

Publicações da Escola da AGU

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

n. 16 março 2012 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 16	p. 1-356	março 2012
---------------------------------	----------	-------	----------	------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

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

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

VICE-DIRETOR

Filipo Bruno Silva Amorim

COORDENADORA GERAL

Nélida Maria de Brito Araújo

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Juliana Sahione Mayrink Neiva

Filipo Bruno Silva Amorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza de Lima

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

Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 16, v. 1 (março 2012).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

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

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Editorial	7
Anotações sobre a Responsabilidade Civil no Direito Americano. Intentional Torts. <i>Notions of American Tort Law. Intentional Torts</i> <i>Adriana Souza de Siqueira</i>	9
A Agência de Proteção ao Consumidor Bancário dos EUA e Prevenção de Crises. <i>The USA Bureau of Consumer Financial Protection and Crisis Prevention</i> <i>Adriana Teixeira de Toledo</i>	29
A Verticalização do Federalismo no Direito Norte-Americano. Centralização de Poderes: comércio interestadual, emendas da guerra civil e poderes implícitos <i>Vertical Federalism at American Legal System Growth of Federal Power: Interstate Commerce Clause, Civil War Amendments and Implied Powers</i> <i>Ana Beatriz de Salles Coelho</i>	53
A Infração de Dirigir sob a Influência de Álcool Diante das Legislações Brasileira e Californiana. <i>The Offense of Driving under the Influence of Alcohol Before the Brazilian and Californian Laws</i> <i>Arthur Longman Rocha</i>	77
A Garantia Contra a Auto-Incriminação e a Produção de Provas no Brasil e nos Estados Unidos. <i>The Privilege Against Self-Incrimination and the Production of Evidence in Brazil and in the United States</i> <i>Carla Dias Caldas de Moraes</i>	93
Writ of Certiorari e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: considerações acerca da discricionariedade das supremas cortes norte americana e brasileira. <i>Writ of Certiorari and General Repercussion Requirement: considerations about discretion of american and brazilian supreme courts.</i> <i>Daniela de Angelis</i>	117

Breves Comentários sobre as Regras do Fatca (<i>Foreign Account Tax Compliance Act</i>) Ante a Proteção ao Sigilo Bancário no Brasil. <i>Brief Comments on FATCA Rules (Foreign Account Tax Compliance Act) against Bank Secrecy Protection in Brazil</i> <i>Fátima Regina Maximo Martins Gurgel</i>	131
A Resolução Alternativa de Conflitos nos EUA e sua Aplicação no Brasil. <i>The Alternative Dispute Resolution- ADR.</i> <i>Júlia de Carvalho Barbosa</i>	151
A Class Action Americana e as Ações Coletivas Brasileiras. Semelhanças e Diferenças <i>The American Class Action and the Brazilian Class Actions. Similarities And Differences</i> <i>Kátia Naomi Narita</i>	165
<i>Stare Decisis</i> : limites e influências no modelo brasileiro da súmula vinculante. <i>Stare Decisis: limits and influences in the brazilian model binding precedent</i> <i>Neila Marcia de Moura Chagas Simeão</i>	187
O Júri nos Estados Unidos e no Brasil - Estudo Comparativo. <i>The Jury in the United States and Brazil - A Comparative Study</i> <i>Ricardo Resende de Araújo</i>	211
O Caso Obamacare: ativismo e autoconsteção judicial na discussão da reforma do sistema do seguro saúde norte americano – o patient protection and affordable care act <i>Obamacare Case: judicial activism and self restraint in discussion of reform of north american health insurance</i> <i>Rogério Marcos de Jesus Santos</i>	225
A Competência Discricionária da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. <i>The Discretionary Jurisdiction of the Supreme Court of the United States of America</i> <i>Sergio Costa Silva</i>	257
O Júri na Sistemática Jurídica Norte-Americana <i>The Jury in North American Legal Systematics</i> <i>Tania Nigri</i>	273

Recuperação de Valores Devidos ao Erário no Direito Norte-Americano: <i>qui tam action</i> e <i>false claims act</i> . <i>Government Damages Recovery in American Law: qui tam action and false claims act</i> <i>Teresa Cristina de Souza</i>	293
O Crime de Embriaguez no Trânsito: uma comparação com a legislação do Estado da Califórnia. <i>The Crime of Drive Under the Influence of Alcohol: a comparison with California law</i> <i>Viviane Vasconcelos Falcão Ferraz</i>	313
A Presença do Estado em Juízo. Breve Análise dos Modelos Federativos Brasileiro e Norte-Americano. <i>The presence of the State in Court (A brief comparison between Brazil and the US)</i> <i>Waller Chaves da Costa</i>	333



EDITORIAL

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

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

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

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

A todos, uma ótima leitura!

Filipo Bruno Silva Amorim
Procurador Federal
Vice-Diretor

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



ANOTAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMERICANO INTENTIONAL TORTS

NOTIONS OF AMERICAN TORT LAW. INTENTIONAL TORTS

Adriana Souza de Siqueira
Advogada da União lotada na Procuradoria Regional da União na 5ª Região
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília

SUMÁRIO: Introdução; 1 Intentional Torts; 2 Atos intencionais contra pessoas; 2.1 Battery; 2.2 Assault; 2.3 False imprisonment e false arrest; 3 Atos intencionais em detrimento do direito de propriedade; 3.1 Trespass; 3.2 Conversion; 4 Excludentes de responsabilidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A responsabilidade civil nos Estados Unidos há muito se encontra sedimentada e desenvolvida na sua jurisprudência, bem como em diversas normas erigidas por cada um dos estados federados. Dada a amplitude do tema, o enfoque do artigo será o *intentional tort*, i.e, quando o agente atua lesivamente em detrimento de outrem ou de coisa alheia. Abordar-se-ão os tipos do *battery*, *assault*, *false imprisonment*, *false arrest*, trespass e *conversion* e as excludentes de responsabilidades mais aceitas e utilizadas naquele país.

ABSTRACT: The Law of Torts in the United States of America has long been developed and based on its Case Law, as well as on several of the local rules created by each of the Federal States. Given the wide scope of the topic, the article focuses on *intentional tort*, i.e, when the tortfeasor acts with the intent to cause injury or harm to another party or their property. The article will address the types of battery, assault, false imprisonment, false arrest, trespass and conversion and will analyse the most accepted and utilized cases in that country.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade Civil. Direito Americano. *intentional torts*. Excludentes de Responsabilidade.

KEYWORDS: Torts Law. American System Law. Intentional Torts. Battery. Assault. False Imprisonment. False Arrest. Trespass. Conversion. Defenses.

INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil nos Estados Unidos é muito difundido entre doutrinadores e juristas desse país, dada sua longa e larga utilização. Os EUA adotam o sistema do *common law*¹², sendo que há muito a doutrina da responsabilidade civil encontra-se sedimentada, apresentando nuances que, amplamente, podem ou já foram aproveitadas no sistema pátrio³.

Na seara da responsabilidade civil os juristas dividem sua abordagem em: responsabilidade contratual (*breach of contract*⁴) e extracontratual (*tort*⁵ *damages*). Nesta última categoria, comumente, os doutrinadores apresentam como categorias básicas: *intentional torts*, *negligent torts* e *strict liability*⁶.

O foco do presente artigo será os denominados *tort damages*, quando decorrentes de atos intencionais (*intentional torts*). Serão abordadas as figuras mais conhecidas correspondentes aos *intentional torts*, suas características e julgados relevantes sobre o tema, com destaque aos oriundos do estado da Califórnia⁷.

1 Numa boa explanação sobre o *common law*, assim define Maria Amélia Lisbão Senra: “*Common law*, como é sabido, é um sistema legal oriundo da Inglaterra, que valoriza a jurisprudência em detrimento das leis estatutárias (*statutory law*). Provém do direito inglês não escrito, que se desenvolveu a partir do século XII, como conjugação dos direitos Bárbaro e Romano (com nítida predominância do primeiro). Elaborados pelo método indutivo (ou seja, que parte do caso concreto), os conceitos jurídicos emergem e evoluem ao longo do tempo, construídos pela conjugação de inúmeros casos que, juntos, delimitam campos de aplicação.” (SENRA, Maria Amélia Lisbão. Responsabilidade Civil Punitiva; *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, vol. 2, 2009)

2 A exceção do Estado da Louisiana.

3 Exemplo dessa absorção é o conceito de *punitive damages* que, recentemente, vem sendo adotado na jurisprudência pátria. Vide o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça Resp nº 337.739/SP.

4 Corresponde ao *breach of contract* a “*Violation of a contractual obligation by failing to perform one’s own promise, by repudiating it, or by interfering with another party’s performance*”. (GARNER, Bryan A; BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary* St. Paul, Minn. : Thomson West, 2009)

5 “*On its face, tort law is a law of wrongs. The word ‘tort’ means wrong. Before tort was identified as a legal category in its own right, torts were known as ‘private wrongs.’*” (GOLDBERG, John ; ZIPURSKY Benjamin C. “Tort Law and Moral Luck,” 92 *Cornell Law Review* 1123 (2007)

6 Nesse sentido, assevera Kenneth w. Simons: “*The simple picture is this. Tort law is divided into three domains: intentional torts, negligence, and strict liability. The most serious level of fault is expressed in the intentional tort domain; a lesser degree of fault in negligence; and no fault at all in strict liability*”. SIMONS, Kenneth. A Restatement (Third) of Intentional Torts?, *Arizona Law Review*, Vol. 48, 2006, p. 1079

7 Registre-se que o presente artigo é fruto da participação da autora no curso *Fundamentals of US Law*, promovido pela Thomas Jefferson School of Law, realizado na cidade de San Diego, Califórnia, em janeiro de 2012. Por tal razão, realça-se o posicionamento jurisprudencial vigente no estado da Califórnia, amplamente abordado durante o curso.

Por fim, serão delineadas, em linhas gerais, as excludentes de responsabilidade usualmente utilizadas nas cortes americanas.

1 INTENTIONAL TORTS

Numa perspectiva geral, os *intentional torts* corresponderiam a condutas lesivas (comissivas ou omissivas), as quais acarretam ao agente o dever de indenizar a vítima em toda a sua extensão⁸.

Decorre de sua definição o elemento principal do *intentional torts*, qual seja, a intenção (*intent*) de causar o dano ou de assumir o risco de poder vir a causá-lo⁹. Em princípio, o fato de o agente ser insano ou de possuir tenra idade no momento do ato não impede a responsabilização, salvo comprovado que sua condição implica grave comprometimento do seu discernimento.

Quando do estudo o tema, uma infinidade de tipificações e nomenclaturas se apresentam, a depender da linha doutrinária adotada ou ainda dos diversos tratamentos legislativos e/ou jurisprudenciais adotados por cada um dos estados federados americanos. Na realidade, a figura do *intentional torts* é extremamente dinâmica, alterando-se conforme as novas demandas da sociedade e das respostas oferecidas pelos legisladores e julgadores. Nessa senda, aponta PROSSER¹⁰:

New and nameless torts are being recognized constantly, and the progress of the common law is marked by many cases of first impression, in which the court has struck out boldly to create a new cause of action, where none had been recognized before [...] The law of torts is anything but static, and the limits of its development are never set. When it becomes clear that the plaintiff's interests are entitled to legal protection against the conduct of the defendant, the

8 Sem dúvida, os *intentional torts* poderiam ser encartados na previsão contida no art. 186 do Código Civil pátrio, que assim define: Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.* BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

9 Em interessante artigo HYLTON aponta as teorias existentes acerca da caracterização da intenção do agente: *"Theories of intent in tort law are either subjectivist or objectivist. The subjectivist approaches, which have been explored more seriously in the criminal law than in the torts literature, appear to be grounded ultimately in Kantian theory. Under the subjectivist approach to intentional torts, the law aims to punish tortfeasors for intentionally or at least knowingly violating norms that are implicit in the law."* HYLTON, Keith N. *Intent in Tort Law* (April 22, 2009). Boston Univ. School of Law Working Paper nº. 09-21. p. 02-03

10 PROSSER, William; KEETON, W. Page. *Prosser & Keeton on the Law Torts*, 5th ed. 1984, In *California Tort Guide* (3d ed Cal CEB 1996). Disponível em: <<http://onlaw.ceb.com/OnLAW/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=OnLAW:CEB>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

mere fact that the claim is novel will not of itself operate as a bar to the remedy.

Por outro lado, intentional torts são, usualmente, classificados em 02 (duas) categorias: *personal torts* e *property torts*. Numa tradução livre, pode-se dizer que no primeiro ter-se-iam os danos praticados em face da pessoa e no segundo em detrimento do direito de propriedade. Assim, leciona Jeffrey J. Shampo, J.D.¹¹.

Torts are divided into two general classes: (1) property torts, which involve an injury or damage to property whether realty or personalty, and (2) personal torts, which involve injuries to the person whether to the body, reputation, or feelings.

Para fins do presente artigo, com as ressalvas acima, serão abordadas as figuras mais conhecidas do *intentional torts*, em sua dupla categorização.

2 ATOS INTENCIONAIS CONTRA PESSOAS – PERSONAL TORTS

2.1 ASSAULT

Assault constitui a primeira categorização dos denominados *intentional torts* contra pessoas. Numa simples definição *assault* corresponde ao ato intencional de uma parte em desfavor de outra no sentido de lhe causar temor de que possa esta vir a sofrer alguma violência física. Nessa linha, esclarece a conhecida enciclopédia *American Jurisprudence Proof of Facts*¹²:

Generally, an assault is an unlawful threat to do bodily harm to another with present ability to carry the threat into effect. Under the rule of the Restatement of Torts, an assault is committed when the defendant (a) acts intending to cause a harmful or offensive contact

11 SHAMPO, Jeffrey. Torts. *American Jurisprudence*, Second Edition Database updated February 2012. Disponível em: <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?rs=WLW12.01&ncare=1&care=Y&rpcat=AMJ&vr=2.0&mt=208&tf=779&tc=5&serialnum=0281515308&fn=_top&carerlt=CLID_CARE841633438784_CaRE_0_N_1&sv=Split>. Acesso em: 08 abr. 2012.

12 AMERICAN JURISPRUDENCE PROOF OF FACTS 3d Database updated June 2011. *Assault and Battery*. Disponível em <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?tc=6&carerlt=CLID_QRYRLT41499236784_CaRE_0_N_1&mt=208&care=Y&careo=A&vr=2.0&tempinfo=CLID_QRYRLT41499236784_CL1&rpcat=AJP&serialnum=0110379599&fn=_top&tf=749&sv=Split&ncare=2&rs=WLW12.01>. Acesso em: 08 abr. 2012.

with the person of the plaintiff or a third party, and (b) thereby puts the plaintiff in imminent apprehension of such contact. An assault is also committed where there is an intent to cause an imminent apprehension of contact, no actual contact being intended by the defendant.

Deflui da definição acima os dois elementos básicos do *assault*: (i) intenção do autor em causar temor na vítima de que esta poderá sofrer alguma violência física e (ii) real sentimento de temor experimentado pela vítima¹³. Assim, meras palavras, sem o real intento de provocar medo, não são hábeis a caracterizar o *assault*. Por outro lado, observe-se que não é necessário para sua configuração que a ameaça venha se concretizar, mas simplesmente que seja real e iminente.

Exemplo clássico do *assault* foi o caso *Dahlin v. Frase*, ocorrido no estado de Minnessota, em idos de 1939. Nesse julgamento, restou comprovado que o réu, ao pretender demitir a autora, usou de linguagem inapropriada e ofensiva, causando-lhe o temor de que pudesse vir ser agredida, tanto que esta veio a desmaiar^{14,15}.

Por relevante, há de se observar que tal como direito pátrio¹⁶, no sistema do *commom law* americano, um mesmo ato pode assumir conseqüências tanto na esfera cível, quanto na penal. Assim, esclarece F.A Trindade¹⁷:

First of all, many of the cases of intentional assault and battery are also crimes and recent developments in compensating victims of crimes, which have generally made it easier to obtain compensation,

13 *California Tort Damages* 2d ed Cal Continuing Education for the Bar 2002. Disponível em: <<http://onlaw.ceb.com/OnLAW/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=OnLAW:CEB>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

14 *Dahlin v. Fraser* 206 Minn. 476, 288 N.W. 851 Minn. 1939 December 15, 1939. Disponível em: <https://web2.westlaw.com/result/previewcontroller.aspx?TF=756&TC=4&mt=208&db=594&tc=-1&rp=%2ffind%2fddefault.wl&findtype=Y&ordoc=2022613860&serialnum=1940107392&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pbcc=27A33438&referenceposition=853&rs=WLW12.01&RP=/find/default.wl&bLinkViewer=true>. Acesso em: 08 abr. 2012.

15 Em termos sucintos, assim a Corte sintetizou o caso: “2. *Intent to commit an assault may be inferred from the facts and circumstances where the defendant was angry, threatened to strike plaintiff, came toward her with clenched fists and she fainted and keeled over within defendant’s reach before she hit the floor.*”

16 Assim dispõe o Código Civil: Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. BRASIL, Lei nº 10.406

17 TRINDADE, F.A. Intentional torts: some thoughts on assault and battery. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2 (Summer, 1982), p. 211. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/764278?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=56007631673>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

are naturally relied upon by the victims of such crimes rather than the civil actions for assault and battery—especially as there is some evidence to suggest that many of those who commit these intentional torts are impecunious and therefore not in a position to pay the damages that may be awarded against them.

Observe-se que no ordenamento pátrio, expressamente, o art. 147 do Código Penal¹⁸ disciplina um tipo penal que muito se assemelha ao *assault*, assim dispondo: “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

Por fim, registre-se que configurado o *assault*, deve o ofensor compensar a vítima por todas as perdas por ela experimentadas (danos compensatórios). Acresçam-se, também, os denominados “punitive damages”, quando verificado que a parte agiu com culpa grave, malícia ou dissimulação^{19,20}.

2.2 BATTERY

Battery pode ser considerado um *plus* em relação ao *assault*. Enquanto no *assault* tem-se a ameaça de causar um dano físico à vítima, no *battery* o ataque é real, ocorre a lesão (anunciada ou não). Fazendo referência a esse paralelo, aludindo o *battery* como um *assault* consumado, Robert F. Koets *et al*, esclarecem²¹:

Although frequently used in a single phrase and perhaps often thought of as a single offense, the terms “assault” and “battery” refer to two separate offenses. It is not unusual that the two are committed almost simultaneously, that is, an assault followed immediately by

18 BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

19 Code Civil in California: § 3294. “(a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.” Disponível em: <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=civ>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

20 Lisboa Senra, op. cit., p. 16

21 KOETS, Robert ET al. *Assault and Other Wilful Torts*. California. Jurisprudence. 3d § 27. Disponível em: <https://web2.westlaw.com/result/default.wl?cfid=1&mt=208&origin=Search&sskey=CLID_SSSA682325559884&query=KOETS+%26+WILFUL+%26+TORTS&db=CAJUR&rlt=CLID_QRYRLT734665559884&method=TNC&service=Search&eq=search&rp=%2fsearch%2fdefault.wl&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rltdb=CLID_DB37714059884&sv=Split&fmqv=s&fn=_top&rs=WLW12.01>. Acesso em: 08 abr. 2012.

a battery, and the latter includes and implies an assault, for there can be no battery without an assault. In particular, battery is a consummated assault. However, the assault itself does not include battery, for the assault is merely an attempt to commit the battery.

Ainda nos anais da *American Jurisprudence Proof of Facts*²² encontra-se a seguinte caracterização:

Under the Restatement rule a defendant is civilly liable for a battery for causing a harmful or offensive contact with the person of the plaintiff by an act which was intended to result in the harmful or offensive contact with the plaintiff or a third person

Os elementos para caracterizar o *battery* podem assim ser elencados: (i) intenção do ofensor em causar lesão física a vítima; (ii) ocorrência de lesão injusta a vítima e (iii) ausência de consentimento da vítima²³.

No que se refere à intenção do ofensor, há de se ponderar algumas situações peculiares. Se sua pretensão era de meramente infringir temor, mas finda por lesionar a vítima, respondera por *battery* e não por *assault*. Seria semelhante à figura do dolo eventual, largamente utilizada no direito penal nacional. Vide o caso *Weisbart v. Flohr*, onde afirmou a Corte de Apelação do estado da Califórnia²⁴:

Action against seven-year-old boy and his parents for injuries sustained by five-year-old girl when struck by homemade arrow shot by boy. The Superior Court for Sacramento County, Irving H. Perluss, J., entered judgment adverse to plaintiff, and appeal was taken. The Court of Appeal, Conley, P.J., held that seven-year-old boy who wilfully threatened a five-year-old girl with harm through shooting of an arrow at or toward her, and who thereafter made good the threat and, consequently, inflicted an assault and battery on the girl, was responsible for damage caused by him irrespective of whether or not he was guilty of technical negligence.

²² op. cit.

²³ *California Tort Damages*, op. cit. Disponível em: <<http://onlaw.ceb.com/OnLAW/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=OnLAW:CEB>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

²⁴ *Weisbart v. Flohr* 260 Cal. App.2d 281, 67 Cal.Rptr. 114 Cal. App. 1968. March 20, 1968. Disponível em: <

Note-se que o ofensor, no caso, era uma criança de apenas sete anos que, pelo relato, somente pretendia assustar outra criança de 05 anos de idade. Todavia, findou por atingi-la com um tipo de flecha.

Idêntico caso é o da responsabilização de uma loja, cujo segurança, apesar de alertado pelo cliente, revistou-lhe de sorte a romper com a bolsa médica que estava acoplada a seu corpo²⁵. A vítima sofreu uma série de danos, sendo o réu condenado em danos compensatórios no valor de U\$ 50.000,00 e punitivos na ordem de U\$ 180.000,00.

Ainda no que se refere ao *battery*, aqui se aplica o que se denomina de *transferred intent*. Trata-se de construção jurídica que admite a responsabilização do ofensor, ainda quando seu intento real era atingir uma determinada pessoa, mas por erro atinge outra²⁶. Nessa hipótese, responderá igualmente pela lesão ocasionada a terceira pessoa. No julgado *Singer v. Marx*²⁷, explicita com simplicidade essa subsunção:

While throwing rocks at trees or into the street ordinarily is an innocent and lawful pastime, that same act when directed at another person is wrongful. The evidence at bar (combining that of Barbara with portions of Tim's own testimony) warrants an inference that Tim threw at Barbara and inadvertently struck Denise. In such circumstances the doctrine of "transferred intent" renders him liable to Denise. On this subject the Lopez case, supra, says at page 318: "If defendant unlawfully aims at one person and hits another he is guilty of assault and battery on the party he hit, the injury being the direct, natural and probable consequence of the wrongful act. (6 C.J.S. Assault and Battery, par. 10, subd. 2.)" (See also Prosser on Torts, 2d ed., p. 33).

25 Wackenhut Corp. v. Cauty 359 So.2d 430 Fla.,1978. April 04, 1978 Disponível em: <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=208&db=0000735&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0281451384&serialnum=1978136486&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&pbcc=7C5DB88F&rs=WLW12.01>. Acesso em: 08 abr. 2012.

26 Seria o denominado *error in persona*, previsto no Código Penal, em seu art. 20, §,4 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

27 *Singer v. Marx* (1956) 144 CA2d 637 [Civ. 21589 Second Dist, Div Two Sept., 25, 1956. Disponível em: <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=7&db=0000661&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0284103801&serialnum=1956124414&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&pbcc=209CC3F9&rs=WLW12.01>. Acesso em: 08 abr. 2012.

Também se aplica ao *battery* a hipótese de cirurgia médica realizada sem o consentimento do paciente, vide *Cobbs v. Grant*²⁸. E ainda que o procedimento cirúrgico tenha ocorrido com sucesso, também poderá responder por *battery* o profissional responsável, ante a ausência de autorização²⁹. Todavia, se houver o consentimento para a realização da cirurgia e esta não ocorrer como o esperado, ou ainda se for executada sem consentimento, no caso de emergência, não há que se falar em configuração de *battery*. Nesse sentido, alerta a doutrina³⁰:

A doctor who performs an operation to which the patient has not consented, or that is substantially different from the treatment to which the patient consented, has committed battery.

[...]

Medical battery on allegations that a defendant performed a procedure without the patient's consent (see CACI 530A) is distinct from that in which the patient gave conditional consent and the defendant proceeded although the condition had not been satisfied (see CACI 530B).

[...]

A doctor can operate or treat without the patient's consent in an emergency or when immediate action is otherwise necessary and it is impracticable to obtain consent. *Wheeler v Barker (1949) 92 CA2d 776, 781, 208 P2d 68; Preston v Hubbell (1948) 87 CA2d 53, 57, 196 P2d 113*. However, an extension of surgery may constitute a battery if the claimed emergency did not actually exist.

Não se pode deixar de verificar a similitude do *battery* ao tipo penal de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal

28 *Cobbs v. Grant* 8 Cal.3d 229, 502 P.2d 1 Cal. 1972. October 27, 1972. Disponível em <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=7&db=0000661&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0284150189&serialnum=1972125939&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&pbce=EA4BEF7E&rs=WLW12.01>. Acesso em 08 de abril de 2012.

29 *Ebaugh v. Rabkin* 22 Cal.App.3d 891, 99 Cal.Rptr. 706 Cal.App. 1 Dist. 1972. January 14, 1972. Disponível em: <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=7&db=0000227&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0284137996&serialnum=1972102779&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&pbce=C7B8A65D&rs=WLW12.01>. Acesso em: 08 abr. 2012.

30 California Tort Guide, Op. Cit.

pátrio que assim dispõe: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”. Observe-se que os elementos identificadores são idênticos aos relacionados ao *battery*.

No que toca à indenização, segue-se a regra geral de se deferir à vítima os denominados danos compensatórios e punitivos, se assim comprovadas as circunstâncias do caso^{31 32}.

2.3 FALSE IMPRISONMENT E FALSE ARREST

O terceiro tipo de dano intencional contra a pessoa é o *false imprisonment* e o *false arrest*. Como se deduz da própria denominação, trata-se da equivocada privação da liberdade de alguém por uma terceira pessoa, sem justo motivo ou autorização legal. Na doutrina encontra-se a seguinte caracterização³³:

Every person has the right of protection from bodily restraint or harm, subject to qualifications and restrictions. CC §43. The tort of false imprisonment is “the unlawful violation of the personal liberty of another.” *Asgari v City of Los Angeles* (1997) 15 C4th 744, 757, 63 CR2d 842; *Fermino v Fedco, Inc.* (1994) 7 C4th 701, 715, 30 CR2d 18 (quoting Pen C §236). See *City of Newport Beach v Sasse* (1970) 9 CA3d 803, 810, 88 CR 476 (Penal Code definition applies to both criminal and civil proceedings). See also *Wilson v Houston Funeral Home* (1996) 42 CA4th 1124, 1135, 50 CR2d 169 (tort is willful and wrongful interference with another’s freedom of movement).

31 *Em Scruggs v. Haynes* 252 Cal.App.2d 256, 60 Cal.Rptr. 355 Cal.App. 1967. June 30, 1967, assim decidiu a Corte de Apelação da Califórnia: “*Action against policeman and city for damages for alleged assault and battery committed by policeman while acting in the course and scope of his employment. The Superior Court, Los Angeles County, John F. McCarthy, J., gave judgment for plaintiff, and appeal was taken. The Court of Appeal, Rattigan, J., held that evidence was sufficient to support finding that policeman used unreasonable force and that an assault and battery was thereby committed, and that award of \$5,000 punitive damages against policeman would not be set aside as improper where plaintiff proved that, without any justification associated with a legitimate police function, the officer severely beat him while holding him in a helpless position on the ground. Affirmed.*” Disponível em: <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=7&db=0000227&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0284103840&serialnum=1967111197&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&pbcc=2708747A&rs=WLW12.01>. Acesso em: 08 abr. 2012.

32 O Código Civil assim prescreve em seu art. Art. 949 acerca da indenização devida em caso de lesão corporal. “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

33 California Tort Guide, Op. Cit.

Da caracterização acima, pode-se identificar os dois elementos principais do *false imprisonment*, quais sejam: (i) restrição de liberdade não consentida pela vítima e (ii) ausência de justo motivo ou autorização legal para a detenção pelo ofensor. Nesse sentido:

The tort of false imprisonment exists to protect a person's primary and fundamental right of freedom of locomotion; that is, the right to come and go, or stay, where or when a person chooses. Thus, the primary basis for recovery in an action for false imprisonment is the infringement of a plaintiff's liberty interest. The essence of a claim for false imprisonment involves proof of two primary elements: (1) the plaintiff was involuntarily detained or restrained, and (2) the detention or restraint was unlawful. [FN9]

Exemplo de *false imprisonment* foi descrito no caso *Fermino v. Fedco*³⁴. Nesse caso uma empregada de uma joalheria foi detida indevidamente por seus empregadores por tempo desarrazoado, sujeita a interrogatório constrangedor, por ser suspeita de cometimento de furto no estabelecimento. A Suprema Corte da Califórnia reformou a sentença, afirmando que não assistia ao empregador direito de deter sua empregada nas circunstâncias apresentadas, tampouco poderia se eximir de sua responsabilidade baseado no *compensation bargain*³⁵.

Pode-se afirmar que o *false imprisonment* é o gênero e *false arrest* é sua espécie qualificada. Enquanto naquele inclui-se toda e qualquer privação injusta de liberdade, neste último trata-se da privação procedida por autoridade, desprovida de causa legal, v.g., policiais ou agentes similares. Nesse sentido, com clareza, no compêndio *American Jurisprudence Proof of Facts* se clarifica essa sutil diferença³⁶:

34 *Fermino v. Fedco, Inc.* 7 Cal.4th 701, 872 P.2d 559 Cal.,1994. May 12, 1994. Disponível em https://web2.westlaw.com/result/previewcontroller.aspx?TF=756&TC=4&mt=7&db=0000661&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0284103857&serialnum=1994109538&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&pb=64C6563B&rs=WLW12.01&RP=/find/default.wl&bLinkViewer=true. Acesso em: 08 abr. 2012.

35 Eis a noção de *compensation bargain*: "Under that bargain, the employee gives up potentially substantial tort damages in exchange for relatively swift and certain payment of benefits without having to prove fault." Witkin Summary of California Law, Tenth Edition B.E. Witkin and Members of the Witkin Legal Institute. Copyright (c) 2003, 2008 B.E. Witkin Article Sixth Testamentary Trust. Disponível em <https://web2.westlaw.com/find/default.wl?carerlt=CLID_CARE301193441084_CaRE_0_N_1&mt=7&tf=779&nca re=1&tc=11&vr=2.0&rpat=WITSUM&care=Y&sv=Split&fn=_top&serialnum=0289837137&rs=W LW12.01>. Acesso em 08 de abril de 2012.

36 AMERICAN JURISPRUDENCE PROOF OF FACTS 3d, Op. Cit.

[...] A common misperception is that false arrest and false imprisonment are separate torts. In fact, they are different names for the same tort.[FN24] The distinction between false imprisonment and false arrest is primarily semantic, depending on the circumstances in which the harm occurs. False arrest refers specifically to the unlawful restraint of a person's physical liberty by someone who asserts a legal authority to enforce the processes of law, usually a police officer.

On the other hand, false imprisonment does not necessarily involve the assertion of legal authority. If an individual detains a person against his or her will, for any reason, the appropriate terminology for the ensuing harm is false imprisonment. Although every false arrest falls under the broad category of false imprisonment, not every false imprisonment involves an arrest. In practical terms, false arrest is simply one way to initiate or commit a false imprisonment.

Esse tipo encontra perfeita simetria com o estabelecido no art. 954 do Código Civil³⁷, o qual estabelece indenização por ofensa à liberdade pessoal (idêntico bem jurídico protegido no *false imprisonment* and *false arrest*):

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

É de se consignar que nem toda detenção indevida pode ser capitulada na espécie. Na hipótese de algum agente do Estado, entender, baseado nas circunstâncias, que há uma causa provável de que a vítima

³⁷ BRASIL, Lei n° 10.406

tenha cometido algum delito, é lícita a detenção (não obstante a vítima nada tenha praticado). Nesse sentido: *Dawkins v. City of Los Angeles*³⁸.

3 ATOS INTENCIONAIS EM DETRIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - PROPERTY TORTS

3.1 TRESPASS

Em termos sucintos, *trespass* é a entrada na propriedade de outrem, desprovida de autorização ou justificativa legal. Daí resulta na interferência indevida no direito de propriedade alheio, ensejando o direito à reparação civil. Nesse sentido: “*Trespass is defined as an unlawful entry on another’s real property and under the common law is a legal action for injuries resulting for such an unlawful entry.*”^{39 40}

Para sua caracterização não se faz necessário que tal interferência na propriedade alheia ocorra com a presença física do ofensor. Assim, a mera interferência indireta pode configurar o *trespass*, tais como sons, odores, vibrações, etc. que possam afetar a livre disposição do bem^{41 42}. Nessa hipótese, tem-se o que se denomina, na legislação nacional, uso anormal da propriedade, capitulado no art. 1.277 do Código Civil⁴³.

Trespass to chattel constitui uma espécie do gênero *trespass*, circunscrita à hipótese de alguém privar ou interferir na posse de coisa alheia ou utilizar a coisa alheia sem autorização. Assim estatui o

38 *Dawkins v. City of Los Angeles* 22 Cal.3d 126, 583 P.2d 711 Cal.,1978. September 15, 1978. Disponível em <<http://scocal.stanford.edu/opinion/dawkins-v-city-los-angeles-28062>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

39 AMERICAN JURISPRUDENCE PROOF OF FACTS 3d, Op. Cit.

40 Vide *Miller V. National Broadcasting Co.* (1986) 187 CA3d 1463. Nesse caso, a Corte de Apelação do estado da Califórnia reconheceu a caracterização do *trespass*, quando funcionários de uma empresa jornalística adentraram, sem autorização, na propriedade alheia, com o fito de filmar o trabalho de paramédicos. Como agravante, ainda exibiram a filmagem em noticiário televisivo, igualmente sem autorização. Disponível em http://www.firstamendmentcoalition.org/handbook/cases/Miller_v_NBC.pdf Acesso em 08 de abril de 2012.

41 *Wilson v. Interlake Steel Co.* (1982) 32 C3d 229. Disponível em <http://scocal.stanford.edu/opinion/wilson-v-interlake-steel-co-30643> Acesso em 08 de abril de 2012.

42 A jurisprudência americana aponta uma sutil diferença entre *trespass*, pela via indireta, e o denominado *Nuisance*. Enquanto no primeiro a interferência indireta (v.g. ruídos) causa efetivo prejuízo ao direito de propriedade, no último há um mero desconforto. Vide *San Diego Gas & Electric Co. v. Superior Court* (1996) 13 C4th 893. Disponível em <http://law.justia.com/cases/california/cal4th/13/893.html> Acesso em 08 de abril de 2012.

43 Art. 1.277. *O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*

Restatement of the Law — Torts; Restatement (Second) of Torts, em seu parágrafo 217⁴⁴:

A trespass to a chattel may be committed by intentionally

(a) dispossessing another of the chattel, or

(b) using or intermeddling with a chattel in the possession of another.

Exemplo clássico do *trespass to chattel* ocorreu no caso *Jamgotchian v. Slender*⁴⁵, onde um treinador foi condenado por utilizar em competição um cavalo de corrida sem autorização do proprietário. Além da utilização indevida, o cavalo findou por se lesionar na corrida.

Interessante caso sobre o *trespass in chattel* ocorreu no caso *eBay, Inc. v Bidder's Edge*⁴⁶. Apreciando o caso dos autos, a Suprema Corte da Califórnia entendeu presente o *trespass to chattel*, porquanto o ofensor acessou, contínua e desarrazoadamente, o sítio eletrônico da empresa eBay, prejudicando o seu normal funcionamento.

3.2 CONVERSION

Por fim, outra espécie de danos decorrentes de atos intencionais em detrimento do direito de propriedade alheia é o denominado *conversion*. Seria um *plus* em relação ao *trespass to chattel*. Enquanto nesse último tem-se a utilização indevida da coisa alheia, no *conversion* a interferência na propriedade alheia é tão intensa, seja pela utilização, seja pela simples posse indevida, que confere ao ofendido receber indenização pelo valor integral da coisa. Nesse sentido:

44 Tipo previsto no REST 2d TORTS § 217 Restatement (Second) of Torts § 217 (1965) Copyright © 1965-2012 by the American Law Institute Disponível em https://web2.westlaw.com/find/default.wl?tc=269&carerlt=CLID_QRYRLT7796537541084_CaRE_0_N_1&mt=208&care=Y&careo=A&tempinfo=CLID_QRYRLT7796537541084_CL1&rpat=REST-TORT&serialnum=0290693925&vr=2.0&fn=_top&tf=749&sv=Split&ncare=10&rs=WLW12.01. Acesso em 08 de abril de 2102mt=208&care=Y&careo=A&tempinfo=CLID_QRYRLT7796537541084_CL1&rpat=REST-TORT&serialnum=0290693925&vr=2.0&fn=_top&tf=749&sv=Split&ncare=10&rs=WLW12.01. Acesso em 08 de abril de 2102.

45 *Jamgotchian v. Slender* 170 Cal.App.4th 1384, 89 Cal.Rptr.3d 122 Cal.App. 2 Dist., 2009. February 09, 2009 Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1272368.html>> Acesso em: 08 abr. 2102.

46 *eBay, Inc. v Bidder's Edge, Inc.* 100 F.Supp.2d 1058 N.D.Cal., 2000. May 24, 2000. Disponível em https://web2.westlaw.com/result/previewcontroller.aspx?TF=756&TC=4&mt=208&db=0004637&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=0328808102&serialnum=2000380134&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pc=9DE4E2B8&referenceposition=1069&rs=WLW12.01&RP=/find/default.wl&bLinkViewer=true. Acesso em 08 de abril de 2012.

Conversion is an intentional exercise of dominion or control over a chattel which so seriously interferes with the right of another to control it that the actor may justly be required to pay the other the full value of the chattel⁴⁷.

Para sua configuração, entretanto, não basta a mera posse do alheio. São levados em consideração outros fatores tais como (i) tempo de posse indevida; (ii) a real intenção do agente; (iii) a boa-fé do agente e a (iv) a extensão da lesão⁴⁸.

No direito pátrio, figura semelhante ao *conversion* seria a do esbulho de coisa alheia, consoante preconiza o art. 952 do Código Civil:

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

Exemplo interessante deu-se no caso *Narragansett Elec. Co. v. Carbone*⁴⁹, no qual uma companhia elétrica acionou judicialmente um particular que utilizou indevidamente e sem contraprestação a energia elétrica disponibilizada pela empresa. Nesse caso superou-se a discussão se o *conversion* poderia ter por objeto coisas intangíveis. Decidiu a Corte de Apelação que os réus deveriam responder pelo consumo indevido da energia elétrica, afora o enriquecimento ilícito.

4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Por fim, no presente serão apresentadas as excludentes de responsabilidade (defenses) mais adotadas quando referidas aos *intentional torts*, a saber: consentimento da vítima, legítima defesa e extrema necessidade⁵⁰. Ainda que a vítima demonstre a presença dos

47 Restatement of the Law — Torts Restatement (Second) of Torts, Op. Cit.

48 Restatement of the Law — Torts Restatement (Second) of Torts, Op. Cit.

49 *Narragansett Elec. Co. v. Carbone* 898 A.2d 87 R.L.,2006. May 17, 200. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1336593.html>>.

50 Outras defesas à responsabilização também são utilizadas, tais como prescrição, capacidade civil, putatividade, mas dado a extensa variação de aplicação pelos diversos estados americanos, merecem uma

elementos constitutivos dos tipos acima delineados, o agente poderá levantar determinadas hipóteses que podem lhe eximir ou mitigar sua responsabilização.

Da descrição dos tipos acima se percebe que a responsabilização do ofensor deriva, basicamente, do dano injusto causado a outrem⁵¹. Há uma valoração do dano, deve ser ele injustamente causado. Nessa acepção se houver uma justa causa para o dano ocorrer, esta pode ser classificada como uma excludente de responsabilidade.

Pois bem, se o dano ocorreu com o consentimento da vítima não há que se cogitar em responsabilidade civil. Não houve injusto, posto que o dano ou a expectativa de dano foram consentidos. Inúmeros são os casos em que a teoria do consentimento foi aceito, podendo-se citar nas hipóteses de eventos esportivos, nos quais, ainda que implicitamente, seus participantes assentem na ocorrência em virtude da sua prática. Nesse sentido:

It is a general principle relating to rights of action, expressed in the familiar maxim “volenti non fit injuria,” that no one may maintain an action to recover for a wrong to which he or she has consented. This maxim is translated into the Civil Code provision that one who consents to an act is not wronged by it. In the eyes of the law, the consenting party is not wronged.⁵²

Contudo, se o consentimento for viciado (incapacidade civil, mental, fraude⁵³) ou ainda se importar sério e grave dano⁵⁴ não será óbice à responsabilização do agente.

Outra excludente é a legítima defesa (*self-defense*), a qual justifica o ato danoso praticado em detrimento de outrem. Novamente se afasta a característica de injusto do evento lesivo. Nessa linha:

In general, the doctrine of self-defense permits the use of reasonable force against another person when one reasonably believes that person is threatening him or her with imminent and unlawful bodily

abordagem contextualizada a cada um desses entes federados, o que escapa ao objeto do presente artigo.

51 Não se trata, pois, de responsabilidade civil objetiva.

52 California Jurisprudence 3d, Op. Cit..

53 People v. Smith 191 Cal.App.4th 199, 120 Cal.Rptr.3d 52 Cal.App. 3 Dist., 2010. December 22, 2010. Disponível em: <<http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=4&xmlDoc=In%20CACO%2020101222045.xml&docbase=CSLWAR3-2007-CURR&SizeDisp=7>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

54 People v. Gray 224 Cal.App.2d 76, 36 Cal.Rptr. 263 Cal.App. 1964 January 08, 1964. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/calapp2d/224/76.html>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

harm and that such force is necessary to prevent the threatened harm.⁵⁵

A legislação californiana admite, inclusive, a legítima defesa em favor de terceiros. Veja-se:

Civil Code §50 provides that “any necessary force may be used to protect from wrongful injury the person or property of oneself, or of a wife, husband, child, parent, or other relative, or member of one’s family, or of a ward, servant, master, or guest.” See CACI 1304

⁵⁶

Contudo, a defesa consistente na legítima defesa encontra limites na razoabilidade. Ainda que inicialmente o agente esteja a se defender legitimamente, mas se ato contínuo verifica-se excesso nesse agir, responderá pelo dano. Veja-se:

The amount of force used cannot exceed the exigencies required for defense. The use of violence of a nature or degree that is excessive in the light of the given circumstances not only vitiates justification by self-defense, but is itself actionable. That is, the established rule is that a party who resorts to excessive violence and unnecessary force in repelling an assault, although initially acting in self-defense, becomes liable as an aggressor and is subject to an action for damages for assault and battery.⁵⁷

Por fim, tem-se o estado de necessidade, aplicável aos tipos do *trespass* e *conversion*. Admite-se, portanto, como escusável a prática de determinados atos danosos se o fim colimado for o de proteger estado de necessidade próprio ou alheio. Exemplo disso foi o caso *Wenzel v. U.S.*, no qual o serviço florestal foi isento de responsabilidade pelos danos causados em propriedade privada. No caso, foi necessária a entrada sem autorização para debelar incêndio que ocorria em área próxima⁵⁸.

⁵⁵ In Norman J. Finkel, Kristen H. Meister, and Deirdre M. Lightfoot em *The Self-Defense Defense and Community Sentimen Law and Human Behavior*, Vol. 15, No. 6, 1991 p. 586/587.

⁵⁶ Code Civil in California, Op. cit

⁵⁷ American Jurisprudence Proof of Facts 3d, Op. Cit.

⁵⁸ *Wenzel v. U.S.* 225 F.Supp. 726 D.C. Idaho 1964. January 03, 1964 Disponível em: <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=1964951225FSupp726_1831.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985>. Acesso em: 08 de abril de 2012.

Todavia, a necessidade deve ser comprovada e legítima, não bastando o mero juízo hipotético do agente. Por tal razão, não foi aceita tal escusa no caso *Northeast Women's Center, Inc. v. McMonagle*⁵⁹, no qual pessoas que protestavam contra a prática do aborto foram responsabilizadas pelo *trespass* por invadirem uma clínica que realizava tal ato.

5 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil no sistema americano apresenta similitudes com as teorias adotadas no ordenamento jurídico pátrio. Apresenta, contudo, categorizações das mais diversas, a depender da ação em si mesma considerada, do aspecto volitivo do ato, da qualidade do agente etc. Enfim, existe um alto grau de minudencia tipológico a qual não encontra paralelo no sistema pátrio. Por tal razão, o artigo em tela limitou-se a estudar, de forma não exaustiva, apenas os denominados *intentional torts*.

Quando da análise dos mais conhecidos tipos dos *intentional torts*, percebe-se o tratamento, tanto no sentido do enquadramento quanto no da responsabilização em si considerada, semelhante ao previsto no ordenamento pátrio. E nesse particular, ressalte-se a figura do *punitive damages*, a qual, aos poucos, está se inserindo nas decisões das cortes nacionais.

Por fim, ressalte-se que apesar da meticulosidade do tratamento dispensado pela jurisprudência americana ao instituto da responsabilidade civil, muitos dos tipos tratadas no presente artigo encontram correspondentes no nosso ordenamento, ora na esfera cível, ora na esfera penal. Tal constatação denota que, não obstante as diferenças de origem (*common law versus civil law*), em ambos os sistemas considerados, há traços coincidentes.

REFERÊNCIAS

American Jurisprudence Proof Of Facts, 3. ed. 2011;

59 *Northeast Women's Center, Inc. v. McMonagle* 868 F.2d 1342 C.A.3 (Pa.),1989. March 02, 1989. Disponível em: <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?page=12&xmlDoc=19892210868F2d1342_11979.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006&SizeDisp=7>. Acesso em: 08 abr. 2012.

California Tort Damages; California Continuing Education for the Bar; 2d ed 2002

GARNER, Bryan A; BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn. Thomson West, 2009

GOLDBERG, John; ZIPURSKY Benjamin C. *Tort Law and Moral Luck*, 92 Cornell Law Review 1123, 2007.

HYLTON, Keith N.. *Intent in Tort Law*. Boston Univ. School of Law Working Paper No. 09-21 April 22, 2009.

NORMAN J. Finkel et al. *The Self-Defense Defense and Community Sentiment* Law and Human Behavior, Vol. 15, No. 6, 1991,

PROSSER, Willian; KEETON, W. Page. *Prosser & Keeton on the Law Torts*, 5th Ed. 1984;

SENRA, Maria Amélia Lisboa. *Responsabilidade Civil Punitiva*; Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, vol. 2, 2009;

SHAMPO, Jefrey. *Torts*, American Jurisprudence, Second Edition Database updated February 2012;

SIMONS, Kenneth. *A Restatement (Third) of Intentional Torts?*, *Arizona Law Review*

REST 2d TORTS § 217 Restatement (Second) of Torts § 217 (1965), 1965-2012 by the American Law Institute

TRINDADE, F.A.. *Intentional torts: some thoughts on assault and battery*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 2, No. 2, Summer, 1982.

Witkin Summary of California Law, Tenth Edition B.E. Witkin and Members of the Witkin Legal Institute. Copyright (c) 2005.

A VERTICALIZAÇÃO DO FEDERALISMO NO
DIREITO NORTE-AMERICANO
CENTRALIZAÇÃO DE PODERES: COMÉRCIO
INTERESTADUAL, EMENDAS DA GUERRA CIVIL
E PODERES IMPLÍCITOS

*VERTICAL FEDERALISM AT AMERICAN LEGAL SYSTEM
GROWTH OF FEDERAL POWER: INTERSTATE COMMERCE CLAUSE,
CIVIL WAR AMENDMENTS AND IMPLIED POWERS*

*Ana Beatriz de Salles Coelho
Advogada da União*

Mestre em Direito Público – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Federalismo dual. Federalismo cooperativo. Federalismo assimétrico; 2 O federalismo vertical no sistema jurídico norte-americano. A interpretação das *Interstate Commerce Clause* pela Suprema Corte. A doutrina dos Poderes Implícitos. As Emendas decorrentes da Guerra Civil - 13^a à 15^a Emendas à Constituição; 3 Aspectos nocivos da descentralização de poderes. Questionamentos fiscais, ambientais e de bem-estar social; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho tem por escopo analisar a natureza do federalismo norte-americano desde a promulgação da Carta de 1789 até os dias atuais, mais especificamente a centralização de poderes que veio a conformar o chamado federalismo vertical e a crítica que a ele se seguiu. Dada a magnitude que adquiriram, detemo-nos aos fatores que sedimentaram esta nuance da forma federal de Estado, leia-se, o impacto da interpretação dada pela Suprema Corte às *Interstate Commerce Clause*, as Emendas que se seguiram à Guerra Civil (13^a à 15^a Emenda) e a Teoria dos Poderes Implícitos. Pretendemos questionar a concepção majoritária que se apresenta extremamente cética com relação ao alargamento dos poderes do ente central e, portanto, com relação à verticalização do federalismo. Nossa concepção alicerça-se em ampla discussão doutrinária, no âmbito do direito norte-americano, acerca de problemáticas fiscais, ambientais e de bem-estar social decorrentes do alargamento dos poderes dos Estados-membros.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo Vertical. Comércio Interestadual. Emendas Constitucionais. Poderes Implícitos.

ABSTRACT: This article intends to analyze north-American federalism concept since 1789, when the Constitution was published, until nowadays. It specifically addresses the growth of federal power related to the vertical federalism and the criticism that followed it. Due to their importance, there is a special focus in the article on the Interstate Commercial Clause, the Civil War Amendments and the Implied Powers. This work also plans to question fiscal, environmental and welfare problems related to the growth of state powers.

