos estados, via de regra, também se utiliza 12 (doze) jurados em processos criminais, porém a exigência mínima é de 6 (seis) jurados.

Nos casos de julgamentos civis perante o tribunal federal, deve-se utilizar entre 6 (seis) e 12 (doze) jurados. Geralmente são 8 (oito) ou 9 (nove). Nos tribunais estaduais, o número de jurados varia bastante de estado para estado, mas a maioria permite 6 (seis) jurados apenas.

No que tange ao custo, conforme já mencionado supra, ressalta-se que os jurados devem receber pagamento pelo trabalho no tribunal do júri. Atualmente este valor, nos julgamentos de competência dos tribunais federais, corresponde em média a U$$ 40.00 (quarenta dólares) por dia, porém em alguns estados não passa dos US$ 5.00 (cinco dólares) diários.

Por essas razões, dentre outras, a maioria das pessoas acusadas iniciam uma transação penal com o promotor público, assumindo a culpa em troca de uma redução na pena.

Nos dias atuais, mais de 90% dos processos são resolvidos nessa fase, sem julgamento pelo tribunal do júri.

4 JULGAMENTOS PELOS TRIBUNAIS DO JÚRI – PRÓS [2]

A corrente defensora dos tribunais de júri nos Estados Unidos afirma que há maior probabilidade de um grupo de 12 (doze) leigos, devidamente orientados acerca da lei por um juiz, fazer um bom trabalho ao examinar as provas apresentadas e dar o veredito, do que um juiz singular.

Acrescenta esta corrente que, na maioria das vezes os julgamentos envolvem diversas questões sobre o comportamento humano e variáveis culturais, não simplesmente a violação do direito e/ou da lei. Assim, as experiências pessoais de cada jurado certamente poderão contribuir com uma melhor "compreensão intuitiva dos fatos", do que um juiz, por mais experiência profissional que tenha, eis que este pode não ter qualquer experiência prática, ou até mesmo desconhecer por completo, aquele assunto específico que está sob julgamento.

Ressalta ainda que o julgamento realizado através do tribunal do júri é um "julgamento pelo juiz e pelo júri", pois o juiz instrui os jurados sobre a lei aplicável ao caso, verifica as provas que serão apresentadas ao júri, e ao fim, analisa o veredito antes que seja registrado o julgamento.

A esmagadora maioria dos juízes americanos que presidem julgamentos por tribunal do júri apoia o sistema de júri e entende que, algumas vezes erros são cometidos pelos jurados, porém da mesma forma são cometidos pelos juízes e outras pessoas que têm que tomar decisões. Argumentam que o veredito dado por pessoas da comunidade confere maior credibilidade e legitimidade ao julgamento.

Nas pesquisas realizadas com jurados, restou verificado que após participarem de um júri, os cidadãos americanos, por melhor entenderem o sistema jurídico, tornaram- se cidadãos mais engajados em projetos da comunidade.

2 Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/ijde0709.htm>. Acesso em: 19.09.2011

Em uma frase: "o sistema de júri é uma instituição democrática importante".

5 JULGAMENTOS PELOS TRIBUNAIS DO JÚRI - CONTRAS [3]

Esta corrente ataca o sistema de júri por entender que o veredito nele prolatado é uma decisão "puramente factual que ganha forma de decisão científica".

Informa que na maioria dos países, principalmente naqueles com juízes profissionais, processos sem júri são julgados por três ou cinco juízes, e que estes certamente estão bem mais qualificados do que os jurados leigos para avaliar uma situação e dar um veredito.

Acrescenta que um julgamento por tribunal de júri por ser demasiado caro e consumir muito tempo e trabalho, é utilizado por poucos e, por isso, a maioria dos processos é resolvida através de uma transação entre a acusação e a defesa, com a supervisão do juiz. Assim, provas não chegam a ser analisadas e o litígio termina com uma vantagem desproporcional para a acusação.

Em resumo: julgamentos por tribunais do júri são caros, demandam muito tempo e apenas um pequeno número de processos acaba por ser decidido por um grupo de leigos que utilizam seu senso comum para decidirem situações complicadas que vão além de sua capacitação.

6 DADOS ESTATÍSTICOS – SERVIÇO DE JÚRI NOS ESTADOS UNIDOS

Número estimado de julgamentos por tribunal do júri nos EUA, por ano:[4]

- 154 mil (149 mil em tribunais estaduais, 5 mil em tribunais federais)
- 66% processos criminais (47% de delitos graves mais 19% de delitos leves
- 31% de processos civis
- 4% outros

3 Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/koppen.htm>. Acesso em: 19.09.2011

4 State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts [Iniciativas para Melhoria dos Júris da State of the States] (Abril de 2007), Centro Nacional dos Tribunais Estaduais, disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/burnett.htm>. Acesso em :19.09.2011.

Obs.: A soma ultrapassa 100 devido a arredondamentos.

Estimativa do número de pessoas convocadas a cada ano a prestar serviço como jurado nos Estados Unidos: 32 milhões:

- Número estimado de convocações devolvidas pelo correio, marcadas como destinatário não encontrado: 4 milhões.

- Número estimado de pessoas desqualificadas para o serviço (não cidadãos, não residentes, presos por crime qualificado): 3 milhões.

- Número estimado de pessoas isentas do serviço (pessoas que prestaram serviço como jurado recentemente, pessoas com determinadas ocupações): 2 milhões.

- Número estimado de pessoas dispensadas por dificuldades financeiras ou médicas: 3 milhões.

- Número estimado de pessoas "dispensadas" pelos tribunais antes da data marcada por cancelamento ou adiamento dos julgamentos: 8 milhões.

- Número estimado de pessoas que simplesmente não aparecem após terem sido convocadas: 3 milhões.

- Número estimado de pessoas que se apresentam para prestar serviços como jurado a cada ano: 8 milhões.

- Número estimado de jurados arrolados a cada ano: 1,5 milhão.

Duração média dos julgamentos pelo tribunal do júri: cinco dias para julgamentos de processos penais, quatro dias para julgamentos civis.

Duração média das deliberações do júri: quatro dias para julgamentos criminais e civis.

Porcentagem de americanos adultos que atuaram como jurados em um julgamento em algum momento de sua vida: 29 % [5]

5 Jury Service: Is Fulfilling Your Civic Duty a Trial? [Serviço de Júri: Seu Dever Cívico É um Julgamento?] (julho de 2004), Harris Interactive, disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/read.htm>. Acesso em: 19.09.2011.

Pagamento médio diário a um jurado: US$ 22 (aproximadamente 25% da renda per capita diária) [6]

Percentagem de julgamentos por júri de ações civis ganhos pelo autor: 49% (em 2005)[7]

Valor médio das indenizações concedidas aos autores vencedores: US$ 28 mil (em 2005)

Porcentagem de réus criminais condenados por tribunais de júri: 71% [8]

Porcentagem de ações penais que terminam em acordo com negociação da pena em vez de veredito do julgamento: 69%

Porcentagem de ações penais em julgamento extintas antes das deliberações do júri: 10%

7 SISTEMA DE JÚRI NO MUNDO [9]

6 State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts [Iniciativa para Melhoria dos Júris da State-of-theStates] (abril de 2007), Centro Nacional dos Tribunais Estaduais. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/read.htm>. Acesso em: 19.09.2011.

7 *Civil Justice Survey of State Courts [Pesquisa sobre os Tribunais Estaduais de Justiça Civil]* (2005), Centro Nacional de Tribunais Estaduais. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/mize.htm<. Acesso em: 19.09.2011.

8 *Are Hung Juries a Problem? [Júris em Desacordo no Veredicto São um Problema?]* (setembro de 2002), Centro Nacional dos Tribunais Estaduais. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/resources.htm>. Acesso em: 19.09.2011.

9 Fonte: Neil Vidmar, Escola de Direito da Universidade Duke. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/map.htm>. Acesso em 19.09.2011.

Países, territórios e protetorados com júris no âmbito da Common Law			
Samoa Americana	Ilhas Cayman	Jamaica	Sta.Helena
Anguilla	Ilhas Cook	Jersey	Sta. Lúcia
Antígua	Dominica	Malta	São Vicente
Austrália	Gibraltar	Ilhas Marshall	Sri Lanka
Bahamas	Granada	Montserrat	Tonga
Barbuda	Granadinas	Nova Zelândia	Tortola
Belize	Guam	Ilhas Marianas do Norte	Trinidad
Bermuda	Guiana	Panamá	Ilhas Turks e Caicos
Ilhas Virgínias (Reino Unido)	Hong Kong	Porto Rico	Reino Unido
Canadá	Irlanda	São Cristóvão e Névis	Estados Unidos
	Ilha de Man		

Países e territórios que usam formas do júri sob diferentes sistemas processuais e seu uso é limitado a determinados tipos de crimes			
Áustria	Dinamarca	Coreia	Rússia
Bélgica	Gana	Malaui	Espanha
Brasil	Guernsey	Noruega	Suíça

8 SISTEMA DE JÚRI NO BRASIL

No Brasil o sistema de júri foi instituído com a primeira Lei de Imprensa em 18 de junho de 1822 para julgamento de crimes de imprensa.

Na Constituição Imperial de 1824 o Júri passou a ser considerado órgão do Poder Judiciário e sua atuação foi ampliada para julgar todas as causas (cíveis e criminais).

Entretanto, mais tarde, com a Constituição de 1946, sua atuação foi restrita apenas ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o que persiste até hoje.

O chamado Tribunal do Júri Popular é constituído de um juiz de direito togado, que é o seu presidente, e de 21 (vinte e um) jurados sorteados dentre os alistados, dos quais apenas 7 (sete) constituirão o Conselho de Sentença.

Aos jurados cabe o poder de julgar e ao juiz togado o de lavrar a sentença, estabelecendo a pena.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de júri americano é mais complexo, caro e demorado que o sistema de júri brasileiro. Todos os crimes são de sua competência. A instrução dos processos é feita perante os jurados. O réu e as testemunhas são inquiridos diretamente pelos advogados. Não são apresentados quesitos aos jurados. Admite-se apenas decisão unânime. Sua utilização é bastante restrita devido principalmente ao alto custo. Existe uma tradição política e cívica que mantém o instituto.

No Brasil o júri é composto por sete cidadãos, que respondem a quesitos apresentados pelo juiz e votam por maioria simples. Apenas os crimes dolosos contra a vida são de sua competência. Os jurados não participam da instrução do processo. O réu não é interrogado pelos advogados. Cabe ao juiz a inquirição das testemunhas. Os jurados apenas assistem aos debates e não podem se comunicar.

Certamente nenhum dos dois sistemas está sequer próximo ao ideal de justiça, apesar de ambos buscarem a primazia da realidade.

Seja pelo senso de cidadania ou pelo encantamento da indústria literária e cinematográfica, o fato é que o júri transformou-se em objeto de fascinação em todo o mundo.

Este fascínio não atinge apenas os estudantes e/ou profissionais do Direito, mas qualquer pessoa que acredita que se estivesse lá, sentada no banco dos jurados, faria Justiça.

Será o julgamento pelo tribunal do júri o mais democrático dos julgamentos?

Segundo Winston Churchill a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras. Para meditar.

REFERÊNCIAS:

ABRAMSON, Jeffrey. *We, the Jury:* The Jury System and the Ideal of Democracy. Nova York, Nova York: Basic Books,1994.

AITKEN, Robert. *Law Makers, Law Breakers and Uncommon Trials.* Chicago, Illinois: Ordem dos Advogados dos EUA, 2008.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States.* St. Paul, Minnesota: Thomson West, 4a. edição.

CARLOTTO, Daniele. SOARES, Deise Mara. GRESSLER, Gustavo. *Um olhar sobre o tribunal do júri Norte-Americano.* In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 20, 28/02/2005 Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860. Acesso em: 10/09/2011.

MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM: O EXEMPLO NORTE-AMERICANO NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NA UTILIZAÇÃO DO NOVO SISTEMA.

MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM: THE AMERICAN STRUCTURE FOR EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE AND THE BRAZILIAN EXPERIENCE IN USING THIS NEW SYSTEM.

Vládia Pompeu Silva
Procuradora da Fazenda Nacional em exercício da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.
Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB.
Pós-Graduada em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza – Unifor.