KEYWORDS: Vertical Federalism. Interstate Commerce Clause. Amendments. Implied Powers.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a natureza do federalismo norte-americano desde a promulgação da Carta de 1789 até os dias atuais, mais especificamente a centralização de poderes que veio a conformar o chamado *federalismo vertical* e a crítica que a ele se seguiu.

Tal como será vislumbrado, vicissitudes sócio-políticas acarretaram inúmeras oscilações na estrutura da federação norte-americana ao longo das décadas. O fenômeno do *federalismo vertical* veio a sedimentar, no período que se seguiu ao *New Deal*, um claro fortalecimento do poder central, em detrimento das competências dos Estados-membros.

Há que se registrar que este movimento não se limitou, de forma singular, aos Estados Unidos, apresentando clara manifestação inclusive no ordenamento jurídico brasileiro. O espaço para o presente debate encontra-se focado, contudo, no exemplo norte-americano.

Diversos fatores sedimentaram esta nuance da forma federal de Estado, sendo, portanto, objeto da presente pesquisa, dada a magnitude por eles adquirida: o impacto da interpretação dada às *Interstate Commerce Clause*, as Emendas que se seguiram à Guerra Civil (13^a à 15^a Emenda) e a Teoria dos Poderes Implícitos.

Em todo o período analisado a Suprema Corte norte-americana apresentou papel de destaque na conformação da forma federal de Estado. E, de fato, outra não poderia ser a perspectiva, dado que amplamente sedimentada na ordem jurídica norte-americana a doutrina do *judicial review*, detendo referida corte o poder, em última instância, de declarar a inconstitucionalidade das leis. A doutrina da *judicial review*, em si, não constitui, contudo, o foco do presente trabalho, razão pela qual uma análise apurada do tema deverá ser procedida em outra oportunidade.

1 FEDERALISMO DUAL. FEDERALISMO COOPERATIVO. FEDERALISMO ASSIMÉTRICO

O estudo das nuances adquiridas pela federação norte-americana tem como ponto de partida, necessariamente, o texto da 10^a Emenda à Constituição Federal Norte-Americana, cuja redação é a seguinte:

Os poderes não delegados à União pela Constituição, tampouco proibidos por ela aos Estados-membros, são reservados aos Estados-membros respectivamente, ou ao povo.¹ (tradução livre)

¹ 10th Amendment: "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."

Breve retrospecto histórico nos remete ao fato de que os Estados-membros da federação americana não foram criados a partir da promulgação da Constituição Federal, eles preexistiam a ela. Trata-se do chamado *federalismo por agregação*. A promulgação da Constituição norte-americana, no ano de 1789, foi precedida, dois anos antes, pela aprovação dos Artigos da Confederação por treze colônias inglesas, em reação à reforma fiscal implantada pela Inglaterra e que veio a impulsionar o anseio de independência em tais colônias, diante das dificuldades financeiras a que expostas em decorrência de tal reforma.²

Como se sabe, o Estado Federal caracteriza-se pela ausência de hierarquia entre os entes federados, os quais detêm ordens jurídicas autônomas previstas na Constituição Federal. Dois princípios delineiam a natureza jurídica do Estado Federal, apartando-o do Estado Unitário, quais sejam, o princípio da autonomia e o princípio da participação. Em apertada síntese, podemos relacionar o princípio da autonomia à repartição constitucional de competências entre os membros da federação, enquanto o princípio da participação respeita à reunião das manifestações dos entes federados para a formação da vontade do ente central.

Acerca do binômio autonomia/participação, expõe o publicista Michael Burgess³:

A influência de Althusius nesta compreensão do federalismo é claríssima e as suposições implícitas – os valores federais básicos – de respeito mútuo, reconhecimento, dignidade, reciprocidade, tolerância e consentimento são evidentes. São precisamente estes valores, crenças e interesses que atuam para produzir a realidade institucional tangível que nós conhecemos como federação – com ‘união’ e ‘autonomia’ como suas características.⁴ (tradução livre)

Mais adiante, acrescenta o autor:

2 No período de 1787 a 1789, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay publicaram um total de 85 artigos – intitulados *Publius*, mais tarde compilados no livro *O Federalista* – a fim de fazer conhecer a doutrina federalista e, desta forma, lograr que a Constituição federal norte-americana fosse ratificada. O objetivo foi obter a adesão da opinião pública e, por consequência, viabilizar a eleição de representantes a favor da ratificação.

3 BURGESS, Michael. *Comparative Federalism – Theory and Practice*. New York: Routledge, 2006. p.285.

4 “The influence of Althusius in this understanding of federalism is crystal clear and the implicit assumptions – the basic federal values – of mutual respect, recognition, dignity, reciprocity, toleration and consent are self-evident. It is precisely these values, beliefs and interests that combine to produce the tangible institutional reality that we know as federation – with ‘union’ an ‘autonomy’ as its characteristic.”

Mas o principal aspecto para Friedrich era a natureza da relação entre o que ele vislumbrava como os dois conceitos federais fundamentais de autonomia e participação. Ele coloca assim: Autonomia é tida aqui no seu significado inicial caracterizando o poder e a autoridade, o direito legítimo, de auto-governo, mas sem excluir a participação em um grupo de entes similares que formam uma comunidade autônoma. Em outras palavras, a autonomia em uma comunidade não é considerada prejudicada pela participação em uma comunidade mais ampla se a esfera de autoridade da comunidade mais ampla é instituída, mantida e alterada apenas com a participação efetiva da comunidade que a compõe.⁵ (tradução livre)

A doutrina aponta especificamente três momentos históricos atravessados pela forma federal de Estado, quais sejam, o federalismo dual, o federalismo cooperativo e o federalismo assimétrico ou concorrente. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, são as seguintes as fases perpassadas pelo federalismo: “o da separação vertical de rendas, característico do federalismo dualista; o da integração vertical de competências, típico do federalismo cooperativo; e o da distribuição assimétrica de poderes, que vai marcando o Estado Democrático de Direito e o seu federalismo concorrente.”⁶

O momento histórico que consagrou o chamado federalismo dual caracterizou-se por uma rígida separação entre o rol de competências estaduais e federais e, portanto, por clara delimitação dos poderes de cada um destas esferas. As competências então previstas na Constituição federal são todas exclusivas, não havendo que se falar em superposição de atribuições.

No exemplo norte-americano – no qual se espelharam a Constituição argentina de 1853 e a Constituição mexicana de 1917, saliente-se – é possível vislumbrar a existência de amplo rol de competências estaduais como consequência da própria natureza centrípeta desta federação. Raul Machado Horta salienta que o “modelo clássico dos poderes enumerados da União e dos poderes reservados

5 “But the crucial feature for Friedrich was the nature of the relationship between what he regarded as the two fundamental federal concepts of autonomy and participation. He put it thus: Autonomy is here taken in its original meaning as signifying the power and authority, the legitimate right, to govern oneself, but not excluding the participation in a group of similar entities which form in turn an autonomous community. In other words, the autonomy in a community is not considered as impaired by participation in a wider community if the sphere of authority of the wider community is instituted, maintained and altered only with effective participation of the component community.”

6 TORRES, Ricardo Lobo. *O Poder de Tributar no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro, 2005.

aos Estados [...] se fixou, originalmente, na Constituição dos Estados Unidos (art. 1 – Seção VIII), para os poderes enumerados da União e na Emenda n. 10, de 1791, para os poderes reservados aos Estados.”^{7 8}

A doutrina é unânime em salientar que o federalismo dual, que teve seu apogeu nos séculos XVIII e XIX, vem respaldar a consolidação do Estado Liberal. Trata-se de momento histórico em que se busca assegurar que os detentores do poder político serão comedidos na imposição de restrições tanto aos direitos individuais quanto às relações econômicas⁹. Pretende-se estabelecer limites à atuação do Estado, e a existência de rol de competências delimitando as atribuições de cada esfera de Poder afigura-se a medida adequada a resguardar tal pretensão. Nas palavras de Pablo Lucas Verdu, a instituição de compartimentos estanques de competências tem por fim último “a defesa do Estado Liberal, leia-se, a proibição do intervencionismo político e social do Estado como correspondia ao constitucionalismo liberal professado pelo juízes da Suprema Corte.”¹⁰

No período que se seguiu à Primeira Guerra Mundial e, mais intensamente, à Segunda Guerra Mundial, diversos fatores vislumbrados na conjuntura mundial acarretaram, contudo, a necessidade de alargamento da cooperação e da solidariedade não apenas entre os Estados-nação mas também, no âmbito interno dos Estados federados, entre o ente central e os Estados-membros, em matérias até então restritas à atuação local ou regional.

Manuel Garcia Pelayo expõe que tais circunstâncias podem ser resumidas às seguintes: a guerra e as depressões econômicas, cujos percalços demandariam regulação e atuação governamental unitárias;

7 É interessante notar, contudo, que, não obstante a natureza federal da Carta norte-americana, nela não foi consagrada de forma literal tal forma de Estado. Raul Machado Horta relata ter sido apenas algumas décadas após, a partir da promulgação da Constituição argentina de 1853, seguida pela Constituição alemã de 1871, pela Constituição suíça de 1874 e pela Constituição brasileira de 1891 que a forma federal de Estado passou a lograr previsão expressa em textos constitucionais. HORTA, Raul Machado. Formas simétrica e assimétrica do Federalismo no Estado Moderno. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, vol. 01, 1998. <http://www.tce.mg.gov.br/revista>. Acesso em 21 fev 2005.

8 HORTA, Raul Machado. O federalismo no Direito Constitucional Contemporâneo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 04, 2001, Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/revista>>. Acesso em: 21 fev. 2005).

9 Na precisa lição de Canotilho, “o termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão de poderes, e o liberalismo económico, centrado sobre uma economia de mercado livre”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 109).

10 “La defensa del Estado liberal, es decir, la prohibición del intervencionismo político y social del Estado como correspondía al constitucionalismo liberal profesado por los jueces del Tribunal Supremo” (tradução livre). (VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, 4 vols. Madrid: Editorial Tecnos, 1974, p. 281).

o intervencionismo estatal e o conseqüente alargamento dos serviços prestados pelo Estado, a acarretar a ampliação das medidas econômicas e dos serviços públicos de âmbito nacional e, ainda, a fiscalização dos serviços públicos regionais e locais pelo ente central em razão do respaldo financeiro fornecido por este último; finalmente, a crescente complexidade da estrutura econômica, combinada à concentração de capital financeiro e à revolução nos transportes, a ocasionarem que a natureza de uma série de matérias deixe de ser regional e comece a apresentar perfil uniforme, passando a integrar o rol de competências federal.¹¹

Ora, a necessidade de cooperação e de solidariedade entre os entes federados constitui a origem das competências comum e concorrente, as quais viabilizam o apoio mútuo entre as distintas esferas de Poder na superação de problemas econômicos e sociais cuja solução requer a conjugação de esforços. Os primeiros contornos do federalismo cooperativo podem ser encontrados na Constituição Federal da Áustria de 1920 e na Lei Fundamental da Alemanha de 1949.¹²

Acerca do federalismo de cooperação, discorre o autor Erwin Chemerinsky¹³:

A genialidade na existência de múltiplos níveis de governo está em que há diversos atores – federal, estadual e local – que podem zelar pela liberdade e atender às necessidades da sociedade.¹⁴
(tradução livre)

A partir da última década do século XX começam a despontar estudos no sentido de que os vínculos existentes entre os entes federados não mais se caracterizam pela proposta de mútuo apoio, restando patente não apenas a competição mas também a desproporção na distribuição de poderes entre tais entes. Ao fenômeno convencionou-se denominar federalismo assimétrico ou concorrente. Nos Estados

11 GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 3ª reimpressão. Madrid: Alianza, 1993, p. 244/245.

12 Dircêo Torrecillas Ramos chama a atenção para o fato de que, enquanto o federalismo cooperativo norte-americano desenvolveu-se de forma pragmática, visando a solução casuística de problemas concretos, a construção alemã acerca da cooperação federal preocupou-se em fornecer um conceito sistematizado, conferindo-lhe um tratamento científico.

13 CHEMERINSKY, Erwin. *Enhancing Government – Federalism for the 21st Century*. Stanford: Stanford University Press, 2008, p.1.

14 “The genius of having multiple levels of government is that there are many different actors-federal, state, and local- that can advance freedom and respond to society’s needs.”

Unidos, especificamente, o redimensionamento da estrutura federativa decorre da redução das despesas com a guerra fria e do aumento das competências dos Estados-membros na prestação de serviços públicos.

O presente trabalho pretende minuciar especificamente o fenômeno da verticalização do federalismo, caracterizado pelo alargamento dos poderes do ente central em detrimento das competências dos Estados-membros.

2 O FEDERALISMO VERTICAL NO SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO. A INTERPRETRAÇÃO DAS INTERSTATE COMMERCE CLAUSE PELA SUPREMA CORTE. A DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. AS EMENDAS DECORRENTES DA GUERRA CIVIL – 13ª A 15ª EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

O fenômeno do federalismo vertical, conforme já anteriormente registrado, consubstancia um alargamento dos poderes da União em detrimento das competências dos Estados-membros.

Convém destacar, contudo, desde já, que, no âmbito do direito norte-americano, algumas áreas remanescem quase inteiramente sob a competência exclusiva dos Estados-membros, quais sejam, contratos, responsabilidade civil, direito de família, direito comercial e, no direito penal, a maior parte dos crimes comuns.

Pois bem. Diversas são as nuances que identificam o fenômeno da verticalização do federalismo, dentre elas relevando destacar a interpretação dada às *Interstate Commerce Clause* pela Suprema Corte norte-americana, a doutrina dos Poderes Implícitos e o teor das Emendas Constitucionais que se seguiram à Guerra Civil norte-americana (13ª à 15ª *Emendas à Constituição Federal*).

Em primeiro plano, a análise dos julgados envolvendo as *Interstate Commerce Clause* oferece interessante histórico dos posicionamentos adotados pela Suprema Corte na conformação do federalismo norte-americano.

Nos primeiros cem anos da história norte-americana, a Suprema Corte adotou posicionamento bastante centralizador, dando amplo destaque aos poderes da União e relegando os Estados-membros a uma esfera secundária.

Tal perspectiva sofreu uma guinada no início do século XX – mais exatamente no intervalo que se estendeu até o ano de 1936 – quando a Suprema Corte adotou concepções bastante focadas nas competências dos Estados-membros.

Neste período, os poderes do Congresso foram estritamente definidos e a 10ª Emenda à Constituição norte-americana foi interpretada

como parâmetro para restringir os poderes da União, fortalecendo assim as competências dos Estados-membros.

A partir de 1937 a balança voltou a pender no sentido da preponderância dos poderes da União, fenômeno este que se estendeu até o final da década de oitenta. Neste contexto, a Suprema Corte retomou uma interpretação bastante expansiva dos poderes do Congresso.

Desde os mandatos dos presidentes Ronald Reagan e George W. Bush, com a nomeação de juízes conservadores para a Suprema Corte, houve uma retomada da preponderância dos poderes dos Estados-membros como um limite aos poderes do ente central.

Na década de noventa, a Suprema Corte apresentou-se como limitadora dos poderes do ente central ao julgar inconstitucionais leis federais acerca, *v.g.*, da proibição de porte de armas em áreas escolares, da destinação de lixo radioativo e da análise da vida pregressa de requerentes de porte de arma. A primeira destas três leis deu origem a julgamento que veio a ser alçado a *leading case* acerca da limitação dos poderes do Congresso. Trata-se do julgado *United States x Alfonso LOPEZ, Jr.*, do qual extraímos o seguinte extrato¹⁵:

Suprema Corte dos Estados Unidos

União, requerente

Versus

Alfonso LOPEZ, Jr

Arguido em 8 de novembro de 1994

Julgado em 26 de abril de 1995

O réu foi condenado na Corte federal do Texas, magistrado H. F. Garcia, pelo porte de arma de fogo em área escolar, violando o Ato que bane armas de fogo em áreas escolares. O réu apelou. A Corte de Apelação do Quinto Circuito, Garwood, julgador, reformou e devolveu a competência com recomendações, tendo o governo recorrido à Suprema Corte norte-americana. Uma vez admitido o recurso, a Suprema Corte norte-americana, Ministro Justice Rehnquist, decidiu que o Ato que bane armas de fogo em

15 Extraído da base de dados eletrônica

áreas escolares, tornando crime federal a conduta de qualquer indivíduo sabidamente possuidor de arma de fogo em área escolar, não constitui atividade econômica que afete substancialmente o comércio interestadual.

Confirmado.

Ministro Kennedy concordou e Ministro O'Connor acompanhou.

Ministro Thomas concordou.

Ministros Stevens e Souter divergiram.

Ministro Breyer divergiu, em que os Ministros Stevens, Souter e Ginsburg acompanharam.¹⁶ (tradução livre)

Acerca da interpretação dada ao longo das décadas pela Suprema Corte às *Interstate Commerce Clause* e, com elas, ao federalismo norte-americano, discorre o autor Jordan Goldberg¹⁷:

A jurisprudência acerca do Regulamento Comercial tem sido surpreendentemente inconsistente nos últimos dez anos. Entre 1937 e 1995, nenhum estatuto foi refutado no sentido de que ele excederia o poder do Congresso de regulamentar o comércio. Então, no

16 "Supreme Court of the United States UNITED STATES, Petitioner v. Alfonso LOPEZ, Jr. No. 93-1260. Argued Nov. 8, 1994. Decided April 26, 1995.

Defendant was convicted in the United States District Court for the Western District of Texas, H.F. Garcia, J., of possessing firearm in school zone in violation of Gun-Free School Zones Act, and he appealed. The Court of Appeals for the Fifth Circuit, Garwood, Circuit Judge, 2 F.3d 1342, reversed and remanded with directions, and government petitioned for certiorari review. After granting certiorari, 114 S.Ct. 1536, the United States Supreme Court, Chief Justice Rehnquist, held that Gun-Free School Zones Act, making it federal offense for any individual knowingly to possess firearm at place that individual knows or has reasonable cause to believe is school zone, exceeded Congress' commerce clause authority, since possession of gun in local school zone was not economic activity that substantially affected interstate commerce. Affirmed Justice Kennedy filed concurring opinion in which Justice O'Connor joined.

Justice Thomas filed concurring opinion.

Justices Stevens and Souter filed dissenting opinions.

Justice Breyer filed dissenting opinion, in which Justices Stevens, Souter and Ginsburg joined."

17 GOLDBERG, Jordan. *The Commerce Clause and Federal Abortion Law: Why Progressives Might Be Tempted to Embrace Federalism*. Fordham Law Review. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/Flr>>. v. 75, n.1, p. 301-354, janeiro, 2006.

julgado *União versus Lopez*, a Corte aparentou impor novos limites ao Regulamento Comercial, atacando o Ato que bane armas de fogo em áreas escolares, o qual proibia o porte de arma em uma distância de 1000 pés de escolas, como afigurando-se além dos poderes do Congresso. A Corte corroborou *Lopez* alguns anos depois no julgamento *União versus Morrison*, onde ela desconsiderou seção do Ato de Violência Contra as Mulheres (VAWA) que autorizava vítimas de violência em razão do gênero a interpor ações em corte federal, não obstante o Congresso houvesse solucionado alguns dos problemas que a Corte tinha identificado no Ato que bane armas de fogo em áreas escolares. Os dois casos pareciam indicar uma revolução federalista na jurisprudência acerca do Regulamento Comercial, na qual a Corte aparentava estar traçando linhas em torno dos tipos de áreas que o Congresso pode regular. Enquanto alguns analistas proclamavam um retorno à jurisprudência do Regulamento Comercial que antecedeu o *New Deal*, a revolução apresentou ter sido vivenciada por curto período, tendo em vista a decisão da Corte em *Gonzales versus Raich*. Em *Raich*, a Corte decidiu que o Ato contra o abuso de substâncias controladas, que proíbe a produção, distribuição e posse de inúmeras drogas, incluindo a maconha, era constitucional mesmo quando aplicado à maconha que é legalmente cultivada apenas para uso medicinal e nunca foi, nem nunca será objeto de comércio. *Raich* parece demarcar um movimento de retorno em direção ao método de interpretação do Regulamento Comercial que se seguiu ao *New Deal*, com forte ênfase na deferência ao entendimento do Congresso, em conjunto com uma compreensão expansiva do poder do Regulamento Comercial e da economia de mercado nacional.¹⁸ (tradução livre)

18 “Commerce Clause jurisprudence has been surprisingly inconsistent over the last ten years. Between 1937 and 1995, not one statute was struck down on the grounds that it exceeded Congress’s Commerce power. Then, in *United States v. Lopez*, the Court appeared to put new limitations on the Commerce Clause, striking down the Guns-Free School Zone-Act, which prohibited possession of a gun within 1000 feet of a school, as being outside Congress’s Commerce power. The Court followed *Lopez* a few years later with *United States v. Morrison*, where it struck down a section of the Violence Against Women Act (VAWA) that allowed victims of gender-motivated violence to sue in federal court, even though Congress had solved some of the problems the Court has identified in *Guns-Free School Zone Act*. The two cases appeared to indicate a federalist revolution in Commerce Clause jurisprudence, in which the Court seemed to be drawing lines around the types of areas that Congress can regulate. While some commentators proclaimed the revival of a pre-New Deal Commerce Clause jurisprudence, the revolution appears to have been short-lived, based on the Court’s decision last term in *Gonzales v. Raich*. In *Raich*, the Court held that the Controlled Substance Abuse Act, which prohibits the manufacture, distribution, or possession of a number of drugs, including marijuana, was constitutional even as applied to marijuana that is legally grown for medical use only and has never been, and never will be the stream of commerce.

Em análise procedida em anterior momento histórico, haviam relatado os autores Dave Kopel e Glenn Reynolds¹⁹:

Como tem sido por décadas, a questão do aborto continua a inspirar batalhas políticas e propostas de reformas legais e constitucionais. Mas o debate acerca da matéria perdeu um importante desenvolvimento: desde que a marcante decisão da Suprema Corte em *United State versus Lopez*, agora é razoável perguntar onde o Congresso pode obter o poder de regular o aborto em primeiro lugar. *Lopez*, ao final, sublinhou o aspecto de que o nosso governo federal é limitado, restrito àqueles poderes enumerados na Constituição. Sob a lógica absoluta de *Lopez*, o argumento a favor do poder do Congresso para regular o aborto à luz do Regulamento Comercial parece no mínimo duvidoso.²⁰ (tradução livre)

Pois bem. A doutrina dos Poderes Implícitos, a seu turno, constitui provavelmente a nuance mais difundida dentre os aspectos da centralização de poderes, encontrando íntima relação com o artigo 10, Seção 8 da Constituição Federal Norte-Americana:

O Congresso deve ter o poder de criar e arrecadar taxas e impostos, de pagar as dívidas e arcar com a defesa e o bem-estar dos Estados Unidos; mas todas as dívidas e impostos devem ser os mesmos em todos o território norte-americano²¹ (tradução livre)

Propugna referida doutrina, em apertada síntese, que à titularidade de determinada competência é inerente a autorização para a prática dos

Raich appears to mark a move back toward the post-New Deal method of interpreting the Commerce Clause, with a heavy emphasis on deference to congressional judgment, paired with an expansive understanding of the Commerce power and the national market economy”

- 19 KOPEL, Dave B., REYNOLDS, Glenn H. *Taking Federalism Seriously: Lopez and the Partial-Birth Abortion Ban Act*, Connecticut Law Review, Connecticut, vol. 59, Fall 1997.
- 20 “As has been the case for decades, the issue of abortion continues to inspire political battles and proposals for legislative and constitutional change. But the ritualized debate over the subject has missed an important development: since the Supreme Court’s landmark decision in *United States v. Lopez*, it is now reasonable to ask where Congress might get the power to regulate abortion in the first place. *Lopez*, after all, underscored the point that our federal government is a limited one, restricted to those powers enumerated under the Constitution. Under the plain logic of *Lopez*, the argument for a congressional power to regulate abortion under the Interstate Commerce Clause seems dubious at best.”
- 21 “Article I, Section 8. The Congress shall have the Power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defence and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States”

meios necessários ao seu exercício, daí o alargamento dos poderes do ente central. Acerca da matéria, discorre o jurista Miguel Reale²²:

Se a Constituição federal confere à União competência para legislar ou prover sobre dada matéria, de tais poderes expressos outros resultam, lógica e necessariamente, como poderes implícitos: entre estes o da escolha dos meios idôneos à consecução dos fins reclamados pelos interesses gerais do País.

A consagração de referida doutrina no direito norte-americano tem como marco o julgamento, pela Suprema Corte, da lide *Mc Culloch vs. Maryland* – na qual discutida a possibilidade de Estado-membro tributar determinado banco. Na lide em tela, o *Chief Justice* John Marshall sublinhou ser inviável ao constituinte originário antecipar todos os contornos dos poderes autorizados à União.

Finalmente, as Emendas decorrentes da Guerra Civil norte-americana (13^a a 15^a Emendas) atribuem amplos poderes ao Congresso. Atente-se ao teor de referidas Emendas:

13^a Emenda.

Seção 1. Nem a escravidão nem o trabalho forçado, exceto decorrente da prática de crime pelo qual a parte tenha sido devidamente condenada, deve existir nos Estados-Unidos, ou em qualquer local sujeito à sua jurisdição

Seção 2. O Congresso deve ter o poder de fazer cumprir este artigo através de legislação apropriada.

14^a Emenda.

Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e portanto sujeitas à sua legislação, são cidadãs norte-americanas e do Estado-membro no qual residem. Nenhum Estado-membro deve criar ou cumprir qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos norte-americanos; tampouco deve qualquer Estado-membro privar qualquer pessoa de sua vida,

²² REALE, Miguel, Federação. Poderes implícitos. Desenvolvimento urbano. *Revista de Direito Administrativo*, 155 (1): 327-344, 1984.

liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção perante a lei.

[...]

Seção 5. O Congresso deve ter o poder de fazer cumprir, através de legislação apropriada, as determinações deste artigo.

15ª Emenda.

Seção 1. O direito ao voto dos cidadão norte-americanos não poderá ser negado ou limitado pelos Estados-Unidos ou por qualquer Estado-membro, por razões de raça, cor ou condição social.

Seção 2. O Congresso deve ter o poder de fazer cumprir este artigo através de legislação apropriada.²³ (tradução livre)

Patente, portanto, o alargamento dos poderes do ente central por força da 13ª, da 14ª e da 15ª Emendas à Constituição norte-americana, as quais consolidam notória premência da União sobre os Estados-membros.

O fenômeno do federalismo vertical, uma vez consolidado e incontestável, deu origem a fecundas considerações doutrinárias, conforme análise procedida no tópico que se segue.

²³ "Amendment 13.

Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for a crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

Section 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment 14.

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.

[...]

Section 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

Amendment 15.

Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any state, on account of race, color, or previous condition of servitude.

Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation."

3 ASPECTOS NOCIVOS DA DESCENTRALIZAÇÃO DE PODERES. QUESTIONAMENTOS FISCAIS, AMBIENTAIS E DE BEM-ESTAR SOCIAL

Grande parte dos juristas pátrios e estrangeiros manifesta largo desencanto com relação à verticalização do federalismo, apontando que a proposta de atuação coordenada dos entes federados teria sido corrompida pelo agigantamento dos poderes do ente central, transmutando-se em um conjunto de competências eminentemente hierarquizado²⁴.

No presente tópico, pretendemos questionar a concepção majoritária que se apresenta extremamente cética com relação ao alargamento dos poderes do ente central e, portanto, com relação à verticalização do federalismo. Conforme proposta do presente trabalho, teremos como plano ilustrativo o sistema norte-americano.

A competição entre os Estados-membros norte-americanos ganhou forte impulso durante o mandato do presidente Ronald Reagan, empossado no ano de 1980, quando foi implantada ampla descentralização de poderes em favor dos entes regionais – a estrutura federal norte-americana passou por larga reestruturação, com o aumento da responsabilidade dos Estados-membros na garantia do bem-estar dos cidadãos e na execução de serviços públicos²⁵. A

24 Acerca da matéria, expõe Silvia Faber Torres que “a centralização motiva – entre outras conseqüências, que não cabem aqui ser enumeradas – um planejamento desmedido, uma burocratização excessiva e ineficiente, o desperdício e a corrupção e, principalmente, uma diminuição do espaço público e a implementação de políticas cada vez mais apartadas do cidadão, a quem, paradoxalmente, a administração pública deve servir” (TORRES, Silvia Faber, *op. cit.*, p. 224). Referida autora faz ainda referência à passagem onde Paulo Bonavides aponta que “o mal do chamado federalismo cooperativo é a sua unidimensionalidade de fato, o unilateralismo da decisão. Esse federalismo só tem uma cabeça: a União. Há sido na prática um federalismo de subordinação (contradizendo a lógica do sistema) e não de coordenação” (BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição – os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 103, nota 6, *apud* TORRES, Silvia Faber, *op. cit.*, p. 221)

25 No caso, paralelamente à abordagem jurídica do tema, observa-se contudo que os contornos políticos da matéria assumiram perfil bastante dúbio, conforme se infere da seguinte passagem, da lavra de Harry N. Scheiber: “Com a eleição de Ronald Reagan para presidente no ano de 1980, estava evidente que uma ampla reconsideração acerca do papel do governo na sociedade – incluindo, mas certamente não limitada a tal, a questão da reforma do federalismo – seria trazida novamente ao palco principal da política nacional [...] Não menos desconcertante é a evidência de que enquanto proclamavam as virtudes retóricas dos governos estadual e local, os líderes conservadores do Novo Federalismo emprestaram seu entusiástico apoio ao movimento anti-tributação nos Estados [...]” (tradução livre). (“With the election of Ronald Reagan as President in 1980, it was evident that a sweeping reconsideration of government’s role in society – including, but certainly not confined to, the question of federalism reform – would be brought to center stage again in national politics (...) No less striking is the evidence that while proclaiming the virtues of the states and local government in their rhetoric, the conservative leaders of New Federalism have lent their enthusiastic support to the anti-tax movement in the states (...).” SCHEIBER, Harry N.

discussão doutrinária acerca de tal diretiva coloca em dúvida o mérito da ampla descentralização administrativa e legislativa, em razão dos ônus decorrentes da competição entre os Estados-membros.

Conforme salientado por Wallace E. Oates em artigo publicado no *National Tax Journal*, periódico que vem emprestando considerável espaço à discussão acerca do federalismo concorrente, a teoria clássica do federalismo fiscal aponta que matérias de interesse local devem ser atribuídas aos governos locais e não a uma esfera central de governo que prestaria serviços públicos uniformizados, uma vez que a medida apropriada a determinada comunidade não necessariamente é relevante para outra localidade. A descentralização fiscal²⁶ e a competição a ela inerente viabilizariam ainda melhores resultados econômicos do que aqueles que seriam logrados através da concentração de poderes no ente central. Daí porque caberia à União tão somente a consecução de serviços de natureza nacional, tal como a defesa militar.

A tese que vem sendo levantada nas duas últimas décadas, contudo, preconiza que a competição decorrente da ampla descentralização de poderes em favor de Estados-membros denigre o adequado funcionamento da forma federal de Estado. Neste sentido, registra Robert Strauss que “as relações fiscais entre o ente central e os Estados-membros vigentes no final do século dezoito e que foram consolidadas na autoridade fiscal simultânea que autoriza os Estados-membros a fazerem o que quiserem para financiarem seus serviços, ao meu ver, não funcionam mais.”²⁷ (tradução livre)

Wallace E. Oates acrescenta que:

À primeira vista, parece um pouco estranho encontrar a competição econômica no papel de vilã. Com algumas qualificações importantes, é certo, os economistas caracteristicamente louvam a atuação da competição como um mecanismo que mais comumente promove eficiência na produção e na distribuição de recursos. No âmbito

Redesigning the architecture of federalism – an american tradition: modern devolution policies in perspective. In CONSTRUCTING A NEW FEDERALISM: JURISDICTIONAL COMPETENCE AND COMPETITION – SIMPOSIUM ISSUE. New Haven: Yale Journal on Regulation, 1996, pp. 290/291.)

26 Neste contexto, caberia eminentemente a cada esfera de governo arrecadar as receitas necessárias ao suporte das despesas com serviços públicos constantes de seu orçamento.

27 “Central-state fiscal relations of the late 18th century that became codified in the concurrent fiscal authority that allows the states to do what they wish to finance their services, are, in my judgment, no longer workable.” (STRAUSS, Robert. Fiscal federalism and the changing global economy. *National Tax Journal* 43 (3): 315-320, 1990).

de mercados *privados* que detêm agentes maximizadores do lucro, a competição (atuando através da famosa mão invisível de Adam Smith) guia as decisões individuais de modo que vem a acarretar benéficos efeitos sociais. *No caso do setor público, contudo, nós somos informados de que a competição debilita o fornecimento adequado de serviços públicos [...] Existe hoje um amplo grupo de modelos teóricos que avaliam esta afirmação de que a competição resulta no fornecimento de serviços públicos deficitários.*²⁸ (tradução livre) (grifos nossos)

A discussão doutrinária ora analisada encontra-se focada, em especial, na repartição de competências tributárias e no uso desvirtuado que delas vem sendo feito por parte dos governos estaduais e locais, com notório prejuízo ao interesse público. Mais uma vez recorrendo aos estudos de Wallace E. Oates, constatamos:

Parte da recente literatura acerca da guerra fiscal fornece uma objeção direta a este ponto de vista [clássico]. O argumento, em síntese, é no sentido de que, para atrair novos investimentos de empresas e criar novos empregos, políticos “locais” (aí incluídos integrantes do governo local ou estadual norte-americano e de países-membros da União Européia) tendem a reduzir o valor dos tributos (e possivelmente também as restrições das medidas ambientais) que estariam a desestimular o desenvolvimento econômico. Uma corrida competitiva baseada substancialmente em baixa carga tributária gera um setor público demasiado diminuto para fornecer níveis adequados de serviços públicos.²⁹ (tradução livre)

28 “It seems a little strange on first glance to find economic competition cast in the role of the villain. With certain important qualifications of course, economists typically praise the workings of competition as a mechanism that encourages efficiency in production and in resource allocation more generally. In a setting of private markets with profit-maximizing agents, competition (working through Adam Smith’s famous invisible hand) guides individual decisions in ways that promote socially beneficial outcomes. In the case of the public sector, however, we are told that competition undermines the adequate provision of public services [...] There is now a large group of theoretical models that assess this claim that competition results in the underprovision of public services” (OATES, Wallace. E. Fiscal Competition or harmonization? Some reflections. *National Tax Journal*, 54 (3): 507-512, 2001)

29 “Some of the new literature on fiscal competition provides a direct challenge to this vision. The argument, in brief, is that in their concern to attract new business investment and create new jobs, “local” officials (be they from state or local governments in the U.S. or member countries in the E.U.) tend to hold down tax rates (and perhaps also the stringency of environmental measures) that might discourage economic development. A competitive race relying heavily on low tax rates results in a public sector that is too small to provide adequate levels of public services” (Id. *ibid.*, p. 508)

E, em outro trecho mais adiante, completa o autor:

Nos Estados Unidos, existe uma preocupação de considerável repercussão no sentido de que a competição entre os governos estaduais e locais, através da utilização tanto de instrumentos fiscais quanto de regulação, tenha resultado em uma debilitante queda-livre entre os competidores ³⁰ (tradução livre)

No que respeita às políticas ambientais, aponta-se que a imposição de exigências técnicas voltadas à preservação do meio-ambiente, tal como a previsão de limites à emissão de gases poluentes, acaba por ser minimizada pelos Estados-membros para evitar que tais exigências desestimulem a instalação de indústrias. Aqui, também, adquire destaque a premissa de que cada Estado-membro procura apresentar-se como mais atraente que os demais no escopo de assegurar investimentos econômicos.

Certo é que, neste contexto, não bastasse o fato de que normas de extrema relevância à preservação do meio-ambiente estarão sendo afastadas, constata-se ainda que em curto espaço de tempo a estratégia descrita tampouco haverá de surtir algum efeito, senão vejamos. Não obstante cada um dos Estados-membros – senão todos ao menos a maior parte deles – se renda à redução das exigências ambientais no afã, repita-se, de atrair investimentos para seus territórios, daí decorrendo uma queda dos padrões mínimos, verifica-se que o diferencial que inicialmente acreditava-se que existiria com relação à regulamentação dos demais entes regionais não restará caracterizado, uma vez que a utilização de igual estratégia por todos eles – ou por sua maior parte – os terá equiparado.

Acerca da polêmica, são as seguintes as palavras de Peter P. Swire, professor da Universidade de Ohio:

Comparando as regulações estadual e federal, algumas importantes deficiências são observadas mais profundamente na esfera estadual. Conflitos interestaduais podem seduzir um Estado a empurrar a poluição a favor do vento, e a nítida percepção de uma disputa em queda-livre pode empurrar os responsáveis pelas decisões no sentido da adoção de parâmetros mais baixos num esforço de atrair negócios. A regulação a nível nacional internaliza muitos dos conflitos interestaduais e reduz a interação estratégica entre Estados [...] A possibilidade muito mais real é de que a regulação a

30 "In the U.S., there is an often-voiced concern that competition among state and local governments, making use both of fiscal and regulatory instruments, has resulted in a debilitating "race do the bottom" (Id. *ibid.*, p. 507).

nível federal vá reduzir a indesejável competição estadual, tal como explicado neste Artigo.³¹ (tradução livre)

Há, ainda, abordagens concernentes às políticas sociais implantadas pelos governos estaduais. Paul E. Peterson, professor da Universidade de Harvard, expõe as razões pelas quais a competição entre os Estados-membros veio a acarretar um decréscimo das verbas destinadas a tais políticas. De acordo com este autor, Estados-membros que, até a década de noventa, ofereciam benefícios sociais elevados a famílias de baixa renda tornaram-se um chamariz para referida parcela da população, ocasionando substancial migração. Foi o caso, por exemplo, do Estado de Mississippi, cuja verba anual direcionada a famílias de baixa renda compostas por quatro membros era mais de cem vezes superior ao subsídio oferecido pelo Estado da Califórnia ao mesmo núcleo familiar. Em consequência, não apenas os gastos dos Estados que ofereciam políticas sociais mais amplas aumentaram, como também seus índices de pobreza, haja vista o deslocamento de parte da população de pequeno poder aquisitivo. Daí porque, relata Peterson, Estados tradicionalmente comprometidos com amplas políticas sociais acabaram por optar pela redução dos gastos com atendimento à população carente. São as seguintes as palavras do autor em comentário, acerca da matéria:

Antes de 1970, diferenças nas políticas de bem-estar social tinham reduzido efeito magnético. Numerosas leis estaduais e práticas administrativas eram delineadas de modo a dificultar o acesso ao sistema assistencial, e desencorajavam a mudança de residência meramente para melhoria das oportunidades de assistência social. Muitos estados negavam benefícios sociais para qualquer um que não houvesse morado no Estado por um ano. Os benefícios do programa de auxílio a famílias com dependentes menores não abria as portas para auxílio-alimentação e amparo médico. Assim, antes de 1969, os Estados podiam melhorar

31 "In comparing state and federal regulation, some important disabilities apply more acutely at the state level. Interstate externalities can tempt a state to push pollution downwind, and the very perception of a Race to the Bottom can push decision makers to lower standards in an effort to attract businesses. Regulating at the national level internalizes many of the interstate externalities and reduces the strategic interactions among states (...) The much more real possibility is that regulation at the federal level will reduce the undesirability of state competition, as explained in this Article". (SWIRE, Peter P., *The race to laxity and the race to undesirability: explaining failures in competition among jurisdictions in environmental law*. In *CONSTRUCTING A NEW FEDERALISM: JURISDICTIONAL COMPETENCE AND COMPETITION – SIMPOSIUM ISSUE*. New Haven: Yale Journal on Regulation, 1996, pp. 67-110).

seus benefícios assistenciais sem se tornarem um lugar mais atraente para a residência de pessoas pobres de outras partes do país.

Em 1969, a Suprema Corte decidiu, em *Shapiro v. Thompson*, que negar benefícios assistenciais a recém-chegados inconstitucionalmente negava a estes igual proteção perante a lei [...]. Uma vez que recém-chegados poderiam obter benefícios assistenciais, governantes locais se tornaram cada vez mais preocupados em se tornarem imãs assistenciais [...]. Benefícios eram ainda cortados se a população pobre de um Estado estava em crescimento. Estados estavam atuando como se eles se encontrassem em uma corrida competitiva um com o outro. (tradução livre)³²

Ao final do artigo, conclui Peterson:

O movimento de pessoas de baixa renda de um Estado para outro na busca de melhores serviços sociais virá a público. Estados serão forçados a tomar providências para evitar tornarem-se refúgio para os pobres. A corrida em queda-livre poderá rapidamente intensificar-se. Demandas por um solução nacional irão aumentar. (tradução livre)³³

Portanto, no que respeita às críticas da doutrina norte-americana à competição entre os governos estaduais e locais, objeto do presente tópico, atente-se que elas vêm proliferando não apenas no que concerne a aspectos fiscais, mas também – de forma mais tênue, é certo – a diversas

32 “Before 1970, differences in the state welfare policies had little magnetic effect. Numerous state laws and administrative practices were designed to make access to the welfare system difficult, and discouraged changing residences merely to improve one’s welfare opportunities. Many states denied welfare benefits to anyone who had not lived in the state for a year. AFDC [Aid to Families with Dependent Children program] benefits did not open the door to food stamps and Medicaid. Thus, before 1969, states could increase their welfare benefits without becoming a more attractive place of residence for poor people in other parts of the country.

In 1969, the Supreme Court ruled in *Shapiro v. Thompson* that denying welfare benefits to newcomers unconstitutionally denied them equal protection before the law (...). Once newcomers could obtain welfare benefits, state officials became increasingly concerned about becoming welfare magnets (...). Benefits were further cut if a state’s poverty population was on the increase. States were acting as if they were in a competitive race with each other” (PETERSON, Paul E. *Devolution’s price. In CONSTRUCTING A NEW FEDERALISM: JURISDICTIONAL COMPETENCE AND COMPETITION – SIMPOSIUM ISSUE*. New Haven: Yale Journal on Regulation, 1996, pp. 111-122).

33 “The movement of low-income people from one state to another in search of better social services will come to public notice. States will be forced to take measures to avoid becoming havens for the poor. The race to the bottom could quickly intensify. Demands for a national solution would escalate” (Id. *ibid.*, p. 111).

outras áreas de interesse da Ciência do Direito, tais como políticas ambientais e de bem-estar social³⁴.

4 CONCLUSÃO

Não obstante a existência de uma teoria geral da federação, a qual confere a esta forma de Estado alguns contornos típicos, certo é que o federalismo não constitui modelo estanque, mas necessariamente suscetível às peculiaridades de cada Estado-nação. Assim, cada federação apresenta variáveis decorrentes de elementos históricos, sociais, econômicos e culturais, *v.g.*, não havendo um Estado federal inteiramente semelhante a outro.

Acerca da matéria, expõe o jurista Michael Burgess³⁵:

Daniel Elazar defendia que a origem do problema reside, ironicamente, em um dos pilares principais do federalismo, qual seja, sua flexibilidade. Sua extrema flexibilidade e adaptabilidade tornaram ‘difícil de discutir satisfatoriamente em um nível teórico’ [...] Assim, de acordo com Elazar, existem diversas variáveis de arranjos políticos aos quais o termo ‘federal’ pode ser apropriadamente aplicado, não surpreende que a base conceitual para a construção de uma teoria forneça apenas fundações instáveis.³⁶(tradução livre)

Na defesa da relevância do poder central no sistema norteamericano, salienta Chemerinsky³⁷:

A autoridade do Congresso acerca de provisões como o Regulamento Comercial e a Seção 5 da 14ª Emenda deveria ser interpretada extensivamente, limitada primeiramente pelo processo político e

34 Acerca do tema, consulte-se John Douglas WILSON. Theories of tax competition. *National Tax Journal* 52 (2): 269-304, 1999. Consulte-se, também a coletânea CONSTRUCTING A NEW FEDERALISM: JURISDICTIONAL COMPETENCE AND COMPETITION – SIMPOSIUM ISSUE. New Haven: Yale Journal on Regulation, 1996.

35 BURGESS, *op. cit.*, p. 283

36 “Daniel Elazar claimed that the source of the problem lay, ironically, in one of the federalism’s main strengths, namely, its flexibility. Its very flexibility and adaptability made it ‘difficult to discuss satisfactorily on a theoretical level’ [...] Since, according to Elazar, there are several varieties of political arrangements to which the term ‘federal’ can be appropriately applied, it is hardly surprising that the conceptual basis for theory-building furnishes only shaky foundations.”

37 CHERMERINSKY, *op. cit.*, p. 3.

proteção judicial das outras partes da Constituição, como a separação de poderes e os direitos individuais. A 10ª Emenda não deveria ser interpretada como uma base independente para invalidação de leis federais. Isto, claro, não é uma mudança radical na lei, é um retorno à abordagem do federalismo adotada de 1937 a 1995.³⁸ (tradução livre)

A crítica doutrinária abordada no tópico antecedente assume extrema importância ao propiciar um contrapeso à tese favorável a uma máxima descentralização político-administrativa. Porém, tampouco tal crítica deve ser considerada indene a ponderações. Acerca do tema, bem explicita John Douglas Wilson, em artigo publicado pelo *National Tax Journal*:

[...] competição entre governos tem tanto bons como maus aspectos, a importância de cada um destes varia ao lado dos atributos dos bens e serviços fornecidos pelo governo. Esta avaliação sugere um papel para a intervenção por uma autoridade central, mas tanto considerações políticas quanto problemas afetos à informação deveriam ser cuidadosamente analisados.³⁹ (tradução livre)

O tema é, ainda, sujeito a nuances afetas ao transcurso do tempo. Conforme salientam Henry N. Butler e Jonathan R. Macey, no âmbito de seminário pautado no federalismo norte-americano contemporâneo promovido pela Universidade de Yale, “certamente, contudo, qualquer novo equilíbrio será enfaticamente contestado e inevitavelmente transitório. Nós devemos seguramente marcar outro simpósio versando sobre o federalismo dentro de cinco anos.”⁴⁰ (tradução livre)

38 “Congress’s authority under provisions such as the commerce clause and Section 5 of the Fourteenth Amendment should be expansively interpreted, limited primarily by the political process and judicial protection of other parts of the Constitution, such as separation of powers and individual rights. The Tenth Amendment should not be interpreted as an independent basis for invalidating federal laws. This, of course, is not a radical change in the law, it is a return to the approach to federalism followed from 1937 to 1995.”

39 “[...] competition among governments has both good and bad aspects, the importance of which vary across the attributes of the goods and services that the governments provide. This assessment suggests a role for intervention by a central authority, but both political considerations and information problems should be carefully addressed.” (WILSON, John Douglas, op. cit., pp. 269-304). O principal argumento de que faz uso a corrente que entende benéfica a concorrência entre entes federados, repita-se, está relacionado ao comedimento fiscal indiretamente imposto a autoridades locais, já que elas precisam evitar o afastamento dos investidores. Trata-se de circunstância que não seria vislumbrado na hipótese de a competência tributária ficar concentrada no poder central.

40 “Just as surely, however, any new equilibrium will be fiercely contested and inevitably transitory. We may safely schedule another symposium on federalism five years hence.” (BUTLER, Henry N.; MACEY,

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BURGESS, Michael. *Comparative Federalism – Theory and Practice*. New York: Routledge, 2006
- BUTLER, Henry N., MACEY, Jonathan R. Externalities and the matching principle: the case for reallocating environmental regulatory authority. In *Constructing A New Federalism: Jurisdictional Competence And Competition – Symposium Issue*. New Haven: Yale Journal on Regulation, 23-66, 1996.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Enhancing Government – Federalism for the 21st Century*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 3^a reimpressão, 1993.
- GOLDBERG, Jordan. The Commerce Clause and Federal Abortion Law: Why Progressives Might Be Tempted to Embrace Federalism. *Fordham Law Review*, n. 1, v. 75, p. 301-354, jan. 2006. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr>>
- HORTA, Raul Machado. Formas simétrica a assimétrica do federalismo no Estado moderno. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 01, 1998. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/revista>>.
- _____. Pluralidade do federalismo. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Direito Contemporâneo – estudos em homenagem a Oscar Dias Correa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- KOPEL, David B.; REYNOLDS, Glenn H. Taking Federalism Seriously: Lopez and the Partial-Birth Abortion Ban Act. *Connecticut Law Review*, *Connecticut*, v. 59, Fall 1997.
- OATES, Wallace E. *Fiscal Competition or harmonization? Some reflections*. *National Tax Journal* 54 (3): 507-512, 2001.

Jonathan R. Externalities and the matching principle: the case for reallocating environmental regulatory authority. In CONSTRUCTING A NEW FEDERALISM: JURISDICTIONAL COMPETENCE AND COMPETITION – SIMPOSIUM ISSUE. New Haven: Yale Journal on Regulation, 1996, p. 22)

PETERSON, Paul. E. Devolution's price. In *Constructing a New Federalism: Jurisdictional Competence and Competition – Symposium Issue*. New Haven: Yale Journal on Regulation, 111-122, 1996.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REALE, Miguel. Federação. Poderes implícitos. Desenvolvimento urbano. *Revista de Direito Administrativo*, 155 (1): 327-344, 1984.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHEIBER, Harry N. Redesigning the architecture of federalism – an american tradition: modern devolution policies in perspective. In *Constructing a New Federalism: Jurisdictional Competence And Competition – Symposium Issue*. New Haven: Yale Journal on Regulation. New Haven: Yale Journal on Regulation, 227-296, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STRAUSS, Robert. Fiscal federalism and the changing global economy. *National Tax Journal* 43 (3): 315-320, 1990.

SWIRE, Peter P. The race to laxity and the race to undesirability: explaining failures in competition among jurisdictions in environmental law. In *Constructing A New Federalism: jurisdictional competence and competition – symposium issue*. New Haven: Yale Journal on Regulation, 67-110, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. A nova ordem tributária e a descentralização fiscal. *Revista de Direito Tributário*, 75: 262-267, 1999.