SUMARIO: Introdução; 1 O Sistema Judiciário nos Estados Unidos; 2 Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; 2.1 Mediação; 2.2 Arbitragem; 2.3 Conciliação; 2.4 Outros métodos; 3 Multi-door Courthouse System e seu funcionamento no Estados Unidos; 4 As experiências do Sistema de Múltiplas Portas no Brasil; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Atuação judicial norte-americana, caracterizada pela intensa oralidade e forte incentivo à negociação, favoreceu a utilização dos métodos alternativos na solução de conflitos como resposta à crise do Poder Judiciário dos Estados Unidos. Este poder, que pecava pela morosidade e ineficiência, passou a utilizar-se de métodos como a mediação, arbitragem, conciliação, verificação preliminar de casos, entre outros, como forma de efetivar o acesso à justiça. Nesse ínterim, o Professor Frank E.A. Sander apresentou um projeto inovador, no qual as partes em litígio poderiam ter, à sua disposição, no mesmo tribunal, vários meios alternativos de resolução do conflito, e não apenas o técnico-jurídico tradicional, onde o juiz impõe o cumprimento de sua decisão. O *Multi-door Courthouse System* (Sistema de Múltiplas Portas), como foi denominado, propõe que a parte, após uma triagem realizada por um profissional especializado, seja encaminhada à "porta" mais adequada a solucionar a controvérsia. Visa, portanto, à aplicação do princípio da adaptabilidade do procedimento ao conflito em debate. O sucesso da experiência norte-americana fez surgir, no Brasil, o Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça, criado no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em cumprimento à Resolução nº 5 do Conselho Nacional de Justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Justiça. Processo. Solução. Alternativa. Conflito.

ABSTRACT: U.S. judicial action, characterized by intense orality and strong incentive to trading, encouraged the use of alternative dispute resolution in response to the crisis of the Judicial branch of the United States. This branch was working in slowness and inefficiency began to make use of mediation, arbitration, conciliation, evaluation cases, as means of effecting access to justice. So, Professor Frank EA Sander presented an innovative project in which the litigants could have in the same court, several alternative dispute resolution, and not just the traditional technical and legal, where the judge enforces his decision. The Multi-Door Courthouse System, as it was called, proposed that the party after a screening carried out by a specialist, be forwarded to the "door" more appropriate to settle the dispute. It therefore seeks to apply the principle of adaptability of the procedure to the conflict under discussion. The success of the American experience has raised in Brazil, the "Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça", creating in the "Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, in accordance with Resolution nº. 5 of the Justice Council.

KEYWORDS: Justice. Process. Alternative. Dispute. Resolution.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa a apresentar o *Multi-door Courthouse System* e a funcionalidade do sistema que propõe às partes litigantes soluções alternativas de resolução dos conflitos, além do método técnico tradicional.

O sistema, que surgiu nos Estados Unidos, tem revolucionado as cortes daquele país, ao dispor de meios como a mediação, arbitragem, conciliação, entre outros, como forma de garantir uma decisão justa, rápida e eficaz. Trata-se de mecanismo que visa a adaptar o método a ser utilizado de acordo com a controvérsia.

Para tanto, serão apresentadas as características básicas da estrutura de governo norte-americana, com ênfase no Poder Judiciário, que possui organização e legislação autônoma em cada Estado, decorrência lógica do federalismo adotado naquele país. Demonstrar-se-á que a atuação judicial prestigia a oralidade e a negociação, o que facilitou a aceitação popular dos meios extrajudiciais como forma de resolução de conflitos.

Serão delineadas os principais traços de alguns métodos que podem ser disponibilizados pelo Fórum de Múltiplas Portas, como a mediação, conciliação e arbitragem.

O *Multi-door Court System* é descrito como um sistema que institucionaliza os métodos alternativos no Poder Judiciário, racionalizando a classificação e encaminhamento das controvérsias através de profissionais especializados, garantindo a participação e satisfação das partes.

Por fim, será apresentada a primeira experiência brasileira na implantação de um Tribunal de Múltiplas Portas: o Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

1 O SISTEMA JUDICIÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS

Para melhor entendermos a organização do Poder Judiciário norte-americano necessário se faz tecermos um breve relato acerca da estrutura de governo daquele país, que se funda basicamente sob o binômio: separação dos poderes e federalismo.

A separação dos poderes encontra-se delineada na sucinta Constituição norte americana nos artigos um (seção um), dois (seção um, cláusula um) e três (seção um):

> Article I, Section 1: All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a senate and house of Representatives.[1]
>
> Article II, Section 1, Clause 1: The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice-President chosen for the same Term, be elected, as follows: [...][2]
>
> Article II, Section 1: The judicial Power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.[3]

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a estrutura governamental dos Estados Unidos é totalmente distinta da brasileira, o que se justifica desde os primórdios da colonização de cada país.

Naquele país, onde a união em uma nação federada foi opção independente e responsável tomada por cada uma das colônias, cada um dos estados reflete essa independência no exercício de suas funções:

> Before the United States became a sovereign nation, it consisted of thirteen colonies belonging to Great Britain. On July 4, 1776, the colonies proclaimed independence from Great Britain, and that year representatives from each colony met in Philadelphia to sign the Declaration of Independence. The colonies recognized the need for a confederation of states to gain and maintain their independence from Great Britain and to strengthen their economic power.

1 Artigo I, Seção 1: "Todos os poderes legislativos conferidos serão confiados ao Congresso dos Estados Unidos, que é composto por um Senado e da Câmara dos Deputados".

2 Artigo II, Seção 1, inciso 1: "O Poder Executivo será investido no Presidente dos Estados Unidos da América. Ele permanecerá no cargo durante o mandato de quatro anos, e, será eleito juntamente com o Vice-Presidente para o mesmo período, da seguinte forma: [...]

3 Artigo II, Seção 1: "O Poder Judiciário dos Estados Unidos, será investido na Suprema Corte e em tribunais inferiores que o Congresso poderá, de tempos em tempos organizar. Os juízes, tanto dos tribunais supremos e inferiores, conservarão seus cargos enquanto o bom comportamento, e, por prazos determinados, receberão por seus serviços uma remuneração que não deverá ser diminuída durante a permanência no cargo."

> Together they wrote the Articles of Confederation, which were adopted by Congress in 1777 but not ratified by the states until 1781. The Articles provided for national protection of the colonies but did not give adequate power to the national government. Great Britain relinquished its claim to the former colonies in 1782.
>
> The U.S. Constitution, intended to replace the Articles of Confederation, was completed in 1787 and ratified in 1789. Before the Constitution was written, lengthy arguments occurred over how much power the national (federal) government and state governments would have. The Constitution reflects a compromise in which both state share power. It outlines the powers the powers given to the federal government and leaves other powers to the states.[4]

O federalismo norte-americano no âmbito de suas vertentes vertical (relação entre os Estados e o poder central) e horizontal (relação dos Estados entre si) foi alterado ao longo dos anos desde 1789, com o aparecimento do *judicial review*[5], o alargamento do poder do Presidente e o crescimento das agências governamentais[6]. Uma das suas características básicas, entretanto, permaneceu: a autonomia dos Estados.

Cada uma das 50 entidades federadas possui um sistema legal próprio, distinto da legislação federal e vinculado às particularidades locais[7].

---

4 REINHART, Susan M.. *Strategies for Legal case Reading e Vocabulary Development*, p. 146: "Antes de os Estados Unidos se tornarem uma nação soberana, consistia em treze colônias pertencentes à Grã-Bretanha. Em 04 de julho de 1776, as colônias proclamaram a independência e os representantes de cada colônia ano reuniram-se na Filadélfia a assinar a Declaração de Independência. As colônias reconheceram a necessidade de uma confederação de estados para manter a sua independência da Grã-Bretanha e para reforçar o seu poder econômico. Juntos, eles escreveram os Artigos da Confederação, que foram aprovados pelo Congresso em 1777, mas não ratificado pelos Estados até 1781. Os artigos concebidos para a proteção nacional das colônias, mas não deram poder suficiente para o governo nacional. A Grã-Bretanha abandonou sua pretensão de dominar as ex-colônias em 1782.

A Constituição dos EUA, destinada a substituir os Artigos da Confederação, foi concluída em 1787 e ratificada em 1789. Antes da Constituição ser escrita, longas discussões ocorreram sobre quanto poder do governo nacional (federal) e governos estaduais teriam. A Constituição reflete um compromisso em que ambos partilham o poder do Estado. Ele descreve os poderes conferidos ao governo federal e deixa os demais poderes aos estados."

5 Controle de constitucionalidade.

6 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, p. 9.

7 A análise das alterações que vem ocorrendo no federalismo adotado nos Estados Unidos foge do âmbito de discussão deste estudo, mas merece atenção dos leitores.

Os Estados, apesar de não estarem expressamente previstos na Constituição, em regra, possuem uma estrutura de poderes semelhante à federal, mas que funciona independentemente.

O *judical branch*[8] segue a mesma linha, uma vez que cada Estado define suas regras de organização judiciária e as leis aplicáveis em seu território. Assim, coexistem cinquenta cortes estaduais e mais uma corte federal, todas autônomas e com ordenamento jurídico próprio.

A Constituição define expressamente as matérias que são de competência das cortes federais (*limited jurisdiction*)[9], sendo de competência estadual todas as matérias residuais (*general jurisdiction*). As cortes estaduais possuem, portanto, um leque enorme de competências sob sua responsabilidade, sobretudo em matérias cíveis e no tocante as questões dos crimes mais graves[10]. Ademais, ainda existem as causas cuja competência é concorrente.

De forma geral, as cortes estaduais e federal possuem três níveis: *trial courts*, *appellate courts*[11] e a *supreme court*[12], com funções e características diversas.

As *trial courts* atuam como juízos de primeira instância, sob a presidência de um juiz (*judge*), que pode utilizar-se ou não do corpo de jurados, a depender da lide e da vontade das partes. Os jurados são responsáveis por decidir as matérias fáticas, aplicando a lei determinada pelo juiz do caso.

Em caso de irresignação de alguma das partes com a decisão exarada pela t*rial court* o recurso, porventura interposto, será analisado pela corte de apelação (*appellate court*) que é composta pelos *justices*, geralmente três (*three-judge panel*), e não há a atuação dos jurados. Via de regra essa decisão é irrecorrível, mas há casos em que todos os juízes da corte podem reverter a decisão exarada pelos três juízes, é o que se chama de decisão *en banc*, onde todos ou grande parte dos juízes da corte se reúnem para proferir o julgamento.

As Supremas Cortes estaduais, segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, citando Willian Burnham, "atendem mais ao interesses políticos de administração de Justiça do que a vontade

8 O Poder Judiciário.

9 Segundo o Artigo II, Seção 2 da Constituição norte americana, às Cortes Federais competirá analisar as causas decorrentes da Constituição, leis federais e tratados, controvérsias onde os Estados Unidos forem parte e àquelas controvérsias entre ou dois mais estados ou cidadãos de diferentes estados.

10 Chamado de *felonies*.

11 BURNHAM. op. cit.,p. 165.

12 REINHART, op. cit., p.2.

dos litigantes"[13], pois fica à sua exclusiva discricionariedade definir quais recursos serão analisados.

Nem todos os Estados norte-americanos possuem a *Supreme Court*, cuja incumbência é analisar os apelos interpostos em face das decisões dos tribunais intermediários.

A Suprema Corte Federal é o único tribunal previsto originariamente na Constituição dos Estados Unidos[14], e possui a competência para analisar, em última instância, as decisões estaduais e federais, através de um instrumento chamado de *certiorari*. Por meio desse *writ*, o interessado deve comprovar a relevância do caso, pois passará por um rígido juízo de admissibilidade[15], cabendo somente aos juízes da Corte Suprema decidir se a decisão será importante para explicitar a Constituição[16].

O sistema da *commom law* e *equitity* aplica-se na grande maioria dos estados americanos, com exceção do Estado da Lousiana, no qual aplica-se a *civil law*[17]. Numa síntese apertada, nesse sistema, que segue a tradição inglesa, o julgamento fundamenta-se basicamente em precedentes (*case law*) e não em leis ou regulamentos como acontece no sistema brasileiro.

Uma característica bastante interessante da atuação judicial norte-americana é a intensa oralidade e rapidez com que as decisões são proferidas. Prestigia-se o debate oral, formalização de acordos, as petições concisas, a citação e produção de provas pelas próprias partes, que também são responsáveis pelos custos no processamento do feito:

> Em âmbito cível, calcula-se que apenas um décimo dos casos será efetivamente apreciado pelos tribunais, por causa do acordo prévio (settlement) entre as partes. Desistência da promotoria e "negotiated plea" (confissão de culpa em troca de diminuição de pena) reduzem 90% dos casos criminais que serão levados a julgamento.[18]

Entretanto, essas características não têm evitado o congestionamento do Poder Judiciário dos Estados Unidos que se vê abarrotado de processos pendentes de julgamento, principalmente nas cortes estaduais, que detém a maior parcela da jurisdição.