_____. *O poder de tributar no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro, 2005

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*, 4 vols. Madrid: Tecnos, 1974.

WILSON, John Douglas. Theories of tax competition. *National Tax Journal* 52 (2): 269-304, 1999.

A AGÊNCIA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR BANCÁRIO DOS EUA E PREVENÇÃO DE CRISES

*THE USA BUREAU OF CONSUMER FINANCIAL PROTECTION
AND CRISIS PREVENTION*

Adriana Teixeira de Toledo

*Subprocuradora-Geral do Banco Central do Brasil, mestre em Direito Econômico pela
Universidade Gama Filho e especialista em Gestão Estratégica pelo INSEAD - França*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A criação do Bureau de Proteção ao Consumidor Bancário; 1.1 A estrutura da Agência; 1.2 Principais funções da Agência; 2 Perspectivas para o alcance da missão da Agência; 3 O modelo adotado no Brasil; 3.1 O Banco Central do Brasil e Agência Reguladora; 3.2 Educação financeira no Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo expõe o contexto, a forma de criação e as principais funções do Bureau de Proteção ao Consumidor Bancário nos EUA, criado em 2010, pela Lei Dodd-Frank, no âmbito da reforma de Wall Street, após a crise financeira de 2008. Faz uma avaliação da perspectiva de alcance dos objetivos da Agência e relata as principais realizações desde a sua criação. Descreve também o modelo brasileiro de proteção ao consumidor, com abordagem das atribuições de uma agência reguladora, concluindo que no Brasil não se enquadra nas atribuições do Banco Central a proteção ao consumidor bancário. Aborda a evolução da estratégia nacional de educação financeira, tema de grande relevo para o fortalecimento de mecanismos de prevenção a crises, nos EUA e no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor Bancário. Proteção. Agência Reguladora. BCFP. Missão. Crise Financeira. Modelo Brasileiro. Federal Reserve. Banco Central do Brasil. Educação Financeira.

ABSTRACT: Concerns about financial crisis has led the US Government setting up the *Bureau of Consumer Financial Protection*, issuing the Dodd-Frank Act, in the context of the Wall Street's reform, in 2010. There is a great expectation in the fulfillment of the agency's mission by the American society. However, the main achievement, so far, was in the financial education arena. This subject has been highly important as an instrument to consolidate the measures to prevent crisis. The Brazilian model for consumer protection, is based on the regulatory agencies, it is not a Central Bank of Brazil attribution. Therefore, the issue must be reviewed in here as it has been done in the US.

KEYWORDS: Financial Consumer. Protection . Dodd-Frank Act. Bureau. Financial Crisis. Federal Reserve. Regulatory Agency. Central Bank of Brasil. Financial Literacy

INTRODUÇÃO

A partir da edição da Lei Dodd-Frank, assinada pelo presidente dos Estados Unidos em julho de 2010, que trata da reforma financeira norte-americana, foi criado o Bureau de Proteção ao Consumidor Financeiro (BCFP)¹.

A Lei Pública 111-203, chamada Dodd-Frank Act, lei de Reforma de *Wall Street* e de Proteção a Consumidores, assim nomeada em honra de seus principais proponentes, o senador Chris Dodd e o deputado Barney Frank, culminou o processo de debate de reforma financeira no país deflagrado a partir da crise de 2007/2008.

O ato marca a maior alteração legislativa para supervisão financeira após a década de 1930. Desde as reformas financeiras que se seguiram à Grande Depressão, os Estados Unidos assumiram a vanguarda do processo de definição de regras de regulação financeira - não apenas por ser aquele País dotado dos mercados financeiros mais amplos, profundos e sofisticados do mundo capitalista -, mas em razão da consciência dos reguladores norte-americanos sobre as vantagens da liderança neste tipo de processo.

A nova regulamentação afeta cada instituição financeira que opera naquele país e também tem efeito significativo sobre as sociedades comerciais, inclusive estrangeiras, que com ele se relacionam. Como resultado, tanto instituições financeiras quanto empresas comerciais, sejam elas grandes ou pequenas, começam a lidar com a mudança histórica na estrutura bancária americana que alcança: valores mobiliários, derivativos, remuneração de executivos, defesa do consumidor e governança corporativa.

Embora algumas disposições da Lei se apresentem como de aplicação imediata, os organismos reguladores financeiros estão em um intenso período de regulamentação que deve perdurar pelos próximos meses, e os agentes do mercado estão sendo obrigados a tomar decisões estratégicas em um ambiente de muitas incertezas.

A legislação é complicada e contém ambigüidades substanciais, muitas das quais não serão resolvidas até a edição dos regulamentos. Com isso, especialistas² afirmam que a promulgação da Lei está longe de encerrar o processo de reforma, exatamente por que a maioria de suas

1 *Bureau of Consumer Financial Protection.*

2 Uma análise da Lei feita pelo escritório norte-americano de advocacia Davis Polk calculou que ela exige a realização de 67 estudos por instituições oficiais variadas para fundamentação de decisões posteriores, e a fixação de 243 definições e parâmetros pelas instituições reguladoras.

disposições depende de definição prática pelas instituições reguladoras, entre as quais figura com especial proeminência o *Federal Reserve*³.

Como se vê, a Lei Dodd-Frank é extremamente ambiciosa na sua cobertura. O grande número de áreas sobre as quais os legisladores se debruçaram se reflete na enorme extensão do documento: são centenas de páginas, dispendo sobre práticas de mercado, áreas de atuação de instituições financeiras privadas, atribuições de reguladores etc. Neste trabalho vamos nos ater a analisar os aspectos relacionados à criação do Bureau de Proteção ao Consumidor Financeiro (BCFP), prevista no Capítulo X da lei.

1 A CRIAÇÃO DO BUREAU DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR FINANCEIRO

Um dos elementos mais polêmicos da Lei Dodd-Frank foi a criação do Bureau de Proteção ao Consumidor Financeiro. As instituições financeiras se opuseram fortemente à proposta de criação da agência, por temer suas decisões. Reguladores se opuseram, ainda que de forma mais discreta, à iniciativa por temor de redução de sua preeminência na supervisão financeira. Já a opinião pública parece ter se mobilizado para viabilizar a proposta, e o próprio presidente Obama, mais de uma vez, declarou publicamente que a criação do Bureau era inegociável.

O BCFP foi criado com amplos poderes de supervisão e imposição de procedimentos, como uma entidade autônoma alojada no aparato do *Federal Reserve*, mas sem qualquer subordinação a ele. Seu presidente é indicado pelo presidente dos Estados Unidos e suas decisões são finais, exceto pela possibilidade de apelo de outras instituições reguladoras ao Conselho de Estabilidade Sistêmica, criado pela mesma Lei.

Apesar do poder atribuído ao BCFP na Lei Dodd-Frank, sua atuação, na prática, dependerá dos seus estatutos internos, que traduzirão esses poderes abstratos em procedimentos concretos.

A Lei estabelece proteção ao consumidor financeiro por meio da nova Agência com amplos poderes e um orçamento substancial. A agência assumiu a maior parte da proteção dos consumidores, função até então desempenhada pelos diversos reguladores, sob a vigência de leis federais de proteção do consumidor, já existentes.

O maior impacto será sentido por organizações bancárias com ativos de 10 milhões de euros ou mais, sobre as quais a Agência passa a

3 Banco Central dos EUA.

ter autoridade de regulamentação, fiscalização e exclusiva aplicação de penalidades.

Os bancos menores não vão escapar da regulamentação da BCFP, mas são em grande parte livres da autoridade de supervisão e execução promovidas pela Agência. Instituições não bancárias, como cooperativas de crédito e empréstador de crédito educacional também estão sujeitas ao conjunto de regulamentação e supervisão da nova Agência.

1.1 A ESTRUTURA DA AGÊNCIA

A agência foi criada com o propósito de reunir as responsabilidades de uma série de outros órgãos reguladores, incluindo o *Federal Reserve (FED)*, a *Federal Trade Commission (FTC)*⁴, a *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*⁵ e até mesmo o *U.S. Department of Housing and Urban Development (HUD)*⁶, que tinham, de formas diferenciadas, alguma atribuição sobre a temática de proteção aos consumidores financeiros.

A Agência é chefiada por um diretor indicado pelo Presidente dos EUA, com a aprovação do Senado, para um mandato de cinco anos.

Está sujeita à auditoria financeira pelo *U.S. Governmente Accountability Office (GAO)*⁷ e deve prestar contas ao Comitê Bancário do Senado e ao Comitê dos Serviços Financeiros, duas vezes ao ano.

Apesar de constituída dentro do *Federal Reserve*, a Agência opera com total independência, não podendo o *Fed* interferir nos assuntos atribuídos a ela antes do seu Diretor, dar ordem a qualquer dos seus funcionários, fazer alterações nas funções e responsabilidades da Agência ou impedir a execução de uma ordem dela originada.

A Agência está estruturada em seis áreas, conforme o organograma a seguir:

Um Conselho Consultivo, criado pela mesma lei, auxilia a Agência com a função de mantê-la informada das tendências de mercados emergentes. Os membros desse Conselho são nomeados pelo Diretor da

4 *Federal Trade Commission* é uma agência independente do Governo americano, cuja principal missão é regular a concorrência

5 *Federal Deposit Insurance Corporation* é agência independente do Governo americano, cuja função é garantir os depósitos bancários

6 *US Department of Housing and Urban Development* é uma secretaria vinculada ao Poder Executivo para fomento das políticas de habitação nos Eua

7 O *U.S. Government Accountability Office (GAO)* é uma agência independente, não partidária, que trabalha para o Congresso Americano aferindo a eficiência dos gastos do dinheiro público, a exemplo da Controladoria Geral da União, no Brasil.

BCFP, sendo pelo menos seis deles recomendados por presidentes dos Bancos Centrais regionais.

1.2 AS PRINCIPAIS FUNÇÕES DA AGÊNCIA

O Bureau de Proteção ao Consumidor Financeiro foi criado com a função de assegurar que os produtos e serviços de que os cidadãos americanos utilizam com frequência, incluído serviços de cartões de créditos, de hipotecas e de empréstimos estão sendo bem prestados. Esta função inclui passar aos consumidores as informações necessárias à compreensão dos termos de seus contratos com as instituições financeiras e fazer regulamentos e orientações, claras e simplificadas, para que os fornecedores de tais produtos e serviços possam seguir as regras por conta própria.

Até a criação da BCFP, diferentes agências federais eram responsáveis por vários aspectos da proteção financeira do consumidor, nos EUA. Nenhuma delas, no entanto, tinha ferramentas eficazes para definir as regras ou supervisionar todo o mercado. O que é parte do que levou o País a uma queda econômica de proporções épicas, como salientou o presidente Obama, no seu discurso em Osawatomie⁸:

Todos nós sabemos a história até agora: contratos de hipotecas vendidos a pessoas que não podiam comprá-los, ou às vezes até entendê-los. Bancos e investidores autorizados a manter embutidos o risco e vendê-lo. Apostas enormes – e bônus enormes – feitos com dinheiro de terceiros. Reguladores que supostamente deveriam alertar-nos sobre os perigos de tudo isso, mas que os viam de outra maneira ou não tinham autoridade para olhar em todos os flancos. (tradução nossa).

Agora, o BCFP é a única autoridade centrada na regulação em matéria de consumo, consolidando as autoridades existentes, espalhadas por todo o Governo Federal, sob um mesmo comando. O que deverá facilitar a própria regulamentação e compreensão do tema.

Como já mencionado, a supervisão da Agência inclui os grandes bancos, mas também as cooperativas de crédito, historicamente

⁸ Texto original: We all know the story by now: Mortgages sold to people who couldn't afford them, or sometimes even understand them. Banks and investors allowed to keep packaging the risk and selling it off. Huge bets – and huge bonuses – made with other people's money on the line. Regulators who were supposed to warn us about the dangers of all this, but looked the other way or didn't have the authority to look at all.

independentes e classificadas como instituições financeiras não bancárias, cujas atividades nunca tinham sido regulamentadas antes.

Isso significa que, pela primeira vez, o Governo Federal será capaz de regular as atividades dos credores independentes, financiadores de hipotecas privadas, cobradores de dívidas e companhias de empréstimo do estudante privado.

Instituições não bancárias oferecem serviços importantes, como o acesso ao crédito e aos sistemas de pagamento para muitas pessoas que não conseguem obter confiabilidade junto aos bancos. Mas, o fato destas entidades normalmente não serem sujeitas a fiscalização Federal, são ainda menos claras as informações sobre custos, condições e sanções aplicáveis do que as das instituições reguladas. Como resultado, taxas embutidas podem fazer esses serviços mais caros do que parecem, o que gera uma enorme insegurança e risco para as pessoas que os utilizam.

Assim se explica a necessidade de regulação das instituições não bancárias, pela restrição do uso de práticas desleais, enganosas e abusivas contra os consumidores, que passam a ser melhores informados quanto às condições para a contratação dos serviços por elas oferecidos.

O Congresso, assim, criou o BCFP para proteger os consumidores de um modo geral, por meio da edição e cumprimento de leis sobre o consumo no mercado financeiro, no âmbito Federal. Caberá à referida Agência:

- Normatizar e supervisionar a atuação das instituições
- Restringir práticas enganosas ou abusivas
- Receber e tratar as queixas dos consumidores
- Promover a educação financeira
- Conhecer e estudar o comportamento do consumidor financeiro
- Monitorar os mercados financeiros para novos riscos aos consumidores
- Fazer cumprir as leis evitando a discriminação e o tratamento desigual aos consumidores

Como se vê, a lei de reforma de *Wall Street* deu ao BCFP uma ampla gama de ferramentas para promover mercados equitativos,

transparentes e competitivos. Os deveres do BCFP se dividem em três segmentos principais:

Educar

A Agência fornece educação financeira aos consumidores, com o intuito de garantir que as pessoas sejam capazes de obter as informações necessárias para tomar decisões financeiras.

Um mercado transparente, justo e eficiente depende da capacidade dos consumidores para comparar os custos, benefícios e riscos dos diferentes produtos e usar essas informações para escolher o que é melhor para eles. Letras miúdas e acordos excessivamente longos podem tornar difícil para os consumidores compreender e comparar produtos.

Fiscalizar

Como um órgão policial, o BCFP é responsável pelo estabelecimento de regras, pela supervisão e aplicação das leis de proteção ao consumidor financeiro, restringindo atos e práticas desleais, enganosos ou abusivos contra os consumidores.

Nenhum provedor, independentemente do tamanho ou tipo, deve ser capaz de construir um modelo de negócio em torno de um conjunto de práticas que atinja os consumidores injustamente. Com regras consistentes que se aplicam a todo o mercado, os consumidores recebem forte proteção independentemente de estarem se relacionando com um banco ou uma companhia financeira não bancária.

Pesquisar

Nessa atividade, a Agência tem o papel de receber as queixas dos consumidores, de estudar o seu comportamento por meio de pesquisas e mapear os mercados financeiros para novos riscos.

O monitoramento da atuação das instituições financeiras e a análise de como as pessoas respondem e interagem com estas instituições dão ao BCFP informações sobre os possíveis riscos a ser enfrentados pelos consumidores e também possibilita uma visão abrangente sobre a saúde de todo o sistema.

De todas essas atribuições, a que parece ser um grande desafio é a de promoção da educação financeira. Não só porque envolve a tarefa de transmitir ensinamentos de conceitos que não são uniformes, mas também porque o seu efetivo cumprimento requer o mínimo de

interesse por parte de uma população⁹ heterogênea, espalhada por 50 (cinquenta) Estados¹⁰ e, na sua grande maioria, com muita pressa na aquisição de serviços e produtos financeiros e, além disso, pouca ou nenhuma disponibilidade para aprender algo novo. Os mecanismos de atração a esta população de consumidores terão que ser pesados.

Nesse campo, entre as realizações do BCFP, desde o seu lançamento, a Agência lançou três campanhas com o nome “*Saber antes de você dever*”, focadas em redesenhar os materiais que as pessoas usam para tomar decisões sobre hipotecas, empréstimos estudantis e cartões de crédito.

Segue uma breve explicação de cada uma delas, a partir de informações extraídas do site oficial do BCFP:

Saber antes de você dever: hipotecas

Quando as pessoas tomam um empréstimo para comprar uma casa ou refinar suas hipotecas, recebem duas formas de divulgação principais que explicam as condições finais e os custos dos empréstimos. Em geral, o jargão técnico e jurídico usado nesses formulários é mais confuso do que útil. Divulgações longas e complicadas podem torná-lo difícil de responder ou até mesmo fazer as perguntas certas. Muitos compradores não sabem o que deveriam, até que seja tarde demais.

Saber antes de você dever: empréstimos estudantis

O custo crescente do ensino superior, a crise financeira e a permanência de tempos econômicos difíceis significam que mais estudantes dependerão de empréstimos para pagar as taxas e fazer face às despesas escolares. Os alunos devem ser capazes de compreender os custos, riscos e benefícios dos empréstimos que usarão para ajudar a pagar as educações.

O BCFP criou um *boletim de ajuda financeira*, para exemplo de como as escolas podem melhorar as informações que eles apresentam para futuros estudantes e suas famílias que os ajuda a compreender melhor as opções de apoio financeiro disponível e os seus custos de reembolso.

9 População dos EUA: 308.745.538 milhões (Censo 2010)

10 Divisão Administrativa dos EUA: 50 estados e uma capital federal (Washington DC)

Saber antes de você dever: cartões de crédito

Cartões de crédito são a forma mais comumente usada de crédito ao consumo. Duas em cada três famílias agora têm pelo menos um cartão de crédito.

Para ajudar os milhões de americanos, que utilizam cartões de crédito, compreender melhor seus acordos, o BCFP desenvolveu um modelo de contrato de cartão de crédito mais curto e mais simples que explicita claramente os termos para o consumidor.

Pelo que se viu até agora, a educação financeira está sendo, de longe, a principal realização da Agência. Há expectativa para que faça muito mais do que isso.

2 PERSPECTIVAS PARA O ALCANCE DA MISSÃO DA AGÊNCIA

Muito se tem falado sobre a expectativa de cumprimento da missão da nova Agência quanto à efetiva proteção do consumidor bancário.

Entre os críticos, prevalece o receio de que a criação do BCFP veio inchar ainda mais a estrutura regulatória norte-americana que conta com pelo menos onze instituições reguladoras do mercado, o que pelo diagnóstico corrente acabou facilitando o surgimento de zonas cinzentas.

Segundo Otávio Yazbek¹¹, a criação da nova agência, a despeito de haver valorizado os mecanismos de integração entre os reguladores já existentes, o modelo tende a ser mais sujeito a sobreposições de competência, conflitos de racionalidades regulatórias distintas ou entre burocracias.

Para os otimistas, a idéia de atribuir a uma única entidade federal a responsabilidade do assunto de proteção ao consumidor já representa um grande avanço no sistema vigente.

Acredita-se que a independência idealizada para o BCFP é característica essencial para o cumprimento dos seus objetivos e espera-se que ela se mantenha. Embora tenha sido abrigada no âmbito do *Federal Reserve*, sua criação com base no modelo de fundo associado a afasta do processo anual de apropriação orçamentária do congresso, não dando chances para a indesejável pressão política.

Por outro lado, essa vinculação sinaliza que a solvência dos bancos vem antes da proteção ao consumidor. Para os especialistas,

11 Otavio Yazbek é diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e falou sobre o assunto em entrevista exclusiva ao Caderno Perspectivas, da ANBIMA.

essa é uma idéia razoável, mas implica na existência de um aparente conflito de objetivos. A devida proteção ao consumidor não deveria afetar negativamente as instituições financeiras, mas talvez essa vinculação seja um aviso do que provavelmente veremos numa adequada regulamentação.

Essa afirmativa coincide com a opinião do procurador Jefferson Siqueira de Brito Alvares¹², especialista no tema de crises financeiras, que destaca:

Do ponto de vista puramente organizacional, a experiência internacional recente indica que a atribuição da função de proteção ao consumidor a um órgão apartado seria benéfica, na medida em que a condução dessa função em conjunto com a regulação e a supervisão prudenciais demonstrou acarretar conflitos que se manifestam na preponderância de uma função regulatória sobre a outra. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *Federal Reserve* acabou privilegiando suas funções prudenciais em detrimento de preocupações com o consumidor, construindo as condições para a bolha do mercado imobiliário, ao passo que, no Reino Unido, a *Financial Services Authority* fez a escolha oposta, perdendo de vista os riscos que se criavam no setor bancário, como atestado pelo caso do *Northern Rock*¹³. (informação verbal)

Outra expectativa é a de que as regras federais passem a ser tão boas em rigor quanto são as leis estaduais sobre a proteção ao consumidor.

Quanto à responsabilidade pela educação financeira, apesar de pesquisas já terem demonstrado que a capacitação da sociedade não é capaz de sozinha proteger todos os consumidores, acredita-se que ainda é preciso fazer muito nesse campo para se dizer que é um mecanismo eficaz de prevenção de crises.

12 Informações obtidas a partir de entrevista pessoal ao procurador Jefferson Siqueira de Brito Alvares, Assessor na Coordenação de Política Monetária e Internacional, na Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.

13 A Northern Rock (antiga *London Stock*) é um banco britânico, sob propriedade pública desde 2008. É sediado em Newcastle upon Tyne, no nordeste da Inglaterra. Surgiu em 1965 a partir da fusão de dois bancos: o Northern Counties Link Building Society (fundado em 1850) e do Rock Building Society (fundado em 1865). Junto com muitas outras empresas do Reino Unido, na década de 1990, apostou na desmotalização e na "flutuação" na bolsa de valores, para expandir seus negócios mais facilmente. Em 2008, a empresa fora nacionalizada, passando assim seus ativos para o Governo Britânico, sendo uma das principais empresas a cair na crise econômica mundial.

Perguntado sobre a relação entre consumidor bem informado e a potencial instalação de crises, Jefferson Alvares explica que:

Até a recente crise financeira a relação entre proteção ao consumidor e estabilidade financeira era minimizada ou mesmo negada. A experiência americana, porém, deixou claro que a disseminação de problemas de assimetria de informação entre ofertantes e consumidores de produtos financeiros, acompanhada de falhas de regulação prudencial e de condições macroeconômicas propícias, pode efetivamente contribuir para a instabilidade do sistema financeiro. O caso dos contratos predatórios para compra de imóveis é paradigmático. Tomem-se as *adjustable-rate mortgages* (hipotecas de taxas ajustáveis), cujos juros são baixos no início do contrato, como forma de atrair o consumidor para o negócio, e crescem progressivamente, chegando em muitos casos a extrapolar a capacidade de endividamento do tomador. A disseminação desses contratos, favorecida por uma conjuntura econômica de baixas taxas de juros e por uma cultura regulatória permissiva, redundou em endividamento excessivo e, por fim, inadimplência em massa. A educação financeira pode permitir que o consumidor compreenda os riscos inseridos nos produtos que lhe são ofertados. Como se trata, porém, de intervenção em microescala, sua eficácia encontra limite nos incentivos gerados pela oferta geral de crédito na economia. Assim, por mais informação que o consumidor possua, não é factível crer que o endividamento agregado seria menor numa situação de ampla liquidez no mercado de crédito. (informação verbal)

Além dessas responsabilidades, a Agência deveria atuar ativamente para melhorar a situação com a possibilidade de exigir das instituições que coloquem determinados serviços a disposição da clientela. Também poderia ser criado um selo de qualidade para alguns produtos previamente aprovados pelo BCFP, como já existe para alguns produtos e serviços regulados por órgão estatal, a exemplo do PROCEL¹⁴. Tais medidas facilitariam bastante o consumidor na hora da decisão pela contratação do melhor serviço ou produto.

Também deve ser criada uma política de arrependimento eficaz para os serviços que tenham sido contratados sem a transparência desejada.

14 PROCEL é o Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica

Por fim, se é difícil prever exatamente como se dará a educação, a regulação e a intervenção nessa área financeira, mesmo no mercado atualmente conhecido, será impossível antecipar que tipos de regulação serão necessários para os produtos que ainda serão criados.

Exatamente por isso, a chave para o sucesso do BCFP é a contínua reavaliação dos seus programas de forma rigorosa e sistemática. A Agência deve coletar dados sobre os efetivos resultados dos seus esforços, além de realizar e avaliar programas pilotos para novos produtos e mercados ou novos esforços para os já existentes.

A idéia é de adoção do conhecido modelo de gestão estratégica: planejar, executar, controlar e atualizar. Assim, a partir da constante revisão dos resultados da sua atuação, pode ser que a Agência tenha a chance de conseguir adotar medidas eficientes antes que ocorra uma nova crise.

3 O MODELO ADOTADO NO BRASIL

No Brasil, a proteção ao consumidor bancário precisa de revisão para avançar e se tornar mais eficiente. Antes de adentrar esse ponto especificamente, analisaremos a evolução histórica do tema.

A legislação brasileira sempre contemplou dispositivos nas normas legais, codificadas ou esparsas, que mesmo de forma tímida acenavam para o que atualmente denominamos de proteção e defesa dos consumidores, de um modo geral.

Inicialmente, pode-se citar o Código Comercial de 1840, que em seus artigos 629 e 632, estabeleceu direitos e obrigações dos passageiros de embarcações. O Código Civil de 1916, em seu artigo 1245, também já estabelecia critérios de responsabilidade do fornecedor.

Os movimentos de iniciativa popular nos anos 30 e 50, embora relacionados à falta e ao alto preço dos produtos, já traziam noções básicas de proteção aos consumidores. O fato mais significativo dos anos 60 na proteção aos consumidores foi a decretação da Lei Delegada n.º 4 de 1962, que vigorou até 1998 e visava assegurar a livre distribuição de produtos.

A década de 70 contemplou um marco no país. Em 1976, pelo Governo do Estado de São Paulo foi criado o primeiro órgão público de proteção ao consumidor que recebeu o nome de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais conhecido como PROCON. Também nessa década houve a promulgação e implementação de normas direcionadas aos segmentos de alimentos (Decreto-lei n.º 986/69), saúde (Decreto-lei n.º 211/70) e habitação (Lei n.º 6649/79 – locação e Lei n.º 6676/79 – loteamento).

Os anos 80, com o início da redemocratização, foram marcados por profundas transformações políticas e pelos planos econômicos, com intensa participação popular nas questões envolvendo consumo. Regulamentos setoriais, normas técnicas e de Boa Prática, dentre outros, também difundiram direta e indiretamente a proteção dos consumidores. Diversas entidades civis se organizam e despontam em segmentos específicos.

Confundindo-se um pouco com os serviços de proteção ao consumidor, passamos a ter também a figura do Ouvidor, inspirado no instituto do Ombudsman¹⁵, de origem Sueca, que se consolidou no contexto histórico de surgimento do capitalismo, daí a estreita relação com a defesa ao consumidor bancário. Em 1986, surge, na Administração Pública brasileira, a primeira experiência de criação de um órgão semelhante na Prefeitura de Curitiba, com a preocupação da participação democrática da sociedade na fiscalização dos serviços prestados pelos órgãos públicos do Município.

Em 1987 foi fundado o IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e em 1989 foi instituída a Comissão de Defesa do Consumidor da OAB - São Paulo.

No início dos anos 90 foi sancionada a Lei nº 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), que também criou o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Outras entidades civis passaram a atuar na proteção e defesa dos interesses de associados. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi o grande marco na evolução da defesa do consumidor brasileiro, sendo uma lei de ordem pública e de interesse social com inúmeras inovações inclusive de ordem processual.

No entanto, há sérios questionamentos quanto à aplicação do CDC aos serviços bancários, financeiros e creditícios. Na opinião de juristas de renome, como Geraldo Vidigal, Luis Gastão de Barros Leães e Arnoldo Wald, tais atividades estariam excluídas de seu âmbito de incidência.

A razão para isso é de que o cliente de banco, a rigor, é destinatário final do dinheiro, principal produto oferecido pelas instituições financeiras, que não se caracterizaria, apesar de consumível, como bem de consumo na acepção do art. 86 do Código Civil¹⁶.

15 O Ombudsman nórdico exercia o controle externo da Administração, figurando como órgão do Poder Legislativo.

16 CC Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.

Para essa teoria, quem contrai um mútuo bancário não tem interesse propriamente no dinheiro objeto desse empréstimo, mas sim no produto ou no serviço que poderá ser adquirido com o numerário disponibilizado por ocasião dessa contratação.

A esse respeito, Afrânio Carlos Moreira Thomaz, procurador do Banco Central do Brasil (BCB), em sua obra sobre o tema do consumidor¹⁷, defende:

[...] ainda que se considere – não sem razão – que ninguém pega dinheiro emprestado para atribuir-lhe destinação final no plano fático, mas sim como mero instrumento propiciador da aquisição de outros produtos ou serviços a serem efetivamente consumidos, é preciso ter em mente, por outro lado, que muitas vezes a lei cria ficções, abstrações e até presunções absolutas.

E conclui dizendo:

[...] mesmo que não se considere o dinheiro um bem de consumo no plano fático em razão de o mutuário não lhe dar, a rigor, uma destinação final, no plano jurídico ele será tido como tal, por expressa imposição ex lege.

Para afastar a aplicação do CDC, sustentou-se, ainda, a idéia de que a atividade bancária se bifurca em duas vertentes: a das operações e a dos serviços bancários, conforme a conceituação da LC nº 105, de 2001¹⁸, e se o CDC, ao aludir à atividade bancária, o fez apenas em relação a estes últimos, pode-se concluir que as primeiras não estariam abrangidas pelos preceitos contidos naquele diploma.

Segundo o mesmo autor, esse entendimento também não prosperou, pois mesmo que as operações realizadas pelas instituições financeiras não fossem incluídas no conceito largo de serviço apresentado pelo CDC, o fato é que se deve considerar que aquelas têm por objeto o repasse de dinheiro, o qual, por sua vez, seria abrangido pela definição de produto, que alcança “qualquer bem”, considerado o conceito do art. 3, §1º da Lei¹⁹.

17 THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Lições de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 98.

18 LC nº105 Art.1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

19 CDC Art. 3º, § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

O Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade de que os direitos não podem ficar sem efetividade e que o CDC, como lei *principiológica*²⁰, tem por escopo dar concretude a um direito considerado fundamental assegurado na CF, pacificou o entendimento pela aplicação do referido diploma aos contratos bancários, tendo editado dois enunciados de Súmula de Jurisprudência sobre o assunto:

Súmula 285 – Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.

Súmula 297 – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Nesse contexto, trouxe ainda mais dúvida ao mercado, a edição, em 2001, pelo Conselho Monetário Nacional, da Resolução nº 2.878, intitulada Código de Defesa do Cliente Bancário, revogada após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) 2591.

3.1 BANCO CENTRAL DO BRASIL E AGÊNCIA REGULADORA

Na área dos serviços financeiros não se pode dizer propriamente que o Brasil tenha uma agência reguladora, nos mesmos moldes das existentes para os serviços de telefonia, energia, água, saúde, transporte aéreo etc. Neste modelo de agência, como ocorre com a ANATEL, a defesa e proteção dos consumidores, na qualidade de usuários dos serviços regulados, são diretamente protegidas pelo ente regulador.

As agências²¹ reguladoras são autarquias criadas sob regime especial, com o fito de regularem matérias específicas que lhe são afetas, tais como energia, petróleo, telecomunicações etc.

Como é sabido, atribui-se a origem das agências ao direito norte-americano, cujo Direito Administrativo se estruturou em torno de tais entidades, a primeira delas criada ainda no século XIX (*Insterstate Commerce Comission*, de 1887). O *Federal Administrative Procedure Act*, de 1946, fundamenta a criação de agências reguladoras e executivas.

20 Segundo Paulo R. Roque A. Khouri: “A proteção ao consumidor em qualquer relação se justifica, sobretudo, em face da existência de manifestos desequilíbrios que o colocam em situação de desvantagem exagerada: “O direito subjetivo do consumidor ao equilíbrio contratual constitui efeito da principiologia do Direito do Consumidor, especialmente dos princípios da boa-fé, da vulnerabilidade e do próprio princípio do equilíbrio. O equilíbrio contratual e, sobretudo, o equilíbrio de interesses dos contratantes, consumidor e fornecedor”.

21 Os termos “agência”, “ofício”, “instituto” e “superintendência” se relacionam com a autonomia funcional das entidades autárquicas, mas a “agencificação” é criticada como modismo decorrente da globalização, embora desde a CF de 1988 já tenha sido adotada a expressão.

A função de fiscalização/regulamentação das agências reguladoras é realizada por meio de expedição de atos que possuem natureza normativa e, por isso, são obrigatórios.

O Banco Central, embora como autarquia tenha autonomia administrativa em matéria de regulação do sistema financeiro, possui poderes, atribuídos pela Lei nº 4.595/64, para “exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas”, ou seja, compete-lhe exercer permanente vigilância sobre os mercados financeiros e de capitais, e empresas que direta ou indiretamente interfiram nesses mercados, em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem.

Se o BCB atuasse mesmo como agência reguladora, nos moldes clássicos, teria poderes: (i) para regular todos os aspectos dos serviços financeiros prestados aos consumidores, que não fossem diretamente regulados por lei; (ii) seus dirigentes teriam mandato; (iii) a sua diretoria seria formalmente independente da administração direta, dada a característica de ausência, nas agências, de vínculo hierárquico com o chefe do Executivo; (iv) no âmbito administrativo, teria competência decisória em todas as matérias afetas a atividade financeira, o que não ocorre com a Autarquia.

Com a criação do Comitê de Política Monetária pela Circular nº 2.698, de 20 de junho de 1996, o Banco Central passou a ter uma maior função normativa. Mas o COPOM, composto pela Diretoria do BCB, trabalha estritamente vinculado às metas de inflação anuais indicadas pelo CMN e, para dar-lhes cumprimento, fixa as diretrizes da política monetária, como o percentual dos depósitos compulsórios dos bancos e a taxa SELIC, não tendo competência para atuar na proteção em defesa do consumidor.

O histórico recente das atuações do CMN tem revelado a possibilidade jurídica de proteger o consumidor do crédito por esta via administrativa. Várias resoluções baixadas pelo BCB nos últimos anos, em cumprimento as determinações do CMN, acabaram por outorgar ao consumidor do crédito uma proteção adicional em vários aspectos da relação com a instituição financeira, senão vejamos: (i) resolução relativa à padronização das tarifas bancárias; (ii) Resolução nº 3.518/07: Dispõe sobre a gratuidade de alguns serviços bancários, como o fornecimento de 10 folhas de cheque, extratos bancários mensais, cartão de débito etc.; (iii) Resolução nº 3.517/07: Obriga as instituições financeiras a informarem o Custo Efetivo Total (CET) na contratação de quaisquer Operações de financiamento/empréstimos; (iv) Resolução nº 3.402/06: Criou a conta-salário, estabelecendo como obrigatória sua gratuidade.

Na resolução sobre a gratuidade de alguns serviços bancários, o CMN recorreu expressamente ao art. 4º, IX, da Lei nº 4.595/64.

As resoluções referidas, de alguma forma, implicaram na imposição de limitação às instituições financeiras com relação, inclusive, à remuneração de suas operações, mas isso não faz do Banco Central uma agência Reguladora propriamente dita.

Não obstante, houve a edição da Resolução nº 2878, de 2001, revogada após a decisão da ADIn 2.591, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, através da qual objetivava a declaração da inconstitucionalidade forma e material da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” constante no art. 3º, §2º da Lei nº 8.078, de 1990, o CDC.

A decisão da Suprema Corte nesse caso contrariou as expectativas da entidade autora e dos participantes do mercado: além de não afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços e produtos bancários, ainda consignou o entendimento de que a já referida Resolução nº 2878, denominada Código de Defesa do Cliente Bancário, é “francamente ilegal” por conter “matéria que excede o funcionamento das instituições financeiras”, pois “o art.4º, VIII, da Lei nº 4.595/64 não autoriza ao CMN o exercício da capacidade normativa de conjuntura”, extrapolando o que se poderia qualificar como matéria inerente ao sistema financeiro nacional.

Com isso, é de se afirmar que a Lei nº 4594, de 1964 vive harmonicamente com o CDC, cujo âmbito de incidência é completamente diverso. Enquanto a primeira estabelece regras concernentes à organização do sistema financeiro nacional e à política monetária, a segunda disciplina as relações mantidas entre os integrantes daquele sistema e os consumidores.

Nesse contexto, merece o registro de que embora vigore o entendimento pela aplicabilidade do CDC aos contratos bancários em geral, não incidirá as regras do mesmo diploma quando houver o reconhecido caráter profissional ou empresarial nas relações celebradas, seja por pessoas físicas ou jurídicas, com os agentes do mercado, pois afastaria a qualificação de destinatária final do produto ou serviço oferecido pela instituição financeira. Isto não significa dizer que o tomador de crédito não ao consumo esteja desprotegido; significa apenas que o seu sistema de proteção não é do consumidor.

3.2 EDUCAÇÃO FINANCEIRA NO BRASIL

Se o sistema brasileiro, por um lado, ainda é falho na proteção ao consumidor bancário, seja por falta de regulação, seja por confusão

em relação aos institutos já regulados, é preciso reconhecer o esforço do Governo, desde 2007, para implantação de uma estratégia nacional para educação financeira.

Referido esforço afina-se com a atividade de maior fôlego na atuação do BCFP, como descrito em algumas linhas atrás.

Assim, a partir da criação, em 2007, de um Grupo de Trabalho, envolvendo vários órgãos públicos, foi instituída, no Brasil, a Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF), pelo Decreto nº 7.397, de 22 de dezembro de 2010.

Trata-se um programa voltado à inclusão social, à melhoria da vida do cidadão e à promoção da estabilidade, concorrência e eficiência do sistema financeiro do país, tendo como principais objetivos: promover e fomentar a cultura de Educação Financeira no país; ampliar o nível de compreensão do cidadão para efetuar escolhas conscientes relativas à administração de seus recursos; contribuir para a eficiência e solidez dos mercados financeiro, de capitais, de seguros, de previdência e de capitalização.

Para a definição das ações foi instituído o Comitê Nacional de Educação Financeira (CONEF) cuja composição compreende representantes do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, da Superintendência de Seguros Privados, do Ministério da Fazenda, do Ministério da Educação, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Justiça, além de representantes da sociedade civil.

Seguindo uma tendência mundial, além de ações destinadas ao público-alvo adulto, a ENEF prevê ações voltadas especificamente para a Educação Financeira nas Escolas. Os efeitos destas ações só poderão ser percebidos a médio e longo prazo, porém são essenciais para a sustentabilidade desse esforço governamental e da sociedade civil, por meio das entidades parceiras no projeto.

Desde 2008, foi criado o site vida e dinheiro²² com o principal objetivo de reunir as experiências de iniciativas de educação financeira já existentes no Brasil, formando, com isso, um grande inventário nacional dessas ações.

A par disso, o Banco Central, como órgão público responsável pela política monetária e supervisão do Sistema Financeiro Nacional, divulga em seu site²³ o Programa de Educação Financeira do BC (PEF-BC).

²² <<http://www.vidaedineiro.gov.br>>

²³ <<http://www.bcb.gov.br/?PEFINTRDUCAO>>

O PEF-BC está estruturado com ações educativas de curto, médio e longo prazos, segmentadas por público: população em geral (pessoas físicas e jurídicas), estudantes (ensinos fundamental, médio e superior), imprensa, parlamentares, ambiente acadêmico, mercado financeiro etc. Além disso, estão vinculadas a um dos cinco pilares básicos, conforme o assunto:

- *Planejamento Financeiro* – Como administrar melhor o dinheiro, noções sobre orçamento (empresarial ou doméstico), compras a prazo, aplicações, consumo planejado etc.;
- *Economia* – Conhecimentos básicos sobre inflação, taxas de juros, variação cambial, indicadores econômicos, poupança, dívidas interna e externa, além de outros temas da atualidade, relacionados ao dia-a-dia das pessoas;
- *Operações Financeiras* – Conceitos bancários, tipos de operações, o que são e como funcionam os agentes financeiros, direitos e deveres do correntista, denúncias e reclamações, relacionamento com o Banco Central (entidades reguladoras e de supervisão etc.), microfinanças (microcrédito e cooperativas);
- *Banco Central* – Banco Central do Brasil e bancos centrais: o que são, como agem, funções, limites de atuação etc.;
- *Meio Circulante* – Uso e preservação de cédulas e moedas; combate à falsificação; história do dinheiro.

O sucesso da ENEF, assim, além de contribuir para um consumo financeiro mais responsável da população, assegurar a conscientização dos riscos assumidos pelos consumidores, reforçará a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional.

4 CONCLUSÃO

Antes da aprovação da Lei de reforma financeira de Wall Street, nenhuma agência tinha ferramentas eficazes a sua disposição para estabelecer, com precisão, padrões para supervisionar todo o mercado americano e, por isso, a proteção financeira do consumidor não era estabelecida como prioridade por ninguém.

O resultado foi um sistema onde ninguém era suficientemente responsável para fazer esse trabalho. Vimos os efeitos dessa falha na estrutura da supervisão bancária na crise financeira de 2008 e suas conseqüências.

Ainda que a proteção ao consumidor possa incrementar a estabilidade financeira, a atribuição dessa função regulatória a um órgão específico somente alcançará esse resultado se a atuação do novo regulador, do ponto de vista material, for eficaz em solucionar as falhas de mercado sob sua supervisão. A criação do BCFP, no entanto, não necessariamente redundará em maior estabilidade financeira no mercado americano

Nessa esteira, a garantia da autonomia da nova Agência, principalmente em relação ao FED, é um dos aspectos mais sensíveis para o sucesso do resultado da sua implantação. Mas o que determinará se será mantida na sua concepção original é a força da recuperação da economia dos EUA e o ímpeto dos reformadores americanos.

É evidente que há interseção de causas de crises e a educação financeira do consumidor. O fato é que as medidas para proteger os consumidores dos produtos financeiros, em qualquer economia mundial, por meio de regulação, fiscalização e sanção, serão tanto mais efetivas quanto maior for a sua sincronia com os esforços educacionais.

Ao fazer uma análise se o modelo dos EUA, de criação de um órgão específico de proteção ao consumidor bancário, deve ser adotado no Brasil, pode-se afirmar que, a partir da revelação dos evidentes conflitos entre as funções de proteção ao consumidor e de regulação, se implantada a idéia, seria apropriado, desde logo, que tal função fosse executada ao lado da proteção também ao investidor, haja vista a similaridade de fundamentos da intervenção estatal exigida em ambos os casos.

No caso do Brasil, isso implicaria na criação de uma instituição com parte da atribuição que hoje é da CVM e as competências pulverizadas dos vários órgãos de proteção ao consumidor de um modo geral, como a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), Procon etc. As funções prudenciais da CVM, por sua vez, seriam transferidas ao regulador financeiro, somando-se às atribuições do Banco Central, desde que adotadas algumas medidas de governança para garantia de maior transparência e responsabilidades, ou até mesmo um regulador integrado apartado da autoridade monetária.

Não se deve acreditar que a mera criação de um órgão de proteção ao consumir será a solução dos males para a prevenção de crises financeiras, nos Estados Unidos – e tampouco no Brasil – se desvinculada da racionalização geral do sistema de regulação estatal.

O que se espera é que as próximas políticas de regulação contemplem formas de efetiva proteção ao consumidor e ao investidor, pois, de um jeito ou de outro, são esses que pagam a conta.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura. Contratos de Crédito ao Consumidor após a Adin dos Bancos. *Revista Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: JURIS*, Rio Grande do Sul: AJURIS, 2009. p. 76-89.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, n.º 430, 5 a 9 de junho de 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo430>>. Acesso em: 19.03.2012

CARVALHO, Fernando José Cardim. *Reforma financeira norte-americana: a lei Dodd-Frank*. Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais - Perspectivas. Rio de Janeiro: AMBIMA, 2011.

CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU. Disponível em: <<http://www.consumerfinance.gov>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

COSTA, Nelson Nery. *Direito Bancário e Consumidor*. São Paulo: Lawbook, 2008.

KHOURI, Paulo R. Roque. Conselho Monetário Nacional Uma Agência Reguladora do Crédito Bancário?. *Revista Jurídica Consulex*, n.º 313. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

PETRAGLIA, Simone. A Ouvidoria Pode Combater Injustiças? Limites e Possibilidades do Instituto na Administração Pública Brasileira. *Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público – UnB, Brasília: Advocacia Geral da União*, 2010, p. 363-386.

POLK, Davis. *Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Disponível em: <<http://www.davispolk.com>>. Acesso em: 19.3.2012.

PRATES, Marcelo Madureira. Código de Defesa do Consumidor e consumidores bancários: ainda as repercussões da ADIn 2.591/DF. A

perspectiva publicística. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 40, p.26-51, abr.-jun. 2008.

PROCON, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. *Institucional: Histórico no Brasil*. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

SADDI, Jairo. *Temas de Regulação Financeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOROS, Jorge. *O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise atual e o que ela significa*. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

The White House Blog – seção: *Consumer Financial Protection Bureau 101: Why We Need a Consumer Watchdog*. Disponível em <<http://www.whitehouse.gov/blog/2012/01/04/consumer-financial-protection-bureau-101-why-we-need-consumer-watchdog>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. *Lições de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VASCONCELOS, Frederico Bernardes. O Código de Defesa do Consumidor Aplicado ao Sistema Financeiro Nacional. In *Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIRAL, V. Acharya e outros. *Regulation Wall Street: the dodd-frank act and the new architecture of global finance*, capítulo 3. new Jersey: John Wiley & Sons, inc, 2011, p. 73-84.

WARREN, Elizabeth. *Building the CFPB: a progress report*. Disponível em: <<http://www.consumerfinance.gov>>. Acesso em: 18 mar. 2012.



A INFRAÇÃO DE DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL DIANTE DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E CALIFORNIANA

*THE OFFENSE OF DRIVING UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL
BEFORE THE BRAZILIAN AND CALIFORNIAN LAWS*

*Arthur Longman Rocha
Procurador Federal, formado em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Infração de Embriaguez ao Volante; 1.1 Da qualificação da infração como Ilícito de perigo concreto ou abstrato; 1.2 A “tolerância zero” Frente ao Princípio da Proporcionalidade; 1.3 O § 3º, do art. 277, do CTB e o Princípio da Presunção de Inocência; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise comparativa entre as legislações brasileira e norte-americana, especificamente a do Estado da Califórnia, no tocante à infração de dirigir sob a influência do álcool. Pretende-se demonstrar que, embora a referida infração seja tipificada pelas legislações comparadas de forma semelhante, a questão é tratada de forma diferente pelo ordenamento jurídico e pelas autoridades dos dois Países.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Driving Under the Influence – DUI. Lei Seca. Tolerância Zero. Princípios Constitucionais. Direito norte-americano. Direito Brasileiro. Semelhanças e diferenças.

ABSTRACT: The present work aims to make a comparison between the laws of Brazil and United States, specifically the law of the State of California, regarding the offense of driving under the influence of alcohol. We intend to demonstrate that, despite that violation is similarly typified by the compared laws, the subject is treated differently by the legal system and the authorities of both countries.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cumpre destacar que a elevada mortalidade por acidentes de trânsito representa um problema de saúde pública tanto no Brasil como nos Estados Unidos. É imprescindível, portanto, a adoção de medidas públicas visando à diminuição do número de acidentes automobilísticos.

Considerando que o binômio álcool e direção é um dos principais responsáveis pelos acidentes de trânsito mais graves, faz-se indispensável a elaboração de normas jurídicas recriminando a conduta de dirigir embriagado. Não se admite, atualmente, um país civilizado cujo ordenamento jurídico não repreenda a referida conduta.

Visando garantir uma maior segurança no trânsito, o legislador pátrio editou, no ano de 2008, a Lei nº 11.705, que trouxe alterações ao Código de Trânsito Brasileiro no tocante à conduta de dirigir após o consumo de álcool.

Ações voltadas à diminuição do número de acidentes de trânsito são extremamente importantes. Porém, a referida lei é bastante criticada em razão do rigor com que tratou a matéria, sendo alvo de constantes censuras por estudiosos do Direito, inclusive quanto a aspectos de constitucionalidade, o que dificulta a aplicação e a aceitação da mesma pela população.

A intenção do presente estudo é, justamente, analisar os vícios apontados na “Lei Seca” pelos doutrinadores, fazendo um paralelo com as normas de trânsito do Estado da Califórnia¹ que disciplinam a infração de dirigir sob a influência de álcool.

1 DA INFRAÇÃO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

A conduta de dirigir sob a influência de álcool encontra-se tipificada no artigo 165, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n 9.503/97), que assim dispõe:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima;

¹ A referência à legislação Californiana, ao invés da estadunidense, é em razão de cada Estado Norte Americano possuir um Código de Trânsito próprio.

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

Por sua vez, o Código de Trânsito do Estado da Califórnia, prevê o ilícito em tela nos seguintes termos², *in verbis*:

Driving Under Influence of Alcohol or Drugs

23152. (a) It is unlawful for any person who is under the influence of any alcoholic beverage or drug, or under the combined influence of any alcoholic beverage and drug, to drive a vehicle.

Conforme se verifica dos dispositivos legais supratranscritos, o art. 165, do CTB possui redação praticamente idêntica a da Seção 23152 (a), do *State of California 2012 Vehicle Code*. Uma análise literal dos dispositivos legais em comento pode dar a impressão de que a questão é tratada de forma semelhante pelas legislações comparadas.

Não é, porém, bem assim.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a infração prevista no art. 165, do Código de Trânsito Brasileiro, possui natureza meramente administrativa. Portanto, o particular que incorrer na prática do citado dispositivo somente poderá sofrer penalidades no âmbito administrativo. Não é possível o particular ser preso pela prática da infração em tela.