---

13 Direito nos Estados Unidos, p. 9.

14 MEADOR, Daniel Jonh. American Courts, p. 24.

15 Regra do *Rule of four:* no mínimo quarto juízes devem manifestar-se favoravelmente à apreciação da matéria.

16 GODOY, op. cit., p. 5.

17 GODOY, op. cit., p. 1.

18 GODOY, op. cit., p. 2.

Na tentativa de se encontrar uma saída para o problema surgiram os meios alternativos de resolução de litígios, onde as próprias partes, com ou sem a ajuda de terceiros, chegam consensualmente a uma solução para seus conflitos. A idéia objetiva que através de diversos métodos (mediação, conciliação, arbitragem, avaliação preliminar neutra, entre outros) os casos sejam solucionados sem que haja necessidade de manifestação do Poder Judiciário.

Os defensores da idéia justificam que sua utilização resolve o problema com mais rapidez e menor custo, além de ser mais satisfatória, uma vez que as próprias partes, ao colaborarem e ao construírem a decisão conjuntamente, se mostram mais resignadas ao desfecho do caso.

Os Estados Unidos, apesar de não serem os inventores das "*ADR – Alternative Dispute Resolutions*"[19], são responsáveis por aperfeiçoarem a proposta, uma vez que já possuem culturalmente uma tendência à negociação e ao debate oral.

Em 1976, o Professor de Harvard Frank E.A. Sander apresentou, na Conferência sobre a Insatisfação Pública para com o Sistema de Justiça, o Sistema de Múltiplas Portas ou *Multi-door Courthouse*[20], assunto objeto do presente estudo e que trataremos com mais ênfase adiante.

2 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A busca por uma solução alternativa de conflitos surgiu da necessidade de se efetivar o acesso à justiça em sua acepção substantiva e, do mesmo modo, diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, erradicando a morosidade e ineficiência do sistema.

A criação de um método que garantisse uma solução justa e rápida aos conflitos oriundos da sociedade, fez surgir várias propostas, entre elas, aquelas em que as próprias partes em litígio mantivessem o poder decisório em suas mãos, construindo por si sós, auxiliadas ou não por um terceiro, decisão de seu caso concreto.

Seguindo essa idéia, a medição, arbitragem e a conciliação são, atualmente, os meios alternativos mais utilizados na resolução de lides que antes seguiriam, obrigatoriamente, ao Poder Judiciário.

---

19 Segundo Christopher W. Moore, *in* The Mediation Process 19-24 (1996), a mediação e a arbitragem sempre existiram.

20 Frank E. A. Sander, Varieties of Dispute Processing, 70 F.R.D. 111, 130 (1976).

2.1 MEDIAÇÃO

Na mediação um terceiro, chamado de mediador, assiste as partes na busca por um desfecho razoável do conflito. O terceiro, geralmente voluntário, não tem o poder de decidir, mas somente tem o papel de facilitar o diálogo e a negociação entre os interessados.

Trata-se de um procedimento cooperativo, onde ambas as partes trabalham juntas na busca por uma solução que atenda aos seus interesses. Dessa forma, a mediação favorece ao nascimento de uma melhor relação entre as partes e, consequentemente, a manutenção da solução encontrada, uma vez que garante a satisfação dos envolvidos.

A mediação é meio de exercício de cidadania, uma vez que as partes trazem para si o ônus que seria originalmente do Estado, detentor exclusivo da jurisdição.

No "Manual de Conduta Profissional para Mediadores" elaborado pela *The North Carolina Court System*[21] existem algumas disposições que deixam a tarefa do mediador bastante clara: "*o mediador deve abster-se de julgar diretamente as questões envolvidas na disputa*", é permitido "*levantar perguntas*" e "*fazer sugestões*". O referido Manual proíbe que eles "*tomem decisões pelas partes*, *exprimam suas opiniões e deem conselhos que indiquem uma posição a respeito das propostas envolvidas na disputa*".[22]

Esse método se torna potencialmente eficaz quando as partes envolvidas possuem um relacionamento contínuo, como acontece em casos em envolvem vizinhos ou familiares. Busca-se por meio dela a efetivação da harmonia social, caminhando nas profundas causas que levaram ao surgimento da contenda.

Nos Estados Unidos a mediação já se encontra enraizada na cultura da sociedade, fazendo parte da estrutura estatal do país, onde os tribunais de mediação são bastante respeitados. O próprio governo oferece cursos preparatórios para mediadores, cuja atividade é exercida, inclusive, por alguns juízes aposentados.

No Brasil, a mediação ainda é tratada com desconfiança pela população que devota alta credibilidade ao legalismo e ao poder que o juiz detém.

---

21 Disponível em: <http://www.nccourts.org/Courts/CRS/Councils/DRC/Documents/selectmediator>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

22 North Carolina Dispute Resolution Commission, Standards of Professional Conduct 4 (May 10, 1996).

2.2 ARBITRAGEM

O árbitro neutro e imparcial, escolhido pelas partes, analisa as evidências, ouve os argumentos e decide. Vê-se, portanto, sua diferença da mediação, onde as próprias partes constroem a decisão final. A arbitragem é mais informal, rápida e mais barata que o processo judicial.

Nos Estados Unidos existe a diferenciação entre a arbitragem privada e a arbitragem judicial.

A arbitragem privada é utilizada em virtude de acordo formalizado entre as partes envolvidas e, regra geral, a decisão exarada pelo árbitro vincula os envolvidos. Ao contrário, na arbitragem judicial a opção pela utilização do método é indicada pela Corte e, portanto, a decisão dali advinda não tem o poder de obrigar às partes, a menos que elas aceitem. A parte que não acatar a decisão do árbitro poderá recorrer ao Poder Judiciário. Ressalte-se, porém, que no caso da decisão judicial ser menos benéfica que a exarada pelo árbitro, caberá à parte arcar com os custos da opção mal realizada.

A lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem em território brasileiro. Sem fazer distinção entre arbitragem privada ou judicial, a referida legislação deixa ao alvedrio das partes a opção pela utilização da arbitragem, mas caso o método seja utilizado a decisão exarada terá a natureza de título executivo extrajudicial, podendo ser executada de imediato em caso de não cumprimento voluntário de seus termos, conforme disposto no artigo 31 da referida lei:

> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

A arbitragem tem como vantagens a informalidade, a rapidez, o sigilo e o baixo custo. Sua utilização se mostra mais eficiente em casos que as partes não possuem relacionamento pessoal, como em disputas comerciais.

2.3 CONCILIAÇÃO

O conciliador tem a função de aproximar as partes e orientá-las na construção de um acordo. Assim, como na mediação, ele não proferirá uma decisão a ser seguida pelas partes, mas deve ajudá-las a encontrar a solução que mais seja adequada ao interesse dos envolvidos.

Existe a conciliação judicial, aquela que é levada a efeito pelo juiz ou seus auxiliares, no curso do processo judicial. Há também a conciliação

extrajudicial, realizada por terceiros, geralmente voluntários, que auxiliam as partes na construção de uma solução para o próprio litígio.

Na conciliação não há vencedores, nem perdedores, pois os envolvidos se mostram disponíveis à negociação, o que favorece o inter-relacionamento entre as partes, a rápida solução do litígio e a manutenção da decisão.

Como se percebe, a conciliação e a mediação são institutos semelhantes que se diferenciam em apenas um aspecto: na conciliação, o conciliador interfere ao propor uma solução, o que não se verifica na mediação, onde ao mediador não é permitido sugerir possíveis soluções ao caso.

É o método mais utilizado nos Estados Unidos[23] e também no Brasil.

2.4 OUTROS MÉTODOS

Existem inúmeros métodos de solução extrajudicial de controvérsias além da mediação, arbitragem e conciliação.

Nos Estados Unidos comumente aplica-se também o *case evaluation*, *settlement conferences*, *fact finding*, *mini-trials* e *summary jury trials* que, entretanto, por serem muito específicos, não teceremos maiores comentários neste estudo.

Algumas partes utilizam-se, ainda, de uma combinação entre os vários métodos existentes, mas o mais importante é que o método utilizado seja o mais adequado às condições do caso concreto.

Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, a utilização das *Alternative Dispute Resolution* é bem aceita pela sociedade, estando incorporada à cultura daquele país. Talvez por conta do alto custo do processo judicial norte-americano ou em face da tendência cultural em aceitar a negociação, as diversas formas alternativas de solução de litígios estão integradas ao próprio Poder Judiciário.

Em grande parte das Cortes federais e estaduais dos Estados Unidos foi implantado o sistema conhecido como *Multi-door Dispute Resolution Division*, onde são disponibilizados às partes vários métodos alternativos de solução de conflitos.

3 MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM E SEU FUNCIONAMENTO NO ESTADOS UNIDOS

Em 1976, durante a Conferência sobre a Insatisfação Pública para com o Sistema de Justiça, o Professor Frank E.A. Sander

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, p. 345.

apresentou um projeto inovador, no qual as partes em litígio poderiam ter, à sua disposição, no mesmo local, vários meios alternativos de resolução do conflito.

O referido professor de Harvard já havia desenhado as linhas mestres do sistema em sua obra *"Varieties of Dispute Processing"*, como sugestão para melhorar a eficiência do Poder Judiciário norte-americano.

O sistema proposto foi denominado de *Multi-door Courthouse System* (Sistema de Múltiplas Portas) e, em suma, previa que o interessado, após uma triagem especializada, fosse encaminhado ao método alternativo de resolução de conflitos mais apto a solucionar o problema em questão. Adapta-se o procedimento ao tipo de controvérsia, portanto.

A eficácia do sistema reside na análise precoce do problema e na escolha técnica e racional sobre o método mais eficiente para chegar-se a uma solução para um conflito.

Trata-se de uma proposta de flexibilização do acesso à justiça, onde às partes terão sua lide analisada através do método mais indicado ao caso. Segundo Stephen B. Goldberg, Fran, A. Sander e Nancy H. Rogers[24], quando todos os casos são, indistintamente, encaminhados ao método tradicional (técnico-judicial), há um sub aproveitamento dos demais métodos de solução dos litígios em total prejuízo de todo o sistema judiciário.

Visando combater, a um curto prazo, a morosidade e ineficácia que abatia o Poder Judiciário norte-americano, foram, de início, implantados três projetos experimentais em Tulsa, Oklahoma; Houston, Texas e na Corte Superior de Washington, DC.

As experiências foram proveitosas, pois se verificou uma diminuição das disputas judiciais, aumento da satisfação dos cidadãos e uma conseqüente facilitação do acesso à justiça, por meio de rápido atendimento e a celeridade na solução da contenda. Assim, o sistema se estabilizou em Washington e a utilização dos métodos alternativos passou a fazer parte da estrutura estatal daquele país.

Na obra *ADR – Elements of Program Design*, Elizabeth Plapinger e Margaret Shaw, destacam que com a publicação do *Civil Justice Reform Act*, em 1990, determinando que todas as cortes federais deveriam providenciar um plano de redução de custos e incremento da celeridade processual, as propostas de utilização dos métodos alternativos aumentaram e, em 1992, já haviam 1200 tribunais de múltiplas portas instalados.

24 Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes, p. 372.

No site da Corte Superior de Washington encontra-se a seguinte definição do Sistema de Múltiplas Portas:

> The Multi-Door Dispute Resolution Division (Multi-Door) helps parties settle disputes through mediation and other types of appropriate dispute resolution (ADR), including arbitration, case evaluation and conciliation. The name "Multi-Door" comes from the multi-door courthouse concept, which envisions one courthouse with multiple dispute resolution doors or programs. Cases are referred through the appropriate door for resolution. The goals of a multi-door approach are to provide citizens with easy access to justice, reduce delay, and provide links to related services, making more options available through which disputes can be resolved. The Multi-Door Dispute Resolution Division of the D.C. Superior Court assists parties to reach agreements that meet their interests, preserve relationships, and save time and money. Our mediators and dispute resolution specialists are trained at Multi-Door to serve in a wide range of cases, from civil to small claims, to family.[25][26]

A proposta viabilizada por meio do Sistema de Múltiplas Portas é a de que os conflitos que chegarem ao Poder Judiciário serão encaminhados ao método que seja mais adequado ao caso. Cada Tribunal definirá os métodos que serão disponibilizados de acordo com as particularidades de cada localidade. Poderão ser utilizados a mediação, a arbitragem, a conciliação, entre tantos outros, inclusive o processo tradicional.

O *Multi-door Courthouse System* prestigia o princípio processual da adaptabilidade do procedimento que, segundo Cândido Rangel Dinamarco[27], potencializa a celeridade e eficiência do curso processual.