Por outro lado, a legislação californiana admite, em tese, a prisão pela prática da infração de *Driving Under the Influence - DUI*, embora, via de regra, as penalidades aplicadas também sejam de cunho administrativo (suspensão do direito de dirigir e multa).

Com base nas tipificações supra, far-se-á uma análise da infração de embriaguez ao volante sob a luz da legislação brasileira e californiana.

² State of California Vehicle Code, Section 23152. (a)

1.1 DA QUALIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO COMO ILÍCITO DE PERIGO CONCRETO OU ABSTRATO

Existe uma forte corrente doutrinária que entende que a infração de dirigir sob a influência de álcool, pela sua própria natureza, encontra-se inserida no rol dos ilícitos de perigo concreto³.

Damásio E. de Jesus é um ferrenho defensor da tese de que a infração do art. 165, do CTB, é um ilícito de perigo concreto, ou seja, que depende da condução inapropriada do veículo, implicando efetivamente em risco à segurança do trânsito.

A condição “sob a influência” seria, portanto, elemento subjetivo do tipo, indispensável para a ocorrência da infração em apreço, conforme doutrina o citado criminalista⁴:

Não é suficiente que o motorista tenha ingerido bebida alcoólica ou outra substância de efeitos análogos para que ocorra o crime. É preciso que dirija o veículo “sob influência” dessas substâncias (elemento subjetivo do tipo; Ganzenmüller, Escudero e Frigola). O fato típico não se perfaz somente com a direção do motorista embriagado. É imprescindível que o faça “sob a influência” de álcool, etc. Não há, assim, crime quando o motorista, embora provada a presença de mais de seis decigramas de álcool por litro de sangue, dirige normalmente o veículo.

Não foi esta, porém, a tese adotada pelo legislador brasileiro. Isto porque, o art. 276 do Código de Trânsito estabelece que “qualquer concentração de álcool no sangue sujeita o condutor às penalidades prevista no art. 165 deste Código”.

Desta forma, fixou-se legalmente que a infração de dirigir sob a influência de álcool se concretiza com a mera ingestão de bebida alcoólica pelo motorista, independentemente do efetivo comprometimento da habilidade de condução do veículo.

Observa-se, pois, que a norma brasileira qualificou a infração administrativa em tela como de perigo abstrato ao presumir, *juris et de jure*, que a conduta de dirigir o veículo após o consumo de bebida alcóolica, em

3 Segundo Damásio E. de Jesus, o crime de perigo concreto é o que precisa ser provado. O perigo não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado.

4 JESUS, Damásio E. de. *Embriaguez ao volante*: notas à Lei n. 11.705/08. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=64479>. Acesso em: 25 mar. 2012. Embora o comentário seja relativo ao crime de dirigir sob a influência de álcool (art. 306, do CTB), a fundamentação aplica-se, igualmente, à infração administrativa do art. 165.

qualquer quantidade, põe em risco a coletividade, devendo ser proibida, independente do concreto prejuízo à capacidade de direção do motorista.

A situação é diferente na Califórnia. A própria definição legal da expressão *under the influence* já deixa explícito que a infração em questão não se perfaz com o mero consumo de álcool pelo motorista, sendo imperioso o comprometimento da capacidade de condução, conforme se verifica abaixo⁵:

2. DEFINITION OF UNDER THE INFLUENCE (ALCOHOL OR DRUGS).

a. A person is considered under the influence of an alcoholic beverage, drug, or combination of alcohol and drugs when his/her physical or mental abilities are impaired to such a degree that he/she no longer has the ability to drive a vehicle with the caution characteristic of a sober person or ordinary prudence, under the same or similar circumstances.

O ilícito de dirigir sob o efeito de álcool, portanto, é considerado pela legislação californiana como de perigo concreto. Ou seja, não basta, para a caracterização do ilícito de *DUI*, a ingestão de bebida alcoólica pelo motorista. É indispensável que o consumo de álcool tenha resultado na diminuição concreta da capacidade de conduzir o veículo.

Não havendo o comprometimento da habilidade de dirigir, não há que se falar em ilícito de *DUI*, ainda que o motorista tenha ingerido uma pequena quantidade de álcool.

Em decorrência da qualificação da infração de *DUI* como de perigo concreto, os motoristas apenas são abordados por um policial quando o veículo está sendo conduzido de forma imprópria (avanço de sinal, excesso de velocidade, o carro não consegue se manter na mesma faixa, etc.).

Consequentemente, o motorista só é submetido a um exame de alcoolemia quando está conduzindo o veículo de forma indevida, colocando em risco a sua vida e a de outras pessoas.

1.2 A "TOLERÂNCIA ZERO" FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma das maiores críticas à "Lei Seca" diz respeito ao seu rigor, uma vez que considerou sob a influência de álcool o motorista que esteja com qualquer concentração de álcool no sangue⁶.

5 Definição constante no Driving Under the Influence Enforcement Manual

6 Art. 276, do CTB: Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008) Regulamento

Yordam Moreira Delgado⁷ atacou a constitucionalidade da redação conferida pela 11.705/08 ao art. 276, do CTB, em razão da afronta ao princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

Pela dicção dos artigos supra, percebe-se a desproporcionalidade criada pela nova lei, pois bastam dois bombons de licor para que o motorista tenha de pagar a multa, e ter sua carteira suspensa, conforme notícia da *Folha de S.Paulo*, que informa ter uma repórter se submetido a um teste realizado pela PM, em um bafômetro descartável, após consumir dois bombons de licor, e o aparelho acusou 0,21 mg de álcool por litro de ar expelido, o que seria o suficiente para caracterizar a infração administrativa; e um pouco mais (0,30 mg/l) teria cometido o crime de embriaguez ao volante. Certamente o mesmo ocorreria com o motorista que fosse jantar e não consumisse nenhuma bebida alcoólica, mas resolvesse comer de sobremesa papaia com creme de cassis, ou o padre que tomasse um gole do vinho durante a celebração da missa e fosse dirigir.

[...]

Vê-se assim que, não houve bom senso do legislador, ao não prever um grau mínimo de tolerância, contrariando inclusive estudos do Denatran que indicam que até 0,16 g/l de sangue é um grau de tolerância fisiológica, não causando nenhum risco de acidente. Ora, se até 0,16 g/l qualquer organismo tolera sem implicar qualquer risco adicional na direção, por esse fato, como então impor uma severa pena de multa e de suspensão por um ano da licença para quem estiver dirigindo e for flagrada dentro dessa quantidade de álcool. É um absurdo.

É pertinente a censura em tela, especialmente porque o consumo de álcool em pequenas quantidades encontra-se enraizado nos hábitos culturais do brasileiro.

Tomar uma cerveja após a partida de futebol com os amigos é uma conduta socialmente aceita. Assim como o brinde feito nas maternidades para celebrar o nascimento de uma criança.

Todavia, a pessoa que conduzir o veículo após as situações citadas acima estará praticando o ilícito administrativo previsto no art. 165, do

7 DELGADO, Yordam Moreira. *Lei seca pode diminuir acidentes, mas provoca injustiças graves*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes_provoca_injusticas_graves>. Acesso em: 25 mar. 2012.

CTB, estando sujeita às penas de multa e suspensão de dirigir por 12 (doze) meses.

Assim ocorre porque, para a configuração da infração em tela, o legislador adotou o critério da “tolerância zero”, não importando se o consumo de álcool se limitou a um copo de cerveja ou a uma dose de whisky, nem tampouco se as habilidades do motorista foram prejudicadas.

Nesse ponto a lei californiana é bem mais branda do que a brasileira. Tanto que estabelece a presunção de inexistência do ilícito de *DUI*, quando o resultado do exame de alcoolemia é inferior a 5 (cinco) decigramas de álcool por litro de sangue. Assim reza a norma estrangeira⁸:

Blood-Alcohol Level: Presumptions Affecting Burden of Proof

Section 23610. (a) Upon the trial of any criminal action, or preliminary proceeding in a criminal action, arising out of acts alleged to have been committed by any person while driving a vehicle while under the influence of an alcoholic beverage in violation of subdivision (a) of Section 23152 or subdivision (a) of Section 23153, the amount of alcohol in the person's blood at the time of the test as shown by chemical analysis of that person's blood, breath, or urine shall give rise to the following presumptions affecting the burden of proof:

(1) If there was at that time less than 0.05 percent, by weight, of alcohol in the person's blood, it shall be presumed that the person was not under the influence of an alcoholic beverage at the time of the alleged offense.

Da leitura do dispositivo legal supra, observa-se que o legislador americano entendeu que o consumo de uma pequena quantidade de álcool não prejudica a condução segura de veículo automotor.

Mínucioso estudo realizado pela Universidade de Utah⁹ demonstrou que o risco associado ao uso de telefone celular durante a condução de um veículo é semelhante ao de uma pessoa com uma concentração de 8 (oito) decigramas de álcool por litro de sangue.

8 *State of California 2012 Vehicle Code*

9 STRAYER, David L. DREWS, Frank A. CROUCH, Dennis J. *A Comparison of the Cell Phone Driver and the Drunk Driver*. Disponível em: <<http://www.distracton.gov/research/pdf-files/comparison-of-cellphone-driver-drunk-driver.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

Para se chegar à conclusão acima foram realizados, com 40 pessoas, testes que simulavam situações reais de condução de veículo. Embora as características da forma de direção dos motoristas alcoolizados sejam diferentes das dos condutores que utilizam aparelho celular (os primeiros apresentam um estilo de direção mais agressivo enquanto estes se mostram mais lerdos e distraídos), no tocante à *segurança do tráfego*, os resultados demonstram que a capacidade de conduzir o veículo dos motoristas comparados fica igualmente comprometida. Observe-se:

Taken together, we found that both intoxicated drivers and cell phone drivers performed differently from baseline and that the driving profiles of these two conditions differed. Drivers using a cell phone exhibited a delay in their response to events in the driving scenario and were more likely to be involved in a traffic accident. Drivers in the alcohol condition exhibited a more aggressive driving style, following closer to the vehicle immediately in front of them, necessitating braking with greater force. With respect to traffic safety, the data suggest that the impairments associated with cell phone drivers may be as great as those commonly observed with intoxicated drivers.

Não obstante a comprovação acima, a infração de dirigir o veículo falando no celular é considerada pelo Código Brasileiro de Trânsito (art. 252) como de gravidade média, sujeita a mera pena de multa, enquanto a infração de dirigir sob a influência de álcool (art. 165) é tipificada como gravíssima, com penalidades de multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por doze meses.

Nesse contexto, parece que o legislador pátrio foi deveras rigoroso ao disciplinar a infração de dirigir sob a influência de álcool, aplicando penalidades administrativas extremamente severas diante de uma conduta de potencial lesivo relativamente pequeno.

Ao doutrinar sobre o princípio da proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ assevera que “ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”. Assim conclui o ilustre professor:

Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros 1999. p. 68

aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes.¹¹

Se a finalidade almejada com a edição da “Lei Seca” era a diminuição dos acidentes automobilísticos, principalmente os mais graves que acabam culminando em vítimas fatais, não haveria necessidade de tamanho rigor (tolerância zero), haja vista que estes acidentes, em regra, *não são causados por pessoas que ingeriram* uma pequena quantidade de álcool, mas sim por motoristas altamente alcoolizados.

Respalda a afirmação acima a seguinte estatística: no ano de 2010, 32.885 (trinta e duas mil, oitocentos e oitenta e cinco) pessoas morreram em decorrência de acidentes de trânsito nos Estados Unidos¹², enquanto no Brasil o número de acidentes fatais para o mesmo período foi de 40.610 (quarenta mil, seiscentos e dez)¹³.

A diferença acima se torna ainda mais gritante ao considerarmos que a população norte-americana é de 311.800.000 (trezentos e onze milhões e oitocentos mil)¹⁴ enquanto o Brasil conta com 190.732.694 (cento e noventa milhões, setecentos e trinta e dois mil e seiscentos e noventa e quatro) habitantes¹⁵.

Cumprir destacar, ainda, que os Estados Unidos, mesmo não adotando um regime de “tolerância zero”, conseguiram obter no ano de 2010 o menor número de fatalidades no trânsito desde 1949¹⁶.

Com base nos números acima e levando em consideração que a legislação americana admite a condução de veículo por motorista que tenha ingerido uma pequena quantidade de álcool, é de se concluir que estão com razão os autores que julgam o art. 276, do CTB, irrazoável e desproporcional.

11 MELLO, op. cit. p. 68.

12 Ver: <<http://www-nrd.nhtsa.dot.gov/Pubs/811552.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

13 Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/transito-e-responsavel-por-mais-de-40-mil-mortes-no-pais>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

14 Verificar: <<http://geography.about.com/od/obtainpopulationdata/a/uspopulation.htm>> Acesso em : 19 mar. 2012.

15 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766>. Acesso em: 19 mar. 2012.

16 Ver: <<http://www-nrd.nhtsa.dot.gov/Pubs/811552.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

1.3 O § 3º, DO ART. 277, DO CTB E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Reza o § 3º, do art. 277, do Código de Trânsito Brasileiro, que “serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.”

Observe-se que a recusa em se submeter aos procedimentos solicitados pelas autoridades administrativas não é considerada pelo referido Código como uma infração administrativa própria. Se assim fosse, tal conduta viria estipulada no Capítulo XV, relativo às infrações administrativas.

Todavia, a recusa em tela encontra-se inserida no Capítulo XVII (Das Medidas Administrativas), no parágrafo de um artigo cujo *caput* disciplina a realização de exames que permitam confirmar a prática da infração de dirigir sob a influência de álcool¹⁷.

Sobre as regras de hermenêutica jurídica, ensina Alberto Marque dos Santos¹⁸:

a posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar. Compreende-se intuitivamente que o parágrafo, como fragmento subordinado ao *caput* de um artigo, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito – em princípio – ao âmbito de aplicabilidade do seu *caput* subordinante.

Assim, tendo em vista a situação topológica onde se encontra o parágrafo em apreço, observa-se que o legislador *não criou uma nova infração* administrativa, mas sim estabeleceu a seguinte conclusão: o motorista que se recusa a fazer o exame de alcoolemia está dirigindo embriagado.

A lei brasileira, portanto, transferiu para o particular a obrigação de provar que não está cometendo a infração administrativa de dirigir sob a influência de álcool, sob pena de, não o fazendo, ser punido pela prática da infração prevista no art. 165 do CTB.

17 Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

18 SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

Questiona-se, porém, se, diante do princípio da presunção de inocência consagrado na Carta Magna brasileira, seria legítima a aplicação de penalidade em razão da recusa do particular a produzir prova contra si.

Os autores que respondem negativamente à pergunta acima alegam que os direitos de não produzir prova contra si mesmo e o de permanecer calado são corolários do princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, a recusa em realizar o exame de alcoolemia não poderia resultar na punição do condutor do veículo, pois como afirma Sylvia Helena de Figueiredo Steiner¹⁹: “Não se concebe um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado pode gerar sanção ou dano”.

A jurisprudência brasileira, no entanto, vem entendendo que o princípio do *nemo tenetur se detegere* apenas possui aplicação no âmbito criminal²⁰. Consequentemente, vem prevalecendo nos Tribunais a tese de que o § 3º em comento não afronta a Constituição Federal, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita²¹:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. EXAME DE ALCOOLEMIA. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. ARTS. 165 E 277, §3º DO CTB. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO.

1. A questão em debate no presente recurso cinge-se à aplicação das penalidades administrativas previstas no parágrafo 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 11705/08, em caso de recusa, por parte dos impetrantes em submeterem-se ao exame de alcoolemia, vulgarmente conhecido como “bafômetro”. 2. A exigência do aferimento da concentração de álcool por litro de sangue a quem está conduzindo veículo automotor de via terrestre advém do cumprimento da lei pelas autoridades e agentes administrativos encarregados da segurança do trânsito, a teor do disposto na Lei nº 11.705/2008. 3. Nos termos do § 3º do art. 277 da Lei nº 11.705/2008, se o condutor

19 STEINER, Sylvia Heleno de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 125

20 É o que se conclui do Acórdão proferido pelo TRF1 (RSE, Relator: Desembargado Federal Hilton Queiroz, Órgão Julgador: Quarta Turma, Fonte: e-DJF1 Data: 10/02/2012, Página: 1218)

21 Acórdão proferido pelo TRF da 2 Região (Processo: AC 200851020027445; Relator: Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA; Fonte: E-DJF2R - Data::19/10/2010 - Página::314)

do veículo não concordar em ser submetido ao teste do bafômetro, não poderá ser fisicamente coagido a fazê-lo, mas sujeitar-se-á às medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB. 3. Inexiste qualquer inconstitucionalidade por afronta aos artigos 5º, LVI, LV, e 60, § 4º, da Constituição Federal, na medida em que deve ser efetivada a devida ponderação dos interesses, a justificar a prevalência dos interesses socialmente difundidos de maior valor, como saúde e a vida, sobre aquele estritamente individual, de não se submeter a uma auto-incriminação prevista no art. 277 do CTB. 4. Precedente desta Corte: TRF2, AC 200851015095225, 6ª Turma Especializada, rel. Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, E-DJF2R 08/04/2010, p. 275/276. 5. Apelo conhecido e desprovido.

Verifica-se, portanto, que o tema é bastante controverso. Porém, uma coisa é certa: independente da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o § 3º, em apreço, é um dispositivo desnecessário, cuja existência vem causando grandes transtornos aos condutores de veículos.

Explica-se. A infração prevista no art. 165, do CTB, não exige a quantificação da concentração de álcool existente no sangue do motorista, bastando a mera constatação de que o condutor se encontra sob a influência de álcool.

O estado de embriaguez do motorista pode ser provado por qualquer meio de prova em direito admitida (cheiro de álcool no hálito, fala enrolada, testemunhas, etc.), nos termos do § 2º, do art. 277, *in verbis*:

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Assim, uma avaliação acurada da condição físico/psicológica do motorista pelo agente de trânsito já é suficiente para caracterizar a infração de dirigir sob a influência de álcool, não havendo necessidade de realização do teste do bafômetro.

*É exatamente isto que acontece no Estado da Califórnia. Os policiais são treinados para identificar sinais de embriaguez, podendo, inclusive, solicitar ao motorista que execute determinadas ações que permitem detectar a situação de embriaguez. São os chamados *Field Sobriety Tests*.*

Cumpre destacar, ainda, que na Califórnia, caso o policial verifique, por meio dos *Fiel Sobriety Tests*, que o motorista está alcoolizado, poderá ser efetuada, imediatamente, a sua prisão, bem como proceder com o exame de alcoolemia, independentemente da anuência do particular²².

Todavia, conforme ressaltado anteriormente, as prisões e requisições de exames de alcoolemia apenas acontecem nos Estados Unidos quando devidamente constatado pelo policial a prática da infração de *DUI*, infração esta cuja ocorrência depende da efetiva condução inapropriada do veículo.

Por outro lado, no Brasil os agentes de trânsito solicitam a realização de exame de alcoolemia a todas as pessoas abordadas nas ações de fiscalização, independente da presença de indícios de ingestão de bebida alcoólica. Segundo destaca Guilherme de Souza Nucci²³:

A Lei 11.705/08 foi editada para *facilitar* o trabalho da fiscalização, sem o menor pudor em resguardar relevantes direitos e garantias fundamentais. Antes dela, o agente de trânsito já tinha condições plenas de fiscalizar quem dirigisse embriagado ou sob influência de álcool. Entretanto, poderia ter mais trabalho e haveria de agir com maior empenho e treinamento. Mas isso não soou importante para o Estado. Ao contrário, em qualquer área, mormente da segurança pública, prefere-se o caminho mais fácil. Aparelhar os órgãos estatais e treinar o seu pessoal são atividades muito mais custosas do que editar uma lei inconstitucional, voltada à sociedade brasileira, formada em grande parte por pessoas leigas e outras tantas analfabetas e ignorantes de seus direitos básicos.

Contando, ainda, com o apoio da imprensa, sob o prisma de que *os fins justificam os meios*, está construída a armação para solapar a garantia da presunção de inocência e de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

22 In *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), the U.S. Supreme Court held that police did not violate the Fourth Amendment by arranging to obtain a blood sample from a nonconsenting suspect without a warrant after an auto accident. Because the body quickly eliminates evidence of alcohol, the Supreme Court concluded that exigent circumstances obviate the need for a warrant in that situation. The *Schmerber* court found that the suspect's aroma of alcohol and bloodshot eyes gave the officers probable cause.

23 NUCCI, Guilherme de Souza. A Presunção de Inocência e a "Lei Seca". Disponível em: <http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf>. Acesso em 25 mar. 2012.

Sucedee, contudo, que o art. 277, caput, do CTB, determina que o condutor sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia. Dessa forma, apenas dos motoristas com sinais de embriaguez poderia ser solicitada a realização teste do bafômetro.

Não é assim, porém, que os agentes de trânsito vêm agindo. Prova disto é que dos 2,7 (dois vírgula sete) milhões de testes de bafômetro realizados pela Polícia Rodoviária Federal durante o período de junho de 2008 a dezembro de 2011, apenas 84 (oitenta e quatro) mil detectaram a presença de álcool no sangue do condutor do veículo²⁴.

Assim, era melhor se o legislador não tivesse inserido o parágrafo em comento no Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que: 1) os princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência põem em xeque a constitucionalidade do citado dispositivo legal; e 2) a existência deste é totalmente desnecessária, uma vez que a infração do art. 165 pode ser comprovada por outros meios de prova.

2 CONCLUSÃO

A legislação de trânsito brasileira é *mais severa* do que a californiana no que diz respeito à infração de dirigir sob a influência de álcool. Esse rigor excessivo da legislação tupiniquim, além de ser juridicamente questionável e de ir ao arrepio de condutas socialmente aceitas, *não* garante um trânsito mais seguro.

Confrontando o *número de acidentes de trânsito ocorridos no Brasil e nos Estados Unidos*, conclui-se que, em relação ao binômio álcool e direção, o investimento em políticas públicas de conscientização/educação dos motoristas, aliado a permanentes ações de fiscalização pelas autoridades de trânsito, produz resultado mais eficaz do que a edição de uma lei draconiana.

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que a diminuição no número de acidentes de trânsito no cenário brasileiro não seria resultado da “tolerância zero” instituída pela “Lei Seca”, mas sim fruto das incipientes ações educativas e de fiscalização instituídas pelos órgãos governamentais, ações estas totalmente ignoradas outrora.

²⁴ *Governo quer duplicar multa toda vez que motorista bêbado for flagrado*; O Estado de S. Paulo/BR, 31/02/2012, clipping de 31/01/2012, do Ministério da Saúde, p. 16. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/3112012.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Yordam Moreira. *Lei seca pode diminuir acidentes, mas provoca injustiças graves*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-16/lei_seca_reduzir_acidentes_provoca_injusticas_graves>.

JESUS, Damásio E. de. *Embriaguez ao volante: notas à Lei n. 11.705/08*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=64479> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo. Saraiva. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A Presunção de Inocência e a “Lei Seca”*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/a_presuncao_da_inocencia_e_a_lei_seca.pdf>.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>

STEINER, Sylvia Heleno de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000.

STRAYER, David L. DREWS, Frank A. CROUCH, Dennis J. *A Comparison of the Cell Phone Driver and the Drunk Driver*. Disponível em: <<http://www.distraction.gov/research/pdf-files/comparison-of-cellphone-driver-drunk-driver.pdf>>

A GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

*THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND THE PRODUCTION
OF EVIDENCE IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES*

*Carla Dias Caldas de Moraes
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: 1 A origem da garantia contra a auto-incriminação no direito norte-americano; 2 A garantia contra a auto-incriminação no Brasil; 3 A garantia contra a auto-incriminação e a produção de provas; 4 A redução do âmbito da garantia no direito brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A garantia contra a auto-incriminação está presente no ordenamento jurídico de grande parte dos países de regime democrático. Há, contudo, diferenças substanciais na interpretação que cada sistema jurídico dá a essa garantia fundamental. No presente artigo, após a digressão histórica das origens da garantia contra a auto-incriminação, serão analisadas as interpretações a ela dadas pela doutrina e jurisprudência nos direitos brasileiro e norte-americano, dando enfoque, ainda, ao aspecto relativo à possibilidade de colaboração forçada do acusado na produção de provas que possam incriminá-lo, bem como à admissão de tais provas em juízo e às consequências da recusa. Ao final, será elaborada crítica à visão extensiva da garantia contra a auto-incriminação na doutrina e jurisprudência brasileiras no que tange à participação do acusado na produção de provas, à luz do sistema jurídico norte-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia contra a auto-incriminação. Quinta emenda. Interrogatório. Produção de provas. Direito norte-americano. Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

ABSTRACT: The privilege against self-incrimination is part of the legal system in most of the democratic countries. However, there are substantial differences in the interpretation of the privilege in each legal system. This essay initially examines the origins and evolution of the privilege against self-incrimination. Subsequently, it analyzes the scholars' and courts' views about the privilege in the Brazilian and the American legal systems, highlighting specially the issue related to the compelled participation of the accused in the production of evidence of guilt, as well as its admission into evidence at the trial and the consequences of the accused's refusal. The essay concludes with a critic to the broad interpretation given to the privilege by the Brazilian scholars and courts when it comes to the participation of the accused in the production of evidence.

KEYWORDS: Privilege against self-incrimination. Fifth Amendment. Interrogation. Production of evidence. American legal system. U. S. Supreme Court.

1 A ORIGEM DA GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A garantia contra a auto-incriminação, em sua acepção histórica, impede que qualquer pessoa acusada de um crime seja compelida a emitir declarações que possam incriminá-la. Tal garantia é amplamente considerada fundamental para a concreção da liberdade humana, fazendo parte da história do desenvolvimento dos direitos civis.

Há muito tempo o direito norte-americano conhece a garantia contra a auto-incriminação, mas tal regra não teve sempre o mesmo significado, nem efetividade prática.

Segundo os historiadores, a consagração da garantia decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelos regimes absolutistas no âmbito do processo penal. A confissão, considerada a “rainha das provas” no processo inquisitório, era perseguida pelas autoridades policiais e judiciárias sem limitações, vez que representava a principal forma de comprovar a culpa do acusado, em vista da escassez de outros meios de prova disponíveis na época.

Ademais, o acusado era obrigado a prestar juramento quando de sua inquirição, de forma que a mentira poderia ser punida com o crime de perjúrio.

Por tais motivos é que, em seu nascedouro, a garantia contra a auto-incriminação vinculava-se à importância de se vedar a extração forçada de declarações do imputado, bem como à proibição de interrogatórios sob juramento. As evidências históricas, contudo, mostram o quão hesitante, devagar e controvertido foi o desenvolvimento da garantia contra a auto-incriminação, até que se tornasse efetivamente parte do sistema jurídico de grande parte dos países democráticos. Apesar de ser considerada uma das bases do sistema da *common law*, a garantia, como a conhecemos hoje, é, na verdade, produto de uma visão relativamente recente.

Alguns aspectos da garantia contra a auto-incriminação existem desde a Antiguidade, tendo origem, segundo os pesquisadores, no direito canônico, mais especificamente na máxima latina *nemo tenetur prodere se ipsum* (variante do brocardo atualmente mais conhecido: *nemo tenetur se detegere*), atribuída a São João Crisóstomo, que a teria escrito em 407 d.C.¹ As palavras do santo proclamavam que nenhuma pessoa poderia ser compelida a trair a si mesma em público e tornaram-se “palavra

1 HELMHOLZ; R. H. et al. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997, p. 1.

de ordem” na história da proteção da liberdade humana, além de traço característico do sistema jurídico norte-americano.

Apesar de estar presente no direito inglês desde o século XVII, como herança do direito canônico, as regras do processo penal inglês tornaram praticamente impossível que a garantia contra a auto-incriminação fosse invocada pelos acusados. Essa impossibilidade resultou indiretamente do fato de que as regras da *common law* não permitiam que os acusados fossem representados por um advogado. Sem assistência técnica, os acusados de um crime não tinham alternativa a não ser autodefender-se. Os imputados não precisavam prestar juramento² e podiam falar amplamente em sua própria defesa. Se não falassem, contudo, ninguémalaria por eles. Assim, diante de tais circunstâncias, invocar a garantia contra a auto-incriminação equivalia a renunciar ao direito de defesa. Sem a ativa participação de advogados na persecução penal, a garantia tinha consequências práticas extremamente limitadas.

Esse modelo de administração da justiça penal, no qual os acusados eram impedidos de fazer-se representar por advogado, foi reproduzido nas Treze Colônias britânicas na América, que viriam, mais tarde, a tornar-se os Estados Unidos. As práticas e os institutos oriundos da metrópole, contudo, adaptaram-se às condições pré-existentes na colônia.

Assim é que a autodefesa praticada pelo acusado, que era impedido de ser representado por advogado, bem como a aplicação da “jurisdição sumária”, atenderam às necessidades de ordem pública da colônia.

No que tange ao impedimento de representação por advogado, considerando que o acusado não tinha recursos técnicos para fazer frente à acusação, o trabalho dos promotores tornava-se mais fácil, o que possibilitava que cuidassem de um número maior de processos, solucionando o problema de escassez de profissionais do direito na colônia. Já a aplicação da “jurisdição sumária” – que consistia em um procedimento penal mais célere, que não respeitava as garantias mínimas do acusado ao devido processo legal e, em regra, o sentenciava a uma pena corporal – veio solucionar os problemas do alto custo de manutenção das cadeias – onde os acusados esperavam o julgamento, já que, em regra, não tinham condições financeiras para pagar a fiança – e da dificuldade de levar os tribunais comuns a todos os cantos da colônia.

Nesse ponto, surge o aparente paradoxo da história da garantia contra a auto-incriminação: por que os Estados Unidos da América, que, durante a sua era colonial, impediram os acusados de serem representados por advogado e intensificaram a utilização da “jurisdição

² Uma lei editada em 1640 deu fim à prática de interrogar os acusados sob juramento nas cortes inglesas.

sumária” por razões econômicas, incluíram em seu texto constitucional a garantia contra a auto-incriminação no processo penal ainda no século XVIII, logo após sua separação da metrópole?

O processo de independência das Treze Colônias britânicas, que culminou com a declaração de independência de 4 de julho de 1776, colocou em cheque a tendência centralizadora das autoridades britânicas. Assim, no processo de separar-se da metrópole, as colônias norte-americanas redigiram constituições que reafirmavam – como leis fundamentais, ou seja, imunes a alterações legislativas – institutos que protegiam contra inovações tirânicas no sistema criminal.

Nesse rumo, a Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), aprovada em 12 de junho de 1776 – antes mesmo da declaração de independência das Treze Colônias –, já previa a garantia contra a não auto-incriminação, servindo de modelo de declaração de direitos para as constituições elaboradas por diversas outras ex-colônias:

Em todas as persecuções capitais ou criminais, o homem tem o direito de demandar a causa e a natureza da acusação, a ser confrontado com os acusadores e testemunhas, a produzir provas em seu favor e a um processo célere diante de um júri imparcial composto por doze homens de sua região, não podendo ser considerado culpado sem o seu consentimento unânime; nem pode ser compelido a fornecer provas contra si mesmo; ninguém pode ser privado de sua liberdade, exceto pela lei da sua terra ou pelo julgamento de seus pares.³

A Constituição Federal norte-americana de 1787, diversamente da grande maioria das constituições elaboradas pelas ex-colônias que, mais tarde, se uniriam para formar o Estado Federal norte-americano, não adotou uma declaração de direitos (*bill of rights*). Contudo, a pressão popular nas ex-colônias, no momento da ratificação da Constituição Federal que as unificaria em um só país, gerou a propositura de uma emenda constitucional – a Quinta Emenda à Constituição Federal norte-americana –, contendo uma série de garantias relacionadas ao processo judicial, a qual foi aprovada em 1791 nos seguintes termos:

3 No original: “That in all capital or criminal prosecutions, a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers.”

Nenhuma pessoa será responsabilizada por um crime capital ou infame, a menos que sob indiciamento ou processo perante o grande júri, exceto em casos de crimes militares ou milícia ou cometidos em tempo de guerra ou perigo público; nenhuma pessoa será sujeita a mais de um julgamento pelo mesmo fato; nem será compelida em um processo criminal a ser testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ninguém será privado de sua propriedade para uso público sem a devida indenização.⁴

Deve-se observar, portanto, que a garantia contra a auto-incriminação, em sua origem, restringia-se à proibição do uso da tortura e de outras formas coercitivas para obter a confissão do interrogado. Assim, de início, a garantia não se vinculou ao exercício da defesa no processo, o que só veio a ocorrer quando os advogados passaram a ter atuação ativa nos processos criminais, a partir do século XIX. A garantia contra a auto-incriminação, mais do que oferecer uma estratégia de defesa, buscava proteger a integridade física e mental do acusado, finalidade que, até hoje, se justifica.

2 A GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO NO BRASIL.

A garantia contra a auto-incriminação, a exemplo do que ocorre na maioria dos países de regime democrático, está inserida no ordenamento jurídico pátrio e, segundo a doutrina dominante, não só permite que o acusado permaneça silente durante toda a investigação policial e em juízo, como também impede que seja compelido a produzir ou a colaborar com a produção de prova contrária a seus interesses.

É importante observar que a cláusula *nemo tenetur se detegere* não configura um direito, mas uma garantia, vez que não representa, por si só, um bem jurídico a ser protegido. Ao contrário, ele se mostra como um eficiente instrumento de proteção a bens jurídicos como a liberdade, dignidade e integridades física, psíquica e moral, sendo o silêncio uma de suas formas de expressão. Nesse sentido, é a lição de Marcelo Schirmer Albuquerque:

4 No original: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

Nascida para resguardar o sujeito contra violações à sua incolumidade física e moral ou às suas liberdade e dignidade, evidente que a garantia de não auto-incriminação não existe a não ser para a proteção de direitos fundamentais, ou seja, em função deles. Em síntese, a não auto-incriminação não é um fim em si mesmo, mas, fundamentalmente, um meio de proteção de verdadeiros direitos fundamentais.⁵

O direito ao silêncio, reconhecido por muito doutrinadores como expressão da garantia contra a auto-incriminação⁶, foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, inciso LXIII, dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Essa garantia constitucional foi incorporada do direito norte-americano, que, como visto, a prevê na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, onde se lê que nenhuma pessoa “será compelida em qualquer caso criminal a ser uma testemunha contra si mesma”.

A consagração da garantia contra a auto-incriminação, assim como todo o rol de direitos e garantias fundamentais incluído na Constituição Federal de 1988, surgiu como reação à quase completa suspensão de direitos ocorrida durante o período da ditadura militar no Brasil, principalmente após a decretação do Ato Institucional nº 5. Nesse período, a tortura e o tratamento desumano dos acusados, a fim de levar à confissão, tornaram-se práticas institucionalizadas.

Além de estar presente no texto constitucional, a garantia do *nemo tenetur se detegere* foi consagrada no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992:

Artigo 8. Garantias judiciais

2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante

5 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 36.

6 Marcelo Schirmer Albuquerque, por sua vez, entende que não há, “entre a garantia de não auto-incriminação e o direito ao silêncio, uma relação de gênero-espécie. Na verdade, existe um único instituto, qual seja a garantia de não auto-incriminação, sendo o silêncio reconhecido apenas como uma forma de exercitar a garantia plenamente”. ALBUQUERQUE, op. cit., p. 3, nota 5.

o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;”

Antes mesmo de ser consagrada como direito fundamental do acusado pela Constituição Federal de 1988, a garantia contra a auto-incriminação já podia ser considerada presente na ordem jurídica brasileira, como decorrência da conjugação dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência e do processo acusatório. Segundo o doutrinador Guilherme Nucci, se o indivíduo é inocente até que se prove sua culpa, possuindo direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo, é perfeitamente claro que não está obrigado a produzir prova contra si mesmo.⁷

A garantia constitucional da não auto-incriminação provocou a revogação de alguns artigos do vetusto Código de Processo Penal, em vigor desde 3 de outubro de 1941, em razão de sua absoluta incompatibilidade.

O art. 186 da mencionada lei processual, que previa a possibilidade de o silêncio do réu ser interpretado em prejuízo de sua defesa⁸, já de constitucionalidade duvidosa diante dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, não subsistiu após o advento do texto constitucional de 1988, vez que não se pode atribuir sanção ao acusado por estar no exercício de direito assegurado em lei. A Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, tardiamente alterou a redação do referido artigo para adequá-lo à nova ordem constitucional:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

8 O art. 186 do Código de Processo Penal tinha a seguinte redação: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Também o art. 198 do Código de Processo Penal, que dispõe que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, deve ser considerado revogado, já que não se compatibiliza com o princípio da não auto-incriminação, previsto na Constituição Federal de 1988, nem com a nova redação dada ao art. 186 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792/2003. Se o direito do acusado de permanecer em silêncio foi consagrado entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não seria razoável admitir que do silêncio pudessem ser extraídas consequências a ele desfavoráveis.

Por sua vez, o art. 260 do Código de Processo Penal, que determina a condução coercitiva do acusado que não atender à intimação para o interrogatório, deve ser considerado parcialmente revogado, por manifesta incompatibilidade com o direito ao silêncio. Sendo o interrogatório meio de defesa, o réu a ele pode renunciar, já que não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem compromisso em falar a verdade. Dessa forma, não pode ser forçado, por meio de condução coercitiva, a apresentar-se à autoridade judicial.

Além de não poder ser compelido a prestar qualquer informação no interrogatório, o princípio da não auto-incriminação garante ao acusado a prerrogativa de negar, ainda que falsamente, a prática da infração. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello:

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. *The right to remain silent* – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 486) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, *ainda que falsamente*, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.⁹

A informação do acusado quanto ao seu direito de permanecer calado no momento de sua prisão – também presente no direito norte-americano, sob o nome “*Miranda rules*” –, que está prevista

9 HC 68.929/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/10/1991 (grifos no original).

expressamente no texto do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, é imprescindível para que a garantia contra a auto-incriminação tenha eficácia real. Assim, a falta de advertência do acusado quanto ao seu direito ao silêncio torna ilícita a prova que ele fornecer contra si mesmo. Nesse sentido, é a lição de Aury Lopes Jr.:

O direito de calar também estipula um novo dever para a autoridade policial ou judicial que realiza o interrogatório: o de advertir o sujeito passivo de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem feitas. Se calar constitui um direito do imputado e ele tem de ser informado do alcance de suas garantias, passa a existir o correspondente dever do órgão estatal a que assim o informe, sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional.¹⁰

Já decidiu nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

Elevando aí o *nemo tenetur se detegere* à alçada de garantia fundamental – além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. –, a Constituição – na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos *Escobedo vs Illinois* (378 U.S. 478 – 1964) e *Miranda vs Arizona* (384 U.S. 436 – 1969) – impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu *privilegio contra a auto-incriminação*.

A falta de advertência – e, como é óbvio, da sua *documentação formal* – faz *ilícita* a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.¹¹

3 A GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO E A PRODUÇÃO DE PROVAS

Como uma resposta aos abusos perpetrados pelo Estado durante a ditadura militar instituída após o golpe de 1964, a doutrina brasileira, em sua maioria, adotou uma interpretação extensiva para a garantia contra a auto-incriminação. Segundo ela, tal garantia não só impede que o acusado seja obrigado a depor contra si, podendo manter-se silente durante toda a investigação policial e em juízo, como também que seja compelido a produzir

10 LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 623.

11 HC 80.949/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30/10/2001 (grifos no original).

ou a colaborar com a produção de prova contrária a seus interesses. A garantia contra a auto-incriminação é vista, então, no direito pátrio, como uma medida assecuratória contra a atuação probatória do Estado.

Destarte, de acordo com a visão de grande parte dos juristas brasileiros, a garantia contra a auto-incriminação impede que o sujeito passivo seja compelido a emitir qualquer declaração em seu interrogatório, bem como a colaborar com a produção de qualquer prova que possa ser usada contra ele no processo, tais como participar de acareações e reconstituições e fornecer material biológico e padrões gráficos para a realização de exames periciais.

Em relação ao fornecimento de padrões gráficos para realização de perícia no processo criminal, há decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a exigência de participação do acusado na produção dessa prova fere a garantia contra a auto-incriminação:

Ora, diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio.

É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174.

Compelir o indiciado à produção de prova constitui constrangimento ilegal, posto não ser ele testemunha, mas acusado em potencial. E, *nemo tenetur se accusare*.¹²

12 HC 77.135/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08/09/1998 (grifos no original).

No que tange à aplicação da garantia contra a auto-incriminação ao interrogatório, parece não haver divergências na doutrina. Os juristas pátrios concordam que o direito ao silêncio, consagrado no texto constitucional, garante ao acusado a possibilidade de permanecer calado durante toda a investigação policial e o processo judicial, não podendo ser compelido, por qualquer meio, a se manifestar. É, ainda, largamente aceito que o sujeito passivo não tem o dever de falar a verdade, podendo negar, ainda que falsamente, a autoria do delito e faltar com a verdade nas suas respostas.

Vale observar, ainda, que essa garantia assiste também à testemunha, quando de suas declarações emergirem indícios de culpabilidade. Assim é que mesmo a pessoa não submetida à investigação também pode fazer uso da garantia constitucional, sempre que suas palavras possam vir a ser usadas contra si.

Em relação às demais atividades probatórias no processo penal, há grande debate quanto ao alcance da garantia contra a auto-incriminação, destacando-se duas correntes principais: aquela que adota uma interpretação extensiva da garantia, admitindo uma certa “imunidade” do acusado quanto à sua participação na atividade probatória; e aquela que interpreta a garantia constitucional de forma a não reconhecer a sua aplicação em relação a provas que dependam da colaboração do acusado.

A primeira corrente, que encontra respaldo em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, estende a garantia contra a auto-incriminação para além do direito ao silêncio na investigação e no interrogatório e da proibição de que o acusado seja compelido a fazer declarações que possam incriminá-lo. Ela interpreta a mencionada garantia para abranger a ideia de que o sujeito passivo não pode ser obrigado a participar, prestando qualquer forma de mínima colaboração, de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial.

A outra interpretação recusa-se a reconhecer que a garantia contra a auto-incriminação concede ao sujeito passivo de uma investigação ou de um processo penal o direito de não participar da atividade probatória. Essa corrente reconhece a incidência do *nemo tenetur se detegere* no interrogatório e demais formas de inquirição do acusado, garantindo o seu direito ao silêncio, com todas as implicações daí decorrentes. Contudo, não concorda com a extensão da garantia à possibilidade de recusa do acusado à contribuição na produção de provas que lhe possam ser desfavoráveis, desde que a contribuição do acusado não moleste a sua dignidade e integridades física, psíquica e moral.

Nesse sentido, Marcelo Schirmer Albuquerque afirma que:

[A] garantia de não auto-incriminação, para coexistir com o princípio do contraditório, não pode ser usada como esQUIVA à atuação dos órgãos de persecução penal, devendo ter seu âmbito de incidência limitado aos meios de prova em relação aos quais cumpra verdadeira função protetiva de direitos fundamentais ou pelo menos alguma função de cunho processual vinculada à noção basilar de contraditório.¹³

No direito norte-americano, a garantia contra a auto-incriminação não tem a extensão pretendida pela doutrina majoritária do direito brasileiro. O entendimento que tem prevalecido no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é no sentido de que a garantia refere-se a manifestações testemunhais do acusado, não abrangendo, assim, outras fontes de prova.

A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América atesta que ninguém será compelido, em um processo criminal, a testemunhar contra si mesmo, sendo certo que muitas decisões judiciais interpretaram essa cláusula de forma a estendê-la além do que suas palavras atestam. A garantia de não testemunhar contra si mesmo pode ser invocada não apenas por pessoas que estão sendo acusadas de uma conduta criminosa, mas também por aquelas que possam vir a ser acusadas no futuro. Ela se aplica a testemunhas da mesma forma que se aplica a réus. No regime jurídico norte-americano, a garantia se estende para além das cortes e da investigação policial, podendo ser invocada, por exemplo, por testemunhas interrogadas perante comissões parlamentares. Vale dizer, ainda, que a garantia contra a auto-incriminação alcança não só a proibição de fazer determinadas perguntas incriminadoras à testemunha: ela permite que qualquer acusado se recuse a testemunhar ou a comparecer ao interrogatório e, ainda, garante que ele não sofra qualquer consequência em razão dessa recusa.

Assim é que, no direito norte-americano, a cláusula *nemo tenetur se detegere* garante à pessoa o direito de se recusar a emitir declarações, responder perguntas ou testemunhar, sempre que essas ações possam incriminá-la. Assim como no Brasil, o silêncio do acusado não pode ser levado em consideração pelo júri em sua decisão.

Já no que tange à produção de provas que dependam da colaboração do acusado, tais como a coleta de impressões digitais e a extração de amostras de sangue ou outros materiais biológicos do acusado, não se reconhece, no direito norte-americano, a possibilidade de sua recusa.

13 ALBUQUERQUE, op. cit., pág. 52.

Tanto as cortes federais quanto as estaduais reconhecem, desde muito, um importante aspecto na aplicação da garantia: ela é um impedimento contra uma comunicação ou um testemunho obtido mediante coerção, mas não se estende para impedir que o acusado seja compelido a tornar-se fonte de prova. O *leading case* nesse sentido é o julgado *Holt v. United States*, proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1910, no qual o acusado alegou violação à garantia contra a auto-incriminação ao ter sido coagido a experimentar uma blusa, que supostamente pertencia ao autor de um homicídio. Nesse caso, o juiz Holmes afirmou que:

A proibição de compelir um homem em uma corte criminal a testemunhar contra si mesmo é uma proibição do uso de coerção física ou moral para extrair dele declarações, não a exclusão do seu corpo como evidência material. A objeção, em princípio, proibiria o júri de olhar para o prisioneiro e comparar suas feições com as de uma fotografia utilizada como prova.¹⁴

Destarte, a garantia contra a auto-incriminação no direito norte-americano aplica-se apenas para as declarações do acusado, não se estendendo para as demais provas que dependam da sua colaboração. Assim, o acusado pode ser compelido pela autoridade policial ou judiciária a andar, gesticular, fornecer padrões gráficos, repetir frases para identificação de voz, fornecer impressões digitais, entregar às autoridades itens de seu vestuário, etc, sem que tais atitudes sejam consideradas protegidas pela mencionada garantia.

A jurisprudência norte-americana admite, também, que a retirada de amostras de sangue do imputado, sem o seu consentimento, bem como a utilização do exame de sangue como prova em juízo, não viola a garantia contra a auto-incriminação. A decisão proferida no caso *Schmerber v. California* não deixa dúvidas ao afirmar que:

Nenhuma sombra de coerção para obter o testemunho ou comunicação forçada do acusado esteve envolvida na extração e na análise clínica. A capacidade de comunicação do petionário em nenhum momento esteve envolvida. Na verdade, a sua participação, exceto como doador, foi irrelevante para o resultado do teste, que

¹⁴ No original: "the prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof." *Holt v. U.S.*, 218 U.S. 245 (1910), U. S. Supreme Court.

dependeu tão-somente da análise química. Já que o exame de sangue, ainda que seja uma prova incriminadora decorrente de coerção, não derivou do testemunho do peticionário nem se relacionou com qualquer ato de comunicação oral ou escrita do peticionário, ele não é inadmissível à luz da garantia.¹⁵

Resta claro, assim, que a jurisprudência dominante entende que a retirada de amostras de sangue do acusado, mesmo sem o seu consentimento, não infringe a garantia contra a auto-incriminação, vez que esta apenas evita que o acusado seja forçado a testemunhar contra si mesmo, ou seja, que seja compelido a fornecer uma prova de natureza exclusivamente testemunhal ou comunicativa.

Esse precedente foi reafirmado posteriormente, em 1988, no caso *Doe v. United States*, em que o acusado, que estava sendo investigado por enviar dinheiro irregularmente para contas em bancos estabelecidos nas Ilhas Cayman, foi obrigado, por ordem judicial, a assinar formulários que autorizavam tais bancos a revelar informações sobre contas que se desconfiava estarem em seu nome. Esse procedimento foi considerado necessário pelo governo norte-americano porque os bancos se recusaram a fornecer as informações por ele solicitadas, já que, de acordo com as leis das Ilhas Cayman, é crime revelar informações bancárias confidenciais sem o consentimento do correntista. O acusado recorreu à Suprema Corte norte-americana, afirmando que a obrigação de assinar os formulários violou a sua garantia de não auto-incriminação. A Suprema Corte, então, decidiu:

Para ser testemunhal, a comunicação oral ou escrita do acusado, ou seu ato, deve, explícita ou implicitamente, relatar um fato ou revelar uma informação. É coerente com a história e com as políticas que fundamentam a cláusula da não auto-incriminação sustentar que o privilégio só deve ser afirmado para impedir a coação utilizada para revelar informações incriminadoras.

[...]

15 No original: "Not even a shadow of testimonial compulsion upon or enforced communication by the accused was involved either in the extraction or in the chemical analysis. Petitioner's testimonial capacities were in no way implicated; indeed, his participation, except as a donor, was irrelevant to the results of the test, which depend on chemical analysis and on that alone. Since the blood test evidence, although an incriminating product of compulsion, was neither petitioner's testimony nor evidence relating to some communicative act or writing by the petitioner, it was not on privilege grounds." *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), U.S. Supreme Court.

Talvez esse entendimento seja mais claramente revelado nos casos em que a Corte afirmou que certos atos, apesar de incriminadores, não são abrangidos pela garantia. Assim, um suspeito pode ser compelido a fornecer amostra de sangue, um exemplar de manuscrito ou de voz, a participar de reconhecimento de pessoas e a vestir uma determinada roupa. Essas decisões estão embasadas na premissa de que ‘a garantia protege um acusado apenas de ser compelido a testemunhar contra si mesmo ou de outra forma fornecer ao Estado prova de natureza testemunhal ou comunicativa’. De acordo com essa afirmativa, a Corte afirmou que a garantia não foi aplicada nos casos acima porque o suspeito não foi obrigado a revelar nenhum conhecimento que tivesse, nem se declarar culpado. É a extorsão de informação do acusado, a tentativa de forçá-lo a revelar o conteúdo de sua mente, que gera a aplicação da cláusula da não auto-incriminação.¹⁶

No mesmo sentido é a jurisprudência norte-americana quando se trata dos “testes de sobriedade em campo” (*Standardized Field Sobriety Tests*), que consistem em uma bateria de testes administrada e avaliada de forma padronizada, a fim de obter indicadores válidos acerca da embriaguez do examinado e fornecer evidências para justificar a prisão do motorista embriagado.