---

25 Dispinível em: <http://www.dccourts.gov/dccourts/superior/multi/index.jsp>. Acesso em: 16 de setembro de 2011.

26 O Sistema de Múltiplas Portas ajuda as partes a resolver disputas através de mediação e outros tipos de resolução de conflitos (ADR), incluindo a arbitragem, avaliação do caso e a conciliação. O nome *"Multi-Door"* vem do conceito tribunal multi-porta, que prevê um tribunal com portas múltiplas resolução de litígios ou programas. Os casos são encaminhados ao método apropriado para resolução. Os objetivos de uma abordagem multi-porta são: proporcionar aos cidadãos fácil acesso à justiça, reduzir o atraso e fornecer links para serviços relacionados, disponibilizando outras opções através das quais as disputas podem ser resolvidas. O Sistema de Múltiplas Portas do Tribunal Superior de Washington,DC auxilia as partes a chegar a acordos que atendam a seus interesses, preservar relacionamentos e economizar tempo e dinheiro. Nossos mediadores e especialistas na solução de litígios são treinados para servir em uma ampla gama de casos, desde civil, de pequenas causas, como também ações de família.

27 op. cit., p. 270.

De forma geral, o Sistema de Múltiplas Portas instituído nas cortes norte-americanas varia de acordo com o tribunal em que se encontra implantado, fato que decorre da autonomia que os Estados detêm em virtude do federalismo implantado nos Estados Unidos.

Dessa forma, em alguns locais a participação das partes é voluntária e em outros, compulsória. No primeiro, após a triagem inicial as partes podem optar por não utilizar o método escolhido pelo sistema, levando o conflito diretamente ao Poder Judiciário. Quando há compulsoriedade as partes não podem se opor ao prosseguimento segundo o meio de solução designado pelo responsável pela triagem. Há, ainda, os sistemas híbridos.

Outro aspecto variável se refere à definição de quem é o responsável pela escolha do método indicado para cada conflito apresentado. O profissional responsável pela condução do caso pode ser um mediador, um árbitro, um conciliador, ou até mesmo um juiz, entretanto, não se pode perder de vista que o mais importante é que se encontre o método mais recomendável ao problema identificado.

Regra geral, a triagem é feita após uma análise preliminar do caso, com ou sem audiência prévia das partes, visando determinar qual método se mostra mais viável à solucionar a lide de forma definitiva, satisfazendo o interesse dos envolvidos.

Entretanto, há sistemas em que a determinação da forma de solução a ser utilizada baseia-se no valor da causa ou espécie do direito em litígio. Questiona-se essa forma de triagem uma vez que tais aspectos técnicos por vezes não impõem a aplicação do princípio da adaptabilidade referido em linhas anteriores.

No Sistema de Múltiplas Portas do Distrito de Columbia, por exemplo, a triagem é feita por um especialista, o *Dispute Resolution Specialist – DSR*. Trata-se de um terceiro imparcial que ajudará as partes, selecionando o método de acordo com a natureza da causa.

Analisando os dados referentes ao Sistema de Múltiplas Portas da referida Corte e relatados no *Statistical Summary - 2010*[28] *(Caseloads Statistics*), verifica-se que o Sistema tem atingido seus objetivos, senão vejamos:

ARBITRAGEM:

Casos encaminhados	5
Arbitrados	5
Não arbitrados e enviados à julgamento	0

28 Disponivel em: <http://www.dccourts.gov/dccourts/docs/DCC2010AnnualReport-statisticalSummary.pdf#page=18>. Acesso em: 16 set. 2011.

MEDIAÇÃO EM PROCESSOS CÍVEIS:

Casos encaminhados	3.419
Mediados	1.156
Não mediados e encaminhados à julgamento	107

CONFLITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Casos encaminhados	395
Mediados	264
Não mediados e encaminhados à julgamento	16

De forma geral, o Sistema de Múltiplas Portas visa a racionalizar a solução dos conflitos ao permitir que o mesmo Tribunal disponibilize distintas formas de resolução de lides, adequando o método a ser utilizado de acordo com as controvérsias apresentadas. Garantindo menor custo e maior celeridade, além de proporcionar uma maior satisfação das partes envolvidas, impedindo o reaparecimento da mesma questão.

4 AS EXPERIÊNCIAS DO SISTEMA DE MÚLTIPLAS PORTAS NO BRASIL

No Brasil, a sociedade se mostra receosa em utilizar-se dos métodos alternativos para a solução dos conflitos nos quais os indivíduos se envolvem. As justificativas para esse comportamento fundamentam-se, em suma, no aspecto cultural do povo brasileiro.

A cultura brasileira é da passividade e da não participação, onde as partes mostram-se mais propensas a acatar a decisão vinda de um juiz, que assume a função de órgão máximo na disputa, "Senhor de toda verdade" e que possui o poder de transformar a sociedade e controlar o destino dos interessados. Estes, por sua vez, assumem a função de meros espectadores, esperando, ainda que por longo período, por uma decisão muitas vezes até injusta.

Por outro lado, a população brasileira é naturalmente propensa ao diálogo e demonstra, juntamente com advogados e juízes, o descontentamento com a administração da Justiça. Assim, a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos surge em resposta à ineficiência e morosidade do Poder Judiciário brasileiro.

Na tentativa de fomentar o acesso à justiça substantiva, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário[29], cujo

29 Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

objetivo é incentivar os Tribunais a oferecer, além da solução adjudicada mediante sentença, outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão[30].

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, descreve como dever do Poder Judiciário estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, determinando a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos que, em semelhança ao *Multi-door Courthouse System*, serão responsáveis pela realização das sessões de conciliação e mediação:

> Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução; [...]

A idéia de sistematizar e estimular a utilização da conciliação e da mediação como instrumento de pacificação de conflitos, bem como buscar a prevenção e solução de litígios, foi implementada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT através da criação, no âmbito daquela instituição, do Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça.

O referido Tribunal propôs a criação de um sistema que visa garantir aos jurisdicionados várias possibilidades de construção de consenso nos litígios que são direcionados diariamente àquele Tribunal, além da utilização do processo tradicional:

> Art. 7º O Sistema Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos objetiva desenvolver política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses mediante a disponibilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.[31]

O Sistema de Solução de Conflitos, atual nomenclatura do Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça[32], é vinculado à presidência do tribunal e é composto pelas seguintes unidades: Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania do Programa Justiça Comunitária, Centro Judiciário

30 Parágrafo único do artigo 1º da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

31 Resolução do TJDFT nº 5, de 18 de maio de 2011.

32 Resolução do TJDFT nº 5, de 18 de maio de 2011.

de Solução de Conflitos e de Cidadania da Central de Apoio Judicial aos Idosos, Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania do Programa Justiça Restaurativa.

Algumas unidades citadas englobam programas que, inclusive, já vinham sendo desenvolvidos por aquele Tribunal, são eles: Programa Justiça Comunitária[33], Programa Justiça Restaurativa[34], Central Judicial do Idoso[35] e Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

O Programa Justiça Comunitária visa estimular a comunidade a desenvolver mecanismos próprios de resolução de conflitos:

> O Projeto Justiça Comunitária do Distrito Federal nasceu a partir da experiência advinda do Juizado Especial Cível Itinerante do TJDFT, o qual busca atender às comunidades do Distrito Federal com dificuldades de acesso à justiça formal. Durante os primeiros três

33 O Projeto Justiça Comunitária foi criado em outubro de 2000, com o objetivo de democratizar a realização da justiça, restituindo ao cidadão e à comunidade a capacidade de gerir seus próprios conflitos com autonomia. A iniciativa foi levada a efeito pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em parceria com o Ministério Público do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e, à época, a Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF, sob o convênio firmado com a Secretaria de Estado de Direitos Humanos da Presidência da República. http://www.tjdft.jus.br/jpt/multp/jc/multp_jc.asp. Acesso em 19 de setembro de 2011.

34 O TJDFT, interessado nos novos modelos de solução de conflitos penais implantados com êxito em diversos países, e estimulado pela Resolução n.º 12 da Organização das Nações Unidas, publicou em 04 de junho de 2004 a Portaria Conjunta número 15, por meio da qual instituiu, no seu art. 1º, uma Comissão para o estudo da adaptabilidade da Justiça Restaurativa à Justiça do Distrito Federal e o desenvolvimento de ações para implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante. O Projeto Piloto começou a funcionar no ano de 2005, no âmbito dos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante, com aplicação nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, portanto, passíveis de composição civil e de transação penal. Em 09 de outubro de 2006, mediante a publicação da Portaria Conjunta nº 52, o Programa Justiça Restaurativa tornou-se um Serviço vinculado à Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Tem como objetivo geral ampliar a capacidade de resolução de conflitos por consenso no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo. No ano de 2007, por meio da Portaria GPR 406, o TJDFT instituiu o Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos - CNRC, subordinado à Presidência e ao qual o Serviço de Justiça Restaurativa se encontrava subordinado. Posteriormente, a Portaria GPR 680, de 06 de setembro de 2007, desvinculou o Serviço de Justiça Restaurativa do CNRC. Mediante a publicação da Resolução 5/2009, foram reestruturados os serviços administrativos do TJDFT, com a instituição do Sistema Múltiplas Portas de Acesso à Justiça (art. 13º), ficando a ele vinculado o Serviço de Apoio à Justiça Restaurativa (inciso III, § 3º). http://www.tjdft.jus.br/jpt/multp/jc/multp_jc.asp. Acesso em 19 de setembro de 2011.

35 É um trabalho interdisciplinar destinado à pessoa idosa do Distrito Federal que tenha seus direitos ameaçados ou violados e que necessite de orientação e atendimento na esfera da Justiça. Tem como principais objetivos garantir a efetiva aplicação do Estatuto do Idoso; prover a comunidade do DF de informações; promover a articulação com instituições para atendimento das demandas existentes e assessorar autoridades competentes. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/jpt/multp/jc/multp_jc.asp. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

> anos de experiência, no interior de um ônibus especialmente adaptado para a realização de audiências, foi possível constatar a absoluta falta de conhecimento dos cidadãos em relação aos seus direitos e, ainda, a dificuldade de produção probatória, tendo em vista a informalidade com que os negócios são firmados nessas comunidades.[36]

No âmbito criminal, o Programa Justiça Restaurativa busca reparar os prejuízos emocionais, morais e materiais advindos da prática do crime, reunindo as pessoas envolvidas, juntamente com um facilitador para dialogarem sobre o fato e suas conseqüências:

> A Justiça Restaurativa não é uma nova modalidade de Justiça, de Corte, ou de Tribunal. É uma fase, dentro do processo criminal, durante a qual as pessoas envolvidas no crime são levadas a participar de uma intervenção interdisciplinar que consiste de encontros coordenados por facilitadores capacitados para esse fim. Os encontros se dão dentro de um ambiente de segurança e respeito, de modo que os problemas não aumentem. A participação das pessoas envolvidas no crime (vítima/infrator) é voluntária.[37]

Na Central do Idoso, o Tribunal de Justiça, juntamente com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com a cooperação da Defensoria Pública e da Polícia Civil, o objetivo é subsidiar as autoridades do Sistema Judiciário nos procedimentos que apuram a prática de violação dos direitos dos idosos; orientar e prevenir situações de violência, por meio de ações educativas; e promover análise multidisciplinar das situações de negligência, abandono, exploração ou qualquer outra espécie de violência a que podem estar submetidos os idosos, a fim de encaminhar o caso aos órgãos competentes.

Existe ainda o Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação, que se encontra vinculado à Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e será constituído por Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e atuarão na solução consensual de conflitos e no atendimento e orientação ao cidadão.

Analisando a estrutura e funções exercidas pelo Sistema de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios percebe-se uma nítida diferença do *Multi-door Courthouse System* implantado nos

36 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/jpt/multp/jc/multp_jc.asp>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

37 Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/jpt/multp/jc/multp_jc.asp>. Acesso em: 19 de setembro de 2011.

Estados Unidos: o enfoque dado à utilização efetiva dos meios alternativos de solução de conflitos, como mediação, arbitragem, conciliação, e outros.

A proposta do Sistema de Solução de Conflitos é basicamente, segundo o coordenador do programa, Desembargador Roberval Casemiro Belinati, "estimular as partes ao exercício do diálogo, da reflexão e da participação na solução pacífica das controvérsias"[38] por meio da utilização voluntária de programas que estimulam a conversa entre os envolvidos, mas não em substituição à utilização do método técnico-judicial tradicional. Talvez por isso o nome do programa tenha sido alterado, por meio da Resolução do TJDFT nº 5, de 2001[39].

Os programas que compõem o referido Sistema proporcionam a pacificação social, por meio de condutas que previnem novos conflitos, mas não solucionam efetivamente os conflitos já existentes. Um exemplo disso é a atuação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania do Programa Justiça Restaurativa, onde se busca a reparação dos prejuízos emocionais, morais e materiais advindos da prática do crime e não a solução do processo criminal que se encontra em trâmite.

A utilização dos meios extrajudiciais de resolução das contendas é feita de forma subsidiária pelo sistema do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o que retira um pouco a funcionalidade do programa enquanto promoção de um acesso à justiça substantiva.

Vale ressaltar que esta conclusão não se confunde com crítica, pois o Sistema de Solução de Conflitos possui seus méritos, que não são poucos. Prova disso é que os programas que o compõem já se encontram em ótimo funcionamento por tempo razoável, proporcionando excelentes resultados e alguns, inclusive, servem de modelo a outras iniciativas.

Entretanto, acreditamos que idéia básica da Resolução nº 125/2011 do Conselho Nacional de Justiça é diminuir a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, com a busca de uma solução aos processos que se encontram pendentes de julgamento e àqueles que chegam todos os dias aos balcões dos diversos tribunais brasileiros. Busca-se uma opção ao processo técnico tradicional de solução de conflitos. E é isso que se propõe com a implantação, utilização e aperfeiçoamento do Sistema de Múltiplas Portas, segundo o modelo instituído nos Estados Unidos.

Nesse sentido, corroboramos com a exposição de Derek Bok, pois confiamos que toda a sociedade deve estar voltada e comprometida com o incentivo na utilização dos meios alternativos de solução de conflitos:

38 Disponível em: <http://www.internetlegal.com.br/2011/03/tjdft-lanca-pagina-oficial-do-sistema-multiplas-portas-de-acesso-a-justica/>. Acesso em 19 de setembro de 2011.

39 Inicialmente, o Sistema de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios foi denominado de Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça.

> Eu acredito que, nas próximas gerações, as maiores oportunidades da sociedade estarão baseadas nas inclinações humanas à colaboração e ao compromisso, e não nas nossas tendências à competição e à rivalidade. Se os advogados não forem os líderes e orientadores dessa cooperação, então eles certamente não estarão no centro das mais criativas experiências sociais de nosso tempo [40]

5 CONCLUSÃO

Da análise apresentada neste breve ensaio verificamos que os Estados Unidos possui uma estrutura judiciária propensa à utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos. Verifica-se que o Poder Judiciário naquele país possui uma organização, na qual as atribuições e competências são divididas entre o poder central e os poderes estatais de forma equilibrada e harmoniosa.

Em face do federalismo americano, os Estados possuem a independência para legislar e organizar administrativamente as suas cortes, o que faz surgir várias formas distintas de abordagem do acesso à justiça.

Em decorrência do aspecto cultural do povo norte-americano percebeu-se que a prática da oralidade e negociação está intrínseca à realidade do país, sendo solo propício à implantação e à utilização dos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, apesar das *Alternative Dispute Resolution* não terem sido ali originadas.

Diante desse fato, e como forma de solucionar a morosidade e ineficiência que abatia o Sistema Judiciário dos Estados Unidos, o Professor da Universidade de Harvard, Frank E.A. Sander apresentou o *Multi-door Courthouse System*, em sua obra *"Varieties of Dispute Processing"*.

O Fórum de Múltiplas Portas foi descrito, em suma, como o mecanismo em que as controvérsias são encaminhas para diversos tipos de procedimentos (técnico-judicial tradicional, mediação, arbitragem, conciliação, verificação preliminar do caso, entre outros), conforme a lide apresentada.

A experiência foi implantada com sucesso nas diversas Cortes dos Estados Unidos, tendo sido utilizada como molde na instalação do Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, órgão que foi pioneiro no cumprimento das disposições da Resolução nº 125, de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, verificou-se que os programas que compõem a primeira experiência brasileira com o Tribunal de Múltiplas Portas não atingiram a finalidade em aplicar efetivamente os meios de solução extrajudicial nas controvérsias apresentadas àquele tribunal, pois se tratam de programas

40 BOK, Derek. Law and Its Discontents: A Critical Look at Our Legal System, p. 21.

que priorizam a pacificação social, por meio de condutas que previnem novos conflitos, mas não solucionam efetivamente os conflitos já existentes.

Nesse sentido, conclui-se que o sistema judiciário brasileiro ainda carece da efetiva implementação de um Tribunal de Múltiplas Portas, onde as partes em conflito, após uma triagem especializada, sejam encaminhadas pelo próprio tribunal, à "porta" mais apta a solucionar o seu problema, e não diretamente dirigidas ao método técnico-judicial tradicional. Aplicação prática do princípio da adaptabilidade ao procedimento em benefício da celeridade e eficiência do Poder Judiciário.

Para a efetivação desta medida é essencial o envolvimento de toda a sociedade e comprometimento daqueles que atuam perante os órgãos que compõem o sistema judiciário no Brasil.

REFERÊNCIAS

BOK, Derek. *Law and Its Discontents: A Critical Look at Our Legal System.* Bar Leader, Mar./Apr. 1983.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the United States.* 4 ed. St. Paul, MN, West Group, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOLDBERG ,Stephen B.; SANDER, Frank e. A.; ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes.* 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

GODOY, Arnaldo S. de M. *Direito nos Estados Unidos.* Baurueri/SP: Manole, 2004.

MEADOR, Daniel Jonh. *American Courts.* St. Paul, West Group, 2000.

MOORE, Christopher M. *The Mediation Process.* 1996.

PLAPINGER, Elizabeth; SHAW, Margareth. *ADR – Elements of Program Design.* CPR Institute for Dispute Resolution, 1992.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development.* Michigan: EAPP, 2010.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute processing*, 70F.R.D. 1976.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMUNIDADE E O CONTROLE JUDICIAL DO ATO DISCRICIONÁRIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

CONSIDERATIONS FOR JUDICIAL IMMUNITY AND CONTROL ACT DISCRETIONARY IN NORTH AMERICA RIGHT

Wenderson Gagliano de Alvarenga
Procurador Federal
Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA

SUMARIO: Introdução; 1 Antecedentes históricos; 1.1 A *common law*; 1.2 Os atos praticados pela Administração Pública; 2 Discricionariedade nos Estados Unidos e no Brasil; 4 Imunidade dos atos discricionários; 3.1 Exceções do FTCA; 3.1.1 Exceção às exceções; 4 *The judicial review* ou revisibilidade dos atos administrativos pelo poder judiciário; 4.1 Critério de revisibilidade no Brasil; 4.2 A origem da razoabilidade no *common law*; 4.3 A utilização da razoabilidade como critério de revisão do ato administrativo no Brasil; 4.4 Esgotamento da instância administrativa; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Servindo-se da comparação entre o sistema jurídico norte americano e o sistema jurídico brasileiro, a respeito de um instituto equivalente, este ensaio pretende provocar uma reflexão sobre os limites da imunidade e revisão do ato discricionário pelo poder judiciário. A abordagem leva em conta marcos legais, além da jurisprudência e da doutrina estrangeira e nacional, que servem de fundamento para intervenção judicial nestes atos e os limites que devem ser observados para resguardar a autoridade administrativa.

PALAVRAS CHAVES: Discricionariedade. Imunidade. Revisibildiade. Soberania. Administração Pública. Razoabilidade.

ABSTRACT: By comparing the North American legal system and the Brazilian legal system, about an equivalent institution, this paper aims to induce a reflection on the limits of immunity and review of the discretionary act by the judiciary. The approach takes into account legal elements, besides case law and foreign and domestic doctrine, which form the basis for judicial intervention in these acts and limits that must be observed to protect the administrative authority.

KEYWORDS: Discretion. Immunity. Review. Sovereign. Government. Reasonable.

INTRODUÇÃO

Este ensaio se propõe a abordar o tratamento jurídico conferido à imunidade e o controle judicial do ato discricionário nos Estados Unidos. Longe de ser uma doutrina sobre o tema, trata-se de uma breve abordagem de suas principais características no direito norte-americano, a fim de apresentá-lo entre nós e, por meio de comparações, enriquecer o debate na doutrina nacional, especialmente em face dos entendimentos que se multiplicam sobre o assunto. Para ilustrar melhor o tema, o texto se desenvolve estabelecendo um paralelo entre as duas realidades, nos pontos mais relevantes em que se aproximam ou se afastam.

Como ferramenta de pesquisa, utilizou-se elementos da doutrina nacional e americana, mas também alguns apontamentos da doutrina francesa e britânica.

Em virtude da sistemática adotada pela *common law*[1], foi imprescindível analisar os precedentes[2] que determinaram as definições utilizadas nos diversos institutos abordados. Tampouco foram esquecidos os atos normativos que encerrem disciplina sobre o tema. Para conceituar os institutos no Brasil, prevaleceram as lições doutrinárias de autores consagrados em matéria administrativista. As decisões das cortes brasileiras foram destacadas para enfatizar entendimentos existentes ou dominantes nos nossos tribunais.

O processo de tradução dos institutos mereceu atenção especial. Sabemos que algumas traduções literais de leis e doutrinas, prejudicaram seu sentido por terem se prendido demasiadamente a similitude das redações. Caíram na armadilha dos falsos cognatos[3]. Assim, por exemplo, *Governmet* utilizado nos textos estrangeiros será reconhecido aqui como Administração Pública em seu sentido subjetivo[4]. Outras traduções

1 No *common law* os princípios não são corporificados em um estatuto, mas surgem das decisões proferidas pelas cortes de justiça. REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading e Vocabulary Development.* University of Michigan. 2007. p. 6.

2 A doutrina dos precedentes judiciais está no centro do sistema jurídico da *common law.* Os precedentes podem ser entendidos como os julgamentos que se somam em torno de um determinado tema e formam a *boa lei.* Para Mark Cooray, a adesão aos precedentes ajuda dois importantes objetivos da ordem jurídica. Primeiro, contribui para manutenção de um regime de leis estáveis, que confere previsibilidade à lei e contribui para um regime legal estável. Segundo, assegura que as normas se desenvolvam de acordo com as mudanças perceptíveis na sociedade, refletindo com maior fidelidade a moral e as expectativas vigentes. COORAY, Mark. The Doctrine of Precedente. Disponível em: <http://www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap184.htm>

3 PORTER, Timothy. *Gramática da Língua Inglesa.* 1. ed. São Paulo: Ática, 2001. p. 106.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61.

pecaram pelo fato de que, ao longo do tempo, institutos que possuíam uma mesma origem, evoluíram em direções diversas, inviabilizando sua equivalência nos diferentes sistemas. Nestes casos, a redação original em inglês foi preservada para não comprometer a compreensão da idéia.

Trabalhando desta maneira, acreditamos ser possível conduzir o leitor a uma reflexão, inspirada pela análise de equivalências dos dois sistemas que se colocam em contraste.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A investigação dos antecedentes históricos é algo obrigatório para iniciar uma análise sobre este tema. Também aqui, não fugiremos a uma brevíssima, mas necessária, introdução histórica, na qual, desde já lançaremos mão de relevantes conceitos utilizados no decorrer da explanação.

1.1 A COMMON LAW

Na Inglaterra o direito costumeiro permanecia ativo enquando os romanos já organizavam suas normas em códigos. Após a invasão normanda em 1066, o sistema jurídico inglês evoluiu gradativamente, substituindo os costumes locais pela lei aplicada a todo país. Esta passou a ser conhecida como *common law*, por ser a lei comum em todo território. Ao longo da história, a *common law* sobreviveu a duas grandes ameaças à sua existência. A primeira durante os séculos 16 e 17, quando competiu diretamente com os corpos normativos romanos, que se tornaram populares na organização dos diversos sistemas jurídicos dos Estados em formação. A segunda ameaça surgiu com os ideais revolucionários franceses, que consagraram o positivismo jurídico na teoria democrática, além de nutrir um sentimento de repulsa ao direito criado pelas cortes, por estas terem se tornado um reduto da antiga aristocracia[5].

Durante o período colonial, tanto o Brasil como os EUA, estavam submetidos às leis, órgãos e tribunais, de suas respectivas metrópoles. Mesmo após a independência, ambos transplantaram, sem grandes variações, o sistema jurídico praticado na Europa, inclusive mantendo validade aos costumes e leis do tempo da colônia.

A despeito do desejo de ruptura que os norte-americanos nutriam em relação à Inglaterra no período de independência das 13 colônias, o sistema jurídico britânico foi reproduzido nos Estados Unidos.

5 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of The United States*. 4. ed. Saint Paul: Thomson/West, 2006. p.42-43.

Todavia, após 200 anos de independência, a *common law* na América desenvolveu-se e assumiu características próprias. No entanto, o método de concepção do direito, em larga medida, permanece o mesmo.

Diferente dos sistemas de raiz românica, em que a lei se apresenta como a fonte principal do direito, relegando ao costume, jurisprudência e doutrina papel secundário na formação do direito, a *common law* eleva estas fontes ao patamar de primazia que se expressa como a própria lei em si. Com efeito, a *common law* foi criada e desenvolvida a partir dos costumes. O direito evoluiu baseado nos julgamentos anteriores - os *precedentes*[6] - alinhado-se ao importante conceito chamado de *stare decisis*[7], que concebe a jurisprudência como fonte primária do direito.