Questionada a constitucionalidade dos testes físicos e de performance aplicados na forma dos mencionados *Standardized Field Sobriety Tests* diante da garantia contra a auto-incriminação, as cortes decidiram que não se trata de prova testemunhal e, por isso, tais testes não estão cobertos pela proteção da garantia. No julgado *State v.*

¹⁶ No original: “In order to be ‘testimonial’, an accused’s oral or written communication, or act, must itself, explicitly or implicitly, relate a factual assertion or disclose information. It is consistent with the history of and the policies underlying the Self-Incrimination Clause to hold that the privilege may be asserted only to resist compelled explicit or implicit disclosures of incriminating information. (...) This understanding is perhaps most clearly revealed in those cases in which the Court has held that certain acts, though incriminating, are not within the privilege. Thus, a suspect may be compelled to furnish a blood sample, *Schmerber v. California*, 384 U.S., at 765, 86 S.Ct., at 1832; to provide a handwriting exemplar, *Gilbert v. California*, 388 U.S., at 266-267, 87 S.Ct., at 1953 or a voice exemplar, *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1, 7, 93 S.Ct. 764, 768, 35 L.Ed.2d 67 (1973); to stand in a lineup, *United States v. Wade*, 388 U.S., at 221-222, 87 S.Ct., at 1929; and to wear particular clothing, *Holt v. United States*, 218 U.S. 245, 252-253, 31 S.Ct. 2, 6, 54 L.Ed. 1021 (1910). These decisions are grounded on the proposition that ‘the privilege protects an accused only from being compelled to testify against himself, or otherwise provide the State with evidence of a testimonial or communicative nature.’ The Court accordingly held that the privilege was not implicated in each of those cases, because the suspect was not required ‘to disclose any knowledge he might have,’ or ‘to speak his guilt’. It is the ‘extortion of information from the accused,’ the attempt to force him ‘to disclose the contents of his own mind,’ that implicates the Self-Incrimination Clause.” *Doe v. U.S.*, 487 U.S. 201, 108 S.Ct. 2341, U.S.Tex., 1988.

*Corrigan*¹⁷, o Tribunal de Connecticut decidiu que testes como andar sobre uma linha, pegar uma caneta ou dizer a hora aos policiais, para verificação do grau de embriaguez do motorista, não são comunicações protegidas pela garantia contra a auto-incriminação.

No que tange ao teste do bafômetro, os tribunais norte-americanos o equipararam a outros tipos de análises químicas e o consideraram uma prova não testemunhal, razão pela qual não está acobertado pela garantia contra a auto-incriminação. Ao analisar a exigência do teste do bafômetro no caso *American Fork City v. Cosgrove*, a Suprema Corte de Utah decidiu que “o direito do acusado a não se auto-incriminar, previsto na Constituição do Estado de Utah, não foi violado quando, após sua prisão, ele foi compelido a se submeter ao teste do bafômetro, sob a ameaça de perder sua carteira de motorista”¹⁸.

Nesse ponto, é importante tratar das consequências, no sistema jurídico norte-americano, da recusa do acusado a colaborar com a produção da prova, quando requisitado pela autoridade policial ou judiciária. Como visto anteriormente, a jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos da América permite, como regra, que o Estado obrigue o imputado a praticar o ato solicitado pelas autoridades, a que ele havia se recusado inicialmente.

Assim é que, no caso *Schmerber v. California*, já mencionado, a Suprema Corte norte-americana afirmou que o Estado pode forçar o acusado a submeter-se a um exame de sangue, sem que essa coerção seja considerada violadora da garantia contra a auto-incriminação. Nessa decisão, afirmou-se que “o teste escolhido para medir o grau de alcoolemia no sangue do acusado foi razoável, já que era uma maneira efetiva de determinar a intoxicação, não impôs qualquer risco, trauma ou dor ao acusado e foi executado de forma razoável pelo médico no hospital”¹⁹.

O entendimento foi corroborado no caso *South Dakota v. Neville*, no qual a Suprema Corte decidiu:

No caso *Schmerber v. California*, esta Corte sustentou a legalidade de um exame de sangue forçado pelo Estado contra a alegação de

17 State v. Corrigan, 228 A.2d 568, Circuit Court of Connecticut, Appellate Division, 1967.

18 No original: “[d]efendant’s right under the Utah Constitution’s self-incrimination provision were not violated when, after his arrest, he was required to submit to a breathalyzer test under threat of losing his driver’s license.” American Fork City v. Cosgrove, 701 P.2d 1069, Supreme Court of Utah, Utah, 1985.

19 No original: “The test chosen to measure petitioner’s blood alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital.”

que isso infringiu a garantia contra a auto-incriminação prevista na Quinta Emenda, aplicável aos Estados em razão da Décima-Quarta Emenda. Nós reconhecemos que um exame de sangue forçado infringe, em um certo grau, a ‘inviolabilidade da personalidade humana’ e a ‘exigência de que o Estado obtenha provas contra o acusado por seus próprios meios’, mas notamos que nunca foi dado à garantia o alcance sugerido pelos valores que ela ajuda a proteger. Nós, então, sustentamos que o privilégio impede o Estado apenas a forçar comunicações e testemunhos. Sendo o exame de sangue uma prova ‘física ou real’ e não testemunhal, nós entendemos que não está protegido pela garantia prevista na Quinta Emenda.²⁰

Em outros casos, porém, a legislação pode prever que a recusa seja utilizada em juízo em desfavor do réu, como prova de “consciência da culpa”. Em outros, a recusa pode, ainda, configurar ilícito civil, passível de aplicação de multa, ou crime de desobediência (*contempt of court*).

Nos casos relacionados à direção de veículo automotor sob a influência de álcool ou outros entorpecentes (*Driving Under the Influence – DUI ou Driving While Intoxicated – DWI*), por exemplo, as consequências podem ser outras que não a realização coercitiva do exame.

Muitos estados norte-americanos editaram leis que prevêm o consentimento implícito, ou seja, que determinam que todo motorista, pelo simples ato de dirigir, consente implicitamente em realizar um teste químico para determinar o grau de alcoolemia em seu sangue. Contudo, a fim de evitar confrontos violentos com os cidadãos, muitos desses estatutos permitem que os suspeitos se recusem a realizar o teste. Essa recusa, no entanto, gera consequências: em primeiro lugar, ela pode ser usada contra o acusado em juízo, como uma prova de que tem “consciência da culpa”; a recusa é, ainda, considerada um ilícito civil, totalmente independente do processo criminal por dirigir sob a influência de substâncias entorpecentes, que geralmente resulta em perda da carteira de motorista e aplicação de multa.

Há que se reconhecer, assim, que, no sistema jurídico norte-americano, não só a colaboração do acusado na produção de provas é

20 No original: “*In Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), this Court upheld a state-compelled blood test against a claim that it infringed the Fifth Amendment right against self-incrimination, made applicable to the States through the Fourteenth Amendment. We recognized that a coerced blood test infringed to some degree the ‘inviolability of the human personality’ and the ‘requirement that the State procure the evidence against an accused ‘by its own independent labors,’ but noted the privilege has never been given the full scope suggested by the values it helps to protect. We therefore held that the privilege bars the State only from compelling ‘communications’ or ‘testimony.’ Since a blood test was ‘physical or real’ evidence rather than testimonial evidence, we found it unprotected by the Fifth Amendment privilege.” *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553 (1983), U.S. Supreme Court.

considerada legítima como, ainda, são graves as consequências da recusa do acusado a colaborar.

4 A REDUÇÃO DO ÂMBITO DA GARANTIA NO DIREITO BRASILEIRO

Talvez devido à história que antecede a consagração da garantia contra a auto-incriminação nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano – neste, como forma de acabar com o uso da tortura para obter a confissão do acusado, que, no processo inquisitório, era a “rainha das provas”; naquele, como parte do rol de direitos e garantias fundamentais, criado como uma resposta ao longo período de privação de direitos a que os brasileiros foram submetidos durante a ditadura militar iniciada em 1964 -, é de se notar a enorme diferença entre eles no que tange à interpretação dada à mencionada garantia. Enquanto no direito norte-americano a garantia se aplica apenas à oitiva do imputado, no brasileiro ela abrange todas as provas que dependam da colaboração do acusado.

Há, contudo, de se reconhecer, à luz da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, que a amplitude dada à garantia contra a auto-incriminação no direito brasileiro é, por vezes, exagerada, não subsistindo diante de uma análise mais acurada das situações de fundo que justificam a produção de provas que dependam da colaboração do acusado.

Ressalte-se, nesse momento, que os Estados Unidos da América, como visto anteriormente, também reconhecem a garantia em seu texto constitucional, de forma que a diferença de interpretação dada a ela não decorre do tipo de ato legislativo em que foi consagrada em um ou outro país. Ainda assim, admite-se, no direito norte-americano, que o acusado possa ser obrigado a se submeter a certas situações, ou a suportar determinadas ingerências, com finalidades probatórias.

No Brasil, a garantia contra a auto-incriminação deve limitar-se a suas finalidades, as quais, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, são a proteção dos direitos fundamentais que compõem o núcleo estrutural da dignidade da pessoa humana, especialmente o instinto de autopreservação, e assegurar a liberdade de consciência e a autodeterminação do acusado.²¹

Não há violação do instinto de autopreservação e da liberdade de consciência do acusado em relação à sua contribuição na produção de provas no processo, vez que aceitar contribuir com a prova pericial não equivale a admitir a própria culpa, até porque quando o acusado fornece

21 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27.

material que servirá de objeto de perícia, ele não sabe, de antemão, qual será o resultado.

Assim é que a garantia contra a auto-incriminação não deve ser vista como um obstáculo à produção de toda e qualquer prova no processo penal que dependa da contribuição do imputado, mas apenas a oitiva deste, vez que o interrogatório, em sua concepção moderna, não constitui meio de prova, mas meio de defesa.

A recusa do acusado em contribuir com a produção de provas que dependam da sua colaboração, destarte, não deve se pautar na cláusula *nemo tenetur se detegere*. Essa afirmação não pretende sustentar, contudo, que a contribuição do acusado é sempre obrigatória, vez que os órgãos de persecução não podem ignorar os direitos fundamentais do imputado em favor de interesses probatórios.

Assim, embora a garantia contra a auto-incriminação não deva ser usada para sustentar a recusa do acusado a contribuir com a produção da prova que porventura lhe possa ser desfavorável, a ausência de outros requisitos, tais como a existência de lei autorizativa ou de fortes indícios de autoria e materialidade, podem justificar a escusa do acusado. Nesse sentido, é a lição de João Cláudio Couceiro, ao afirmar que “o conteúdo inviolável do direito ao silêncio é a proteção à integridade física e mental da pessoa, de forma que toda limitação imposta por lei que não venha a afetá-la é legítima”²².

Parece-nos, assim, que não há que se falar em garantia contra a auto-incriminação no que tange à produção de provas que dependam da contribuição do acusado, desde que a exigência de contribuição possa ser extraída de texto legal. Isso porque embora seja admitida a produção de qualquer prova, desde que não atente contra a dignidade da pessoa humana e seja moralmente legítima, a Constituição Federal de 1988 assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

É imprescindível distinguir, nesse ponto, as provas invasivas das não-invasivas. As provas não-invasivas são aquelas em que a contribuição do acusado limita-se a uma sujeição passiva, não havendo ingerência sobre o corpo do indivíduo, nem uma violação direta a seus direitos fundamentais.

O dever legal de contribuir com a produção de provas não-invasivas pode ser extraído da legislação atual, como, por exemplo, o art. 174, IV, do CPP, que trata do fornecimento de escritos para exame grafotécnico, o art. 226, II, do mesmo diploma legal, que cuida do

²² Couceiro, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

reconhecimento de pessoas, e a Lei no 10.054/2000, que regulamenta a identificação criminal por meio da coleta de impressões digitais.

Ademais, na esteira de Marcelo Schirmer Albuquerque, ainda que não existissem normas específicas sobre a contribuição do acusado na produção de determinadas provas não-invasivas, as próprias normas gerais sobre a atividade probatória já seriam suficientes para embasar tal exigência, vez que se trata de provas que não representam limitação a direitos fundamentais. Segundo o mesmo autor:

Não é difícil perceber que, nessas provas, os direitos fundamentais do acusado não são sequer minimamente violados e, nessa perspectiva, a eventual incidência da garantia de não auto-incriminação não cumpre qualquer finalidade protetiva. Já destacamos que o fato de ser sujeito passivo em uma investigação criminal ou em um processo penal já afeta a dignidade de um indivíduo e implica uma série de aspectos mais ou menos incômodos em sua vida, mas que devem ser percebidos como necessárias consequências de sua posição processual. Quando chamado a participar do processo, o indivíduo acumula uma série de ônus e deveres, entre os quais o de acatar o que for determinado pelo Estado, enquanto esse aja de forma legítima e respeitadora dos direitos fundamentais de seus cidadãos.²³

As provas invasivas, por sua vez, são aquelas que sacrificam, em maior ou menor grau, certos direitos fundamentais do acusado, vez que se efetivam por meio de uma ingerência sobre o seu corpo ou sobre sua esfera íntima ou privada. Nessa categoria enquadram-se as intervenções corporais, as buscas e apreensões em domicílio e as interceptações telefônicas.

Tais provas, por atingirem diretamente os direitos fundamentais do imputado, devem, em regra, ser evitadas. Contudo, a justificativa para a recusa do acusado a participar da produção da prova não deve ser baseada na garantia contra a auto-incriminação, mas na proteção de seus direitos fundamentais, tais como as integridades física e moral, a intimidade e a privacidade. Embora a cláusula *nemo tenetur se detegere* seja garantia fundamental prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a ela não pode ser dada abrangência absoluta, sob pena de gerar a completa aniquilação da atividade de persecução penal.

Não obstante as provas invasivas devam, em regra, ser substituídas por outras que não violem os direitos fundamentais do

²³ ALBUQUERQUE, op. cit., p. 100.

acusado, em algumas situações isso não é possível. Nesses casos, presentes os requisitos que autorizam a exigência de colaboração do acusado na produção da prova, tais como a existência de lei e de indícios suficientes de materialidade e autoria, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para justificar a medida interventiva. Assim, as provas invasivas só devem ser admitidas quando, feita a ponderação entre os direitos fundamentais do acusado e os interesses sociais, se confira maior relevância aos últimos.

Enquanto nos Estados Unidos da América, como visto anteriormente, a recusa do acusado em colaborar com a produção de provas pode gerar a condução coercitiva para a realização do quanto foi determinado pela autoridade policial ou judiciária, no direito brasileiro tal medida não poderia ser aplicada, por gerar medida extremamente constrangedora para o acusado e até para os executores da medida, ferindo gravemente a dignidade da pessoa humana.

Contudo, a recusa indevida, no Brasil, pode configurar crime de desobediência, além de poder ser avaliada, no processo, como prova indiciária, que, no bojo de outras provas produzidas, podem levar à condenação do réu. Vale ressaltar que não se prega, nesse ponto, a substituição ou equivalência da recusa à prova não produzida, mas apenas a valoração da recusa enquanto prova indiciária, que, para a condenação, deve necessariamente se fazer acompanhar de outros elementos de convicção.

5 CONCLUSÃO

A garantia contra a auto-incriminação, portanto, não deve ser vista como uma espécie de “imunidade” do acusado contra a atividade probatória no processo penal, mas como uma forma admitida pelo direito de auxiliar na tutela de direitos fundamentais, a fim de otimizar a atividade persecutória do Estado. Assim é que, à luz da interpretação dada à garantia pela jurisprudência norte-americana, a extensão da garantia no direito brasileiro deve ser reduzida para que o acusado possa ser compelido a colaborar com a produção de provas no processo, desde que presentes os requisitos necessários para a proteção de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DERSHOWITZ, Alan M. *Is there a right to remain silent? Coercive interrogation and the Fifth Amendment after 9/11*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

HELMHOLZ, R. H. *et al. The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



**WRIT OF CERTIORARI E REPERCUSSÃO
GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO:
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA
DISCRICIONARIEDADE DAS SUPREMAS
CORTES NORTE AMERICANA E BRASILEIRA**

*WRIT OF CERTIORARI AND GENERAL REPERCUSSION
REQUIREMENT: CONSIDERATIONS ABOUT DISCRETION OF
AMERICAN AND BRAZILIAN SUPREME COURTS*

*Daniela de Angelis
Procuradora Federal*

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Writ Of Certiorari e a Suprema Corte Norte Americana; 2 A Repercussão Geral e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: Através do presente trabalho buscou-se demonstrar as distinções e semelhanças entre o *writ of certiorari* do direito norte americano e a repercussão geral no recurso extraordinário do direito brasileiro. Certamente sem a pretensão de esgotar o tema, fez-se uma breve análise de ambos os institutos jurídicos, apontando suas principais características para, ao final, reconhecendo a influência do *writ* norte americano na criação do instituto brasileiro e a importante função de ambos como filtro de acesso à Corte Constitucional, que passa a apreciar apenas as questões mais relevantes à sociedade, apontar sua principal distinção: extensão da discricionariedade da Corte no recebimento ou não dos recursos a ela dirigidos.

PALAVRAS-CHAVE: Suprema Corte. Direito comparado. *Writ of certiorari*. Repercussão Geral. Discricionariedade. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT: The goal of this paper is to present similarities and differences between the American writ of certiorari and the Brazilian general repercussion requirement in extraordinary review. This paper is only an introductory study with a brief analysis of both legal institutes, focusing on their main characteristics, and concluding not only that the American writ influenced the creation of the Brazilian institute, but also that both are important filters to access Constitutional Courts, for Courts should consider only those issues that are most relevant to society, and herein lies the main difference between them: the extent of discretion that each of these Courts has to hear the review of appeals.

KEYWORDS: Supreme Court. Comparative Law. Writ of Certiorari. General Repercussion Requirement. Discretion. Constitutional Adjudication.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, um tema que está sempre em pauta no “mundo jurídico” é a demora na solução dos processos em trâmite no Poder Judiciário. Não é raro os operadores do Direito se depararem com processos que se arrastam por mais de vinte anos, não se chegando ao termo final pelas mais diversas causas.

Muitos questionam se não seria o excessivo número de recursos disponíveis às partes o grande vilão da celeridade processual, argumentando que o Código de Processo Civil deve ser amplamente reformado para, ajustando ou mesmo restringindo alguns dos direitos das partes no curso do processo, em especial no que tange aos recursos, buscar deixar menos morosa a Justiça brasileira.

Deixando de lado o posicionamento pessoal no que se refere às reais causas da tão falada morosidade da Justiça (se de fato merece ou não ser reformado de forma tão ampla a lei processual pátria), já que este não é o objetivo do presente artigo, a constatação de que a caótica realidade clama por providências, seja reformando o processo civil, seja melhor estruturando os órgãos responsáveis pela realização justiça¹, é inevitável.

Todas as instâncias do Poder Judiciário, de juízes de primeiro grau a tribunais, sofrem com o incremento diário do número de novas ações, que têm seu trâmite prejudicado pelo acúmulo de processos mais antigos, que clamam por um termo final.

A situação do Supremo Tribunal Federal não é diferente. Com seus apenas onze Ministros, vê-se diante de milhares de recursos pendentes de julgamento, que muitas vezes acabam por ser precariamente solucionados através de medidas liminares que não se sabe quando poderão ser definitivamente apreciados e julgados, já que a cada dia a pauta de julgamento se alonga.

Buscando soluções para a problemática realidade, há alguns anos o Poder Legislativo vem implementando reformas na legislação processual com vistas a ampliar a celeridade processual, desafogando os órgãos do judiciário dos muitos processos acumulados e visando evitar que os novos tenham o mesmo fim. Uma das principais, se não a principal, recente alteração no ordenamento jurídico com tal finalidade surgiu com a Emenda Constitucional nº 45, de 18/04/2004, que, justamente em razão de seu intuito, ficou conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”.

1 Por responsáveis pela realização da justiça entenda-se não só os órgãos do Poder Judiciário como também todas as demais funções essenciais à Justiça, como Advocacia Pública e Ministério Público.

Analisando a citada reforma, pode-se notar que uma das grandes preocupações do legislador foi tentar reduzir a carga recursal dos tribunais recursais, em especial a do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, a Corte Suprema, criada originariamente com o intuito de ser a “guardiã da Constituição”, com o passar dos anos, passou a ser uma terceira ou mesmo quarta instância recursal, situação que acarretou o abarrotamento do Tribunal com recursos cujo mérito muitas vezes foge a sua função precípua.

É com esse espírito que surge a exigência constitucional de demonstração de repercussão geral para interposição do Recurso Extraordinário. O novo instituto jurídico, que encontra previsão no §3º do artigo 102² do texto constitucional de 1988, é, em verdade, um conceito jurídico indeterminado, já que não há, na Carta Maior, definição exata do que seja ou o que deva ser considerado como “repercussão geral das questões constitucionais”. Nem mesmo a lei regulamentadora – Lei nº 11.418/2006 –, a despeito de trazer alguns parâmetros conceituais, define de fato o que deve ser considerado como questão de repercussão geral.

Diante desse quadro de indeterminação, muitas questões surgem no sentido de se saber se o novo instituto permite ou não ao Supremo Tribunal Federal analisar, de forma discricionária, o cabimento ou não do recurso extraordinário no caso concreto. É neste momento que surgem as comparações com o instituto correlato existente no sistema jurídico norte americano – o *writ of certiorari* –, cuja apreciação por parte da Suprema Corte daquele país depende de análise discricionária dos membros do tribunal.

Nesta linha de ideias, o presente artigo se propõe, obviamente que não de forma exaustiva, dada a nítida limitação da forma de apresentação, estabelecer um comparativo entre os institutos da repercussão geral no recurso extraordinário brasileiro e o *writ of certiorari* norte americano, em especial no que tange à discricionariedade da Corte Constitucional em cada sistema jurídico no recebimento ou não dos respectivos recursos que lhes são dirigidos.

2 “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

1 WRIT OF CERTIORARI E A SUPREMA CORTE NORTE AMERICANA

Como se sabe, o regime jurídico dos Estados Unidos da América, diferentemente do sistema *civil law* vigente no Brasil, é o *commom law*. Em apertada síntese, esse sistema jurídico, originário do sistema Inglês, caracteriza-se por retirar as regras de direito dos chamados casos precedentes. Justamente por ser eminentemente casuístico, o sistema jurídico não tem como regra a existência de leis escritas que buscam exaurir a proteção do bem jurídico, mas sim ter em conta as decisões judiciais precedentes. Nas palavras de GODOY, a regra nos Estados Unidos é de que “o direito é o que o judiciário diz o que o direito seja”³.

Por ser um sistema jurídico casuístico, a Constituição Federal norte americana caracteriza-se por ser sintética, trazendo em seu bojo normas de cunho principiológico, representando um verdadeiro norte interpretativo do direito. Justamente por não pretender exaurir as questões jurídicas, a regra do direito constitucional norte americano é a delegação de competência legislativa geral aos estados, sendo os poderes do governo central enumerados taxativamente (artigo I, parágrafo 8º). Quer dizer, apenas confere-se ao poder central aqueles poderes enumerados no texto constitucional, remanescendo os demais poderes aos estados-membros, a quem incumbe legislar especificamente sobre cada bem jurídico a ser tutelado.

Seguindo esse espírito minimalista e deixando aos estados a responsabilidade para reger a maior parte das situações, ao contrário do que ocorre na Constituição do Brasil, a Carta Constitucional dos Estados Unidos limitou-se a criar, em seu artigo III, a Suprema Corte, deixando para o Congresso a função de criar as cortes inferiores. Assim, a Suprema Corte é o único órgão do Poder Judiciário criado originariamente pela Constituição Federal. Todos os demais tribunais foram criados pelo Congresso, não encontrando previsão ou mesmo competência enumerada no texto constitucional.

À Suprema Corte norte americana a Constituição conferiu competência originária para apreciar os casos que envolvem embaixadores, Ministros de Estado e cônsules, bem como os casos em que um dos estados-membro seja parte. Além dessa competência constitucional, possui também a Corte atribuição recursal, criada pelo Congresso, para revisão das decisões das cortes de apelação federais, bem como das decisões proferidas pelas mais altas cortes estaduais

3 In *Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.48.

quando envolvida questão federal⁴. Possui, então, a Suprema Corte dois tipos de competência: originária, oriunda da Constituição, e recursal, atribuída pelo Congresso.

Considerando que não há que se falar em discricionariedade no que se refere à competência originária, já que, por determinação constitucional, é a Suprema Corte o único órgão do Poder Judiciário que pode e deve apreciar aqueles casos, não serão feitas maiores considerações, atendo-se a análise apenas das situações em que a Suprema Corte é chamada a revisar as decisões proferidas por outros tribunais ou juízes.

A competência recursal da Suprema Corte Norte Americana, via de regra, é exercida através do instrumento chamado *writ of certiorari*. Não é este o único meio possível de provocar a manifestação da Corte⁵, mas, por ser o mais utilizado e por estarem os demais em desuso, é o que será analisado.

Originário do anteriormente existente *writ of error*, posteriormente substituído pelo *writ of appeal*, através do referido instituto as partes requerem à Suprema Corte que aprecie e julgue o mérito da ação, anteriormente analisada pelas instâncias inferiores⁶. Para tanto, devem as partes comprovar o preenchimento de três requisitos: existência de prejuízo concreto (*standing*), existência de dano real e não apenas em tese (*ripeness*), demonstrar que a causa não perderá o objeto pelo transcurso do tempo (*mootness*)⁷.

Ocorre que, ainda que presentes esses requisitos, a Corte não está obrigada a conhecer do recurso apresentado, podendo decidir de forma discricionária não apreciar o *writ*. Composta por nove membros (*judges*), o *writ* somente será apreciado caso quatro ou mais juízes assim decidam. Trata-se da chamada “regra de quatro” (*rule of four*), segundo a qual somente será conferido o *grant of certiorari* caso quatro ou mais juízes entendam ser o caso, em razão da relevância da questão, de apreciar o *writ*.

Como se vê, no caso do instituto norte americano, a regra do *quórum* qualificado mínimo aplica-se como requisito para a admissibilidade de

4 MEADOR, Daniel John. *Os Tribunais nos Estados Unidos*. Tradução de Ellen G. Northfleet. Brasília: Serviço de divulgação e relações culturais dos Estados Unidos da América, 1996. p.29.

5 Há outras duas formas: *mandatory appeal* e *certification*, conforme esclarece CADETE, op. cit.

6 Conforme esclarece MEADOR, normalmente o *writ* é apresentado após a decisão do tribunal inferior, mas há casos em que, em razão da urgência da questão, poderá a Corte deferir o *certiorari* e avocar o caso. *in ob. cit.*

7 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004. p.70.

8 Os membros da Suprema Corte são apontados pelo Presidente e devem ter sua indicação aprovada pelo Congresso. O encargo é vitalício e somente podem ser obrigados a deixar o cargo via impeachment.

pleito, ou seja, exige-se número mínimo de membros da Corte para que seja o caso recebido para apreciação do mérito. Há, pois, uma presunção de que não há interesse na apreciação da questão, presunção de que o caso não seja suficientemente relevante para ser apreciado pela Corte. Tal presunção somente será afastada pela decisão de quatro ou mais *judges*.

A decisão por apreciar ou não o *writ* é absolutamente discricionária tendo a Corte o domínio sobre as questões que entende pertinentes serem apreciadas⁹ em razão de sua relevância.

A Suprema Corte não se perde em algaravias e discussões teóricas. Só aprecia casos concretos, reais, controversos, *exercendo absoluta discricionariedade* ao escolher os processos em que pretende opinar [...]. A hermenêutica constitucional presta-se a acudir a vida real.¹⁰ (grifei)

Conforme esclarece MEADOR¹¹, o não recebimento do *certiorari* não se confunde com o reconhecimento da correção do julgamento da corte inferior, mas apenas que a questão envolvida não está dentre aquelas cuja apreciação se considera relevante. Quer dizer, a decisão por receber ou não o *writ* independe de considerações acerca da correção ou justiça da decisão impugnada, limitando-se a Corte a apreciar se é ou não relevante que aquela questão seja apreciada naquele momento.

Também, a não apreciação do pleito não significa necessariamente que a Suprema Corte nunca receberá um *writ* sobre questão idêntica, já que, após ser melhor discutida pelas cortes inferiores e novamente apresentado um *writ* com mesma questão, poderá a Corte entender seja o caso de reconsiderar a decisão anterior e apreciar o mérito outrora não reconhecido como relevante.

Nesta linha, pode-se notar que não há direito subjetivo do cidadão norte-americano em ter apreciado o pleito formulado perante a Suprema Corte¹², que decidirá, discricionariamente¹³, se a questão é relevante o suficiente ou conveniente para ser apreciada naquele momento. De se ressaltar que as sessões em que se discute a existência ou não da relevância

9 CADETE, *op. cit.*

10 GODOY, 2004, p.70.

11 MEADOR, *op. cit.*, p.29.

12 GODOY. Direito Comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. *Jus Navigandi, Teresina*, ano 12, n.1515, 25 ago.2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10282>>. Acesso em: 9 abr. 2012.

13 Conforme esclarece CADETE, *op. cit.*, a partir da reforma do Regimento Interno da Suprema Corte em 1988, a admissão do *certiorari* passa agora por dois filtros: o primeiro de cunho objetivo, pelas regras do referido regimento; e o Segundo, de cunho subjetivo, em que se avalia, discricionariamente, a relevância da questão.

do mérito do *writ* não são públicas e não precisam ser fundamentadas as decisões que admitem ou não o recurso.

Diante de quadro, há que se concluir que, não havendo obrigatoriedade de apreciar toda e qualquer matéria posta, ou melhor, não havendo obrigatoriedade de apreciar qualquer questão, já que pode, independente de fundamentação, deixar de analisar as que entende irrelevantes, representa o *writ of certiorari* um verdadeiro e efetivo filtro de acesso à Suprema Corte, que detém discricionariedade ampla e irrestrita para somente conhecer e apreciar as questões de entenda ser de suma relevância e pertinência com sua função precípua, que é resguardar a Constituição Federal e os princípios nela estabelecidos. Nesse quadro, não se vislumbra na Suprema Corte Norte Americana função de “mera instância revisora para apreciar qualquer matéria em que se discuta um direito individual”¹⁴, ficando a ela resguardada a função de apreciar apenas as questões relevantes para toda a sociedade norte-americana, efetivando, assim, sua jurisdição constitucional.

2 A REPERCUSSÃO GERAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Conforme inicialmente mencionado, a exigência de comprovação da existência de repercussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da emenda constitucional nº 45/2004, a chamada “reforma do judiciário”. Através da referida emenda, foi incluído no texto constitucional o §3º ao artigo 102, passando então a constar como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a comprovação, pelo recorrente, da existência de repercussão geral na matéria debatida no recurso.

O novo instituto jurídico, que não é no todo propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵, a despeito das muitas distinções, tem nítida influência no correlato instituto do direito norte americano. Como se viu no tópico anterior, o *writ of certiorari* confere à Suprema Corte Norte Americana, em razão de sua ampla

14 CADETE, op. cit.

15 Na vigência da Constituição Federal de 1969, existia, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a chamada arguição de relevância. Introduzido pela emenda constitucional nº 1/69, ao contrário do que ocorre com a repercussão geral, conforme será demonstrado, a decisão do STF pela existência ou não da relevância no antigo regime jurídico não havia de ser motivada, podendo ser tomada a decisão em sigilo.

discricionarieidade, um verdadeiro filtro para o conhecimento dos casos colocados para julgamento.

Da leitura da supramencionada norma constitucional, verifica-se que o constituinte pretendeu, através da inserção desse novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, criar um filtro de acesso ao STF, reduzindo, assim, a carga recursal da Corte Suprema, adequando sua realidade a seu propósito constitucional.

Essa exigência, muito semelhante a uma que já houve no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca apoio em uma razão de ordem política: mirando o exemplo da Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa Corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas.¹⁶

Ocorre que não há no texto constitucional explicitação do que seja ou o que deve ser reconhecido como questão de repercussão geral, tendo deixado o constituinte tal atribuição ao legislador ordinário que, através de lei regulamentadora, ficou incumbido de modelar o conceito jurídico indeterminado introduzido na Carta da República.

A fim de regulamentar a norma constitucional, o legislador ordinário editou a Lei Federal nº 11.418/2006, que alterou e incluiu novos artigos ao Código de Processo Civil. Analisando as inovações trazidas pela norma regulamentadora, no entanto, observa-se que o legislador infraconstitucional lançou mão, assim como o constituinte, de conceitos jurídicos indeterminados, não tendo definido de forma clara o novo requisito de admissibilidade recursal. Desta forma, não há um conceito pronto do que seja questão de repercussão geral, tendo a lei apenas criado algumas balizas para a análise, que deverá ser feita caso a caso.

A indeterminação jurídica, neste caso, como bem ressaltam MARINONI e ARENHART¹⁷, não é propriamente prejudicial, pois conferem maior elasticidade na interpretação da exigência¹⁸. Não haveria,

16 DINAMARCO, Candido Rangel. *O Processo Civil na Reforma Constitucional do Poder Judiciário*. Revista Jurídica.

17 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005. p.558.

18 MARINONI, op. cit.

por óbvio, como o legislador prever todos os casos em que poderia haver relevância da questão debatida, enumerando-as.

A questão que se coloca é: o fato de ser um conceito indeterminado e, portanto, conferir maior elasticidade ao operador do direito, acarreta a existência de ampla discricionariedade à Corte Constitucional no reconhecimento ou não de sua efetiva existência? Ao que me parece a resposta é negativa.

Buscando melhor elucidar a questão, a doutrina buscou estabelecer alguns parâmetros para a análise do que possa ser considerado repercussão geral. Com base na definição contida no §1º do artigo 543-A do CPC¹⁹, observam MARINONI E METIDERO²⁰ que, do ponto de vista qualitativo, existirá repercussão geral quando a questão debatida for de suma importância e relevância para o desenvolvimento do direito. Ainda, do ponto de vista quantitativo, existirá repercussão geral quando for relevante o número de pessoas alcançadas pela questão envolvida, seja no momento da decisão seja em ações futuras. Quer dizer, haverá repercussão geral quer em razão da importância jurídica da questão debatida, quer porque a decisão atingirá um número significativo de pessoas²¹.

Além dessa baliza estabelecida pela doutrina, com base na definição legal do instituto, há ainda que se observar que a própria lei estabeleceu alguns casos em que será presumida a existência de repercussão geral. A primeira hipótese, prevista no §3º do artigo 543-A do CPC, estabelece que haverá repercussão geral sempre que o recurso extraordinário for interposto em face de decisão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF. Neste caso, há presunção absoluta de existência de repercussão geral e, preenchidos os demais requisitos legais de admissibilidade, deverá o Supremo conhecer do recurso. Vale destacar que, conforme esclarecem DIDIER e CUNHA²², a recíproca não é verdadeira. Quer dizer, quando a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante não

19 § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

20 MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

21 Quanto ao número de pessoas atingidas, DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da, fazem referência às chamadas "demandas múltiplas", citando como exemplo aquelas relacionadas a questões previdenciárias e tributárias em que, via de regra, os demandantes fazem pedidos idênticos com base em idêntico fundamento jurídico. in Curso de Direito Processual Civil. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, v.3., p.335.

22 op. cit., p.334.

há que se falar em presunção absoluta de inexistência de repercussão geral, devendo o STF analisar os fundamentos apresentados pelo recorrente, sob pena de engessamento da jurisprudência, o que não foi a intenção do legislador ao criar o instituto.

Ainda, haverá presunção de repercussão geral quando o recurso veicular matéria já apreciada pela Corte como adequada ao novo requisito. Assim, recebido recurso com matéria idêntica àquela anteriormente reconhecida, haverá presunção de repercussão geral e o relator poderá conhecer do recurso, aplicando o precedente.

Outra hipótese de presunção de repercussão geral diz à ausência de manifestação tempestiva do Pleno quanto ao preenchimento do requisito. Como se sabe, a análise da existência ou não da repercussão geral deve ser feita pelo Pleno do Tribunal Constitucional, sendo que para negá-la deve haver manifestação nesse sentido de ao menos 2/3 dos Ministros, ou seja, somente não será reconhecida a existência de repercussão geral quando oito ou mais Ministros assim decidirem.

Nos termos do Regimento Interno do STF, o relator, após avaliar o preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, submeterá aos demais Ministros o caso para que, em vinte dias pronunciem-se a respeito da repercussão geral²³. Caso esgotado o prazo e não haja número suficiente de manifestações para rejeitar o recurso ou haja quatro ou mais decisões favoráveis, presume-se cumprido o requisito. Quer dizer, “a falta de manifestações suficientes no prazo de vinte dias acarreta um julgamento *tácito* ou *implícito*”²⁴.

Nesta linha, podemos observar que, no sistema brasileiro, existe sempre uma presunção de existência de repercussão geral, que somente será afastada pela decisão de ao menos oito dos onze membros do STF.

Relevante mencionar que, em razão do disposto nos artigos 5º, LV e 93, IX da Constituição Federal, a decisão relativa ao reconhecimento da repercussão deverá necessariamente ser fundamentada, explanando o Supremo, após amplo debate público em que se permite a manifestação dos interessados (partes e terceiros), os motivos pelos quais entende preenchido ou não o requisito legal.

Nesta linha, há que se reconhecer que, ainda que se trate de um conceito jurídico indeterminado, não há, em verdade, efetiva margem para discricionariedade da Corte Constitucional. Como demonstrado, a lei criou diversos casos em que se presume existente a repercussão geral, bem como algumas balizas que devem ser observadas para fins

23 Atualmente o procedimento é feito por meio eletrônico. Para maiores informações, consultar DIDIER e CUNHA, ob. cit.

24 Ibid., p.342.

de verificação do preenchimento do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Ademais, cabe ao Supremo explicar de forma clara os motivos que levaram à conclusão, permitindo, por oportunidade dos debates, participação das partes e de terceiros interessados. Conclui-se, pois, que o novo requisito legal de admissibilidade do recurso dirigido ao STF representa um filtro maior para os recursos dirigidos à Corte, no entanto, não se confunde com a concessão de poder de decidir discricionariamente e de forma arbitrária pelo interesse ou não na apreciação da questão debatida.

3 CONCLUSÕES

Da breve análise apresentada, podemos notar que, na tentativa de solucionar os problemas que assolam o fatigado Poder Judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, buscou o legislador brasileiro inspiração no modelo Norte Americano e introduziu no sistema pátrio a exigência de comprovação da existência de repercussão geral para que o recurso extraordinário possa ser recebido.

Em linhas gerais, podemos concluir que um ponto em comum é o fato de que ambos representam um filtro de acesso à Corte Constitucional de seu respectivo país, possibilitando, assim, que estas cumpram sua função constitucional e atenham-se à apreciação apenas daquelas questões que se mostrem mais relevantes para a sociedade e para a nação como um todo.

A despeito dessa semelhança, não há que se confundir os dois institutos.

Enquanto o *writ of certiorari* norte americano é, em verdade, o próprio recurso dirigido à Suprema Corte, a repercussão geral nada mais é do que um requisito de admissibilidade do recurso, com ele não se confundindo. A par dessa distinção de cunho técnico, entendo que a principal distinção diga respeito ao poder discricionário da Corte para acolher ou não o *writ* ou a alegada repercussão geral.

Apresentada a petição do *writ of certiorari* pela parte perante a Suprema Corte Norte Americana, poderá ela decidir, independente de qualquer fundamentação em sessão secreta, não receber o pleito. Não há qualquer exigência legal ou constitucional para que a Corte justifique as razões pelas quais não vai apreciar o *writ*. Por vigorar no caso a regra de exigência do quórum qualificado para o conhecimento do mérito apresentado, entende-se haver uma presunção de irrelevância do tema proposto, que somente poderá ser reconhecido como relevante com a concordância de quatro ou mais juízes.

Vê-se, pois, que há ampla e irrestrita discricionariedade da Suprema Corte Norte Americana, que pode livremente escolher os casos em que entenda pertinente sua manifestação, inexistindo qualquer baliza ou limite legal para tanto.

No regime do recurso extraordinário no STF, ao contrário, observa-se que tanto o constituinte quanto o legislador ordinário preocuparam-se em criar certas balizas interpretativas para a interpretação do requisito recursal, evitando que o Tribunal aprecie como bem entender a questão. Há, como visto, uma presunção de existência de repercussão em todas as matérias submetidas ao exame do STF, que somente será desconstituída pelo voto de 2/3 dos membros da Corte. A decisão, por força dos artigos 5º, LV e 93, IX da CF, deve ser precedida de debates em que seja permitida a ampla participação dos interessados e deve, ao final, ser fundamentada, apresentando os motivos que levaram ao não reconhecimento da relevância da questão posta.

Como se vê, no que se refere ao poder conferido à Corte para apreciar ou não aos recursos a ela dirigidos a diferença entre os institutos é considerável. Enquanto à Suprema Corte Norte Americana confere-se ampla e irrestrita discricionariedade, o Supremo Tribunal Federal fica adstrito a balizas constitucionais e legais que se não vedam, ao menos reduzem o poder de discricionariamente decidir pelo preenchimento do requisito de admissibilidade do recurso. A citada diferença faz com que, ao menos em números, seja mais eficiente o filtro norte americano, pois em regra a Suprema Corte conhece menos de 5% dos *certiorari* que lhe são dirigidos, situação que não ocorre no Brasil.

Ainda que não seja tão efetivo em termos de redução de números de recursos, há que se reconhecer o avanço trazido pela inclusão da repercussão geral no sistema do recurso extraordinário, pois, ainda que embrionariamente, possibilita resguardar ao Supremo a apreciação dos casos mais relevantes, o que não ocorria no sistema anterior à reforma. Quem sabe no futuro, com o amadurecimento democrático e jurídico do Brasil não possamos ampliar o poder discricionário do Supremo, aproximando-o ainda mais da Suprema Corte Norte Americana e dando maior efetividade à sua função fim de proteção à Constituição.

REFERÊNCIAS

BRAWERMAN, André. Recurso extraordinário, repercussão geral e a Advocacia Pública. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 10, p. 143-160, jul./dez./2007.

CADETE, Antonio Henrique de Amorim. Writ of certiorari, arguição de relevância e repercussão geral. Semelhanças e dessemelhanças. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2975, 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19832>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, v.3.

DINAMARCO, Candido Rangel. *O Processo Civil na Reforma Constitucional do Poder Judiciário*. Revista Jurídica.

DUARTE, Fernanda; GODINHO, Marcello. Notas sobre a Suprema Corte Norte-americana. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 41-59, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004, p.70.

_____. In *Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. Direito Comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n.1515, 25 ago.2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10282>> . Acesso em: 9 abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005.

MEADOR, Daniel John. *Os Tribunais nos Estados Unidos*. Tradução de Ellen G. Northfleet. Brasília: Serviço de divulgação e relações culturais dos Estados Unidos da América, 1996.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

PFEIFFER, Ana Paula Bandeira de Melo. *A repercussão geral no recurso extraordinário*. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/ana_pfeiffer.pdf>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. revisado e atualizado. São Paulo: Malheiros. 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006)*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211289535174218181901.pdf>>

**BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS REGRAS DO *FATCA*
(*FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*) ANTE A
PROTEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL**

*BRIEF COMMENTS ON FATCA RULES (FOREIGN ACCOUNT TAX
COMPLIANCE ACT) AGAINST BANK SECRECY PROTECTION IN BRAZIL*

Fátima Regina Maximo Martins Gurgel

*Procuradora do Banco Central do Brasil. Procuradora-Chefe da Procuradoria do
Banco Central no Rio de Janeiro. Especialista em Direito da Economia e da Empresa
pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.*

SUMÁRIO: 1 Histórico; 2 O FATCA; 2.1 Declaração dos contribuintes norte-americanos; 2.2 Comunicação pelas instituições financeiras no exterior; 2.3 Cronograma de implantação; 3 Análise crítica de algumas regras do FATCA ante a proteção ao sigilo bancário no Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Expõe as principais regras do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), criado pelo Congresso dos Estados Unidos em 2010 para aumentar a arrecadação de impostos, com destaque para a exigência de que instituições financeiras no exterior celebrem acordos anuais com o órgão fiscal americano (IRS), comprometendo-se a fornecer-lhe diretamente informações financeiras de correntistas e investidores contribuintes americanos ou de empresas/entidades em que esses contribuintes americanos detenham participação substancial, com o intuito de evitar a retenção e a transferência ao IRS do valor equivalente a trinta por cento sobre qualquer tipo de rendimentos oriundos dos Estados Unidos, inclusive juros e dividendos, bem como de valores decorrentes da venda de ativos. O presente artigo busca analisar tais regras à luz das disposições da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo bancário.

PALAVRAS-CHAVE: Fatca. Acordo. Instituições Financeiras Estrangeiras. Receita Federal Americana. Sigilo Bancário.

ABSTRACT: It sets out the main rules of the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), created by the U.S. Congress in 2010 to increase tax collection, pointing out the one that requires the foreign financial institutions to celebrate annual agreements with the Internal Revenue Service (IRS), where they have the obligation to report directly to the IRS information about financial accounts held by U.S. taxpayers or by foreign entities in which taxpayers holds a substantial ownership interest, in order to avoid the obligation to withhold and pay to the IRS over to 30 per cent of any income from the United States, including interests and dividends, as well as values arising from any sale of assets. This paper analyzes such rules against the provisions of Complementary Law No. 105 of January 10, 2001, which provides for the bank secrecy rules in Brazil.

KEYWORDS: Fatca. Agreement. Foreign Financial Institutions. Internal Revenue Service. Bank Secrecy

1 HISTÓRICO

Em 2009, a agência fiscal americana denominada Internal Revenue Service¹ – conhecida simplesmente por sua sigla IRS – acusou publicamente o banco suíço UBS de não apenas acobertar, mas de agir em cumplicidade com os contribuintes americanos que não cumpriam com as obrigações fiscais de declarar seus bens mantidos no exterior e de pagar os impostos devidos ao governo dos Estados Unidos.²

Após longa negociação travada entre o IRS e o UBS foi estabelecido que i) a instituição financeira pagaria ao IRS uma multa de valor bastante elevado³ e, mais importante para a agência fiscal americana, ii)

1 Sobre a estrutura do IRS ensina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

“Concentra-se a administração tributária federal norte-americana no *IRS- Internal Revenue Service*, ou simplesmente *Service* ou *The Service*, como refere-se mais sinteticamente. O órgão conta com mais de cem mil empregados, entre fiscais, contadores, advogados, administradores públicos, verdadeiro gigante burocrático, qualificador do desencanto com o mundo, na clássica imagem weberiana. Em 2002 gerencia um orçamento de nove bilhões e quatrocentos milhões de dólares. É comandado pelo secretário do tesouro, nomeado pelo presidente da república. O secretário do tesouro é auxiliado por um comissário (*commissioner of the internal revenue service*), também nomeado pelo presidente. Ações tributárias para discussão de matéria federal são propostas contra o comissário. Apontamento e nomeação do secretário do tesouro e do comissário dependem de prévia oitiva e autorização do senado (*hearing*). Os demais funcionários pertencem a cargo permanente de carreira, recrutado a partir de seleção pública. A agência fazendária é então órgão da secretaria do tesouro, que é ministério. Tem sede em Washington, é chamada de *National Office*, e localiza-se a alguns metros da avenida Pennsylvania, onde encontra-se a Casa Branca. Até 1953 o *IRS* era chamado de *BIR- Bureau of Internal Revenue*. O nome atual, *Service*, dá idéia de prestação de serviço ao público. Entre outras tarefas é missão do *IRS* desenvolver políticas nacionais e programas para a administração das leis tributárias federais.” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Administração Fiscal Federal nos Estados Unidos. Disponível em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/administracao_fiscal_federal_nos_eua.html>. Acesso em 9.3.2012.

2 Notícia veiculada em 30.06.2009 no sítio eletrônico Negócios On Line do Jornal de Negócios. Disponível em <http://www.jornaldenegocios.pt/home.php?template=SHOWNEWS_V2&id=375536>. Acesso em 14.03.2012.

3 O valor da multa teria sido de US\$780 milhões de dólares dos Estados Unidos, segundo informa Daniel Pruzin no artigo “*Swiss Government Orders Credit Suisse To Disclose Information on U.S. Accounts*”, disponível no BNA Bloomberg, ao comentar investigação do Departamento de Justiça Americano sobre operações do Credit Suisse. Ele afirmou que *Walter H. Boss, um advogado tributarista do escritório de advocacia Zurique Poledna Boss Kurer AG, disse que os últimos acontecimentos pareciam estar seguindo o mesmo padrão do escândalo UBS, que resultou, em 2009, na concordância do maior banco da Suíça em entregar informações financeiras detalhadas sobre mais de 4.000 contas mantidas pelos contribuintes dos EUA e pagar uma multa 780 milhões dólares, sob a ameaça de ter sua licença de atuação nos Estados Unidos revogada (4 WCR,2/27/09). Também esclareceu que em uma parte do acordo, o UBS reconheceu que, entre 2000 e 2007, o banco participou de esquema para fraudar a Receita Federal e os Estados Unidos ajudando ativamente ou de alguma forma facilitando alguns contribuintes norte-americanos a abrirem contas de forma a ocultar a sua efetiva qualidade de proprietário e beneficiário de tais contas.* Tradução livre de:

que o UBS concordaria em revelar informações financeiras detalhadas de 4.450 contribuintes americanos que mantinham relação financeira com tal instituição.⁴

Dito acordo foi noticiado em toda a imprensa mundial, inclusive porque feria profundamente o lendário e até então inabalável sigilo bancário suíço. Sublinhe-se que a questão era séria e complexa, pois o acordo que poderia resolver os problemas do UBS – e de seus principais executivos – com o IRS e com a justiça americana, já que a ação que lhes era imputada também é considerada crime nos Estados Unidos, era o mesmo acordo que também traria consequências criminais e de responsabilidade civil para as mesmas pessoas jurídica e físicas na Suíça, por desrespeito à lei helvética de proteção ao sigilo bancário.