1.2 OS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para avançar no tema é necessário resgatar o momento histórico em que o Estado foi chamado à conta pela responsabilidade de seus atos e foram reconhecidos nestes, características que o distinguiam dos demais atos jurídicos. Os novos conceitos o período sucede a revolução francesa. Conceitos acerca da igualdade e do papel do Estado já exerciam influencia nos julgamentos que procuravam concretizar os nascentes ideais da burguesia.

No Brasil, as primeiras teorias aplicadas em relação à responsabilidade do estado consagravam a *imunidade Estatal*. O Estado, com fundamento em sua soberania, simplesmente não respondia pelos danos que seus agentes causassem aos indivíduos. Cuidava-se de uma teoria própria dos Estados Absolutos, derivada da máxima inglesa: *the king can do no wrong*, do latim: *quod regi placuit lex est* ou do francês: *le roi ne peut mal faire*.

Reconhece-se no caso Blanco, ocorrido em 1873 na França, o grande marco na aplicação de princípios publicistas que passariam a orientar a responsabilidade civil do Estado[8]. Neste famoso caso, em que a jovem Agnes Blanco foi atropelada pelo vagão da Companhia Nacional de

6 "A regra do precedente parece mais apta para garantir previsibilidade das decisões de justiça que o mito de um juiz aplicando logicamente as disposições, breves e simples do Código Civil. Partindo da regra e não dos fatos e negligenciando o trabalho do juiz, o positivismo perde a realidade do raciocínio do judiciário. Sabemos bem que um juiz continental procura na regra de direito mais uma proteção que uma diretriz para sua decisão." GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. 1. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008. p. 139.

7 *Stare Decisis* é um importante conceito do direito americano, que determina às cortes de justiça aplicarem os precedentes (*well-settled*) nos casos análogos que surgirem, vinculando suas próprias decisões. REINHART. op. cit., p. 6-7.

8 DI PIETRO. op. cit., p. 27.

Fumo, quando atravessava uma rua em Bordeux, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, afastou a disciplina normativa civilista, prevista no código napoleônico, e estabeleceu a competência do Conselho de Estado, órgão próprio para dirimir os conflitos envolvendo a Administração[9].

A decisão foi inovadora por dois motivos. Primeiro por utilizar o *serviço público* como critério determinador de competência. Segundo por orientar o Conselho de Estado a resolver o problema baseando-se em *princípios autônomos*, distintos daqueles aplicados às relações entre particulares. Consagrava-se a aplicação dos princípios administrativos, que logo evoluiriam para uma noção diferenciada de responsabilização do Poder Público em relação aos particulares.

Estabeleceu-se, em seguida, uma distinção entre os *atos de gestão* - quando os atos praticados pelo Estado equivaleriam ao dos particulares - e os *atos de império* – estes próprios da autoridade estatal. Apenas os primeiros atos estariam sujeitos à reparação, a despeito da dificuldade que permanecia para distingui-los em certos casos[10].

Apesar de não possui um código de leis administrativas, a partir da inovação francesa, a doutrina e os marcos normativos brasileiros passaram a acolher, também por meio da analogia, o tratamento diferenciado, dispensado à conduta discricionária ou vinculada da Administração Pública.

Nos Estados Unidos e Inglaterra, a tradição oriunda da *common law* (*the king can do no wrong)* prevaleceu até 1946 e 1947 respectivamente, quando novos marcos legais disciplinaram, positivamente, o atual tratamento da matéria.

2 DISCRICIONARIEDADE NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

Para o direito norte-americano, cujas definições seriam assim desveladas pelo pronunciamento das cortes de justiça, a função discricionária corresponde a uma ação que envolve certa margem de apreciação política, ou atribuição do agente de decidir sobre adoção dos meios para atingimento de determinado fim.

Em *Thornton v. City of St. Helens*[11], se estabeleceu que a discricionariedade estará presente quando se determina *como* ou *se* a

9 ELLIOTT, Catherine; VERNON, Catherine. *French Legal System*. 1. ed. Edinburgh. Longman, 2000. p.78.

10 Atualmente esta distinção encontra-se superada pela teoria que distingue os atos administrativos regidos pelo direito público e os atos de direito privado da Administração. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.423.

11 Pela relevância do conceito, convém transcrever a redação original do precedente: *"an action that involves room for policy judgment or the responsibility for deciding the adaptation of means to an end, and discretion in determining how or whether the act shall be done or the course pursued. . . . Insofar as an official action involves*

ação deverá ser adotada. A função discricionária envolve ainda o juízo valorativo a respeito da *escolha do ato a ser adotado; relação de causa e efeito; eficácia relativa da ação governamental e os seus riscos; avaliação do custo e benefício; metas a serem atingidas* e *prioridades concorrentes.*

Reconhece-se na função discricionária a liberdade de ação que o agente público dispõe, para avaliar entre todas as condutas possíveis (incluindo também a de não agir), aquela que melhor atenda ao interesse público. Outro aspecto que se destaca no conceito, é o fato de caber unicamente a autoridade administrativa, avaliar os elementos que irão determinar a sua conduta.

Não é possível deixar de notar as semelhanças entre a compreensão norte-americana de discricionariedade, com o conceito que vige também aqui no Brasil. Convém relembrar a lição de alguns doutrinadores consagrados, como Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem, discricionariedade:

> é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios conscientes de razoabildiade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finaldiade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.[12]

Martine Lombard, citado por Reinaldo Couto, empresta à doutrina nacional, a escorreita definição:

> Uma autoridade administrativa dispõe de um poder discricionário quando ela tem a faculdade de escolher entre várias decisões que estão todas conforme a legalidade. Ela resta então livre para apreciar a oportunidade, em funcão das circunstâncias, da solução que lhe parece mais adequada à situação, a legislação em vigor lhe permite uma margem de autonomia a esse respeito.[13]

---

both the determination of facts and simple cause-and-effect relationships and also the assessment of costs and benefits, the evaluation of relative effectiveness and risks, and a choice among competing goals and priorities, an official has discretion to the extent that he has been delegated responsibility for the latter kind of value judgment." Thornton v. City of St. Helens, 425 F.3d 1158, 1168 (9th Cir. Or. 2005)

12 MELLO, Celso Antonio Bandeira. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 7. t. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

13 COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF.* 1. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 163.

Nas palavras de Maria Silvia Zanela Di Pietro: *"a atuação é discricionária quando a administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e convenviência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito."*[14]

A despeito de pertecerem a sistemas distintos da ciência jurídica, em ambos a *escolha* parece ser o elemento nuclear da discricionariedade.

3 IMUNIDADE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

O sistema da *common law* legou à nação norte-americana a imunidade de seus atos em relação aos particulares. Na tradição da *common law*, o fundamento da soberania da União (*sovereign immunity*), colocava os atos de governo, mesmo os causadores de danos, fora do alcance dos tribunais. *The king can do no wrong*, esta foi a regra que prevaleceu também em relação aos atos classificados como discricionários. Coube, portanto, ao Congresso Nacional, como legítimo representante desta *soberania*[15], renunciá-la, em alguma medida, para que a União viesse a ser responsabilizada pelos danos que ocasionasse aos particulares.

A partir do Tucker Act, de 1855, foram alargadas algumas competências das cortes federais, que passaram a julgar processos contra a Administração, que não estivessem ligados à responsabilidade civil. Em princípio, o Tucker Act não deveria cuidar de direitos substantivos, mas na prática terminou repercutindo no âmbito da imunidade das agências, importando indiretamente em sua renúncia[16]. Por meio do Tucker Act a Administração Pública renunciou a imunidade federal, basicamente em três situações: disputas contratuais com o governo, reinvindicações ligadas à quinta emenda e pedidos de restituição de imposto. Em geral, as questões ligadas ao Tucker Act se referem a danos em dinheiro[17].

Contudo, foi com a promulgação do Federal Tort Clains Act (FTCA), em 1946, que os Estados Unidos passaram a ser responsáveis pelas ofensas causados por, ação, omissão ou negligencia de seus agentes, quando atuarem no exercício de suas funções, de acordo com a lei do estado onde a ofensa ocorreu[18].

---

14 DI PIETRO. op. cit., p. 204

15 Artigos I e XI. Emendas da Constituição Americana.

16 *United States v. Mitchell*, 463 EUA 206 (1983)

17 *United States v. King*, 395 U.S. 1 (1969)

18 Na Inglaterra, a lei equivalente é a *Crown Proceeding Act* de 1947.

O FTCA é a lei através da qual os Estados Unidos autorizam a propositura de processos contra si, nos casos equivalentes em que um particular poderia ser responsabilizado pela mesma conduta[19].

3.1 EXCEÇÕES DO FTCA

O FTCA é uma norma complexa e a relação de exceções não é pequena, ou seja, a própria lei, limitou sua abrangência, reservando uma expressiva gama de matérias em que a União ainda preserva sua imunidade. Mesmo em casos similares, quando um particular seria responsabilizado.

É possível reconhecer três principais campos de exceções resguardados pelo FTCA, aonde ainda sobrevive a imunidade herdada da *common law*. Trata-se dos processos de *danos sofridos por militares no exercício de suas atividades* (*feres doctrine*); processos decorrentes de *atos intencionais* praticados por agentes públicos federais no exercício de suas funções e - o que nos interessa - processos que se baseiem no *exercício da função discricionária* dos agentes públicos federais.

A exceção da aplicação do FTCA para a função discricionária, restaura portanto, a imunidade governamental contra ações judiciais.

De acordo com o FTCA o ato discricionário se distingue por ser aquele derivado de uma ação, omissão ou do desempenho de uma função discricionária, por parte de uma agência federal ou de um agente federal, no exercício de suas atribuições governamentais[20].

O centro da questão em relação à imunidade dos atos discricionários pelo FTCA se concentra, portanto, na qualificação dos atos como sendo ou não discricionários. Para realização desta tarefa, os tribunais vêm se servido de alguns precedentes judiciais[21], que apresentam padrões relevantes para qualificação do ato discricionário.

Seguindo a lição da jurisprudência, a primeira coisa a se fazer é questionar se a conduta em exame envolve algum elemento de julgamento ou escolha[22]

---

19 Nas décadas de 1960 e 1970, muitos estados e municípios também aboliram a imunidade dos atos da administração, especialmente em face da generalização do seguro. Para muitos governos estaduais e municipais, caminhava-se assim para o nivelamento das responsabilidades praticadas pelos agentes público, com a dos particulares. Atualmente esta tendência vem se invertendo, no sentido de resgatar a imunidade estatal. BURNHAM. op. cit., p.435-6.

20 28 U.S.C. Seção 2680(a)

21 Teste em duas partes para se estabelecer a discricionariedade: *Berkovitz v. U.S.*, 486, U.S. 531, 536 (1988). *Kennewick Irrigation District v. U.S.*, 880 F.2d 1018, 1025 (9 Cir. '89).

22 *U.S. v. Gaubert*, 499 US 315,322 (1991) (citação omitida).

Não há discricionariedade quando a lei federal, o regulamento ou a norma prescrever, especificamente a conduta que deverá ser adotada. Neste caso, não há liberdade para escolha ou julgamento a ser realizado por parte do agente público, que ficará vinculado ao cumprimento do diploma normativo[23].

É impossível não associar esta noção à definição que temos dos atos vinculados, especialmente porque, dela não se difere. A ausência de discricionariedade no direito norte-americano, cede lugar, tal como no direito brasileiro, à atuação vinculada do agente público.

Mas o trabalho de caracterização do ato discricionário, que estará acobertado pela exceção da imunidade, não pára com a identificação deste elemento apenas (julgamento/escolha). A próxima questão redunda em saber se o julgamento do agente público, corresponde a uma função que envolva considerações amplas de ordem social, econômica ou política[24]. Com efeito, a função discricionária abrange decisões dos agentes públicos, relacionadas à execução de políticas públicas.

O paradigma para distinção de tais decisões pode ser alcançado por exclusão. A decisão de uma agência em não alertar sobre um perigo específico e conhecido acerca das atribuições da qual é responsável (omissão), não será abrigada pela exceção ao FTCA, por não ter natureza ampla de política social[25].

A função discricionária é caracterizada também quando os agentes públicos exercem atribuições tipicamente governamentais ou regulatórias[26]. Nestes casos, cabe a União demonstrar que seu agente exerceu função tipicamente governamental, para preservar sua imunidade, mesmo que, sobre as mesmas circunstâncias, um particular pudesse ser responsabilizado[27].

A razão em se preservar a imunidade dos agentes públicos no exercício de suas funções discricionárias, reside na proteção que deve ser conferida aos atos de governo, que impliquem na tomada de decisões relativas às suas atribuições exclusivas e vitais. Em *Dalehite v. U.S.*[28], a Suprema Corte norte-americana asseverou o objetivo histórico das exceções contidas no FTCA, afirmando que a sua previsão legal, tem o papel de proteger a Administração da responsabilidade extracontratual,

23 BERKOVITZ, op. cit., p. 535.

24 GAUBERT, op. cit., p. 322-23.

25 *Suton* , 26 F.3d at 910.