Com efeito, atendidas as reivindicações americanas, cometia-se crime ante a legislação suíça.

O impacto da questão foi tamanho que foram necessárias ações no Parlamento Suíço para permitir fosse o acordo – inicialmente negociado entre o IRS e o UBS – elevado ao nível de tratado celebrado entre os governos dos Estados Unidos e da Suíça, de forma a permitir que, destarte, fosse contornada a proibição (legal) do fornecimento, pelo UBS suíço, das informações financeiras dos contribuintes americanos ao IRS.⁵

Durante o período de negociação travado entre as autoridades americanas, destacadamente entre o IRS e o UBS, a agência fiscal americana ofereceu por certo período de tempo uma espécie de programa de anistia parcial aos contribuintes que não declararam suas

“Walter H. Boss, a tax attorney with the Zurich law firm Poledna Boss Kurer AG, said the latest development seemed to be following the same pattern of the UBS scandal, which resulted in Switzerland’s largest bank agreeing in 2009 to hand over details on more than 4,000 accounts held by U.S. taxpayers and pay a \$780 million fine under the threat of having its operating license in the United States revoked (4 WCR, 2/27/09).

A part of its settlement, UBS acknowledged that between 2000 and 2007, the bank participated in a scheme to defraud the IRS and United States by actively assisting or otherwise facilitating a number of taxpayers in establishing accounts in a manner designed to conceal the taxpayer’s ownership of a beneficial interest in the accounts.”

(PRUZIN, Daniel. 6WCR 962. Source: White Collar Crime Report: News Archive > 2011 > 11/18/2011 > Investigations > Tax Evasion: Swiss Government Orders Credit Suisse To Disclose Information on U.S. Accounts . Acessada por meio de consulta a < [http:// lawschool.westlaw.com](http://lawschool.westlaw.com)> Disponível em <http://news.bna.com.tjisl.idm.oclc.org/wcrn/WCRNWB/split_display.adp?fedfid=23423083&vname=wcrnotallissues&wsn=501524000&searchid=16865097&doctypeid=1&type=date&mode=doc&split=0&scm=WCRNWB&pg=0>. Acesso em 14.03.2012.

4 BYRNES, William H.; SOVE, Christopher M. Recent Changes Affecting Americans with Foreign Financial Interests. Artigo disponibilizado pelo Prof. William H Byrnes, em 16.01.2012, para os alunos do Thomas Jefferson School of Law - LEEP 2012 Winter -“Fundamentals of U.S. Law”. (Disponível em <<http://lawschool.westlaw.com/DocForums/ViewSingleDocument.aspx?postingID+6973886courseID+128558>>. Acesso em 16.01.2012).

5 Idem.

contas mantidas no exterior. A adesão ao programa era, naturalmente, voluntária, e tinha como benefício redução significativa nas penalidades civis e criminais aplicáveis ao caso. A não adesão a tal programa, que teve duração bastante limitada, e subsequente descoberta pelo IRS de valores não declarados, segundo informações disponíveis no próprio sítio eletrônico do IRS, submeteram os contribuintes americanos a penas criminais e civis da ordem de US\$10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos) por ano não declarado, acrescidas de pena no valor de US\$100.000 (cem mil dólares dos Estados Unidos) ou 20% (vinte por cento) do valor não declarado, o que fosse maior, além da aplicação, ainda, de outras multas decorrentes da falta de preenchimento de declaração obrigatória de valores mantidos no exterior.

Toda a situação acima narrada transcorreu entre 2008 e 2009, coincidindo, assim, com a eclosão da crise financeira que assolou a economia mundial, inclusive a norte-americana.

No ano de 2010, em delicado momento político de discussão da Lei de Incentivo ao Emprego (*The Hire Incentives to Restore Employment Act, ou simplesmente Hire Act*) no Congresso dos Estados Unidos, muito se indagou sobre a fonte dos recursos necessários à implementação dos programas desejados. Os congressistas, diante do impasse orçamentário, ao recordarem a situação da evasão fiscal dos contribuintes americanos que possuem valores não declarados em instituições financeiras estrangeiras – caso UBS – concluíram que, com a criação de uma norma que obrigasse tais instituições a reportarem ao IRS informações financeiras desses contribuintes norte-americanos, poderiam criar poderoso instrumento para fiscalizar e, por conseqüência, elevar a arrecadação de impostos. Tal incremento nas receitas possibilitaria, assim, fossem estas apontadas como fonte dos recursos necessários para a aprovação e implementação do quanto disposto na referida Lei de incentivo ao Emprego (Hire Act).

Assim surgiu o *Foreign Account Tax Compliance Act*, mais conhecido por sua sigla: FATCA.

2 O FATCA

O *Foreign Account Tax Compliance Act* – *FACTA* – como visto anteriormente, surgiu em 18 de março de 2010⁶ e constitui importante

6 Em 18 de março de 2010 a Lei de Incentivo ao Emprego (*Hire Incentives to Restore Employment Act*) foi editada com força de lei nos Estados Unidos. O Subtítulo A do Título V do referido Ato (Act) contém dispositivos que tratam do “*Foreign Account Tax Compliance*” (FATCA). A Seção 501 (a) do referido “Act” adicionou um novo capítulo 4 (seções 1471-1474) ao Subtítulo A (“Capítulo 4”) do Código Tributário dos Estados Unidos (*Internal Revenue Code*).

avanço nos mecanismos disponíveis pela autoridade fiscal americana – IRS – e pelos próprios Estados Unidos para o cumprimento das obrigações fiscais relacionadas aos ativos financeiros depositados em contas *offshore* (fora dos Estados Unidos) e, em especial, para o incremento da arrecadação de impostos.

As normas do FACTA são extensas, muito complexas e sua análise detida fugiria ao escopo deste breve estudo, que busca apenas noticiar a existência de tais disposições legais – cuja regulamentação ainda está em fase de consulta pública para posterior edição – ensejando reflexão sobre o tema, inclusive à luz da lei que trata do sigilo bancário no Brasil.

Assim, é de se destacar que este trabalho fundamentalmente tratará de duas disposições legais do FATCA – e que constituem sua coluna mestra – : i) a que determina que os contribuintes norte-americanos detentores de ativos financeiros fora dos Estados Unidos declarem a propriedade de tais bens na forma exigida pelo IRS e, também, ii) a que exige que as instituições financeiras estrangeiras reportem ao IRS informações financeiras específicas sobre contribuintes norte-americanos, ou sobre entidades/empresas estrangeiras em que esses contribuintes detenham participação substancial⁷, como se verá mais adiante.

2.1 DECLARAÇÃO DOS CONTRIBUINTES NORTE-AMERICANOS

No que concerne aos contribuintes norte-americanos que possuam ativos financeiros no exterior (fora dos Estados Unidos) com valor agregado superior a US\$50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos), o FACTA exige sua declaração em determinado formulário (Formulário 8938) a ser anexado à declaração de renda anual. Como já referido, a implementação de vários aspectos relativos às regras do FATCA depende de regulamentação ainda em fase de elaboração, valendo destacar que a última versão da futura norma regulamentar, apresentada para consulta pública em fevereiro de 2012, conta com mais de 400 páginas onde são apresentados vários conceitos e explicitadas inúmeras situações.

Uma definição importante a ser definida é, inclusive, a de contribuinte para os efeitos da lei fiscal americana.

Sublinhe-se que já é possível verificar na própria página eletrônica do IRS que, para efeitos do FATCA, os ativos a serem declarados devem ser aqueles referentes aos anos fiscais iniciados após 18 de março de 2010 (data da edição do *Hire Act* e, conseqüentemente, do FATCA).

7 Informações contidas no *site* do *Internal Revenue Service* (IRS), Disponível em <<http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id+236664,00.html>>. Acesso em 7.3.2012.

A não declaração dos ativos mantidos no exterior em formulário e tempo próprios sujeitam o contribuinte norte-americano à pena de US\$10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos), bem como a pena de até US\$50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos) por reincidência contínua. Além de tais penalidades, pagamentos a menor do imposto devido à posse e negociação de ativos externos não declarados, sujeitam o contribuinte, ainda, ao acréscimo de 40% (quarenta por cento) nas penas previstas para a infração cometida.⁸

2.2 COMUNICAÇÃO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO EXTERIOR

Outra disposição do FATCA – a mais importante – exige que instituições financeiras estrangeiras – sempre denominadas FFI's pelo IRS, sigla correspondente a *foreign financial institutions* – reportem informações específicas sobre contas, aplicações e movimentações financeiras de seus clientes que sejam contribuintes norte-americanos ou de empresas/entidades estrangeiras em que tais contribuintes norte-americanos detenham participações substanciais.

Ao se deparar com tal disposição, a primeira indagação que se põe é a seguinte: como uma lei norte-americana pode trazer obrigações a milhares de instituições financeiras localizadas, sediadas e que operam em países fora dos Estados Unidos?

A resposta é simples. É claro que a lei norte-americana e sua regulamentação pelo IRS não vinculam instituições no exterior, mas para obrigá-las a seguir as regras do FATCA, a lei americana usou do seguinte expediente: cada FFI que queira operar com instituições financeiras americanas (fazendo pagamentos ou recebimentos de seus clientes, operações em mercados diversos, e toda sorte de operações bancárias que envolvam os Estados Unidos) deverá celebrar acordos especiais com o IRS, de forma a evitar que quaisquer dessas operações sofra taxaçaõ de 30% sobre o valor da operação a ser retido na fonte e destinado diretamente à agência fiscal americana.

Segundo orientação do IRS cada FFI deve procurar a agência fiscal americana para celebrar o acordo até o dia 30 de junho de 2013. Nos termos desse acordo as FFI's serão obrigadas a:

- (1) realizar a correta identificação e procedimentos de *due diligence* necessários de seus clientes;

⁸ Informações contidas no site do *Internal Revenue Service* (IRS), Disponível em <<http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id+236664,00.html>>. Acesso em 7.3.2012..

(2) elaborar relatório anual a ser enviado ao IRS sobre seus clientes identificados como contribuintes norte-americanos e sobre empresas/entidades em que tais contribuintes detenham participação substancial;

(3) reter e repassar ao IRS 30% (trinta por cento) de todos os pagamentos definidos como renda proveniente dos EUA, bem como da receita bruta da venda de títulos que gerem rendimentos nos EUA, feitos a (i) instituições financeiras estrangeiras que não tenham celebrado acordo com o IRS (denominadas *non-participating FFI's*), (ii) a clientes de FFI's que não forneceram informação suficiente à instituição financeira estrangeira de que são clientes comprovando serem ou não contribuintes americanos (*U.S. person*), ou (iii) a entidade/ou empresa cliente da FFI que não forneceu informação suficiente sobre os a identidade de seus sócios/acionistas com participação substancial no capital da empresa.⁹

2.3 CRONOGRAMA DE IMPLANTAÇÃO

As informações sobre o FATCA são atualizadas periodicamente no sítio eletrônico do IRS, que destaca sua cronologia de implantação, bem como esclarece que detalhes e requisitos de retenção de ativos pelas FFI's serão explicitados nos regulamentos a serem editados.

Apesar de muitas questões só poderem ser esclarecidas após a edição de tal regulamento, é de se reconhecer que a nova norma é clara e traz um efeito devastador a alguns mercados e economias, pois afeta campos provavelmente não pensados quando de sua elaboração; tanto que mereceu duras críticas e até correspondências com sugestões

9 Tradução livre de parte do trecho abaixo, extraído do sítio eletrônico do *Internal Revenue Service* dos Estados Unidos da América (*Ibidem*):

“FATCA will also require foreign financial institutions (“FFIs”) to report directly to the IRS certain information about financial accounts held by U.S. taxpayers, or by foreign entities in which U.S. taxpayers hold a substantial ownership interest. To properly comply with these new reporting requirements, an FFI will have to enter into a special agreement with the IRS by June 30, 2013. Under this agreement a “participating” FFI will be obligated to:

- (1) undertake certain identification and due diligence procedures with respect to its accountholders;
- (2) report annually to the IRS on its accountholders who are U.S. persons or foreign entities with substantial U.S. ownership; and
- (3) withhold and pay over to the IRS 30-percent of any payments of U.S. source income, as well as gross proceeds from the sale of securities that generate U.S. source income, made to (a) non-participating FFIs, (b) individual accountholders failing to provide sufficient information to determine whether or not they are a U.S. person, or (c) foreign entity accountholders failing to provide sufficient information about the identity of its substantial U.S. owners.”

de associações de seguimentos empresariais de diversos países – como do Canadá, país com relação comercial extremamente intensa com os EUA¹⁰ - e até da Federação de Bancos Brasileira (FEBRABAN).

A complexidade das normas e a grande dificuldade de sua implementação prática nas centenas de países – com sistemas jurídicos distintos, com níveis de organização do sistema financeiro díspares, bem como com grau diferenciado de proteção ao sigilo bancário – já configuraria razão suficiente para o atraso no cronograma de implantação inicialmente proposto. No entanto, a discussão da matéria trouxe tamanha quantidade de dúvidas e perplexidades na aplicação do FATCA que o IRS foi levado a já flexibilizar sua aplicação a alguns poucos casos e a atrasar o cronograma de implantação que, atualmente¹¹ prevê o seguinte:

A retenção prevista no FATCA deveria começar em 1º de janeiro de 2013. No entanto, em resposta aos comentários sobre as dificuldades práticas na implementação FATCA, o IRS atrasou e alterou as datas a partir das quais os relatórios de comunicação para fins de retenção na fonte e a apresentação das declarações devidas serão necessárias. Segundo o comunitário, nenhum pagamento será sujeito a retenção na fonte em razão do FATCA até 1º de janeiro de 2014.

A partir de 1º de janeiro de 2014, será exigida a realização das retenções previstas no FATCA para pagamentos elegíveis, que são aqueles provenientes de recebimento de juros, rendas e outros dividendos dos EUA.

A partir de 1º de janeiro de 2015, no entanto, a retenção prevista no FATCA será exigida em todos os pagamentos passíveis de retenção, incluindo neste também os reembolsos de capital e outras receitas brutas. Além disso, FFIs participantes não serão obrigadas, antes de 1º de janeiro de 2015, a realizar retenções sobre os pagamentos em que atuem como meras intermediárias de uma IFFs que não tenham

10 Como exemplo de correspondências dirigidas ao IRS, podem ser citadas as seguintes: a do *Tax Executive Institute, Inc* (Disponível em <<http://www.tei.org/events/Documents/FATCA%20Follow%20Up%20Letter%20to%20Treasury-IRS.pdf>>, Acesso em 10.3.2012); da *Canadian Bankers Association* (Disponível em <http://www.bsmlegal.com/PDFs/FATCA_CanBankAssn.pdf>, Acesso em 10.3.2012) e da *Investment Fund Industry Association of Canada* (Disponível em <<http://bsmlegal.com/PDFs/Investment%20Industry%20Association%20of%20Canada.pdf>>, Acesso em 10.3.2012).

11 Este comentário foi escrito em 10.03.2012 e a constante mudança e desenvolvimento dos trabalhos para a implementação do FATCA recomenda esta indicação temporal.

celebrado acordos com o IRS, desde que a operação não seja pagamento de juros, rendas e outros dividendos provenientes dos EUA.¹²

Como já mencionado, a questão mereceu atenção da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), que enviou correspondência destinada às autoridades fiscais americanas expondo algumas dificuldades de implementação do FATCA no Brasil e sugerindo algumas linhas interpretativas – tal como fizeram as outras associações interessadas no tema em suas cartas enviadas ao IRS.

Preocupa-se a FEBRABAN, em particular, com as dificuldades de as instituições financeiras no Brasil cumprirem o disposto no FATCA – inclusive com a celebração do acordo citado – sem descumprir as normas que tratam do sigilo bancário no Brasil.¹³

3 ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUMAS REGRAS DO FATCA ANTE A PROTEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

A proteção ao sigilo bancário no Brasil hoje está prevista em lei complementar específica, contemporânea, já editada sob os auspícios de um mundo moderno, de transações financeiras virtuais e de mercados globalizados. É a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Não se tem por objetivo aqui o estudo exauriente da proteção ao sigilo bancário no Brasil. O que importa mais de perto é registrar que sua legislação decorre de uma evolução histórica e legislativa, com claros fundamentos constitucionais, especialmente fulcrados ora no

12 Tradução livre de trecho de texto contido na página do *Linklaters LLP*, no texto “*IRS Delays Implementation of FATCA*”:

“FATCA withholding was to begin on January 1, 2013. In response to comments regarding the practical difficulties in implementing FATCA, the IRS has delayed and staggered the dates from which withholding and information reporting will be required.

Under the Notice, no payments will be subject to FATCA withholding until January 1, 2014. From January 1, 2014, FATCA withholding will be required on withholdable payments that are U.S. source payments of interest, dividends and certain other income.

From January 1, 2015, however, FATCA withholding will be required on all withholdable payments, including principal repayments and other gross proceeds.

Further, participating FFIs will not be required to withhold on passthru payments, other than payments of U.S. source interest, dividends and certain other income, before January 1, 2015.”

(Disponível em <<http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/newyork/A13739017.pdf>>. Acesso em 10.3.2012)

13 O texto da carta da FEBRABAN dirigida ao Departamento de Estado do Tesouro Americano e ao IRS está disponível em <<http://www.bsmlegal.com/PDFs/Federacao%20Brasileira%20de%20Bancos.pdf>> . Acesso em 10.3.2012.

direito à intimidade consoante previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, ora baseados no direito ao sigilo de dados, conforme dispõe o art. 5º, XII, da mesma Carta.

A propósito, dispõem o art. 5º *caput* e seus incisos X e XII da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O Supremo Tribunal Federal (STF) – guardião e intérprete final da Carta Magna - por vezes entende que o fundamento constitucional do sigilo bancário reside no direito ao sigilo de dados¹⁴, por vezes, afirma que sua fonte é o direito à intimidade¹⁵ e, em outras, afirma que advém de

14 Nesse sentido o RE 218.780/PE:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

15 Vide o MS 22.801/DF:

“Ementa: “Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do

ambos os direitos¹⁶. De toda sorte, o STF tem entendimento pacífico no sentido de que tal garantia não é absoluta e cede ante algumas situações, inclusive e principalmente ante previsão legal que afaste a proteção do sigilo de operações financeiras.

Outro aspecto absolutamente importante ao caso em exame é a norma contida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, declarando textualmente que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]*” nos termos que passou a enumerar e onde se incluem tanto o direito à intimidade – onde penso estar enquadrado o sigilo bancário – quanto o sigilo de dados. Assim é que, em princípio, não se vislumbra espaço no ordenamento jurídico brasileiro para tratar diferentemente o cidadão norte-americano de outro residente no Brasil, ao menos em matéria de sigilo bancário.

A questão acima exsurge como um dos principais dilemas a serem enfrentados na aplicação das normas do FATCA para essas pessoas - americanos ou não. No mais impõe-se aventar algumas outras situações como, por exemplo, de brasileiros com dupla nacionalidade ou mesmo que não tenham nacionalidade americana mas que, por terem residido por determinado período em solo americano, passaram a ser considerados contribuintes norte-americanos segundo as mui complexas leis tributárias americanas.¹⁷

Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU - Plenário.” (MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00167 RTJ VOL-00205-01 PP-00161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517)

16 Como exemplo de decisão nesse sentido, veja-se o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental em Inquérito nº 897, com destaque no disposto nos votos dos Ministros Francisco Rezek e Celso Mello, cuja ementa dispõe:

17 “EMENTA: - INQUERITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCARIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5.-X E XII DA CF. INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITORIO. NÃO PREVALECE. I - A quebra do sigilo bancario não afronta o artigo 5.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577). II - O princípio do contraditorio não prevalece na

Para melhor situar a questão no contexto das normas brasileiras que regem a matéria, seguem transcritos abaixo alguns dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001(BRASIL, 2001), úteis ao desenvolvimento da análise pretendida:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I – os bancos de qualquer espécie;

II – distribuidoras de valores mobiliários;

III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V – sociedades de crédito imobiliário;

VI – administradoras de cartões de crédito;

fase inquisitoria (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia). Agravo regimental não provido.” (Inq 897 AgR, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1994, DJ 24-03-1995 PP-06806 EMENT VOL-01780-01 PP-00171).

Foi feito um estudo nos Estados Unidos em que se chegou à conclusão de que a legislação tributária americana é tão extensa e complexa que em artigo intitulado “*The Growing Complexity of the U.S. Federal Code*” foi declarado:

“[...] criamos nossa própria versão gráfica dos dados do gráfico, para que possamos ver melhor como o código tributário federal americano mudou desde que os EUA implementaram o imposto de renda em 1913, quando todo o código tributário federal poderia ter sido contido em um livro único de 400 páginas. O que descobrimos é que o código tributário realmente não explodiu em complexidade até a Segunda Guerra Mundial, observamos que tal crescimento se deu após 1939, quando saltou de 504 páginas para 8.200 páginas em 1945, último ano da guerra. Desde então, descobrimos que o número de páginas do código tributário federal dos EUA cresce a uma taxa exponencial quase constante de 3,28% ao ano. Isso significa que desde 2010 o código tributário dos EUA cresceu a ponto de atingir 71.684 páginas de extensão!

Tradução livre do seguinte trecho:

“[...] *we created our own graphical version of the chart's data, so we can better see how the U.S. federal tax code has changed since the U.S. implemented the income tax in 1913, when the entire federal tax code could have been contained in a single 400 page textbook.*

What we find is that the tax code really didn't explode in complexity until World War II, which we observe in the large jump from being just 504 pages in length in 1939 to 8,200 pages in 1945, the final year of the war. Since then, we find that the number of pages in the U.S. federal tax code have grown at a near-steady exponential rate of 3.28% per year, which as of 2010, means that the U.S. tax code has ballooned to be 71,684 pages in length! ” (“*The Growing complexity of the U.S. Federal Tax Code.*” Politicalcalculations.com. Março, 2011. Disponível em <<http://politicalcalculations.blogspot.com/2010/03/growing-complexity-of-us-federal-tax.html>> Acesso em 10.03.2012.)

- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
- IX – cooperativas de crédito;
- X – associações de poupança e empréstimo;
- XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- XII – entidades de liquidação e compensação;
- XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I – de terrorismo;
- II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV – de extorsão mediante seqüestro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI – contra a Administração Pública;
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX – praticado por organização criminosa.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII - operações com cartão de crédito;
- XIV - operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...]

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

[...]

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de

reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Conhecido o teor dos dispositivos pertinentes da Lei do Sigilo Bancário, passa-se ao exame de sua aplicação às principais determinações do FATCA ou, em especial, ao dispositivo que prevê a celebração de acordos de instituições financeiras com o IRS para que estas informem dados de seus clientes contribuintes à luz das leis fiscais americanas, sob pena de reterem em certas operações o percentual de trinta por cento, repassando-o ao IRS.

Primeiramente é importante destacar que a Lei Complementar traz comando geral, em seu art. 1º, no sentido de que a regra é o sigilo bancário. Todas as instituições financeiras devem conservar o sigilo em suas operações ativas, passivas e serviços prestados.

Logo depois enumera diversas espécies de instituições financeiras, permitindo no inciso XIII, do § 1º, do art. 1º, que aquela instituição ali não listada, mas que ante a natureza de suas operações venha a ser considerada instituição financeira pelo Conselho Monetário Nacional, também o seja para os efeitos da Lei do Sigilo bancário.

No mais, o § 3º do art. 1º enumera hipóteses que a lei não considera violação ao dever de guardar sigilo e, dentre essas, merece especial destaque o inciso V, que dispõe não haver quebra de sigilo bancário quando a revelação de informações sigilosas se dá com o consentimento expresso dos interessados. Esse consentimento, que deve ser prévio, expresso e inequívoco, afigura-se instrumento de que dispõe a instituição financeira brasileira para viabilizar o cumprimento das normas do FATCA sem agredir a lei do segredo bancário. Nenhum dos outros dispositivos minimamente serve ao desiderato.

Mais adiante a lei complementar enumera no § 4º do 1º os crimes que autorizam a “decretação” da quebra do sigilo; como a lei não usa

palavras desnecessárias, vale ressaltar que ao falar em “decretação”, o legislador referiu-se à ordem judicial fundamentada que decreta a quebra.

Apesar de não transcrito acima, também vale observar que o art. 4º da lei traz a autorização legal para a realização de convênios por parte do Banco Central – frise-se, não pelas instituições financeiras – e da Comissão de Valores Mobiliários com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, mas para finalidades diversas às buscadas pelas normas do FATCA.

Os arts. 5º e 6º da lei só foram transcritos para deixar claro que a obrigação de prestar informações ao fisco brasileiro ali descrita é completamente diferente (leia-se incompatível) das obrigações impostas pelas regras do FATCA às instituições financeiras estrangeiras, onde se exige i) a identificação completa do cliente (inclusive sócios de empresas), no intuito de verificar quem seria contribuinte do IRS e teria obrigação de declarar os valores possuídos e rendas de qualquer natureza percebidos segundo as normas fiscais americanas, e ii) elaboração de relatórios anuais com informações financeiras detalhadas de tais clientes.

O §2º do art. 5º da Lei do Sigilo foi explícito ao dispor que as informações passadas à Receita Federal Brasileira pelas instituições financeiras no País “[...] *restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.*”. Já no FATCA, como dito, as informações são detalhadas.

Ademais, no Brasil, qualquer exame mais detido referente a contas e depósitos e aplicações financeiras pelos fiscais da Receita Federal deve obedecer previamente ao disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (com suas alterações posteriores) que regulamentou a matéria.

Por fim, os arts 10 e 11 da Lei do sigilo Bancário trazem normas de responsabilidade penal e civil pelo descumprimento das disposições da lei. O art. 10 descreve a quebra de sigilo como tipo penal e dispõe sobre a pena – reclusão de um a quatro anos e multa. Seu parágrafo único dispõe sobre um tipo que pode ser comissivo ou omissivo, pois prevê que incorre nas penas aquele que omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos da citada lei complementar.

O art. 11 dispõe de conduta própria do servidor público que viabilizou a utilização de informação obtida em decorrência de quebra de sigilo.

Por fim – e como já referido – não há na legislação brasileira de regência permissão para que instituição financeira brasileira cumpra

as normas do FATCA sem antes estar devidamente autorizada por seu cliente no Brasil, contribuinte do IRS, a revelar suas informações financeiras detalhadas. O fornecimento de tais informações sem a anuência prévia do cliente configura o crime de quebra de sigilo bancário, sem prejuízo da responsabilização civil devida em virtude do ato ilícito praticado.

Já as regras do FATCA dirigidas ao contribuinte norte-americano prevendo a obrigatoriedade de declaração de suas contas e aplicações em determinado formulário a ser entregue ao IRS não tem - do ponto de vista do sigilo bancário brasileiro- qualquer relevância jurídica para o nosso ordenamento jurídico. Trata-se aqui de obrigação fiscal comum a ser cumprida pelo contribuinte com e no seu país.

4 CONCLUSÃO

A criação, por um país, de obrigação legal, dirigida ao seu contribuinte, de declarar informações financeiras e bens possuídos por ele, mesmo que em outro país, é norma comum e juridicamente desimportante do ponto de vista do nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o Congresso Americano - aproveitando-se da discussão de lei de incentivo ao emprego - criou uma série de obrigações para toda a comunidade financeira internacional, ou seja, para empresas criadas, situadas e que atuam foram da área de jurisdição do ordenamento jurídico dos Estados Unidos.

Certamente que sua posição de liderança econômica no cenário mundial (mantida, apesar da crise financeira recente) o incentivou a elaborar tal norma e a impô-la a todo o mundo ou, melhor dizendo, a todos com quem tem relações comerciais e por conseguinte, aos que tem relações financeiras com os cidadãos e empresas dos Estados Unidos.

Muitas associações de diversos tipos de instituições financeiras e até da indústria tem se reunido em vários países, movimentado o cenário jurídico - sobretudo e certamente o dos escritórios americanos especializados em direito tributário - preocupadas com a regulamentação extremamente específica, detalhada e ainda algo que nebulosa, cujo regulamento (de 400 páginas) está em fase de consulta pública para ser futuramente editado.

No entanto, enquanto a questão mantém-se regida por um cenário de incertezas, as instituições financeiras que operam no Brasil e que não desejarem sofrer as retenções no alto percentual de 30% (trinta por cento), deverão começar a identificar seus clientes e a preparar-se para a futura implementação do FATCA, inclusive com a cientificação destes sobre as regras já em vigor e das que vigorarão em breve e, bem assim,

com a obtenção de sua autorização para o fornecimento de informações que, como visto, deve ser prévia e inequívoca, sob pena de se praticar no Brasil conduta prevista como crime de quebra de sigilo bancário.

Como referido – e numa análise preliminar – a legislação brasileira que rege o tema não alberga a ação pretendida pelos Estados Unidos sem que haja expressa autorização do cliente para o fornecimento das informações financeiras ao IRS.

A par das questões jurídicas acima cogitadas, outros aspectos também despontam: toda essa mudança nas regras de *compliance* da instituição financeira com vistas à permanência no mercado americano envolve evidente gasto de recurso em nome da permanência de clientes americanos.

Estes breves comentários sobre o tema buscaram abordar a questão sob o enfoque de algumas das exigências mais conhecidas ante as disposições da lei do sigilo bancário, mas é inegável que há inúmeras outras questões legais a examinar como, e.g., questões consumeristas, concorrenciais, ante possível concentração de certas operações em grandes instituições financeiras em razão de altos custos eventualmente envolvidos, entre tantas outras.

No entanto - e para concluir - é de se ponderar que o FATCA, apesar de todos os problemas apontados, é um instrumento de enorme valia para o IRS no combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro que envolva contribuintes norte-americanos. Se vier a ser implementado nos termos pretendidos, tal precedente significará duro golpe no instituto do sigilo bancário mundial, pois quebrará o paradigma de impossibilidade de troca de informações financeiras entre países para fins fiscais.

REFERÊNCIAS

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

HAGSTROM, Carlos Alberto. *Comentários à lei do sigilo bancário: lei complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. *Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS NOS EUA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION-ADR.

*Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal
Procuradoria Federal Especializada da Anatel*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Formas alternativas de solução de conflito nos EUA; 2 Mediação e Arbitragem nos EUA; 2.1 A mediação; 2.2 A arbitragem; 3 O crescimento da arbitragem nos EUA e a busca pelo equilíbrio entre uma justiça rápida e uma resolução justa para causas complexas; 4 As formas alternativas de solução de conflito no Brasil; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo trata resumidamente dos métodos alternativos de solução de conflitos presentes no Direito Americano. A experiência americana em resolução de conflito, por meio da mediação e da arbitragem, principalmente, tem se mostrado extremamente válida e exitosa, abarcando não apenas casos simples e corriqueiros, mas também casos de ações coletivas. Do mesmo modo, tem se revelado cada vez mais como opção às grandes empresas, como forma de economizar tempo e dinheiro, se comparado ao judiciário. A solução alternativa de conflitos trás benefícios não só para as partes diretamente envolvidas no caso, mas também para o poder judiciário como um todo que acaba por ter a sua demanda reduzida, podendo assim atender de forma mais eficiente à sociedade. Ao final deste estudo, há uma análise resumida acerca dos métodos de solução alternativa de conflito no Brasil e os seus potenciais benefícios que trariam à justiça brasileira, caso fossem mais utilizados.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos. Solução. Alternativa. Mediação. Arbitragem. Direito Americano e Brasileiro.

ABSTRACT: The present study briefly discusses the alternative methods of dispute resolution in American Law. The American experience in resolution of conflict through mediation and arbitration, especially, has proven to be extremely valuable and successful, covering not only simple and ordinary cases, but also cases of collective action. Similarly, it has been revealed increasingly as an option for large companies as a way to save time and money when compared to the judiciary. The alternative dispute resolution not only brings benefits to the parties directly involved in the case, but also to the judiciary as a whole that turns out to have reduced its demand, and can thus attending more effectively the society. At the end of this study, there is a summarized analysis about the methods of alternative dispute resolution in Brazil and its potential benefits it would bring to Brazilian justice, if they were most used.

KEYWORDS: Conflicts. Solution. Alternative. Mediation. Arbitration. American and Brazilian Law

INTRODUÇÃO

É de notório conhecimento que o judiciário brasileiro enfrenta há anos grandes dificuldades em lidar com sua pesada carga de processos e com seu excesso de demandas. Como se sabe, é comum que aqui um processo judicial se arraste por anos, até que se obtenha uma decisão final.

O resultado desse cenário é uma sociedade cada vez mais insatisfeita e descrente do serviço prestado pelo judiciário nacional. É nesse contexto que trazemos aqui um breve estudo acerca das vias alternativas de solução de conflitos amplamente difundidas no Judiciário Norte Americano.

Nos EUA, diferentemente do que ocorre no Brasil, há uma forte cultura de celebração de acordos, que invariavelmente costumam ocorrer antes mesmo de se socorrer ao judiciário. A maioria das transações no Direito Americano é extrajudicial, diferentemente da realidade brasileira, cuja prática mais frequente é da composição de conflitos dentro do processo judicial.

Os motivos para essa realidade nos EUA são inúmeros, entre eles podemos destacar os elevados custos de se levar a diante um processo judicial nesse país, o que acaba por estimular as partes a chegarem um acordo, solucionando por si mesmas o conflito, sem a ajuda do poder judiciário.

Ademais, as vias alternativas ao judiciário, por serem muito mais flexíveis e informais, pois não se atém a determinadas regras e garantias processuais, conferem aos interessados uma resposta muito mais célere ao conflito, o que aumenta o grau de satisfação dos envolvidos.

No Direito Americano há diversas formas de resoluções alternativas de conflito, sendo que dentre elas, as mais comuns são a “*mediation*” (mediação) e a “*arbitration*” (arbitragem), que serão aqui tratadas.

De forma resumida, a mediação caracteriza-se por ser um meio de resolução de conflitos voluntário em que os interessados participam ativamente. Eles é que chegam a uma solução com a ajuda do mediador. A mediação é predominantemente cooperativa.

Por outro lado, a arbitragem é um pouco mais formal e se assemelha mais a um processo judicial. Nela, o árbitro, após escutar cada uma das partes e analisar as provas colhidas, é quem irá dar a decisão final.

Nos EUA a arbitragem, principalmente, tem se tornado cada vez mais comum, já tendo inclusive, sido aceita pela Suprema Corte, nos casos mais complexos, como as “*class action*”, que se assemelham às ações coletivas do Direito Brasileiro. Tem sido também cada vez mais comum nos contratos comerciais a presença de cláusulas que preveem que no caso de conflito de interesse, será primeiramente buscada a arbitragem,

antes de se socorrer ao Judiciário. De fato, o referido método alternativo tem se mostrado, na prática do Direito Americano, menos oneroso para as grandes empresas.

A arbitragem nos EUA tem se mostrado interessante tanto para as grandes empresas, como para o cidadão que sozinho resolve litigar. Isso porque ela tem se apresentado como uma forma de significativa economia de despesa e ganho de tempo, tendo em vista que por meio dela se obtém mais rapidamente uma solução.

Ademais, na arbitragem, assim como na mediação, há uma participação mais ativa da parte interessada, que por colaborar mais na busca da solução do litígio, chega mais próximo de satisfazer os seus interesses.

O presente estudo acerca da experiência do Direito Americano com as vias alternativas de solução de conflito visa fomentar a discussão de uma possível ferramenta para desafogar o Judiciário no Brasil. A mediação e arbitragem, apesar de serem institutos já existentes no Direito Brasileiro, são subestimadas e de pouco uso.

1 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO NOS EUA

No direito americano, a maior parte das ações judiciais é resolvida antes mesmo de irem a julgamento. Ademais, há meios de resolução de conflitos sem sequer se iniciar uma demanda judicial. As alternativas à ação judicial, no direito americano, são chamadas de *Alternative Dispute Resolution- ADR*.

As formas mais comuns das chamadas *ADRs* são a mediação e a arbitragem, que aqui nesse estudo serão tratadas sob a ótica do direito americano e do brasileiro.

Na mediação e na arbitragem, formas de *ADR* nos EUA, uma terceira pessoa, não interessada na lide e especialmente treinada, decide a disputa ou ajuda as partes a solucionarem o conflito. No direito americano, o mediador ou árbitro é chamado de *neutral*, em português, neutro. Assim, na mediação, o *neutral* é o mediador, ao passo que na arbitragem é o árbitro.

Os chamados *neutrals*, nos EUA, são escolhidos pelas partes litigantes ou pela corte de justiça, eles podem ajudar as partes a chegarem a uma solução de conflitos antes mesmo de iniciarem uma ação judicial.

As formas alternativas de resolução de conflitos no Direito Americano têm, se comparadas ao trâmite regular de uma ação judicial, as seguintes vantagens¹:

1 MCEWEN, Scott. *Fundamentals of the US Law-Mediation and Arbitration*. San Diego: CA, 2012

- a. São mais céleres;
- b. Permitem maior participação dos interessados;
- c. As partes podem escolher qual forma de resolução de conflito melhor lhe convém, se a mediação ou a arbitragem, ou até mesmo uma outra alternativa;
- d. Há possibilidade de cooperação das partes em resolverem juntas o conflito, chegando a uma solução com a ajuda do mediador;
- e. Por serem mais rápidas e menos onerosas, do que o trâmite regular de uma ação judicial, as *ADRs* são soluções mais pacíficas e menos estressantes para as partes;
- f. A parte que tem um conflito solucionado por uma mediação ou arbitragem é mais satisfeita do que aquela que não optou pela via alternativa de solução de conflito e preferiu aguardar todo o trâmite da ação judicial.

De modo geral, um processo judicial, envolve custas e contratação de advogados e representa ao final, para a parte, uma enorme despesa. Uma das grandes vantagens de se optar pelo *ADR* é a redução dos custos, essa é a conclusão a que se chegou no “*ABA Section of Business Law Spring Meeting*”², seção de direito de negócios no encontro de primavera, em São Francisco, Califórnia.

Um dos palestrantes do referido encontro, *James W. Durham*, vice-presidente sênior e consultor geral da “*Peco Energy Co.*” foi categórico ao afirmar, rejeitando o termo “*alternative*”, substituindo-o, pelo termo, que entende ser mais adequado, “*appropriate*”, em português, apropriado, que o “*appropriate dispute resolution*” é a via mais favorável a satisfazer o cliente, que busca pela maior satisfação ao menor custo possível³.

Cumprе salientar, que as formas alternativas de resolução de conflito nos EUA não se limitam ao momento que antecede o ajuizamento de uma ação judicial. Podem as partes transigir mesmo durante o curso da ação judicial.

2 Fonte: CORPORATE COUNSEL WEEKLY: NEWS Archive-1999-04.21.1999-*Alternative Dispute Resolution:ADR Reduces Client Costs*, Say Panelists at ABA Meeting. Disponível em: <<http://www.bna.com>>.

3 Fonte: Idem

Por outro lado, deve-se ter em mente as desvantagens que o *ADR* pode acarretar, sendo que a principal delas é que ao optar pela resolução alternativa de conflitos, a parte está abrindo mão da segurança jurídica das decisões judiciais proferidas por um juiz, bem como de todas as garantias do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

Soma-se ainda, que o árbitro ou mediador poderá cobrar pelos seus serviços prestados. Ainda impende salientar que caso o conflito não se resolva pelo *ADR* escolhido, as partes terão inevitavelmente que recorrer ao judiciário, o que irá acarretar ao final em ter que pagar pelos dois sistemas, o alternativo e o convencional, representando um gasto superior àquele teria se somente tivesse ingressado diretamente no judiciário.

2 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NOS EUA.

Nos EUA as formas mais comuns de *ADR*, principalmente no estado americano da Califórnia, são a *mediation* (mediação) e a *arbitration* (arbitragem).

2.1 A MEDIAÇÃO

A *mediation* se caracteriza por ser uma modalidade voluntária de solução de conflito, no qual as partes serão ajudadas por um mediador. No caso, o mediador ajuda as partes a resolverem o conflito, não é ele quem dá a decisão final, mas sim as partes que em um consenso se resolvem.

A mediação, portanto, se caracteriza por ser um processo de composição de conflitos cooperativo, em que se busca atender aos interesses de todas as partes envolvidas, não havendo um perdedor e um vencedor. A mediação mostra-se mais adequada nos casos em que as partes já possuem algum tipo de vínculo, independente do conflito e muitas vezes o lado emocional e o psicológico são considerados para se chegar a uma solução.

A *mediation* é mais comumente usada nos casos de disputa familiar, como guarda de filhos. Ela tem se mostrado bastante efetiva também nos casos em que as partes mantêm relação contínua, como vizinhos e familiares.

2.2 A ARBITRAGEM

A “*arbitration*”, arbitragem, é outra modalidade de *ADR* muito usada nos EUA. Diferentemente da “*mediation*”, na *arbitration* um árbitro, parte desinteressada na lide, irá decidir pelas partes, dando assim, uma

solução para o conflito de interesses. O árbitro, assim como faz o juiz, irá ouvir as partes, analisar provas e por fim, proferir uma decisão. A vantagem de se optar pela arbitragem é que o conflito será solucionado de forma mais célere e será menos oneroso às partes.

Cumprе salientar que o árbitro será uma pessoa desinteressada, escolhida pelas partes, sendo que elas podem aproveitar para escolher uma pessoa especializada no assunto que envolve a disputa, o que confere maior credibilidade e segurança à decisão.

A arbitragem origina-se de um acordo estipulado entre as partes envolvidas. Deste modo, antes mesmo de surgir a disputa, as partes podem estabelecer que irão optar pela arbitragem para solucionar o futuro confronto. Um contrato ou acordo, prevendo a arbitragem, pode ser feito entre as partes mesmo após o surgimento do conflito, como resultado de uma negociação entre os envolvidos.

No Direito Americano, a *arbitration* é usada por aqueles que não querem ter que esperar por um julgamento pela corte de justiça, o que poderá demorar meses ou anos. Ademais, levar adiante uma ação judicial nos EUA é extremamente oneroso, tendo em vista as altas custas cobradas pelo judiciário, assim como os vultosos honorários advocatícios cobrados por hora.

No estado da Califórnia, especificamente, há dois tipos de *arbitration*: a *binding* e a *non-binding*. A *arbitration non-binding* é similar a *mediation*, pois não é obrigatória. Na maioria dos casos, a arbitragem, no estado da Califórnia, é *binding*, ou seja, uma vez prevista como cláusula contratual ela é obrigatória e sua decisão é vinculante. Ser vinculante, ou *binding*, significa que a decisão do árbitro é a final e, deste modo, não poderão as partes recorrer à via judicial ou apelar da decisão.

A “*binding arbitration*”, arbitragem compulsória, é, diga-se, voluntária na medida em que apenas por conta da existência de um acordo prévio é que a parte se submete à arbitragem. Por outro lado, havendo essa previsão prévia de arbitragem, a parte, uma vez chamada, deverá se submeter, sendo, portanto, nesse sentido, involuntária. Cumprе salientar, que nesse caso, havendo recusa da parte em proceder à arbitragem, poderá o Judiciário forçar a parte relutante.

Na arbitragem, as partes não apenas escolhem o árbitro, mas como também determinam como será o procedimento, tudo estipulado previamente no termo de arbitragem.

Esclarece-se, que, via de regra, a decisão proferida pelo árbitro é final e obrigatória. Apenas será submetida ao crivo do judiciário, caso reste provado que houve corrupção ou que o árbitro agiu fora de sua esfera de jurisdição conferida pelas partes.

A arbitragem é mais comumente aplicada nos casos em que as partes não possuem nenhum tipo de relação a não ser o próprio conflito em si. Ademais, ela se revela como a melhor opção para os litigantes que não estão dispostos em ter grandes despesas, exigidas quando se decide seguir adiante com um processo judicial.

Há outras modalidades de *ADR* nos EUA, sendo a mediação e a arbitragem as mais comuns. É possível que as partes façam combinações entre as diferentes modalidades de *ADR*, na busca da via que mais se adequa às suas necessidades para solucionar o conflito.

Ao final, quando as partes chegarem a um acordo, este deverá ser formalizado, por escrito, pelo árbitro ou mediador, ou genericamente falando, pelo “*neutral*” e caso as partes assim queiram, o acordo poderá ser vinculante, podendo inclusive ser requerido o seu cumprimento pela via judicial. Cumpre destacar, que apenas no caso de ilegalidade é que o juiz não poderá fazer cumprir o acordado entre as partes.

Nos EUA é comum que os contratos incluam cláusulas prevendo a forma de resolução de eventuais conflitos. Geralmente, as cláusulas preveem que a *American Arbitration Association – AAA* irá administrar o conflito.

A *AAA*⁴ é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, que dispõe de serviços para pessoas físicas ou organizações que tenham interesse na solução de conflito alternativa, sem ter que recorrer ao judiciário.

É de praxe que as partes tentem primeiramente resolver o conflito pela mediação, antes de optarem pela arbitragem.

3 O CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM NOS EUA E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO ENTRE UMA JUSTIÇA RÁPIDA E UMA RESOLUÇÃO JUSTA PARA CAUSAS COMPLEXAS

De acordo com a opinião de *John Wilkinson*, autoridade americana em “*ADR*”, com mais de 20 anos de experiência em arbitragem e mediação nos EUA, a arbitragem é a “nova onda” para a resolução de casos nas chamadas “*class actions*”, que aqui no Brasil seriam o que conhecemos como ações coletivas.

O crescimento da arbitragem nos EUA, segundo *John Wilkinson*, tem sido espetacular e parte desse crescimento se deve ao fato de que, cada vez mais, partes envolvidas em grandes casos têm optado pela arbitragem ao judiciário. Há casos envolvendo milhões e às vezes,

⁴ Disponível em: <<http://www.adr.org>>.

bilhões de dólares, que tradicionalmente seriam solucionados pelo judiciário americano e agora tem sido cada vez mais comum a busca pela arbitragem ⁵.

Um importante aspecto do crescimento da arbitragem nos EUA refere-se a entrada cada vez maior de casos que envolvem disputa de valores altos, que tradicionalmente eram levados à corte americana.

A Suprema Corte Americana criou o precedente no caso “*Green Tree Financial Copr. v. Bazzle*”, (539 U.S. 444, 123 S. Ct. 2402, 156 L. Ed. 2d 414, 2003), quando reconheceu a uso da arbitragem em casos de “*class action*” e desde então, os casos de ações coletivas a serem solucionados por meio da arbitragem cresceram vertiginosamente. As cortes americanas também já autorizaram a arbitragem para casos complexos de disputas comerciais que envolvem antitruste, valores mobiliários e patentes.

Se por um lado o crescimento da arbitragem parece ser positivo, por outro, constatou-se uma significativa mudança no processo da arbitragem, por conta da presença de casos cada vez mais complexos.

À medida que a arbitragem foi incrementando, viu-se que as partes passaram a exigir maiores garantias durante o processo, que tradicionalmente estão presentes em um processo judicial, como por exemplo, interrogatórios, depoimentos, etc. Por conta disso, já há críticos à arbitragem que consideram que ela está cada vez mais parecida com a disputa judicial.

Como defensor da arbitragem nos EUA, *John Wilkinson* destaca importância da atuação do árbitro. Nesse sentido, entende, o referido especialista em *ADR*, que o árbitro deve ser suficientemente assertivo para garantir que o caso seja resolvido da forma menos onerosa e mais célere possível para os interessados, do que se eles tivessem buscado uma solução convencional no judiciário.

Ademais, destaca ainda que o árbitro deverá ser suficientemente paciente e moderado para garantir a presença de evidências e provas que permitam um resultado justo.

A arbitragem hoje nos EUA dispõe de diversos recursos para alcançar o desejado resultado justo e eficiente. Nesse sentido, há diversas regras de flexibilidade e de informalidade que ajudam no impulso célere do processo de arbitragem em oposição ao tradicional julgamento pelas cortes americanas.

No curso da arbitragem, diversas formalidades previstas para o júri são dispensadas, dando assim maior agilidade a *ADR*. Assim, tem-se a relativização de diversas regras de colheita de provas, como,

5 WILKINSON, John., *Class Action Litigation Report*, Disponível em: <<http://www.bna.com>>.

por exemplo, considerar todos os documentos apresentados como sendo autênticos, independentemente da apresentação de certidão de autenticidade, admitir a oitiva de testemunhas em qualquer ordem, bem como a coleta de provas durante fins de semana e feriados, tudo com o intuito de dar maior celeridade ao processo.

O fato é que foram criadas diversas regras de flexibilização e de informalidade com vistas a dar maior agilidade às decisões da arbitragem. Deste modo, cabe ao árbitro saber fazer bom uso das ferramentas que dispõe, para assim dar a decisão mais justa e eficiente possível, sem causar prejuízos a uma das partes.

O crescimento do número de casos de arbitragens nos EUA, com a consequente chegada de litígios complexos, como as “*class actions*” demonstra que a opção pelo *ADR* pelas empresas tem sido uma tendência, como meio de busca de economia de gastos e também de resposta rápida aos conflitos.

4 AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO NO BRASIL

A EC nº 45 de 2004 reformou o Poder Judiciário Brasileiro e dentre outras modificações, incluiu no Art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVII, que passou a prever expressamente, como garantia fundamental, o direito a um processo judicial com duração razoável, dispondo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Desde então, o Judiciário brasileiro tem atuado em vista a buscar soluções e meios adequados para por em prática o novo princípio constitucional.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça tem incentivado a celebração de acordos judiciais, por meio da promoção da Semana Nacional de Conciliação, em que mutirões são criados em todo o país, com a realização de audiências de acordos.

A iniciativa do CNJ tem se mostrado exitosa e válida, mas a conciliação, que se caracteriza pela celebração de acordos para por fim a uma demanda judicial, não é a única opção existente do Judiciário. No Brasil, assim como nos EUA existem as alternativas da mediação e da arbitragem como instrumentos legais e válidos de composição de conflitos de forma célere.

No Direito brasileiro, a mediação e a arbitragem não são tão comumente aplicadas como forma de composição de conflitos como ocorre na realidade norte americana.

Assim como no Direito Americano, a mediação brasileira caracteriza-se por ser “uma técnica não estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução auto composta”⁶

Cumprir informar, que há um projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados, PLC, Projeto de Lei da Câmara, nº 94 de 2002, de autoria da Deputada Zulaê Cobra, que pretende regulamentar a mediação.

De acordo com o projeto de lei, haverá dois tipos de mediação, a prévia e a incidental. A mediação prévia será opcional, ao passo que a incidental terá caráter obrigatório, aplicando-se a casos específicos, e se dará sempre que for distribuída uma demanda.

Quanto à arbitragem brasileira, trata-se “técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio.”⁷

Vê-se que, conceitualmente não há diferenças entre a arbitragem e mediação americana e a brasileira.

No Direito Brasileiro, a arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307 de 1996, que prevê que somente poderão optar por ela as pessoas capazes, com titularidade de direito patrimonial e disponível.

A arbitragem ainda pode se dar por cláusula compromissória ou por compromisso arbitral. A cláusula compromissória se caracteriza por ser uma convenção na qual as partes estabelecem que o conflito oriundo de um negócio jurídico será resolvido pela arbitragem, antes do litígio ocorrer. É a convenção de arbitragem que irá delimitar a competência do juízo arbitral. O compromisso arbitral, por outro lado, é um acordo entre as partes de que submeterão a controvérsia, já existente, ao juízo arbitral, dispensando o Poder Judiciário.

Cumprir salientar que no Brasil, a decisão proferida em arbitragem, sentença arbitral, é imutável, consumando-se em coisa julgada material.

Do mesmo modo como acontece nos EUA, a decisão proferida pelo árbitro, apenas poderá ser invalidada pelo Judiciário, em casos específicos. No Brasil, há possibilidade de controle do Judiciário nas decisões arbitrais no que se refere à sua validade, não podendo ser analisado o mérito da decisão.

Por fim, salienta-se que a arbitragem é consubstanciada na manifestação de vontade do indivíduo, caracterizando-se por ser direito potestativo. Assim sendo, portanto, é nula qualquer cláusula contratual

6 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p94.

7 *Ibidem*

que imponha a arbitragem. Nesse sentido, o Art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII-determinem a utilização compulsória da arbitragem.”.

5 CONCLUSÃO

A conclusão que podemos chegar neste breve estudo é de que a experiência norte americana com as *ADRs*, deveria servir de norte ao direito brasileiro, que neste momento busca meios de reduzir a sua excessiva demanda.

Nos EUA, tem se constatado o crescente aumento de soluções de conflitos por meio de métodos alternativos. A Suprema Corte inclusive já decidiu, como demonstrado, favoravelmente à aplicação de *ADRs* nas “*class actions*”. A forte cultura de celebração de acordos extrajudiciais nos EUA tem se mostrado extremamente positiva. Isso porque, evita-se a sobrecarga de processos no Judiciário e as partes envolvidas tem o conflito solucionado de forma mais célere e mais barata, o que aumenta o grau de satisfação do cidadão.

Por outro lado, no Brasil, o que vemos é uma preocupação atual em reduzir a demanda judicial, tanto assim que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ vem promovendo eventos como a semana nacional de conciliação, em que há um forte estímulo há celebração de acordos.

A experiência Norte Americana, todavia, demonstra que é possível se evitar a criação da demanda, solucionando o conflito antes mesmo de ele aportar ao Judiciário. A diferença é significativa, pois aqui no Brasil temos buscado, com vistas a reduzir a demanda, acelerar o trâmite de um processo judicial que já existe, quando melhor seria se essa demanda sequer viesse a existir, solucionando-se o conflito, sem se ajuizar uma ação judicial.

O Direito Americano, com a prática reiterada de “*Alternative Dispute Resolution- ADR*”, nos mostra que os conflitos de interesse podem e devem ter a sua solução flexibilizada, como forma de se evitar uma avalanche de processos no judiciário, que poderiam ser resolvidos, muitas vezes com uma simples composição entre os interessados.

Como se sabe, o judiciário sobrecarregado não atende aos anseios sociais, pois se torna incapaz de conferir a prestação jurisdicional adequada. Muitas vezes, uma decisão proferida muito tardiamente, após anos, pode até mesmo perder o seu efeito prático e isso não é incomum de acontecer no Direito Brasileiro.

A adoção de medidas alternativas para a solução de conflitos, como costuma acontecer nos EUA, apenas traria benefícios à sociedade, que passaria a ter uma opção adicional ao judiciário, quando do surgimento do conflito.

Por derradeiro, cumpre apenas salientar que a arbitragem e a mediação, como demonstrado, já existem no Direito pátrio. O que resta é uma inovação de prática, mudança de comportamento e de mentalidade dos advogados, das empresas e dos cidadãos. Os meios alternativos de solução de conflitos deveriam ser mais bem divulgados para que a sociedade brasileira se tornasse menos litigante, a exemplo do que já acontece nos EUA.

REFERÊNCIAS

ROBALINHO CAVALCANTI, Fabiano. *Arbitragem e Mediação*. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/28/Arbitragem_e_Media%C3%A7%C3%A3o.pdf>

CORPORATE COUNSEL WEEKLY: NEWS Archive-1999-04.21.1999-*Alternative Dispute Resolution: ADR Reduces Client Costs*. Disponível em: <<http://www.bna.com>>.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, v.1

GOMES DO NASCIMENTO, Joelma. *Mediação. Meio Alternativo de Solução de Conflitos*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8921>.

MCEWEN, Scott. *Fundamentals of the US Law-Mediation and Arbitration*. San Diego: CA, 2012

WILKINSON, John. *Class Action Litigation Report*. News Archive, 2008. Disponível em: <<http://www.bna.com>>.



A CLASS ACTION AMERICANA E AS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

*THE AMERICAN CLASS ACTION AND THE BRAZILIAN CLASS
ACTIONS. SIMILARITIES AND DIFFERENCES*

Kátia Naomi Narita

*Advogada da União, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela
Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; 2 Da *class action*; 2.1 Requisitos (alínea “a”); 2.2 Tipos de ação (alínea “b”); 2.3 Alguns aspectos procedimentais; 2.3.1 Da certificação (*certification*); 2.3.2 Da notificação (*notice*) e do direito de auto-exclusão (*right to opt out*); 2.3.3 Da coisa julgada (*binding effect*); 2.3.4 Do acordo (*settlement*); 3 Das inovações trazidas da *class action* Americana pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos; 3.1 A legitimidade ativa da pessoa física; 3.2 Da ampliação dos poderes do juiz; 3.3 Da ação coletiva passiva; 4 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo tece algumas considerações sobre a *class action* americana, a partir de seu histórico. Traz ainda breves explicações sobre os seus requisitos, tipos e alguns aspectos procedimentais, tais como certificação, notificação e direito de auto-exclusão, além da extensão da coisa julgada e do acordo, diante de suas especificidades no direito norte-americano. No decorrer da explanação, é realizado um paralelo entre as duas ações coletivas, a partir das suas semelhanças e diferenças, sendo ao final trazidas algumas inovações do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que muito se aproximam a *class action* americana como atualmente regulamentada. O trabalho visa, sobretudo, fazer um estudo comparado, uma vez que as ações coletivas brasileiras foram pensadas a partir do instituto americano, sendo, ao final, demonstrado, que as inovações e avanços que se pretende trazer para o direito processual coletivo brasileiro ainda se inspiram no modelo norte americano.

PALAVRAS-CHAVE: *Class Action*. Certificação. Notificação. Direito de Auto-Exclusão. Coisa Julgada. Acordo. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

ABSTRACT: This article presents some considerations about the American class action from its history. It also brings information about its requirements, types and some procedural aspects such as certification, notice, right to opt out, binding effect and settlement because of its specificities in American law. It is also done a parallel between the two class actions based on the similarities and differences. In the end, it has demonstrated some innovations of Brazilian Code of Collective Processes's draft that is very close to the American class action as currently regulated. The work is aimed mainly to make a comparative study since the Brazilian class actions were designed by the American Institute. In conclusion, it demonstrates that the innovations and advances of the Brazilian collective procedural law is still inspired by the North American model.

KEYWORDS: Class Action. Certification. Notice. Right to Opt Out. Binding Effect. Settlement. Draft of the Brazilian Code of Collective Processes.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139/09 que disciplinará o novo regramento das ações civis públicas para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Sabe-se que o processo coletivo brasileiro tem inspiração na *class action* americana, entretanto, com adaptações feitas para nosso sistema da *civil law*.

Na nossa história, a tutela coletiva vem sendo introduzida paulatinamente por meio de leis esparsas, tendo-se como importantes referências a Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A partir dessa evolução, ousou-se afirmar sobre a existência de um verdadeiro Processo Civil Coletivo, como ramo do direito processual civil, diverso do Direito Processual Individual. Assim, expoentes doutrinadores brasileiros se reuniram para elaborar um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, com normas mais abertas e flexíveis com vistas a proporcionar uma real efetividade do direito coletivo¹.

O Anteprojeto teve como fonte o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. A primeira proposta deveu-se aos brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antônio Gidi e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, aperfeiçoada com a participação de especialistas ibero-americanos.

O primeiro texto do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos foi elaborado sob a coordenação de Ada Pellegrini, no grupo de pós-graduandos de 2003 da Faculdade de Direito de São Paulo. Em 2005, o texto foi revisado pelo grupo de pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sob a supervisão do Juiz Federal Aluísio Mendes, sendo entregue ao Ministério da Justiça no final daquele ano. Após sugestão de vários órgãos públicos, entre eles Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Ministérios Públicos Estaduais, restou a versão datada de janeiro de 2007.

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 449.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos contém avanços significativos, como a ampliação dos poderes do juiz e a previsão da ação coletiva passiva originária ao lado da ação coletiva ativa. Nesta, ainda é prevista a possibilidade da legitimidade da pessoa física para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que reconhecida a sua representatividade adequada pelo juiz. Como se verá, o texto em muitos aspectos aproxima-se ainda mais do instituto da *class action* americana, como hoje regulamentado.

Porém, o texto do pretense Código Brasileiro em muitos aspectos se difere do Projeto de Lei nº 5.139/09, enviado ao Congresso Nacional. A principal explicação dada pelo Poder Executivo foi a de que aquele teria sido considerado um instrumento avançado demais para o nosso atual sistema Judiciário.

Não por isso, o Anteprojeto perde sua relevante importância, diante da complexidade dos estudos realizados em torno do processo coletivo, que resultaram não só na identificação das dificuldades e lacunas existentes neste sistema, como no nosso próprio ordenamento jurídico. Ademais, não é pretense afirmar que a evolução do direito processual coletivo ainda seguirá na linha do que traçado nesses estudos.

Assim, tenta-se aqui fazer um resgate da principal fonte do nosso direito processual coletivo e, por assim dizer, o modelo para onde se caminha o nosso instrumento de tutela coletiva, fazendo-se um breve histórico da *class action* americana, os seus principais aspectos procedimentais e, especialmente, traçando as diferenças entre os sistemas brasileiro e americano no que tange às ações coletivas.

1 HISTÓRICO

Na era medieval, foram observados alguns casos isolados de ações coletivas ativas e passivas. Acerca destas últimas, o episódio tido como clássico pelos doutrinadores é o do pároco Martins, de Barkway, datado de 1199, que teria ajuizado ação sobre direito a certas oferendas e serviços diários em face dos paroquianos de Nuthamstead, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, chamando a juízo algumas pessoas para, aparentemente, responderem por todas.

Porém, como mesmo observa Artur Luis Pereira Torres, esses casos isolados não seriam significativos para fins de teorização de um processo coletivo, já que naquela época não havia a formação de um sistema processual. Tais demandas tinham como fim único a proteção

do direito material, sem preocupações quanto às questões de natureza processual².

Por tal razão, a maioria da doutrina entende que o marco de origem para as *class actions* data do final do século XVII, no direito inglês, quando a *court of chancery* criaram o *Bill of Peace*.

Como ensina Antonio Gidi³, o sistema inglês, que perdurou até 1873, estava dividido em duas esferas: a jurisdição do direito (*law jurisdiction*) e a jurisdição de equidade (*equity jurisdiction*), estando o primeiro sob a regência dos tribunais de direito (*court of law*) e o segundo, dos tribunais de equidade (*court of chancery*), uma espécie de tribunais especiais encarregados de disciplinar as situações que o *common law* não regulava de forma adequada.

Para simplificar a controvérsia, as cortes de equidade começaram a não mais admitir o litisconsórcio voluntário, ou ainda, seguindo os tribunais de direito, passaram a exigir que os terceiros, quando diretamente interessados no julgamento da lide, interviessem no processo (*compulsory joinder rule* ou *necessary parties rule*).

Verificou-se, entretanto, que tal obrigatoriedade de intervenção trazia inconveniência ou mesmo injustiça às partes. Quando inúmeras as pessoas envolvidas, a intervenção de todos prejudicava o andamento do processo. Já a não intervenção de qualquer um, poderia impedir que os demais obtivessem a prestação jurisdicional. Desta forma, a *courts of chancery* criaram o *Bill of Peace*, permitindo, assim, as ações representativas (*representative actions*), em que um ou alguns membros do grupo pudessem representar em juízo o interesse dos demais que estivessem em situação parecida.

Durante o período colonial americano, o duplo sistema (*law v. equity*), foi adotado pelos Estados Unidos até depois de sua independência, quando, em 1789, foi criado o sistema judiciário federal.

A primeira codificação das *representative actions*, em âmbito federal, se deu em 1842, pela *Federal Equity Rule 48*, rebatizada em 1912 como *Federal Equity Rule 38*. No entanto, a *class action* ainda era um instrumento bastante simples.

Somente em 1938, com a edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, conjunto de normas emitidas pela Suprema Corte, mais especificamente da *Rule 23*, as ações coletivas foram permitidas nos Estados Unidos com relação a pretensões indenizatórias (*class actions for damages*).

2 TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, jan. mar. 2010.

3 GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

De acordo com as novas regras, as *class actions* eram divididas em três espécies, a depender da natureza jurídica do objeto do processo: a) *true class action*, verdadeira ação coletiva, quando o direito da categoria era comum. A coisa julgada era estendida a todos, inclusive aos que não faziam parte do processo; b) *hybrid class action*, quando o direito dos componentes era distinto, mas havia um interesse comum em razão de um bem específico. A coisa julgada atingia apenas às partes do processo, mas vincularia os demais no que se refere a direitos relacionados ao objeto específico; c) *spurious class action*, uma questão de fato ou direito comum, afetando diversos direitos individuais. A coisa julgada se estenderia tão somente às partes do processo.

A *Rule 23* foi completamente reescrita em 1966, a partir da reforma das *Federal Rules of Civil Procedure*. Esta, de fato, foi a principal modificação ocorrida no instituto, consolidando-se a tese de que a coisa julgada afetaria a todos os interessados, ressalvado o direito daqueles que se manifestassem a não participar da lide (*right to opt out*).

Neste sentido, foi implementada a necessidade de oportunizar a cada um dos interessados o direito de exercer o *opt out*, por meio de notificação pessoal.

Outro grande avanço que pode ser citado foi o ganho de maiores poderes pelo juiz da lide, na condução do processo.

Nos cinco anos posteriores à reforma de 1966, o número de ações coletivas quadruplicou. Segundo Gidi:

“no período anterior à promulgação da *Rule 23* em 1938, as *class actions* eram um fenômeno raro, que não despertavam muita atenção nem dos doutrinadores nem dos tribunais. Depois de 1938, o instrumento passou a interessar mais os operadores de direito e transformou-se em uma técnica mais conhecida e com uma utilização freqüente, muito embora ainda restrita a casos muito limitados. Após a reforma de 1996, as *class actions* se transformaram em um poderoso instrumento político de acesso à justiça das ‘pequenas causas’”⁴.

Reformas não tanto expressivas ocorreram posteriormente em 1987, 1995, 1998, 2003 e 2005, neste último transferindo a competência da Justiça Federal para o julgamento das *class actions* de alto valor.

⁴ GIDI, op.cit., p.59-60.

2 DA CLASS ACTION

Como dito, a *class action* encontra-se regulamentada, no plano da jurisdição federal, na *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedure*, cuja redação essencial é de 1966. O instituto encontra-se estruturado em seis partes, assim correspondentes:

Alínea “a”- Requisitos de admissibilidade

Alínea “b”- Hipóteses de cabimento (tipos de ação)

Alínea “c”- Certificação, nomeação do advogado, notificação e participação na ação, sentença e grupos múltiplos e subgrupos

Alínea “d”- Poderes do juiz

Alínea “e”- Acordo e extinção do processo

Alínea “f”- Agravo contra negativa de certificação

A partir da estrutura legal, tratar-se-á, neste capítulo, dos requisitos e tipos da *class action* e seus principais aspectos procedimentais, enfatizando as semelhanças e diferenças entre esta e as ações coletivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 REQUISITOS (alínea “a”)

Para o cabimento da *class action*, em que um ou mais membros de um grupo demande ou seja demandado como representante de todos, é necessário que os requisitos previstos na *Rule 23 (a)* estejam presentes, cumulativamente, sendo eles:

- (1) *O quantitativo de pessoas envolvidas seja tão numeroso que o litisconsórcio de todos se torne impraticável (numerosity).*

Não que haja um número predeterminado para a satisfação deste requisito, devendo ser levados em consideração inúmeros aspectos como o reduzido valor das pretensões, tornando antieconômicas as ações individuais; as condições do autor, pois se hipossuficientes podem interferir na dificuldade de propositura individual; a dificuldade de identificação e localização dos membros do grupo e a complexidade da causa.

- (2) *A existência de questões de fato ou de direito comuns ao grupo (commonality).*

Isto não significa que as situações individuais de todos os membros sejam exatamente iguais, mas que a questão permita uma

decisão unitária da lide. Como lembrado por Gidi⁵, a ausência da questão comum não leva, necessariamente, à extinção do processo, podendo o juiz: a) restringir o grupo, excluindo aqueles não ligados pela questão comum; b) limitar a lide à parcela da controvérsia atingida pela questão comum, deixando as questões individuais a serem apuradas em ações individuais; c) dividir o grupo em subgrupos, nomeando o membro e o advogado para representar cada um deles; d) prosseguir a ação de forma individual.

- (3) *Os pedidos da demanda ou defesa trazidos pelos representantes sejam “típicos” do grupo, ou seja, correspondam aos interesses de todos os componentes (typicality).*

Tal requisito tem como fim certificar que o representante pertence ao grupo, coexistindo os interesses de ambos. Caso não preenchido o requisito, antes da extinção do processo, o juiz deverá oportunizar a substituição do representante por um membro do grupo.

- (4) *Os representantes protegerão justa e adequadamente o interesse da classe (adequacy of representation).*

Entende-se como um dos mais importantes requisitos do instituto. Ao contrário do ordenamento brasileiro que, a exemplo da ação civil pública, enumera taxativamente os legitimados para a propositura da ação, no direito norte-americano, qualquer um dos membros pode assumir a condição de representante, sem a autorização dos demais. Assim, a representação adequada se torna imprescindível para a garantia do devido processo legal⁶.

Por outro lado, como lembrado por Flávio da Costa Higa⁷, no direito brasileiro não há qualquer controle jurisdicional quanto à idoneidade da representação, exceto no tocante à pré-constituição das associações, requisito este que pode ser dispensado *quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido* (art. 82, § 1º, da Lei nº 8.078/90).

5 GIDI, op.cit., p.87-88.

6 Como bem discorrido por Renato Bretz Pereira, que ainda ressalva a semelhança entre a legitimidade ativa da *class action* com a ação popular na medida em que nas duas hipóteses o autor defende interesses próprios e alheios, simultaneamente. *Class Action*. De jure. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 9, p.350, jul. dez. 2007.

7 HIGA, Flávio da Costa. Breves Apointamentos sobre as Class Actions for Damages. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ed.Síntese, ano XXII, n. 264, jun. 2011.

Há de observar que o requisito da *adequacy of representation* também deve ser visto sob a ótica não só do pólo ativo como do passivo, e que não se refere somente às partes, mas ainda à competência e zelo do advogado diante da causa.

Por fim, a não representação adequada enseja a ausência de coisa julgada (*binding effect*) com relação àqueles que não se viram representados adequadamente, razão pela qual a parte contrária ao interesse defendido pelo representante também pode arguir o vício.

2.2 TIPOS DE AÇÃO (Alínea “b”)

As *class actions* admitem três modalidades ou hipóteses de cabimento, com requisitos específicos para cada uma, sendo elas a *Rule 23 (b) (1)*, *Rule 23 (b) (2)* e *Rule 23 (b) (3)*. A primeira ainda se subdivide em (b) (1) (A) e (b) (1) (B), a seguir melhor especificado:

Ações individuais por ou contra um grupo que poderia criar o risco de: (A) decisões inconsistentes ou conflitantes em face dos membros do grupo (incompatible standards class actions) ou (B) decisões em face dos membros individuais do grupo que poderiam prejudicar os interesses de outros que não participaram do processo individual ou impedir/diminuir a capacidade de proteção de seus interesses (prejudice class action).

Enquanto que a primeira (*incompatible standards*) procura ver sob o ponto de vista da parte contrária ao grupo, o segundo (*prejudice*) tem o foco naqueles que se encontram ausentes ao grupo.

Cássio Scarpinella Bueno⁸ dá como exemplo ao primeiro fenômeno a hipótese de diversos contribuintes voltados contra determinada exação fiscal. Não há como dar um tratamento diferenciado aos contribuintes do mesmo tributo, já que se encontram na mesma situação fática e jurídica.

Para o segundo fato, o professor traz como exemplo o caso de um acionista que pretende evitar a assembléia de uma dada sociedade anônima, circunstância que, uma vez ocorrida, prejudicaria os demais membros da classe, ainda que não façam parte da relação processual.

Porém, hipótese mais comum na prática é a da ação coletiva gerada pela limitação do fundo disponível (*limited fund class action*), na qual a quantia pretendida por determinado membro da classe pertence a um fundo comum. Para seu cabimento, entretanto, necessário demonstrar que a indenização que se quer individualmente é superior ao fundo disponível para seu pagamento, uma vez que a procedência

⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, ano 21, p.96, ab. jun.1996.

do pedido prejudicaria os créditos dos demais membros da classe que não fazem parte da relação processual, diante da ausência de recursos do fundo.

Ambas as ações visam a compelir o “litisconsórcio necessário” e, por suas naturezas, não permitem aos membros o direito de auto-exclusão do grupo (*right to opt out*).

- (2) *Quando a parte contrária agiu ou deixou de agir inadequadamente de maneira uniforme em face do grupo, requerendo-se uma decisão mandamental ou declaratória (injunctive class action).*

Esta hipótese só é aplicável aos casos em que se pretenda uma condenação de fazer ou não fazer ou uma sentença declaratória, não se prestando à obtenção de indenização exclusivamente pecuniária.

Este tipo de ação foi trazida pelo legislador de 1966 que se baseou nas *civil rights class actions*, como forma de deixar claro o cabimento da ação coletiva na defesa de direitos civis. Assim, como típico exemplo, temos a ação para inibir conduta discriminatória. Entretanto, sua aplicação não encontra limitada a este escopo, podendo ser usada para pretensões trabalhistas, ambientais e declaratórias de inconstitucionalidade.

Da mesma forma que ocorre no tipo (b) (1), a lei não permite que os membros possam optar pela exclusão do grupo (*right to opt out*), porquanto necessário que seja dado um tratamento uniforme ou indivisível à pretensão coletiva. Por tal razão, parte da jurisprudência entende ser prescindível a notificação de todos os membros. Vale, por fim, acrescentar que não é necessário nem que o grupo seja precisamente delineado ou delineável.

Fazendo-se um paralelo com o ordenamento jurídico brasileiro, os incisos (b) (1) (A) e (B) e o (b) (2) corresponderiam as nossas ações em defesa de interesses difusos e coletivos.

- (3) *Quando as questões de fato e de direito comuns predominam sobre as questões individuais (predominance), sendo a ação coletiva superior ao processo individual para o justo e eficiente julgamento da controvérsia (superiority). Em decisão acerca da superioridade da tutela coletiva, o juiz levará em consideração: (A) interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a ação, (B) extensão e natureza do litígio, (C) a conveniência de concentrar a lide em um único júízo, (D) dificuldades a serem encontradas na administração da ação coletiva (class actions for damage).*

Esta hipótese é sempre a mais ressaltada pelos doutrinadores brasileiros, uma vez que serviu de modelo para as nossas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC).

Trata-se de ação coletiva de natureza predominantemente indenizatória, distinguindo-se das demais diante de suas peculiaridades como a não obrigatoriedade da participação de todos os membros, admitindo-se, portanto, o *opt out*.

Dois são os pré-requisitos específicos deste tipo de ação: a *prevalência das questões de fato e de direito comuns sobre as questões individuais* e a *superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença*.

Quem bem discorre sobre o tema é a professora Ada Pellegrini Grinover, cujo entendimento é de que sem o primeiro “*haveria desintegração dos elementos individuais*”, enquanto que o segundo leva em conta “*a necessidade de se evitar o tratamento de ações de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentar as decisões*”⁹.

A professora, fazendo um paralelo dos requisitos trazidos pela *class action for damages* para os da tutela dos interesses individuais homogêneos, observa que, a partir do critério da *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual*, pode-se aferir se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos por sua origem comum. Em não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não será admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido. Nestes termos, conclui que:

*a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das class actions for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível.*¹⁰

No que tange ao requisito de *superioridade da tutela coletiva em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão*, a jurista o correlaciona com os fenômenos brasileiros *interesse de agir e efetividade do processo*:

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damage à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, ano 26, p.15, jan. mar. 2001.

10 *Ibid.*, p.21-22.

Não é difícil, assim, estabelecer a correlação entre a exigência de *superioridade* da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria do *common law*), com o interesse-utilidade e o interesse-adequação da *civil law*. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto àquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção.¹¹

Entretanto, uma diferença é ressaltada no tocante à “superioridade”, uma vez que no sistema norte-americano se privilegia, mais do que no brasileiro, os aspectos individuais sobre os sociais. Assim, em uma situação de eficácia igual entre o processo coletivo e os processos individuais, nos Estados Unidos se daria preferência a estes, enquanto que no Brasil, a tendência é de que se enfatize cada vez mais o processo social ao invés do individual.

2.3 ALGUNS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

2.3.1 Da Certificação (*Certification*)

Nos termos da alínea (c) (1) (A), após a propositura da ação, quando uma pessoa aciona ou é acionada como representante do grupo, o juiz, preliminarmente, irá julgar se a ação será certificada como coletiva ou não (*certification*).

Nesta decisão são definidas quais as pessoas que irão compor o grupo, quais são suas exatas pretensões, ou melhor, o objeto da ação coletiva, além de definir quem será o advogado da classe (c) (1) (B), uma vez que o juiz não está adstrito à indicação feita pela parte interessada. Para a formação do seu juízo, o magistrado deve levar em conta os pré-requisitos da alínea (a) e (b), a depender do enquadramento em alguma de suas subespécies.

O requerimento para que o juiz decida sobre a ação coletiva (*motion for certification*) pode ser feito tanto pelo autor como pelo réu. Ainda que não haja requerimento, se a ação for originariamente proposta como coletiva, o juiz *ex officio* poderá certificar ou não, uma vez que cabe a ele também zelar os interesses dos membros ausentes.

Na *Rule 23*, consta que o juiz deve apreciar tal questão na fase inicial, podendo ser designada uma audiência preliminar para oitiva das

¹¹ GRINOVER, 2001, p.22-23.

partes e coleta de provas, a fim de dirimir dúvidas sobre a presença ou não dos requisitos legais.

Observa-se da regra (c) (1) (C) que a decisão pode ser alterada ou emendada a qualquer tempo, desde que antes da sentença final.

Se a certificação for negada, o processo poderá seguir como uma ação individual. Há ainda a possibilidade de ser apenas uma parte da controvérsia certificada como coletiva, prosseguindo-se, então, as demais, como ação individual.

Como visto, a certificação é uma decisão de grande importância porque torna a ação proposta como coletiva, delimitando os limites da pretensão e as pessoas que nela irão participar. Por conseguinte, assegura a eficácia *erga omnes* à coisa julgada.

Não por isto que da decisão cabe o recurso interlocutório (*interlocutory appeal*), equivalente ao nosso agravo de instrumento, contrariando a regra geral do sistema processual norte americano que não admite a recorribilidade das decisões interlocutórias.

2.3.2 DA NOTIFICAÇÃO (*NOTICE*) E DO DIREITO DE AUTO-EXCLUSÃO (*RIGHT TO OPT OUT*)

A notificação é o instrumento utilizado para cientificar as pessoas ausentes da propositura da ação coletiva e, por conseguinte, oportunizar a estes o exercício do direito de auto-exclusão (*right to opt out*), nos casos em que for permitido.

De acordo com a *Rule 23* (c) (2) (B), nas *class actions* do tipo (b) (3) – *class action for damages*, a notificação dos membros é obrigatória e o juiz ordenará *a melhor notificação possível em face das circunstâncias, inclusive com a notificação individual de todos os membros que puderem ser identificados através de um esforço razoável*.

A notificação para estes casos é indispensável para que a sentença produza a coisa julgada *erga omnes*, sendo na *class action for damages* previsto o direito de exclusão do processo daqueles que não queiram ser submetidos aos efeitos da sentença, por meio de manifestação expressa ao juízo. Os que assim optarem, tem a faculdade de propor a sua ação individual.

Já nos casos relacionados aos tipos (b) (1) e (b) (2) – *mandatory class actions*, não há uma rigidez na notificação aos membros ausentes, dispensada, inclusive, a notificação individual, já que a presença de todos é compulsória, sendo uma espécie de “litisconsórcio necessário”. Nestas hipóteses, não se vislumbra a possibilidade dos membros em optar pelo auto-exclusão do grupo, razão pela qual também são conhecidas como *no opt out class action*.

No direito brasileiro, a notificação não possui o mesmo formalismo como o do direito processual norte americano e nem se presta aos mesmos objetivos. No nosso sistema pátrio, o instituto se encontra no art. 94 do CDC, em que é prevista tão somente a publicação de edital após a propositura da ação, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, a fim de que os interessados possam aderir à ação como litisconsortes.

A publicação é um requisito de menor relevância, nem mesmo sendo causa de nulidade absoluta do processo, uma vez que permanece a possibilidade de ação autônoma individual¹². No nosso sistema, há previsão de que os membros, em suas esferas individuais, não serão atingidos pela sentença desfavorável, ao contrário do direito americano em que, como visto, a decisão proferida na *class action* tem efeitos *erga omnes*, seja ela favorável ou não, salvo para os que tenham exercido o direito de exclusão.

2.3.3 DA COISA JULGADA (*BINDING EFFECT*)

Como já narrado no item anterior, a sentença proferida nas *class actions* tem efeitos *erga omnes*, salvo para os que fizerem uso do direito de exclusão (*right to opt out*). Caberá ao juiz declarar em sentença quem são os integrantes do grupo abrangido.

Segundo a alínea (c) (3), nas ações do tipo (b) (1) e (b) (2), cujo resultado seja favorável ou contrário ao grupo, o juiz descreverá na sentença quem ele considera como membro da classe e que, por conseguinte, será atingido pela coisa julgada. Isto não significa que deva ele nominar individualmente cada um, bastando estabelecer os critérios de pertinência ao grupo.

Já nas ações do tipo (b) (3), na sentença deverão ser especificados aqueles que foram notificados e os que exerceram o direito de exclusão. Estes não serão atingidos pela coisa julgada, bem como aqueles que não foram notificados adequadamente, ainda que a decisão seja favorável aos interesses da classe.

No sistema brasileiro, nos termos do art. 103 do CDC, os efeitos da decisão nas ações para a defesa de direitos difusos será *erga omnes*, e para os coletivos, *ultra partes*, podendo ser intentada nova ação quando for julgada improcedente por falta de prova (*secundum eventum probationes*).

12 Recurso Especial nº 205.481 - MG (1999/0017505-0). 2ª Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha. J. 19.04.05.

Nestas, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão direitos individuais eventualmente existentes, o que possibilita ao integrante propor uma ação individual caso improcedente o pedido (art. 103, § 1º do CDC). Ademais, sequer haverá litispendência entre a ação coletiva e a ação individual. De outro lado, os autores das ações individuais só serão beneficiados da ação coletiva se requerida a suspensão daquelas no prazo de trinta dias do ajuizamento da demanda coletiva (art. 104 do CDC).

No caso das ações que visam à proteção dos direitos individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada será *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido. Quando desfavorável a decisão, apenas os que figurarem no processo serão atingidos.

2.3.4 DO ACORDO (*SETTLEMENT*)

A cultura do acordo está bastante presente no sistema norte-americano, estimando-se que 90% (noventa por cento) das ações judiciais terminem desta forma¹³. Isto sem contar as inúmeras demandas que deixaram de ser propostas em vista das composições extrajudiciais, por meio de mediações e arbitragens.

O próprio sistema estimula estes tipos de acordo. A certificação de uma ação como coletiva representa uma pressão face ao réu, na medida em que ganham contornos o valor e a dimensão política dos interesses em jogo, o que induz a realização de uma auto composição.

Os poderes do juiz na *class action* são muito mais amplos e flexíveis, tendo eles um importante papel no controle e na proteção dos membros ausente e representados, razão pela qual o acordo só é realizado após seu crivo. Por isto que na alínea (e) (C) da *Rule 23* consta que *o juiz aprovará acordo ou extinção voluntária que vincule membros do grupo somente após promover uma audiência e somente se considerar o acordo ou extinção voluntária justos, razoáveis e adequados*.

Ademais, será ordenada a notificação de todos os membros do grupo acerca da proposta de acordo, podendo, o indivíduo, nas ações do tipo (b) (3), solicitar a exclusão do grupo (*opt out*), caso não concorde com os seus termos.

No Brasil, a cultura do acordo ainda é incipiente e, nas ações coletivas, não há uma previsão idêntica ao instituto norte-americano. Algo que mais se aproxima se encontra no § 6º, do art. 5º, da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), introduzido pelo art. 113 do CDC, que trata do termo de ajustamento de conduta. Segundo reza, *os órgãos públicos*

13 GIDI. op cit. p.306-307

legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

3 DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS DA CLASS ACTION AMERICANA PELO ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Como referido no início do artigo, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos contém avanços significativos que, em certos aspectos, aproxima-se ainda mais do instituto da *class action* americana, como regulamentado pela *Rule 23*.

Tenta-se trazer, doravante, algumas dessas inovações, a partir do que já foi explicado sobre a *class action*.

3.1 A LEGITIMIDADE ATIVA DA PESSOA FÍSICA

De início, tem-se como inovadora a previsão da legitimidade de qualquer pessoa física ou membro do grupo, categoria ou classe para a ação coletiva (art. 20, I, do Anteprojeto)¹⁴.

De acordo com a nova regra, qualquer pessoa física é legitimada para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada, o que bem se assemelha ao instituto da *adequacy of representation* da *class action* (*Rule 23 (a) (4)*), já explanada no item 3.1 do presente trabalho.

O Anteprojeto traz expressamente as condições que o representante deve possuir para ser assim aceito, sendo eles: a) *credibilidade, capacidade e experiência do legitimado*; b) *seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos*; c) *sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado*.

A legitimidade ativa de pessoa física na defesa de direitos difusos não é exatamente um fenômeno novo no nosso sistema processual coletivo, uma vez que a ação popular já permite que qualquer cidadão possa pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º da Lei nº 4.717/65).

Entretanto, a pretensão da ação popular se encontra adstrita a anular atos lesivos e não a pleitear indenizações, como se quer agora.

O Promotor de Justiça Eurico Ferraresi¹⁵ traz os seguintes argumentos contrários ao instituto: a) a possibilidade de utilização desse

14 Versão de janeiro de 2007.

15 FERRARESI, *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. op. cit., p.136-143.

instrumento como caráter político, exatamente como a experiência tem demonstrado com a ação popular; b) a possibilidade de um enorme número de demandas sem relevância, uma vez que o cidadão não estaria preparado para utilizar judicialmente tal instrumento; c) a sociedade não estaria esclarecida como a americana para utilizar essa ação, o que demandaria que os órgãos estatais ou “corpos intermediários” respondessem pelas demandas coletivas.

Por outro lado, o Promotor contra-argumenta as críticas afirmando não importar a motivação que leve alguém a propor a demanda judicial. Ademais, que qualquer ato humano pressupõe uma atitude política. Também não convence ao membro do *parquet* o argumento de que o brasileiro não estaria apto a utilizar o instrumento, já que o problema se concentraria mais no controle da legitimidade. Por fim, acredita que não justifica a alegação de que seja desnecessária a atribuição de legitimidade da ação coletiva só porque o indivíduo já a possui na ação popular, posto que a jurisprudência tem tolhido a iniciativa popular, sob o fundamento de que, no mais das vezes, a pretensão levada em juízo só poderia ser conduzida por ação civil pública, o que, com o novo instituto, acabaria de vez essa discussão.

Ao final, conclui ser positiva a nova previsão da legitimação da pessoa física para a demanda na defesa de interesses coletivos, porquanto a exigência atual de que somente as associações teriam este poder é contra o princípio constitucional de que *ninguém será compelido a associar-se ou permanecer associado* (art. 5º, XX, da CF/88).

Este tópico, entretanto, foi o causador de uma das maiores polêmicas nas discussões sobre o Anteprojeto e acabou sendo retirado no Projeto de Lei nº 5.139/09, sob o argumento de que tal inovação seria avançada demais para o atual estágio do nosso sistema Judiciário brasileiro.

3.2 DA AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ

Em nosso sistema processual atual, especialmente voltado à defesa dos interesses individuais e de cunho patrimonial, o juiz assumiu um papel passivo, dentro da rígida separação dos poderes, reduzido a julgar a causa a partir do que tenha sido apresentado pelas partes.

Esta rigidez das funções do magistrado se relaciona diretamente com o formalismo do sistema processual, que vem sendo flexibilizado, especialmente, a partir da nova sistemática apresentada pelas ações coletivas. Já no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o juiz deixa, explicitamente, seu papel de mero julgador imparcial para

assumir uma postura de protetor do bem jurídico coletivo, tornando-se um gerenciador da demanda em busca da efetividade da tutela jurisdicional¹⁶, como já acontece na *class action* norte americana.

Sob esse prisma, as principais mudanças trazidas pelo Anteprojeto concentram-se, principalmente, no controle da legitimação da pessoa física, por meio da avaliação da representatividade adequada; na condução do procedimento, adequando-se as fases e atos processuais às especificidades do conflito; na certificação da ação coletiva (*certification*); na instrução do processo, seja distribuindo a responsabilidade pela produção das provas quanto determinando de ofício a produção destas; e na formação de sua convicção, submetendo a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas.

Quanto ao controle da legitimação da pessoa física e a representatividade adequada, o tema já foi abordado no item anterior.

No que tange à condução do procedimento, veja que na linha do Anteprojeto, o Projeto de Lei nº 5.139/09 prevê que, “até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa” (art. 10, § 1º).

Já na audiência preliminar, o juiz tentará a conciliação e, caso não obtida, decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva (uma espécie de *certification* da *class action* americana), podendo separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo (art.20, I e II).

Após a fixação dos pontos controvertidos, será determinada a produção de provas, a partir da distribuição da responsabilidade de cada um, levando-se em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas ou a facilidade em sua demonstração. Ou ainda, segundo os critérios ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas, podendo o critério desta distribuição ser revisto a qualquer tempo (art. 20, IV, V e VI).

Neste momento, também será esclarecida a distribuição do ônus da prova e, caso o magistrado entenda necessário, poderá determinar de ofício a produção de alguma prova específica (art. 20, VII e VIII).

A qualquer tempo e para fins de formação de sua convicção, o juiz ou mesmo o Tribunal têm a faculdade de submeter a questão controversa

16 Vide Paulo Henrique dos Santos Lucon e Daniela Monteiro Gabbay. *Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz*. Op. cit. p.79-95.

a audiências públicas, com vistas a ouvir especialistas e a sociedade (art.22), uma vez que o que se pretende é a efetividade da tutela do bem jurídico coletivo.

Por fim, interessante ver que a partir do que pensado no Anteprojeto e também no Projeto de Lei, não mais há uma demanda estabilizada até o momento da prolação da sentença, podendo o juiz permitir a *alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu* (art. 16). Independentemente de pedido do autor, o magistrado ainda tem o poder de antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, a partir da relevância do fundamento da demanda e verificado justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 17).

3.3 DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Em que pese não acolhido pelo Projeto de Lei nº 5.139/09, o Anteprojeto prevê a divisão da ação coletiva em ativa e passiva, trazendo a possibilidade de que a demanda seja dirigida a um grupo, categoria ou classe, nos moldes da *class action* americana (*defendant class action*).

Independentemente da existência de legislação expressa neste sentido, parece que o Poder Judiciário já vinha acolhendo a tese da *defendant class action* a exemplo da admissão do Movimento dos Sem Terra - MST como parte legítima para figurar no pólo passivo, bem como as torcidas organizadas paulistas, entidades condenadas em ações ajuizadas pelo Ministério Público paulista¹⁷.

Para a admissibilidade da ação coletiva passiva, o Anteprojeto trouxe como requisito fundamental a representatividade adequada, além do revestimento do interesse social.

O principal problema, entretanto, reside na extensão dos limites da coisa julgada material, especialmente o aproveitamento do julgado a quem não foi parte. José Marcelo Menezes Vigliar¹⁸ defende a tese de

17 Como bem observou Rafael Caselli Pereira que trouxe os seguintes julgados com relação a admissão do MST como parte legítima para figurar no pólo passivo: Apelação Cível nº 70025682154, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, julgado em 11.12.2008, Agravo de Instrumento nº 70005527601, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, julgado em 11.02.2003, Agravo de Instrumento nº 70.000.186.833, 4ª Câmara Cível, relator Desembargador Araken de Assis, julgado em 29.12.1999. A tutela coletiva passiva do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro*. Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan. mar. 2011.

18 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos*. Op. cit. p.309-320.

que, havendo uma representação adequada, deveria ocorrer a extensão da coisa julgada a todos os integrantes da coletividade considerada.

A versão do Anteprojeto de janeiro de 2007 previu, em seu art. 39, que a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, ressaltando a aplicação inversa do art. 12 quanto aos interesses transindividuais.

Segundo explica Diogo Campos Medina Maia¹⁹, se na ação coletiva ativa qualquer legitimado poderá intentar a mesma ação em caso de improcedência do pedido por falta de prova, então, na ação coletiva passiva, “*se o pedido for julgado procedente, não pela prova produzida, mas pela aplicação da teoria do ônus da prova, a ação pode ser renovada, valendo-se de nova prova*”. Isto significa que a coisa julgada só será formada se o ônus da prova for integralmente suportado pelo autor.

Chama atenção ainda que, nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 12, é possível afastar a coisa julgada das sentenças procedentes ou improcedentes, fundada nas provas dos autos, se ajuizada a mesma ação, no prazo de dois anos da descoberta de prova que seja capaz, por si só, de mudar o resultado do julgamento, desde que não tenha sido possível sua produção no primeiro processo.

Por fim, na minuta do Anteprojeto encontra-se vedada a inclusão do Ministério Público e dos órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa como representantes adequados da coletividade, ressaltadas as entidades sindicais (parágrafo único do art.38).

4 CONCLUSÃO

Embora o Projeto de Lei nº 5.139/09, que atualmente tramita no Congresso Nacional e que disciplinará o novo regramento das ações civis públicas para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não tenha acolhido grande parte dos avanços trazidos pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, a reforma do sistema processual coletivo brasileiro já se fazia urgente.

Atualmente a tutela dos direitos coletivos encontra-se em diversas leis esparsas, dentre as quais, a Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A inspiração para as ações coletivas vem, especialmente, da *class action* americana, com adaptações feitas para nosso sistema da *civil law*. Entretanto, como demonstrado pelo teor do Anteprojeto de

19 MAIA, Diogo Campos Medina. *A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente*. Op. cit. p.321-343.

Código Brasileiro de Processos Coletivos, novamente nos voltamos ao sistema americano para tentar solucionar as dificuldades e lacunas do nosso sistema processual. Como observado por José Marcelo Menezes Vigliar, “as distâncias entre as práticas processuais de famílias jurídicas distintas (*common law vs. Civil law*) não são tão “abismais” como se imagina, a ponto de não nos socorrermos daquela realidade (mais uma vez) para o nosso próprio processo de aperfeiçoamento²⁰.”

A ampliação dos poderes do magistrado na condução do processo coletivo (que permanece no Projeto de Lei nº 5.139/09) é de suma importância em busca da real efetividade do direito coletivo. Neste processo, o magistrado deve deixar de lado a rigidez das suas funções para perseguir, de qualquer forma, uma decisão mais justa. O princípio da imparcialidade deixa de ser absoluto em prol da proteção do bem jurídico coletivo, posto ser de natureza social e indisponível.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos também traz novos instrumentos considerados avançados demais para o nosso atual sistema Judiciário, como a legitimidade da pessoa física para propor ações em defesa dos interesses ou direitos difusos. Venceu os argumentos contrários no sentido de que o instituto acarretaria um “inchaço” do Poder Judiciário, a partir de um significativo aumento do número de demandas, sendo muitas delas utilizadas com caráter meramente político.

Por fim, a ação coletiva passiva, também de inspiração da *class action*, foi ao final rechaçada, perdendo-se a oportunidade de regulamentação acerca do tema, transferindo-se, mais uma vez, a responsabilidade da definição da questão para a jurisprudência.

REFERÊNCIAS:

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, ano 21, abril-junho, 1996.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁰ VIGLIAR, op. cit. p.311.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damage à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, ano 26, jan./mar. 2001.

HIGA, Flávio da Costa. Breves Apontamentos sobre as Class Actions for Damages. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXII, nº 264, junho, 2011.

PEREIRA, Rafael Caselli. A tutela coletiva passiva do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro*. Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011.

PEREIRA, Renato Bretz. *ClassAction*. De jure. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 9, jul./dez. 2007.

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

*STARE DECISIS: LIMITES E INFLUÊNCIAS
NO MODELO BRASILEIRO DA SÚMULA
VINCULANTE*

*STARE DECISIS: LIMITS AND INFLUENCES IN THE BRAZILIAN
MODEL BINDING PRECEDENT*

*Neila Marcia de Moura Chagas Simeão
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Doutrina do *Stare Decisis*: definição e hipóteses de aplicação; 2 Fundamentos que justificam o *stare decisis*; 3 A rigidez na doutrina do precedente e hipóteses em que ele pode deixar de ser aplicado; 4 *Stare Decisis*, súmulas vinculantes do supremo tribunal federal e breve esboço sobre as súmulas da Advocacia-Geral da União; 5 Súmulas vinculantes, neoconstitucionalismo e poder judiciário como poder político baseado na jurisprudência; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo traça paralelos entre o modelo jurisdicional estadunidense, embasado no *stare decisis*, e as recentes mudanças na jurisdição constitucional brasileira, em especial a Súmula Vinculante. Para tanto, traz um retrato descritivo do *stare decisis*, segundo a perspectiva doutrinária brasileira e estadunidense, e da Súmula Vinculante, a partir de seu embasamento constitucional. Debate, ainda, as principais características dos institutos, comparando-os. Ressalta a inserção do *stare decisis* no sistema Common Law e os potenciais desafios e limitações da reprodução deste modelo no sistema brasileiro, de tradição civilista. Discute a Súmula Vinculante sob a ótica do neoconstitucionalismo e, ao final, reconhece a relevância do instituto, sem descuidar de suas limitações discutidas ao longo do texto.

PALAVRAS-CHAVE: Stare decisis. Súmula Vinculante. Jurisdição Constitucional. Neoconstitucionalismo. Legitimidade.

ABSTRACT: In this paper, it is argued that the American jurisdictional system, based on *stare decisis*, has influenced the recent changes in Brazilian constitutional jurisdiction, especially through the rise of “Súmula Vinculante” model (Binding Precedent). The paper brings the framework of the *stare decisis* model from the perspective of U.S. and Brazilian legal investigators. It also evaluates Brazilian Binding Precedent, from its constitutional foundations. The paper discusses the main features of the institutes, comparing them. It emphasizes the integration of *stare decisis* in common law system and the potential challenges and limitations of the reproduction of this model in the Brazilian Civil Law system. The paper also analyses Binding Precedent from the perspective of neoconstitutionalism and finally recognizes the importance of the institute, without neglecting its legitimacy limitations discussed throughout the text.

KEYWORDS: Stare decisis. Binding Precedent. Constitutional Jurisdiction. Neoconstitutionalism. Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Os escritos ora desenvolvidos voltam-se à sintética explanação e ao breve exame da doutrina do *stare decisis* comungada à apreciação, em contornos ligeiros, da súmula vinculante existente no Direito brasileiro, realçando-se as implicações daquele instituto nesta inovação incorporada à Constituição da República por intermédio da Emenda Constitucional nº 45.

Stare decisis são instrumentos cujo nascedouro repousa no sistema *Common Law* e extraem seu significado do brocardo “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido”.