26 Cong. Rec. S13982-01; H.R. Rep.nº 1015, 101st Cong. 2nd Sess 134 (1991).

27 *U.S. v. AS Empresa de Viação Aérea Rio Grandense (Varig)*, 467 EUA 797, 814 (1984).

28 346 U.S. 15 (1953)

por erros cometidos na execução de suas atribuições ou das funções discricionárias.

3.1.1 EXCEÇÃO ÀS EXCEÇÕES

É preciso destacar, todavia, que as exceções à imunidade, resguardadas pelo FTCA, não prevalecem nos casos em que, ao Poder Público, é imputada responsabilidade por ter agido com negligência no desempenho de suas funções, tal como ocorreria se colocado em paralelo com a atividade de um particular. Neste caso, como o FTCA se propôs a nivelar a responsabilidade da União à dos particulares em relação às ações e omissões praticadas, tratando-se do direito formado a partir de precedentes, tal noção se torna sobremaneira relevante, porque estabelece os paradigmas que deverão orientar também a responsabilidade da União.

A imunidade no exercício das funções discricionárias, também não irá prevalecer em certos casos envolvendo violação de direitos civis fundamentais, como alegação de discriminação. Ocorre que, assim como no Brasil, nem sempre estas situações vão estar suficientemente claras, reclamando, portanto, o reexame do caso concreto no âmbito dos tribunais.

4 THE JUDICIAL REVIEW OU REVISIBILIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Nos Estados Unidos, tal como no Brasil, compete ao poder judiciário, e não a alguma corte administrativa, assegurar os parâmetros de legalidade que devem ser observados pela atuação discricionária da Administração. Assim, os atos discricionários inerentes à Administração Pública norte-americana, em certa medida, podem estar sujeitos à revisão judicial.

Como a revisão de atos administrativos enseja a propositura de ações judiciais contra o exercício das competências da Administração Pública, também nestes casos a regra que prevalece é a da imunidade dos atos (*sovereign immunity*). A própria doutrina norte-americana reconhece certa ironia ao verificar que um país que recusou o jugo da monarquia e ratificou uma constituição escrita, a qual submete inclusive o poder do Estado, preservou a doutrina da imunidde[29].

Destarte, tal como ocorre com o FTCA, este poder de revisão conferido ao judiciário, só é possível por força de uma norma legal

29 CHEMERINSKY, Erwin. *Federal Jurisdiciton*, 4. ed. Aspen. 2003. §9.2.1. In: BURNHAM, op. cit., p. 220

expressa, que pode ser o estatuto específico de cada agência ou se basear no The Administrative Procedure Act (APA). Quando há previsão legal para processar as agências, diz-se, então, que houve um consentimento formal para tanto[30].

O APA equivale a uma norma geral que, entre diversas disposições, apresenta a definição de agências, para efeitos de incidência de suas regras[31], e assegura o direito de revisão dos atos administrativos, qualificados como *arbitrários, em desconformidade com a lei ou com o direito constitucional, que excedam seu âmbito de jurisdição*[32], causando prejuízos individuais. Em casos assim, o Estados Unidos poderá figurar como réu e ser sentenciado, desde que a decisão especifique o agente público que será pessoalmente responsabilizado[33].

O APA é uma norma de mão dupla. Se de um lado permite que as cortes de justiça anulem atos das agências que sejam *arbitrários, caprichosos, abusem da discricionariedade, ou que estejam em desacordo com a lei*, por outro lado, também proíbe a revisão judicial em qualquer matéria *cometida pela lei, à discricionariedade da agência.* Outrossim, o próprio APA – tal como o FTCA - excepciona sua aplicação, curvando-se àqueles estatutos que impedem expressamente a revisão judicial.

O direito de revisão, quando autorizado, confere também às cortes norte-americanas, autoridade para adotar medida que vise aliviar os prejuízos causados pela ação ou omissão administrativa, mesmo quando outra norma proíba expressa ou implicitamente a *solução* adotada[34].

A jurisprudência norte-americana consagrou a revisibilidade, quando estiver configurado o *"abuse of discretion"*, que poderia ser entendido entre nós como o ato arbitrário.

Em *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*[35] - o principal caso que ilustra esta questão - uma lei autorizou a construção de uma estrada, com recursos federais, cujo traçado poderia atravessar um parque, a menos que houvesse uma alternativa melhor, que a norma autorizadora qualificou de *prudente e factível*[36]. Inexistindo alternativa, o gestor deveria adotar medidas que minimizassem os danos ao parque.

30 BURNHAM, op. cit., p. 220.

31 § seção 701, 1 APA.

32 § seção 706, 2 APA. - Autoriza também a propositura de ações judiciais contra os atos de retenção ilegal ou atraso injustificável de uma agência.

33 § seção 702, 1 APA

34 § seção 702, 1 APA.

35 *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971)

36 O texto diz: *feasible and prudent*

Segundo o entendimento do gestor, a expressão *prudente e factível*, contida no texto da norma, remetia a discricionariedade exclusiva da Administração. A Suprema Corte, por sua vez, firmou o entendimento de que, no caso, a norma deixou clara a primazia do interesse em se preservar o território do parque. Desta forma, determinou padrões a serem seguidos pelo administrador. Deveria ser verificado então, se o agente considerou todas as rotas alternativas e se tinha identificado corretamente cada problema que inviabilizava a opção por cada uma delas. Com isso, restou consagrado que, embora nos casos de atos discricionários o judiciário não possa substituir a decisão do gestor, pode, no entanto, assegurar que a decisão seja racional e leve em consideração os fatores que foram estabelecidos pela lei.

Em *Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance*, o entendimento da Suprema Corte foi no sentido de que a Administração deveria zelar pela preservação das características do bioma de determinada área (deserto), o que não importava, necessariamente, na proibição de utilização desta área para tráfego de veículos do tipo off-road, ou impedimento de outra medida que se inserisse no âmbito da discricionariedade administrativa. Neste julgamento, a Corte reconheceu que o principal objetivo da limitação à revisibilidade, imposta pela discricionariedade, é proteger os critérios legais adotados pelas agencias, da interferência indevida do judiciário, bem como, evitar o entrelaçamento das decisões judiciais com discordâncias políticas abstratas, as quais as cortes não possuem conhecimento e informações para resolver.

Estes dois precedentes oferecem a mais clara medida do limite de revisão dos atos discricionários pelo poder judiciário nos Estados Unidos. Observe que, se é possível a intervenção judicial para salvaguardar observância da lei, da Constituição e a adoção de uma medida *racional* - que não deve ser traduzida entre nós como razoável – é certo também que, o judiciário não poderá substituir a decisão do gestor, deverá preservar atuação discricionária nos limites da legalidade e não avançar nas discussões em que não reúne conhecimento técnico para atuar.

4.1 CRITÉRIO DE REVISIBILIDADE NO BRASIL

Em nosso País, a revisibilidade dos atos administrativos pelo judiciário, parecia adotar uma linha muito semelhante, pois, assim como nos *leading case* citados, a atuação discricionária do administrador deveria seguir os limites de liberdade demarcados pela norma e apresentar-se devidamente fundamentada nestes limites. Atualmente, contudo, testemunhamos uma intervenção mais

ampla do judiciário, especialmente em virtude de novas correntes doutrinárias que ganham força nos tribunais, embaladas pela principiologia do neoconstitucionalismo[37].

Conforme observação precisa de Maria Silvia Zanella Di Pietro[38], multiplicam-se no Brasil teorias para limitar cada vez mais o poder discricionário da Administração, ao tempo em que se abrem portas e janelas à sua apreciação pelo judiciário. Essa é uma forte tendência que pode ser constatada em todos os níveis das cortes nacionais[39]. Teorias relativas ao abuso de poder, ou aos motivos determinantes, reforçam esta corrente.

É certo, no entanto, que, no Brasil, as teorias que mais têm avançado neste campo se baseiam na imprecisão dos conceitos utilizados pelo legislador - os chamados *conceitos vagos* - como: interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc. Argumenta-se que tais conceitos, muito utilizados em nossa legislação, nem sempre encerram discricionariedade. Ensejam, no entanto, uma operação interpretativa para se atingir o sentido da norma, posto que a indeterminação do conceito, somente concerne ao seu enunciado e não à sua aplicação, permitindo, em princípio, uma única aplicação da norma[40]. Em tal situação, a discricionariedade só resistiria, se a delimitação do conceito reclamar apreciação subjetiva pelo gestor, que seria inerente aos valores aplicáveis à escolha.

Não obstante, mesmo nos casos em que o conceito indeterminado abriga um elemento subjetivo de valoração, alguns autores ainda recorrem ao *princípio da razoabilidade*, para inferir a partir daí, que esta valoração subjetiva deve se subordinar ao razoável, correspondente àquilo que seria aceitável ao senso comum[41]. Esta noção ainda turva de razoabilidade, nos remete às orientações da Suprema Corte em *Overton Park*, ao definir que a decisão do gestor deve ser *racional*. Ocorre que lá, restou configurado que a corte não tinha poder para ditar a decisão a ser adotada pelo gestor,

37 D'ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. Salvador. n. 17, jan./mar. 2009 – ISSN 1981 – 187X. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf

38 DI PIETRO, op. cit., p. 209

39 De acordo com o Superior Tribunal de Justiça: "Merece censura o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Isto porque a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade aquilo que não pode ser.' Superior Tribunal de Justiça. REsp 658.358/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02-06-2005, DJ 27-06-2005, p. 244.

40 TOURINHO, Rita. A Discricionariedade administrativa perante os conceitos indeterminados. *Revista eletrônica de direito de Estado*. Salvador. n. 15, jul./set. 2008, ISSN 1981 – 187X. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-RITA%20TOURINHO.PDF>

41 DI PIETRO, op. cit., p. 212.

cabendo ao judiciário traduzir os padrões normativos, de maneira que decisão racional não se confunde com razoável.

4.2 A ORIGEM DA RAZOABILIDADE NA COMMON LAW

A razoabilidade na *common law*, surgiu na Inglaterra, no caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*[42], de 1948 e de lá se espalhou pelo mundo[43]. Esta decisão estabeleceu padrões de razoabilidade que deveriam ser seguidos pela Administração, quando do exercício de sua atividade discricionária. Tais padrões não estão distantes da medida definida em *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe.*

No julgamento inglês, que passou a definir o chamado Teste de Wednesbury, Lord Greene, asseverou que nos casos em que se questiona a razoabilidade dos atos discricionários, os tribunais devem ter em conta, primeiramente, que estão lidando com um ato executivo, sujeito a condições próprias que lhes impõem limitações.

Os tribunais só estarão autorizados a interferir num ato administrativo, se for demonstrado que o agente público tenha violado a lei. Todavia, não deve o tribunal substiuir-se a autoridade administrativa, devendo, em princípio, verificar se o ato está de acordo com a lei.

Se um critério administrativo foi confiado pelo Legislativo a uma autoridade executiva, esta parcela de exercício de um poder, só pode ser questionada junto aos tribunais em casos excepcionais. A lei estabelece os critérios que devem orientar o exercício da discricionariedade pelo poder público, que se for exercida dentro destes limites, é algo absoluto e, portanto, imune à interferência judicial. O exercício deste critério, deve ser então considerado, como o exercício do próprio poder discricionário.

Se, no entanto, a lei, pela sua natureza, ou mesmo em razão de sua redação, deixar claro que determinada matéria não estaria afeta à ação executiva, a autoridade deverá se afastar desta disciplina, ou seja, excluir quaisquer considerações a respeito do que sejam questões colaterais.

Em suas considerações Lord Greene não deixa de destacar a conotação bastante abrangente que o termo *razoável* vinha sendo utilizado pelos advogados, nos assuntos relativos às prerrogativas legais da Administração. Em síntese, aduz que o termo tem sido usado com freqüência para distinguir aquilo que merece ser reconhecido

42 A decisão é especialmente relevante.Disponível em: <http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/ASSOCI_1%20DOC.pdf>

43 Quanto ao surgimento do princípio da razoabilidade em *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, *conferir:* COUTO, op. cit., p. 104-105.

como *algo que não deve ser feito*[44]. Acontece que, ao reconhecer que determinado ato carece de razoabilidade, não se pode cair na armadilha de concluir, que o árbitro daquilo que venha a ser razoável, seja o judiciário e não a autoridade administrativa.

Não se deve esquecer que a autoridade administrativa foi investida pelo poder legislativo, que a confiou o poder de decidir sobre determinado assunto, cujo conhecimento e experiência emprestam-lhe melhor capacidade para lidar com o tema.