No Direito Norte americano, tal instituto representa o poder da Suprema Corte de garantir aos jurisdicionados que a interpretação de casos controvertidos e recorrentes seja equânime e segura, em todos os seus reflexos.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45 propiciou ao ordenamento jurídico brasileiro novo instrumento hábil a ser utilizado, a partir de então, de forma obrigatória, pelos julgadores de todo o território nacional. Denominou-se, assim, a referida “descoberta” de súmula de efeitos vinculantes, que implicam a existência de posições jurisprudenciais sumuladas e revestidas de força capaz de vincular os juízes ao emitir suas decisões.

A inspiração no direito alienígena é inegável, precipuamente nos países que, por adotarem um regime de direto costumeiro, utilizam-se dos precedentes como sustentáculos para ofertar soluções aos casos postos sob a jurisdição estatal.

Assim, nos países que seguem o sistema do *Common Law*, em virtude da exiguidade de leis escritas, as decisões judiciais firmadas ao longo do tempo possuem imprescindível relevância em todo o arcabouço jurídico, pois se perfazem em diretrizes a serem observadas nos julgamentos vindouros.

Tal modelo inspira, no entanto, certos cuidados quando se pretender seu uso irrestrito em ordenamentos adeptos do *Civil Law*. Esta e outras considerações serão abordadas no presente trabalho.

1 A DOCTRINA DO STARE DECISIS: DEFINIÇÃO E HPÓTESES DE APLICAÇÃO

Também denominado de doutrina do precedente e vivenciado nas jurisdições do *Common Law*, o *stare decisis* implica a ideia de que uma decisão de uma dada Corte torna-se de obrigatória observância a todas

as instâncias inferiores, em sua esfera de atuação. Em síntese, ter-se-ia, por exemplo, que uma decisão do Tribunal (*Court of Appeals*) do Estado da Califórnia vincularia as instâncias inferiores daquele mesmo Estado, não surtindo efeito obrigatório, porém, sobre nenhum juízo inferior ou tribunal de apelação do Estado da Pensilvânia. Representaria assim, no máximo, uma menção jurisprudencial em processos em curso em outra unidade da federação americana, sem se dotar, no entanto de caráter vinculante.

Ainda sobre as nuances iniciais da *stare decisis*, imperioso observar que apenas uma decisão isolada pode revestir-se de efeito vinculante quanto às instâncias inferiores e não se constitui em simples fruto de uma uniformização de decisões conflitantes acerca de uma mesma temática. Não raras vezes, trata-se de avanços conceituais e evolução no entendimento de determinada matéria a partir de estudos ou novas visões do judiciário a respeito do tema a ser decidido.

Feita a explanação propedêutica do instituto em estudo, mostra-se importante agora traçarmos breve apanhado sobre o sistema judiciário americano, em seus âmbitos federal e estadual, para que vislumbremos a importância da doutrina do precedente e a forma como sua utilização se proporciona.

Em um primeiro momento, na denominada Federal Jurisdiction (Jurisdição Federal), verifica-se a presença da U.S. Supreme Court (Suprema Corte dos Estados Unidos), que se posiciona no ápice da estrutura organizacional federal. No intermédio da referida estrutura, acham-se as Courts of Appeals e, por fim, em sua base, encontram-se as Federal District Courts. Sobre o assunto, transcreve-se explicação elucidativa¹:

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 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

1 JARDIM-ROCHA, José. *Supremacia da Constituição ou Supremacia do "defensor" da Constituição?* O *stare decisis* e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/supremacia-da-constituicao-c3a7c3a3o-ou-supremacia-do-defensor-da-constituicao-c3a7c3a3o-o-stare-decisio-e-o-ef>>

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.

Por seu turno, a State Jurisdiction (Jurisdição Estadual) compreende a State Supreme Court (tribunal de última instância), as State Courts of Appeals (tribunais de apelação intermediária) e as State Trial Courts (juízos singulares). Além disso, conta-se com a legislação estadual e códigos administrativos, leis locais restritas aos limites dos condados e das cidades, e, por fim, agências regionais especializadas.

Vistas as linhas gerais delineadoras do sistema judiciário americano, retornamos agora à definição inicialmente trazida à baila quanto ao *stare decisis*. Nesta senda, há de se pontuar que, como bem ressaltado por Lúcio Bittencourt², o “*Stare decisis* não significa, propriamente, que os tribunais inferiores devem obediência à decisão. Quer dizer, sim, que o próprio tribunal ou juiz, deve orientar-se pela interpretação dada à lei em casos iguais, seguindo os precedentes e mantendo a doutrina dos julgados anteriores. É, em última análise, o respeito do tribunal pelas suas decisões anteriores, criando-se destarte jurisprudência uniforme”.

Desta forma, fala-se em eficácias horizontal e vertical do *stare decisis*. No que pertine à primeira delas, tem-se que os decisórios de uma dada Corte possuem efeito vinculante em relação a todos os demais pronunciamentos desta mesma Corte que, ao examinar uma matéria sobre a qual já exista precedente firmado, deverá se orientar por este precedente. Isto não significa, entretanto, a imutabilidade eterna das decisões, eis que novos contextos econômicos e sociais podem ser aptos a promover mudanças de exegeses e revisão de ideias antes estabelecidas.

De outro giro, a eficácia vertical pressupõe a observância que os tribunais de hierarquia inferior devem às decisões prolatadas pelos

² BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 143

tribunais de hierarquia superior que se encontrem, porém, situados dentro da mesma jurisdição. Neste passo e, ilustrativamente, o pronunciamento emanado do Décimo Circuit Court of Appeals, cuja jurisdição abrange os Estados do Colorado, Kansas, New Mexico, Oklahoma, Utah e Wyoming, não se reveste de obrigatoriedade (mandatory authority) nos casos de mesma estirpe decididos no âmbito do Nono Circuit, que inclui os Estados do Alaska, Arizona, Califórnia, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, e Washington.

Impende registrar, ainda, que o pronunciamento precedente proferido pela U.S. Supreme Court, em regra, tem poder vinculante em todo o território americano. Todavia, a Suprema Corte Estadual poderá afastar-se dele quando tiver por objeto assunto referente a um diploma normativo estadual. Nestas hipóteses, tanto a U.S. Supreme Court quanto as demais Cortes Federais estarão vinculadas aos precedentes da Corte Estadual cujo objeto for uma lei estadual.

Ressalta-se, por oportuno, que a doutrina do precedente tem também como regra a premissa de que somente possuem força vinculante as parcelas do julgado que se relacionem diretamente com o que restou decidido, que tenham contribuído de forma inequívoca para a consecução do *decisum*. Assim, embora proferidos por Cortes hierarquicamente superiores, de um mesmo sistema, os julgados somente devem ser obrigatoriamente seguidos naquilo que disser respeito ao seu objeto decisório, vale dizer, às suas razões de decidir. Da mesma forma pontua William Baynard Meissner³:

[...] no sistema do *Common Law*, uma decisão, ou uma declaração, feita por um tribunal em um determinado caso não tem efeito vinculante se não versar sobre uma questão levantada e litigada pelas partes. Declarações dessa natureza, chamadas de *obter dictum*, ou apenas *dicta*, não têm nenhum efeito vinculativo.

2 FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM O STARE DECISIS

Muitas são as razões a servirem de sustentáculo à manutenção da doutrina do precedente. Podem ser citadas, para tanto, a promoção da estabilidade nas decisões judiciais, a proteção a interesses dependentes, a restrição a decisões conflitantes, bem como a economia processual e de custos para as partes, por intermédio da utilização de precedentes de seguimento obrigatório.

3 MEISSNER, William Baynard. *Sumula Vinculante: um olhar comparativo com o Stare Decisis*. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/Sumula-vinculante-um-olhar-comparativo-com-o-stare-decisis.asp>>

Da lição de Chamberlain⁴, colhe-se que:

O fundamento classicamente invocado para justificar o *stare decisis* é o mesmo que está na base da garantia constitucional da *Equal Protection Clause*, ou seja, situações fático-jurídicas iguais devem ser decididas do mesmo modo, a que se juntam considerações acerca da necessidade de se proteger as expectativas patrimoniais e preservar a segurança jurídica, já que somente com a certeza de que as nossas condutas serão julgadas pelos mesmos padrões adotados nos precedentes — e, assim, por nós conhecidos — poderemos programar as nossas vidas.

Assim, conferir tratamento equânime àqueles que se encontram em situações de fato e de direito idênticas nada mais é do que promover a prestação jurisdicional dotada de verdadeira justiça. Neste sentido⁵:

[...] a doutrina de *stare decisis* exige, necessariamente, votos, ou acórdãos (*opinions*), longos, detalhados e bem explicados, tanto para permitir que o cidadão possa entender os motivos de uma decisão específica quanto para abrir a possibilidade de o cidadão discordar de que seu caso seja igual — ou seja, para permitir a um litigante a possibilidade de distinguir seu caso do caso que seria o precedente vinculante.

Por outro prisma, outro fator a embasar a utilização da doutrina ora tratada é a economia concernente a uma maior celeridade processual, bem como ao custo a ser despendido pelas partes que buscam o judiciário. O uso do precedente vinculante implica a impossibilidade até mesmo de os juízos de primeiro grau decidirem, em regra, com discrepância do que restou assentado em tal precedente. Veja-se, a propósito⁶:

Nos sistemas de direito baseados no *Common Law*, a doutrina de *stare decisis* aplica-se a todas as instâncias do Poder Judiciário. Uma vara (*trial court*), é claro, não estabelece precedente para outra vara ou tribunal (*court of appeals* ou *supreme courts*). Entretanto, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, um juízo de primeira instância não pode decidir uma matéria de forma diversa de uma decisão sua anterior a não ser que o faça com fortes motivos e um forte arazoado explicando por que

4 Apud GARCIA, Enrique Alonso. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 166

5 MEISSNER, op. cit.

6 Ibidem.

resolveu mudar de ideia (overrule). E uma decisão de qualquer tribunal obriga a todas as instâncias inferiores, determinando a sua aplicação e que seja seguida em todas as matérias semelhantes que venham a julgar. (grifo nosso)

Nesta senda, a previsibilidade configura-se em elemento de segurança ao jurisdicionado, pois, buscando a tutela jurisdicional com alicerce no precedente, ele sabe que, se reunir elementos factuais e jurídicos que identifiquem sua hipótese com o que já fora decidido outrora, o resultado do seu processo será similar ao do precedente.

A doutrina do *stare decisis* promove, assim, a continuidade do sistema jurídico em vigor e permite previsibilidade nas decisões. Disto resulta que quando um magistrado intentar reconsiderar uma querela diversamente do estabelecido no precedente, ou, ainda, quando almejar revogá-lo terá sempre a incumbência de demonstrar a importância da grande mudança que deseja ultimar.

Intimamente conectado à garantia de previsibilidade das decisões prolatadas com alicerce no precedente está o respeito a tais decisões. Com efeito, o julgador há de pautar sua atuação por exegeses coesas e pela elaboração de teses jurídicas que contribuam para construir e estabelecer o Poder a que servem. Assim, o respeito aos decisórios pretéritos acarretará uma jurisprudência sólida, não sujeita às intempéries da dúvida e, portanto, garantidora de maior segurança jurídica aos que buscam a tutela do Judiciário.

3 A RIGIDEZ NA DOCTRINA DO PRECEDENTE E HIPÓTESES EM QUE ELE PODE DEIXAR DE SER APLICADO

A ideia que norteia o seguimento e observância do *stare decisis* tem como um dos pontos de apoio a rigidez do sistema jurídico em que o precedente se encontra. No *Common Law*, em especial, confere-se forte ênfase à rigidez e à certeza das normas emanadas dos precedentes judiciais, eis que referido sistema não se serve da segurança advinda das codificações existentes nos países regidos pelo *Civil Law*.

Contudo, nos Estados Unidos, tal rigidez tem sofrido mitigações, uma vez que os tribunais americanos têm conferido certa maleabilidade à doutrina em foco, como consectário lógico da necessidade de adaptação às mudanças econômico-sociais e ao progresso social.

Ressalta Maira Portes⁷, ao citar Benjamin Cardozo, que “o direito judicial requer a adoção de técnicas jurídicas adaptáveis à sua natureza maleável, de limites menos definidos do que se gostaria, de maneira a permitir sua evolução. Para viabilizar essa adequação do Direito à realidade, Estados Unidos e Inglaterra desenvolveram, ao longo do tempo, critérios para revogação de precedentes, a fim de afastar a força obrigatória daqueles que não mais serviam ao seu propósito inicial de conferir segurança jurídica aos cidadãos e coerência ao ordenamento jurídico, conforme a aplicação do *stare decisis* e a força do precedente em cada um”.

Exemplo dessa evolução de entendimento e consequente afastamento da doutrina do precedente tem-se no conhecido caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Um escrito produzido pela Sociedade Brasileira de Direito Público⁸ evidencia, com proficiência, os fatos pertinentes ao caso em questão. Vejamos:

Plessy era um cidadão norte-americano residente no estado de Louisiana e de descendência mista (1/8 de descendência negra e 7/8 de descendência branca), sem traços de origem negra em sua aparência física. Em 7 de julho de 1892, Plessy comprou um bilhete de primeira classe no trem East Louisiana Railway e sentou-se em um lugar vago dentro do vagão destinado a passageiros brancos. O condutor do trem requisitou que Plessy deixasse o vagão em que tinha tomado assento para dirigir-se ao vagão destinado aos negros, sob pena de ser expulso do trem e preso. Tendo se recusado a obedecer as determinações do condutor, Plessy foi expulso e preso na prisão local, acusado de violar um act da assembléia geral do estado aprovado em 10 de julho de 1890.

Esse act determinava que todas as companhias que transportassem passageiros no estado de Louisiana deviam providenciar acomodações idênticas mas separadas (*equal but separate accommodations*) para brancos e negros. Plessy contestou a constitucionalidade da norma alegando que feria a 13^a e 14^a emendas, as quais respectivamente

7 PORTES, Maira. *Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=60#v2n2art2_ftn1>

8 ROSSILHO, André. *Breve Histórico dos Direitos Civis nos EUA até a decisão Plessy v. Verguson*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/235_Estudo%20dirigido%20Andre%20Rosilho.pdf>

proibiam a escravidão e determinadas restrições a direitos por parte da legislação dos estados.

A Suprema Corte, em uma das decisões mais polêmicas de sua história, decidiu pela constitucionalidade do act, institucionalizando a doutrina do *separate but equal*, gerando com isso um precedente.

A segregação racial institucionalizada somente seria revista muito tempo depois (1954) em *Brown v. Board of Education of Topeka*, um dos casos mais emblemáticos da história constitucional dos EUA. A Suprema corte Americana decidiu ouvir sob o título de *Brown v. Board of Education* outros quatro casos (*Briggs v. Elliot*, *Davis v. Prince Edward County School Board*, *Belton v. Gebhart*, and *Bolling v. Sharpe*) vindos dos estados do Kansas, Carolina do Sul, Virginia, Delaware e do distrito de Columbia. Apesar de se fundarem em elementos diferentes, possuíam em comum o fato de menores de idade da raça negra pedirem auxílio das cortes para obterem admissão em escolas públicas de suas comunidades em um sistema não segregado.

Decidiu-se nesta ocasião que no campo da educação pública a doutrina do *separate but equal* não teria espaço. A segregação com base no critério racial em escolas públicas negaria aos negros o direito à igualdade protegido pela 14^a emenda da constituição dos EUA. A Suprema Corte considerou que o ensino segregado seria fatalmente desigual, por mais que as escolas para negros e para brancos dispusessem das mesmas condições materiais. A partir de *Brown*, iniciou-se um processo gradual de integração dos negros à sociedade.

Desta forma, não pode a utilização do *stare decisis* conduzir o julgador a furtrar-se à análise pormenorizada de cada caso. Ao revés, devem os magistrados e as Cortes averiguar se existem razões a justificar a aplicação e manutenção daquilo que tiver sido considerado como precedente vinculante, ou se o caso reclama novel interpretação que resulte em decisão mais justa e adequada à resolução do conflito posto.

Antes de adentrarmos o exame dos meios pelos quais se pode revogar um dado precedente, necessário se faz ressaltar que, diversamente do sistema *Civil Law*, no *Common Law* a coerência do ordenamento jurídico não se subsume apenas à inexistência de conflitos entre as normas e, ainda, entre estas e a Constituição. Precisa-se, em tal sistema, das decisões prolatadas pelas Cortes, bem como da sintonia entre os julgados pretéritos e os vindouros e, ainda, da afinidade entre

as decisões oriundas da Corte Suprema e dos Sodalícios que lhe sejam subordinados.

Para entendermos, com precisa clareza, quais os limites da desconsideração do precedente, por ocasião de um julgamento a ser enfrentado, relevante esclarecer em que partes ele encontra-se dividido.

Neste diapasão, tem-se, em um primeiro momento, que *holding* implica⁹:

a norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária para solução do caso.

Por seu turno, o *holding* seria composto por duas partes, isto é¹⁰,

“a ratio decidendi e a obiter dicta, as quais constituem, respectivamente, a razão principal do julgamento e os argumentos externos ao fundamento principal, sendo que apenas o fundamento da ratio decidendi vincula os julgamentos posteriores.

[...]

Existem diversas controvérsias a respeito da delimitação e identificação das duas partes do julgado, geralmente voltadas ao poder do juiz prolator da decisão em determinar, de maneira arbitrária ou não, o fundamento vinculante; ou do juiz que está na situação de aplicar um precedente em determinar, ele mesmo, qual o fundamento vinculará seu julgamento, e quais serão tratados como periféricos (*obter dicta*).

A separação do argumento principal (*ratio*) dos argumentos periféricos (*dicta*) constitui questão de relativa complexidade, uma vez que é intrínseca à subjetividade do juiz, não importando em qual posição diante da aplicação do precedente este se encontre.

Em posicionamento extremista, os seguidores da corrente realista, encabeçada por juristas norte americanos como o juiz Jerome Frank, entendem que não existe tal distinção, sendo uma discricionariedade

9 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, p. 180, jul. set. 2005.

10 PORTES, Maira. *Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=60#v2n2art2_ftn1>.

do juiz destinatário delimitar qual, dentre os fundamentos utilizados no precedente, lhe serve como melhor *ratio* para embasar sua decisão.

Assim sendo, abre-se a possibilidade de afastamento do *stare decisis* por intermédio do *distinguishing* que se pode definir, em apertada síntese, como a viabilidade conferida aos tribunais de, fudamentadamente, deixarem de utilizar o precedente em um novo caso, consideradas as suas circunstâncias especiais, e *overruling* que seria, em linhas sucintas, o estabelecimento de nova exegese capaz de suplantar interpretação jurisprudencial outrora praticada.

Na percuciente lição de Leonardo Greco¹¹ :

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 com um caso diverso do anterior (distinguishing), o que, evidentemente, exige um confronto minucioso de circunstâncias que somente o julgado na íntegra possibilita, e não um lacônico enunciado abstrato.* Essa cuidadosa comparação é favorecida pelo método analítico de fundamentação das decisões. Também não se aplica o precedente desgastado pelo tempo ou aquele cuja incidência provocaria uma decisão manifestamente injusta.

Isso serve para mostrar que a eficácia prospectiva (vinculante ou persuasiva) da jurisprudência não se estratifica em uma regra absoluta e estática. De um lado, ela nunca se desprende dos casos concretos que a originaram, sendo justamente as circunstâncias que os caracterizam como relevantes que servem para identificar os casos confrontados. Por isso, a pesquisa jurisprudencial deve sempre ir em busca de um caso exatamente sobre o mesmo ponto, para daí extrair a aplicação da mesma solução jurídica. Para esse fim, não basta a invocação de uma súmula formulada através de um enunciado genérico, sendo necessário comparar os casos concretos, porque somente diante de situações fáticas basicamente idênticas é que se pode aplicar a mesma regra jurídica.

11 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>

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.

Na linha de raciocínio ora seguida, depois de se perquirir as similitudes entre o precedente e o caso concreto, o julgador pode vir a se deparar com duas situações, ou seja, o *analogizing* ou o *distinguishing*.

Dar-se-á a primeira hipótese quando o órgão julgador convencer-se da presença de circunstâncias fáticas e jurídicas semelhantes tanto no caso pretérito quanto no mais moderno. Em termos práticos, o juízo aplicará analogicamente o *holding* do precedente ao caso concreto em exame para chegar à solução que se mostre correta à espécie.

Por outro lado, não identificadas no novel caso conformidades entre as teses jurídicas e fatos componentes do primeiro e do último casos, o uso do precedente poderá restar prejudicado, total ou parcialmente. Estes são, pois, em ligeiras palavras, os contornos do *distinguishing*.

Nos dizeres da doutrina¹²,

trata-se da aplicação limitada de um precedente, a qual se dá de acordo com a convergência dos fatos materialmente relevantes, e em função de determinadas hipóteses, tais como: i) conflito com normas derivadas de outros precedentes; ii) existência de regra vinculante baseada em claro e inadvertido erro; iii) reconhecimento de situações em que a corte prolatora claramente não queria abranger quando fixou a regra; iv) constatação de existência no caso a ser decidido, de peculiaridades fáticas que justificam o tratamento diferenciado.

Mostra-se, desta forma, salutar a recorrência ao *distinguishing* a fim de se promover o contínuo aperfeiçoamento do direito, criando-se novas regras para novas situações. Com ele, consoante já se mencionou nas linhas anteriores, permite-se ao julgador distanciar-se do precedente quando verificadas hibridezes relevantes entre o *leading case* e a hipótese examinada.

No que concerne ao *overruling*, outra das técnicas pelas quais se faz viável não utilizar um precedente, como já se pontuou, por intermédio de tal técnica, abre-se a possibilidade ao juiz de superar o entendimento jurisprudencial outrora firmado e substituí-lo por uma nova leitura.

12 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. *Apud* Portes, op. cit.

Servimo-nos da lição de Melvin Eisenberg¹³ para explicar as premissas do *overruling*. Vejamos:

The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle.

Vale dizer, por intermédio do *overruling* dá-se a revogação total de um precedente. Neste passo, o julgador, ao se deparar com a querela atual, fornecerá os motivos para não acompanhar o precedente, e, por conseguinte, apresentará nova solução jurídica para idêntica situação. Diz-se, assim, ser este o maior grau de revogação, pois confere certos e limitados poderes legislativos ao julgador, arrimados na doutrina e na legislação em vigor.

Pelo prisma da vinculação de um tribunal aos seus próprios precedentes, há de se observar que tal vinculação não se faz de maneira imutável, podendo haver o *overruling* de precedentes obsoletos ou calcados em bases frágeis, que não guardem mais sintonia com a exegese emanada de outros tribunais ou com o próprio aperfeiçoamento do direito e com as mudanças sociais.

Diversamente, porém, da prática do *distinguishing*, o *overruling* não faz parte da atividade rotineira dos julgadores dos sistemas que adotam o *Common Law*. Os tribunais raramente revogam seus precedentes, preferindo, ao revés, servir-se do *distinguishing* para prolatar decisões distintas, ao comungar fatos dos casos pretérito e presente para alcançar nova solução.

Referenciada “opção” ultima-se para se preservar a segurança jurídica, que não se pode achar solapada por constantes revogações de precedentes solidamente fincados em um sistema jurídico. Isto porque modificações frequentes na interpretação de casos geram inexorável incerteza aos jurisdicionados e efeitos negativos de elevada monta, mormente no que tange a direitos como o de propriedade.

Há de se objetivar, diante deste aparente impasse, uma convivência pacífica entre valores como a previsibilidade do direito que, como

13 EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. p. 105.

consectário lógico, também se acha ligado à segurança jurídica, e a inegável necessidade de progresso do Direito na proteção de reclamos de uma sociedade em crescente progresso.

Um tribunal pode rever um posicionamento anterior de sua própria lavra, desde que mobilizado por alguns aspectos relevantes.

Com efeito, pode um determinado tribunal de hierarquia inferior passar a não observar o precedente outrora fixado por um sodalício que lhe é superior, por entender que tal precedente, por exemplo, não mais atende aos anseios da sociedade hodierna. A parte então vencida, se apelar ao tribunal superior, proporcionará a este a oportunidade de enfrentar as razões da irresignação recursal e da decisão recorrida, inteirando-se, assim, dos novos alicerces utilizados pelo tribunal hierarquicamente inferior para justificar a dispensa do precedente. Em optando por manter intacto o precedente, a Corte superior reformará a decisão recorrida. Por outro lado, se reputar válidas e convincentes as razões que embasaram o decisório do juízo *a quo*, manterá tal *decisum*, revisará seu precedente e possivelmente o suplantará.

4 STARE DECISIS, SÚMULAS VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E BREVE ESCORÇO SOBRE AS SÚMULAS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

O Brasil, na estruturação da sua engenharia constitucional, mesclou características relacionadas a dois sistemas ocidentais historicamente precedentes: o constitucionalismo material norte-americano, baseado em texto sintético que mantém a liberdade individual e a unidade do Estado, e o constitucionalismo europeu, marcado pela preservação de um texto prolixo de cunho social a partir da hierarquização dos ordenamentos estatais. Esse último modelo ajusta-se perfeitamente a Estados unitários, onde existe divisão vertical de poder.

Já na metodologia norte-americana, que remonta à defesa do Estado federal capitaneada por John Jay, Alexander Hamilton e James Madison, objetivou-se, entre outras coisas, manter a plena autonomia de entes descentralizados multiculturais, condição imposta pelas colônias que lutaram contra a Inglaterra para que aceitassem ficar sob a coordenação de um ente central.

Encontra-se aí a razão última para a adoção do sistema de decisões vinculantes dos Estados Unidos da América (*Stare Decisis*). É que num Estado federal simétrico, formado das bordas para o centro, fazia-se necessário, ao mesmo tempo, manter a função legislativa estadual incólume da ingerência abstrata de um órgão de controle da União – a

Suprema Corte – e ao mesmo tempo evitar-se que decisões judiciais distintas, em entes descentralizados distintos e superautônomos, pusessem em cheque a premissa constitucional do tratamento isonômico dos cidadãos.

Por essa razão é que o direito estadual, nos Estados Unidos da América, só pode ser controlado, frente à Constituição Federal, por meio da provocação de incidente processual pelas partes, de modo a impedir que o juiz decida o mérito da demanda sem que se manifeste, preliminarmente, a respeito da conformação vertical das normas que servem de fundamentação jurídica aos pedidos deduzidos por autor e réu. Em todo caso, a decisão que daí deriva só valerá para as partes do processo.

Essa fórmula, apesar de preservar os ordenamentos jurídicos estaduais de uma nulificação *erga omnes*, não impede o conflito decisório no âmbito interno dos entes descentralizados, ou em âmbito interestadual, provocando sensação de insegurança jurídica no seio da sociedade.

Vem daí a necessidade de que um órgão judicante máximo, vinculado ao ente central, seja competente para julgar, pela via recursal, o dissídio jurisprudencial entre as justiças estaduais, firmando uma posição mais segura para o cidadão, que poderá invocar, em processos futuros, a posição dos tribunais superiores e, como *ultima ratio*, a posição unificada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O Brasil fez a adoção parcial do modelo norte-americano, pois apesar de permitir a qualquer juízo, instância ou tribunal a fiscalização incidental de normas, o País não possuía, até bem pouco tempo, qualquer mecanismo que previnisse o tratamento desigual entre jurisdicionados que apresentassem em juízo postulações em tudo idênticas, seja pelo pedido, seja pela causa de pedir.

Repercutiram negativamente no Brasil, por exemplo, as muitas decisões judiciais que ora concendiam, ora não concediam progressão de regime a condenados pela prática dos mesmos delitos hediondos, em circunstâncias muito próximas. Essa situação permaneceu até que o Supremo Tribunal Federal decidisse editar a súmula vinculante nº 26, que permitiu a progressão de regime a qualquer condenado.

Pode-se afirmar, assim, que a introdução das súmulas vinculantes no direito brasileiro, a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal, marca um movimento que, por força da necessidade de tratamento judicial igualitário e uniforme, tem transformado a jurisprudência de fonte material em fonte formal do direito, equiparando as decisões judiciais a leis, ainda que os prolores dessas decisões não tenham passado pelo sufrágio popular.

Exatamente por esse último aspecto é que as súmulas, apesar de vinculantes para o Poder Executivo e Poder Judiciário, não obrigam

o Poder Legislativo, que detém o poder de, no exercício de sua função soberana, editar ato normativo contrário àquele editado pelo Supremo Tribunal Federal.

Colhem-se na doutrina alguns aspectos diferenciadores do instituto do *stare decisis* e das súmulas vinculantes¹⁴:

Por outro lado, a súmula vinculante foi instituída no Brasil recentemente, em 2004, por intermédio de uma Emenda Constitucional e não pela evolução de decisões judiciais. Ou seja, *stare decisis* é uma doutrina que se formou e evoluiu durante séculos por obra do próprio Poder Judiciário; súmula vinculante é o resultado de legislação específica recente.

Segundo, *stare decisis* e precedente judicial são, nos sistemas de direito de *Common Law*, não apenas uma fonte de direito, mas a maior fonte de direito. Lord Mansfield, quando ainda era apenas o Procurador Geral Murray na Inglaterra, em 1744, declarou no caso famoso de *Omychund v. Barker*, que 2:

‘uma lei [ato da legislatura] dificilmente pode considerar todos os casos; conseqüentemente, o *Common Law*, que funciona puramente com base em regras oriundas da fonte da justiça, é, por esse motivo, superior a um ato do Parlamento’.

Foi através da doutrina de *stare decisis* e decisões tomadas durante séculos pelo judiciário na Inglaterra e nos outros países que adotam o *Common Law* que o direito moderno de contratos, de bens (*property*), de atos ilícitos (*torts*) e de *trusts*, por exemplo, foi estabelecido, tomando corpo e evoluindo.

Já a súmula vinculante pode ser que passe a ser utilizada em escala maior, e pode ser que, como resultado, a jurisprudência (*case law*) venha a assumir uma importância cada vez maior como fonte de direito no Brasil. Mas, no momento, não se pode dizer que seja a mais relevante fonte de direito do sistema, como se sustenta no *Common Law*.

Terceiro, em termos teleológicos, os objetivos almejados pela súmula vinculante são principalmente de desafogar o sistema judicial e

¹⁴ MEISSNER, op.cit.

evitar um excesso de decisões conflitantes sobre determinadas matérias, enquanto o objetivo da doutrina de *stare decisis* é deixar claro para o cidadão o que é, realmente, o direito e permitir sua evolução ordenada.

[...] Quarto, pelo menos por enquanto, súmula vinculante é uma prerrogativa apenas do STF no Brasil. Nos sistemas de direito baseados no *Common Law*, a doutrina de *stare decisis* aplica-se a todas as instâncias do Poder Judiciário. Uma vara (*trial court*), é claro, não estabelece precedente para outra vara ou tribunal (*court of appeals* ou *supreme courts*). Entretanto, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, um juízo de primeira instância não pode decidir uma matéria de forma diversa de uma decisão sua anterior a não ser que o faça com fortes motivos e um forte arrazoado explicando por que resolveu mudar de ideia (*overrule*). E uma decisão de qualquer tribunal obriga a todas as instâncias inferiores, determinando a sua aplicação e que seja seguida em todas as matérias semelhantes que venham a julgar.

[...] Quinto, a doutrina de *stare decisis* exige, necessariamente, votos, ou acórdãos (*opinions*), longos, detalhados e bem explicados, tanto para permitir que o cidadão possa entender os motivos de uma decisão específica quanto para abrir a possibilidade de o cidadão discordar de que seu caso seja igual – ou seja, para permitir a um litigante a possibilidade de distinguir seu caso do caso que seria o precedente vinculante. Em compensação, as súmulas vinculantes são declarações curtas e precisas, aplicáveis a um caso nitidamente específico.

As súmulas vinculantes, além de unificarem o tratamento judicial a ser ofertado em uma situação fática específica, têm por propósito reduzir o número de recursos que chegam até o guardião da constitucionalidade no Brasil, pois este órgão, por não possuir a conformação de tribunal constitucional de modelo europeu-kelseniano, acumula competências originárias e recursais.

Ademais, o desrespeito a uma súmula vinculante, por parte de um órgão julgante de primeiro grau, ou mesmo tribunal, pode ocasionar a abertura de processo de responsabilização administrativa do magistrado que manteve posição discordante da exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal não são os únicos pontos de aproximação entre o sistema judicial brasileiro e

o modelo jurisprudencial norte-americano. Na instância administrativa impõe fazer referência às súmulas editadas pelo Ministro-Chefe da Advocacia-Geral da União, que servem de parâmetro para a unificação de procedimentos na Administração Pública Federal do Brasil.

Essas súmulas propõem-se a ofertar solução uniforme para os administrados em determinados temas administrativos e atuam na prevenção da judicialização de questões administrativas pacificadas. Além disso, essas súmulas da AGU em muitos casos antecipam e até mesmo influenciam a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, como aconteceu, por exemplo, com a temática concernente à nulidade ou não de processo administrativo disciplinar por falta de defesa técnica (Súmula Vinculante nº 5, do STF).

5 SÚMULAS VINCULANTES, NEOCONSTITUCIONALISMO E PODER JUDICIÁRIO COMO PODER POLÍTICO BASEADO NA JURISPRUDÊNCIA

Consoante frisado no tópico anterior, a introdução das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro marca um movimento que, alimentado pela necessidade de tratamento judicial igualitário e uniforme, tem elevado a jurisprudência à condição de fonte formal do direito, equiparando as decisões judiciais a leis, ainda que os prolores dessas decisões não tenham passado pelo sufrágio popular.

O progresso alcançado pelo Direito Constitucional, ao longo dos tempos, trouxe consigo a insuficiência das premissas ideológicas que outrora se perfaziam em baldrames do sistema de interpretação tradicional. Novos contornos foram acrescidos, assim, a esse cenário exegético.

Nesta senda, no que concerne ao julgador, verifica-se que já não se faz suficiente ao seu encargo institucional apenas o exercício de seu conhecimento técnico, restrito a aplicar a norma existente à hipótese que lhe é submetida. Muito mais que isto, o julgador investe-se também no papel de autor do processo criativo do Direito, somando esforços às tarefas do legislador, por exemplo, ao preencher eficazmente lacunas existentes em conceitos jurídicos indeterminados, bem como ao efetuar suas próprias escolhas entre várias possibilidades que lhe estão disponíveis para a solução dos conflitos.

Dos ensinamentos de Luis Roberto Barroso¹⁵, extrai-se que:

15 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, Salvador BA, n. 9, - março/maio 2007, ISSN 1981-1888

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Sabe-se que a jurisdição constitucional compreende a interpretação e aplicação da Constituição, bem como a vertente do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Assim é que se pode afirmar que o papel do Judiciário, sempre voltado à preservação da supremacia do texto constitucional, também está afeto à preservação dos princípios regentes do Estado democrático, que lhe garantam adequado funcionamento.

Todavia, conquanto exerça um poder político, o Judiciário, distintamente dos outros Poderes, não é composto por membros eleitos pelo sufrágio popular tampouco por procedimentos majoritários.

Nesta toada, embora se atribua a característica da representatividade a todo poder em um Estado democrático, uma vez que é exercido em nome do povo e para ele, questiona-se sobre a legitimidade da função judicial, enquanto poder normatizador, e seus limites para tal.

Uma das preocupações mais pujantes traduz-se na chamada dificuldade contramajoritária, ou seja, faleceria legitimidade ao Judiciário, em sua atividade criativa, mormente no que tange à prerrogativa de interferir e invalidar os atos emanados de outros Poderes, pois este poder constituído não adviria de um título arrimado na vontade popular.

Recorrendo-se, mais uma vez, ao que leciona Luís Roberto Barroso¹⁶, há de se pontuar, para garantir a dialética do debate ora em foco que:

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. .

O deficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais

Em nosso entender, no que tange ao ativismo judicial e à crescente valorização do Poder Judiciário, em nosso sistema, como poder político, devem ser tomadas com cautela as bases do *Common Law*, eis que temos estruturas estatais e institucionais distintas, que talvez não se encontrem em um grau de maturação apto a permitir que a atividade legislativa, ainda que indiretamente, seja exercida por um poder cujos membros não são ali investidos pela escolha popular.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, discorreu-se sobre a doutrina do precedente ou *stare decisis*, abordando-se seus elementos precípuos, hipóteses de aplicabilidade e de afastamento, bem como a inspiração e semelhanças encontradas entre tal instituto e as súmulas de efeitos vinculantes.

Após referida abordagem, constatou-se haver sintonia entre o *stare decisis* e o Estado Democrático de Direito, uma vez que a doutrina do precedente assegura a manutenção do que restou decidido de forma segura e reiterada e proporciona à sociedade a presunção de que os princípios basilares do precedente fulcram-se no Direito.

O precedente, assim, mostra-se benéfico, mormente nos sistemas regidos pelo *Common Law*, eis que se reveste do atributo da previsibilidade, elemento de segurança ao jurisdicionado. Isto porque, uma vez que invoque a tutela jurisdicional com alicerce no precedente, aquele sabe que, se reunir elementos factuais e jurídicos que identifiquem sua hipótese com o que já fora decidido outrora, o resultado do seu processo será similar ao do precedente.

No mesmo passo, depreende-se que o respeito aos decisórios pretéritos acarretará uma jurisprudência sólida, não sujeita às intempéries da dúvida e, portanto, garantidora de maior segurança jurídica aos que buscam a tutela do Judiciário.

Colimando-se, porém, evitar o engessamento do Direito, há a possibilidade de afastar-se o *stare decisis* por intermédio do *distinguishing*, técnica que consiste no poder conferido aos tribunais de, fudamentadamente, deixarem de utilizar o precedente em um novo caso, consideradas as suas circunstâncias especiais. O precedente pode também ser afastado pela via do *overruling*, ou seja, pelo estabelecimento de nova exegese capaz de suplantar interpretação jurisprudencial antes estabelecida.

A seu tempo, a adoção parcial do modelo advindo do *Common Law* no Direito brasileiro acarretou a inserção neste das súmulas vinculantes, a serem editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Tais instrumentos assentam-se na necessidade de tratamento judicial igualitário e uniforme e têm transformado, conforme visto, a jurisprudência em fonte formal do direito, equiparando as decisões judiciais a espécies normativas.

Entretanto, embora hodiernamente se admita que ao juiz se confere participação no processo criativo do Direito, somando esforços às tarefas do legislador, entendemos que, em nosso sistema, tanto o ativismo judicial quanto a evolução do Poder Judiciário como poder político, não se deve descuidar de certas limitações.

Em verdade, conquanto reconhecida a relevância da doutrina do precedente, bem como da tarefa criadora paulatinamente adjudicada aos julgadores, a aplicação das bases do *Common Law* ao nosso ordenamento jurídico necessita ser vista com parcimônia. Isto porque as estruturas estatais e institucionais daquele sistema e do nosso discrepam bastante e talvez, no estado atual de coisas, as nossas instituições ainda não estejam prontas a permitir que a tarefa legislativa seja exercida por membros de um Poder que não hajam sido eleitos e, portanto, legitimados, pelo sufrágio popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, n. 9, Salvador - Ba, mar./maio 2007, Brasil - ISSN 1981-1888.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent Apud* Maira Portes.

EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*.

GARCIA, Enrique Alonso. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

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>

JARDIM-ROCHA, José. *Supremacia da Constituição ou Supremacia do “defensor” da Constituição? O stare decisis e o efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/supremacia-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-ou-supremacia-do-defensor-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-o-stare-decisis-e-o-ef>>

MEISSNER, William Baynard. *Súmula Vinculante: um olhar comparativo com o Stare Decisis*. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/Sumula-vinculante-um-olhar-comparativo-com-o-stare-decisis.asp>>

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, jul./set. 2005.

PORTES, Maira. *Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law*. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=60#v2n2art2_ftn1>.

ROSSILHO, André. Breve Histórico dos Direitos Civis nos EUA até a decisão Plessy v. Verguson. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/235_Estudo%20dirigido%20Andre%20Rosilho.pdf>



O JÚRI NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL - ESTUDO COMPARATIVO

*THE JURY IN THE UNITED STATES AND BRAZIL -
A COMPARATIVE STUDY*

*Ricardo Resende de Araújo
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Júri Nos Estados Unidos da América; 1.1 Serviço de júri dos Estados Unidos; 1.2 Competência; 1.3 Quem pode ser jurado nos Estados Unidos; 1.4 Número de jurados nos Estados Unidos; 1.5 Veredictos; 2 Júri no Brasil; 2.1 Crimes de competência do júri no Brasil; 2.2 Composição do júri no Brasil; 3 Relato de minha Experiência no Júri; 4 Considerações Finais. Referências.

RESUMO: A função de julgar quem comete crime representa um aspecto característico de diversas sociedades. Manter a ordem social é uma necessidade premente de todo grupo social. Alguns Estados deferem a função de julgar ao Júri e outros a Juízes singulares. Os Estados Unidos adotam o Sistema do Júri e o Brasil um sistema misto. O presente trabalho pretende fazer breve abordagem sobre o Júri nos Estados Unidos e no Brasil, características e pontos positivos e negativos de cada Sistema Jurídico, objeto de frequentes manifestações da doutrina contra e a favor. Diante de tal aspecto tentou-se demonstrar a posição de alguns doutrinadores, chamando-se sempre atenção para os aspectos mais discutidos e relevantes acerca do tema. Busca desenvolver estudo comparativo entre o Tribunal do Júri brasileiro e o norte-americano, eis que este por sua tradição corporifica a ideia que inspirou a presente reflexão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Processo Penal. Júri. Estados Unidos. Brasil. Aspectos legais e sociais.

ABSTRACT: The role of judge who commits crime is a characteristic feature of many societies. Maintain social order is a pressing need for any social group. Some states defer the function of the jury judging the judges and other individuals. The United States adopt the Jury System and Brazil a mixed system. This work intends to make a short approach to the Jury in the United States and Brazil, characteristics and strengths and weaknesses of each legal system, the object of frequent demonstrations for and against the doctrine. Faced with this aspect we tried to demonstrate the position of some scholars, is always calling attention to the aspects discussed and relevant information about the topic. Seeks to develop a comparative study of the jury Brazilian and North American, for behold, this tradition embodies the idea that inspired this reflection.

KEYWORDS: Constitutional Law. Criminal Procedure. Jury. United States. Brazil. Legal and social aspects.

INTRODUÇÃO

Desde que o homem passou a viver em sociedade surgiu à necessidade premente de criação um órgão ou estrutura com a função de compor os conflitos, ou seja, aqueles dissensos, desavenças, controvérsias que, naturalmente, surgiam entre os membros da comunidade e esta função é um dos principais objetos do Direito. Daí advém à máxima *ubi societas, ibi ius*.

Ser gregário é uma das características mais marcantes do *homo sapiens*. Não é exclusiva, é verdade, pois existem outros animais, que formam grupos ou bandos. Alguns destes grupamentos são bem circunstanciais e não perenes. No entanto, existem grupamentos de animais bem mais complexos e considerados superiores em relação aos demais, como é o caso das abelhas e das formigas.

Segundo A. L. Machado Neto¹, a sociedade animal é estática. Não tem história e nem faz progresso. Por exemplo, o ninho do joão-de-barro e a forma das abelhas produzirem mel é a mesma desde primórdios. Assinala, ainda, que a sociedade animal não desenvolve cultura. Eventual mudança de padrão comportamental se deve à força do cego instinto animal e não por progresso. Finalmente, as sociedades animais não são governadas por normas sociais reguladores de conduta, mas sim pela fatalidade das leis biológicas.

Portanto, nossa sociedade é regulada por normas sociais, que é o nosso marco diferenciador. As normas de conduta não são uniformes, mas diferentes, fruto da evolução e da cultura própria dos mais diversos grupos sociais que existem no mundo. Assim, evoluímos do tempo em que os conflitos eram resolvidos pelo líder religioso, que transmitia a solução divina; ou pelos soberanos, que como fonte do poder também julgavam as demandas que lhes eram submetidas até o ponto que os próprios concidadãos passaram a julgar os casos e definir quem tem razão.

Obviamente, como padrão cultural, várias sociedades adotavam formas próprias de solução dos conflitos sociais. Vamos nos ater àquelas que convergiram para o sistema que defere aos próprios pares o dever de julgar seus concidadãos de acordo com o sistema legal vigente.

Mas, afinal de contas, será que o sistema de resolução de demandas pelo Júri funciona bem? O senso comum nascido da vivência social, comunhão de valores comuns, conhecimento da personalidade do julgado será superior à acuidade do Juiz técnico singular? Ampliar a competência do Júri no Brasil para os mesmo moldes dos Estados Unidos traria

1 Machado, A. L. *Neto. Sociologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. p. 120-121, 1987.

vantagens para nosso sistema? O que seria mais eficiente? Júri ou Juiz Singular? É sobre estes pontos o presente estudo cogita tratar.

1 O JÚRI NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A tradição do julgamento pelo Júri nos Estados Unidos é mais antiga que o próprio e foi trazida pelos colonizadores ingleses. Segundo Luiz Flávio Gomes e Ana Paula Zomer Sica², como precedente histórico deste instituto, com marcante nota de engajamento popular na administração da Justiça, muito provavelmente foi na Inglaterra que esse procedimento surgiu nos idos 1066, e talvez importados da Normandia. Os membros do colegiado juravam agir com justiça. Daí a denominação “juror”. O marco legal deste instituto foi a Carta Magna de 1215, do Rei João Sem Terra, mais especificamente na sua cláusula 39 que consagrava o direito de “um homem livre ser julgado por seus pares”.

Portanto, por força do processo de colonização levado a efeito pela Inglaterra, os norte-americanos também receberam dos ingleses o sistema jurídico da *Common Law*, que tem por base o direito consuetudinário.

E, quando adotou sua Declaração de Direitos, em 1791, a nova nação especificou que “em todos os processos criminais, os acusados terão direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial”. Ela também estabeleceu que o direito a julgamento por tribunal do júri em processos civis devia ser preservado. Nos anos seguintes, a Suprema Corte dos EUA interpretou essas garantias de maneira a ajustar o conceito do júri para que atendesse a condições variáveis. Numa tradução livre, a Constituição norte-americana afirma que:

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houver ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.³

Podemos afirmar que o Júri é uma instituição democrática e que representa uma das conquistas sociais mais importantes. Como o poder

2 GOMES, Luiz Flávio; SICA, Ana Paula Zomer. *O Tribunal do Júri no Direito Comparado*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20051121153633299>. Acesso em: jun. 2012

3 The Trialofall Crimes, except in Cases of Impeachment, shallbebyJury; andsuchTrialshallbeheld in theStaterwherehesaid Crimes shallhavebeencommitted; butwhennotcommittedwithinyState, theTrialshallbeatsuchPlaceorPlaces as theCongressmayby Law havedirected.

emana do povo nada mais justo que o próprio povo, de forma livre e soberana, julgue seus pares. O Júri não teria lugar numa tirania, numa ditadura e nem em qualquer outra forma de regime opressor, mas é próprio da democracia.

Inicialmente, todos os Júris tinham 12 membros, porém a Suprema Corte Americana conferiu maior flexibilidade ao sistema ao admitir Júri com seis membros. O seguinte texto, expressa com propriedade, a missão do Júri nos Estados Unidos *in verbis*:

Provar a culpa acima de qualquer dúvida razoável pode ser um teste bastante difícil para os jurados. Embora exista a possibilidade de o culpado sair livre após o julgamento pelo tribunal do júri, esse sistema ainda supera qualquer outro. [Um Julgamento por Júri]

A tradição do tribunal do Júri está arraigada à cultura norte-americana. Quem não se lembra de casos polêmicos como o julgamento do ex-jogador de OJ Simpson além de inúmeros filmes logo convertidos em sucesso mundial? Vejamos alguns números pertinentes á mobilização do Júri nos Estados Unidos da América⁴

1.1 SERVIÇO DE JÚRI DOS ESTADOS UNIDOS. 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: quatro milhões.
- Número estimado de pessoas desqualificadas para o serviço (não cidadãos, não residentes, presos por crime qualificado): três milhões.
- Número estimado de pessoas isentas do serviço (pessoas que prestaram serviço como jurado recentemente, pessoas com determinadas ocupações): dois milhões.
- Número estimado de pessoas dispensadas por dificuldades financeiras ou médicas: três milhões.

⁴ State-of-the-StatesSurveyofJuryImprovementEfforts [Pesquisa de Iniciativas para Melhoria dos Júris da State-of-the-States] (abril de 2007), Centro Nacional dos Tribunais Estaduais

- Número estimado de pessoas “dispensadas” pelos tribunais antes da data marcada por cancelamento ou adiamento dos julgamentos: oito milhões.
- Número estimado de pessoas que simplesmente não aparecem após terem sido convocadas: três milhões.
- Número estimado de pessoas que se apresentam para prestar serviços como jurado a cada ano: oito milhões.
- Número estimado de jurados arrolados a cada ano: um milhão e meio.

A referida estatística do Governo norte-americano revela que são 154 mil o número de julgamento pelo Tribunal do Júri (149 mil em tribunais estaduais e cinco mil em cortes federais). Deste montante, apresenta a seguinte divisão por assunto:

- 66% processos criminais (47% de delitos graves mais 19% de delitos leves);
- 31% de processos civis;
- 4% categorizado como – outros

Nota: a soma supera 100% devido ao arredondamento para fração superior.

1.2 COMPETÊNCIAS

Grosso modo, quase os todos os processos civis e criminais deverão ser julgados pelo Júri, só que nos casos criminais grande parte dos processos segue acordos prévios através dos *pleabargains* onde o acusado se declara culpado de um crime menos grave. Segundo pesquisas⁵, em quase 90% dos casos, esses acordos são feitos.

5 AW Alschuler (1979), Plea bargaining and its history, *Columbia Law Review*. <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/clr79§ion=11>. Acesso em: jun.2012.

1.3 QUEM PODE SER JURADO NOS ESTADOS UNIDOS

Salvo mudanças pontuais que podem ocorrer num ou noutro Estado