Os casos de decisões irrazoáveis, que autorizem a interferência judicial, devem ser verdadeiramente tidos como um evento excepcional. O irrazoável deve ser *algo tão absurdo que nenhuma pessoa sensata poderia imaginar que estaria no âmbito de poderes da autoridade pública.* Outrossim, o parâmetro a ser seguido não é, portanto, aquilo *que o judiciário* considere como irrazoável.

Se assim o fosse – pondera, Lord Greene, com argúcia – há que se considerar que diferentes cortes podem ter diferentes pontos de vista sobre questões de políticas públicas ou algo do tipo[45]. O desejo do legislador não foi o de consagrar o tribunal como um árbitro na correção de um ponto de vista em detrimento de outro. O tribunal não dispõe do poder de dizer qual entendimento é o razoável e qual não é. A eleição do entendimento a ser aplicado foi conferida à Administração Pública e, desde que esta atue dentro de suas atribuições, não há ilegalidade a ser corrigida.

Destarte, é certo que a tarefa do judiciário não é a de ditar o que é razoável segundo seus próprios padrões. Cabe-lhe, no entanto, decidir, se aquilo que se apresenta, prima facie, pela autoridade administrativa como razoável, nos limites do seu poder discricionário, corresponde a algo que nenhuma outra autoridade agindo com razoabilidade, poderia impor.

Enfim, arriscando-se numa tradução livre da decisão de Lord Greene - que inaugurou a inserção da razoabilidade como elemento de

---

44 Em uma tradução livre, a decisão usa a seguinte referência: uma pessoa encarregada de um poder discricionário deve, por assim dizer, pautar-se corretamente pela lei. Deve estar atenta aos assuntos que é obrigada a considerar. Deve excluir da sua consideração, questões que são irrelevantes para o que tem que considerar. Se não obedecer a essas regras, pode realmente ser dito, e muitas vezes é dito, que está agindo irrazoavelmente. Da mesma forma, pode haver algo tão absurdo que nenhuma pessoa sensata poderia sonhar que estaria dentro dos poderes da autoridade. Em *Warrington in Short v. Poole Corporation* [1926] *Chancery* 66 nas páginas 90 e 91, deu o exemplo do professor de cabelos vermelhos, demitido porque tinha o cabelo vermelho. O que é razoável em um sentido, em outro sentido, pode ser considerado como questões irrelevantes.

45 Na mesma decisão, Lord Greene, para ser ainda mais claro, afirma que alguns tribunais poderiam entender que nenhuma criança deveria ser admitida nos cinemas aos domingos, enquanto outros tribunais poderiam entender em sentido contrário. E dispara afirmando que: em todo país, não há dúvida quanto ao fato de que pessoas honestas e sinceras possuem opiniões diferentes.

revisão dos atos administrativos pelos tribunais - o seu resumo (presente na parte final da decisão original), pode ser lido da seguinte maneira:

O tribunal tem o direito de investigar a ação das autoridades locais com vista a ver se eles levaram em consideração questões que não deveriam ter em conta, ou, inversamente, se recusaram a ter em conta ou negligenciaram questões que eles deveriam ter levado em conta. Uma vez que essa pergunta é respondida em favor da autoridade local, pode ser ainda possível dizer que, embora as autoridades locais tenham se mantido dentro dos parâmetros que lhe competiam considerar, elas possam ter, no entanto, chegado a uma conclusão tão irrazoável que nenhuma autoridade agindo com razoabilidade poderia ter chegado. Nesse caso, novamente, acho que o tribunal pode interferir. O poder do tribunal de interferir em cada caso, não é como uma autoridade de apelação, para anular uma decisão da autoridade local, mas como uma autoridade judicial que deve estar presente apenas para dizer se as autoridades locais infrigiram a lei, agindo em excesso aos poderes que lhes foram confiados pelo Legislativo.

4.3 A UTILIZAÇÃO DA RAZOABILIDADE COMO CRITÉRIO DE REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Embora a aplicação da razoabilidade pelos tribunais tenha surgido e estabelecido seus parâmetros na *common law*, no Brasil, esta mesma razoabilidade, suplantou os rigorosos padrões que foram cuidadosamente observados pelas cortes inglesa e norte-americanas. Em nosso país, a razoabilidade vem sendo utilizada em tantos sentidos, pelos diferentes juízos, que se tornou licenciosa. Apropriou-se do *senso comum* (que também se apresenta como conceito vago), para conferir a algumas decisões judiciais contornos de licitude quando avançam sobre o mérito dos atos discricionários. A intervenção judicial, calcada em padrões estritos de razoabilidade, que deveria ser exceção, até mesmo por força da presunção de legalidade que gozam os atos administrativos, é quase uma regra, que submete os atos discricionários à revisão judicial. Neste cenário, é comum encontrar decisões que determinam a opção a ser adotada pela Administração Pública. Outras falam em razoabilidade, mesmo quando o gestor pratica atos vinculados[46].

46 Confira: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 200501534621, Relatora Laurita Vaz, STJ, 5ª Turma, DJE data:30/11/2009. Apelação Cível nº 200170030059301, Relator João Surreaux Chagas, TRF 4ª, 2ª Turma, DJ 06/07/2005 página: 586. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 200801519642, Relator Jorge Mussi, STJ, 5ª Turma, DJE data:08/09/2009 RSTJ, vol.:00216, página:00624

Assim, o mérito que deveria representar, na prática, o juízo de ponderação objetiva inerente à autoridade administrativa, constantemente, vem sendo substituído pela interpretação de cada órgão julgador. Tal situação não escapa ao olhar atento de alguns juristas que já apontam preciosas críticas a inadequação deste modelo de revisibilidade interpretacionista[47].

4.4 ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

Outro ponto de destaque nesta abordagem é o tema referente a necessidade de se esgotar o trâmite na esfera administrativa, para buscar a tutela judicial. Diferente do Brasil, cuja interpretação que atualmente prevalece nos tribunais, infere tal medida como restritiva ao amplo acesso ao judiciário[48], nos EUA, em geral, se mantêm o esgotamento prévio do processo administrativo junto às agências, para legitimar a ação judicial[49]. Sustenta-se tal medida como forma de conter excesso de demandas judiciais e assegurar o uso dos recursos administrativo de impugnação. Esta também seria uma maneira de conservar a autonomia das agências e a competente responsabilidade administrativa, na medida em que concede à Administração, oportunidade para corrigir seus próprios erros[50].

Este fundamento desperta especial interesse no campo do direito comparado, uma vez que, aparentemente não encontra argumentação

47 Atualmente uma das lideranças na crítica ao modelo de aplicação dos princípios no Brasil, é exercida por Humberto D'Ávila, que entre relevantes considerações sustenta a existência de normas que não estariam sujeitas a flexibilidade pela ponderação principiológica; que a constituição teria caráter regulatório o que inibiria a ponderação própria do neo-constitucionalismo; que o modelo atual retira credibilidade das normas infra-constitucionais , gerando insegurança em detrimento da função legislativa.

48 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO: DESNECESSIDADE. ART. 557 DO CPC. ATRIBUIÇÕES DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes. II - Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, "atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este - RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado" (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso). III - Agravo regimental improvido. - RE-AgR 549238, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; STF, Unânime. 1ª Turma, 05.05.2009.

49 U.S.C.A. §704. *McKart v. U.S.*, 395 U.S. 185 (1969). Contudo, o esgotamento da via administrativa não é obrigatório onde o recurso administrativo for inadequado para aliviar a situação do reclamante. *McCarthy v. Madingan*, 503 U.S. 140 (1992). Nota extraída de BURNHAM, op. cit., p. 207.

50 BURNHAM, op. cit., p. 207-208.

equivalente entre os administrativistas brasileiros e sua ligação atávica à interpretação vigente do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É patente, tanto aqui como nos EUA, o tratamento distinto que certos atos praticados pela Administração Pública deve ter em relação aos atos praticados particulares, de posto que nem sempre as leis civilistas se mostram adequadas para dirimir alguns conflitos envolvendo ações do governo.

Diferente do que muitos possam imaginar, na *common law* norte-americana a Administração Pública ainda preserva a supremacia que a coloca em um patamar privilegiado e, em grande medida, isenta de processos judiciais em razão de sua conduta tipicamente pública. Especialmente no que diz respeito à imunidade e revisibilidade dos seus atos discricionários pelo judiciário.

Ainda é controvertido no sistema jurídico norte-americano, a existência ou não de um direito constitucional que garanta a revisão de todos os atos administrativos. E este problema persiste, em parte, justamente porque as cortes do país tendem a interpretar as normas de maneira favorável à revisão judicial, mesmo quando estas normas rejeitem a revisão[51]. Este parece ser o principal dilema enfrentado pelo direito norte-americano a respeito da revisão judicial dos atos discricionários[52].

Esta relação limite entre o Executivo e o Judiciário por vezes gera algum desgaste[53]. Em geral, porém, quando o Congresso deixa clara a proibição da revisão do ato pelo judiciário, as cortes têm aquiescido, mesmo quando se trate de decisões atacadas por arbitrariedade ou violação aos estatutos legais[54].

Enquanto no Brasil a possibilidade de revisão dos atos discricionários pelo judiciário encontra seu mais forte fundamento na interpretação vigente acerca do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, nos Estados Unidos a autonomia do poder exercido pelas

51 O *Immigration and Nacionality Act* determinava que a decisão da agencia a respeito dos casos de deportações seria definitiva, no entanto as cortes mantiveram a possibilidade de revisão judicial (*Shauughnessy v. Pedreiro*, 349 U.S. 48 1955). Mais tarde o Congresso aprovou expressamente a possibilidade de revisão judicial, porém, em 1966, retirou este direito (revisão judicial) aos estrangeiros condenados por determinados crimes. Os tribunais reconheceram a supressão acrescentada pelo Congresso, mas asseguraram a revisão por meio de habeas corpus.

52 BURNHAM. op. cit., p. 206-207.

53 *Lindahl v. Office of Personnel Manegement*, 470 U.S. 98 (1951)

54 BURNHAM. op. cit., p. 206-207

agências executivas e a preservação do judiciário contra um excesso de demandas, justificam o prévio esgotamento das vias administrativas.

No sistema jurídico brasileiro a responsabilidade dos agentes públicos disciplinada pelo o art. 37, §6º da Constituição Federal 1988, é objetiva[55] - independe de dolo ou culpa – sem distinguir a natureza dos atos praticados, que podem ser vinculados ou discricionários. No direito norte-americano a União resguardou proteção aos atos discricionários, inclusive em relação a possíveis danos que possam ocasionar aos particulares.

O traço pragmático tão próprio do direito norte-americano se manifesta ao sustentar expressamente que, toda relação de causa e efeito, custos, riscos, prioridades e metas, se inserem dentro do âmbito de dicricionariedade, inerente às atribuições do agente público. Em nosso país, estes elementos, que por vezes são veiculados nos chamados conceitos indetermiandos, vêm se submetendo a fluidez interpretacionista da razoabilidade.

Toda esta análise nos revela, por derradeiro, que o *rule of law*, postulado por Dicey[56], ainda não se concretizou como um dos pilares do liberalismo político, ou um parâmetro de equivalência nas relações jurídicas entre particulares e a Administração Pública na *common Law.*

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE-AgR 549238*, Primeira Turma, Unânime, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI;. Julgado em 05.05.2009. Publicado no DJe 04.06.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 658.358/PR*, Primeira Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 02-06-2005, Publicado no DJ 27-06-2005, p. 244.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of The United States.* 4. ed. Saint Paul: Thomson/West, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

55 quivalente a *stricti libility* do direito norteamericana. BURNHAM. op. cit., p. 437.

56 Albert Venn Dicey (4 February 1835 – 7 April 1922) jurista britânico autor de *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885).

COHEN, Henry; BURROWS, Vanessa K. *Federal Tort Claims Act.* Congressional Research Service. Order code 95-717. Washington D.C. Atualizado até 11.12.2007.

COORAY, Mark. *The Doctrine of Precedente.* Disponível em: http: <//www.ourcivilisation.com/cooray/btof/chap184.htm>.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF.* São Paulo: Atlas. 2011.

D'ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". *Revista Eletrônica de Direito de Estado.* Salvador. n. 17. jan./fev./mar. 2009 – ISSN 1981 – 187X. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>

_____. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 9. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 15. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

ELLIOTT, Catherine; VERNON, Catherine. *French Legal System.* 1. ed. Edinburgh: Longman, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed. 7. t. São Paulo: Malheiros. 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDEFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO, Rita. A Discricionariedade administrativa perante os conceitos indeterminados. *Revista eletrônica de direito de Estado*. Salvador. n. 15, jul./ago./set./ 2008. ISSN 1981 – 187X. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-RITA%20TOURINHO.PDF>

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares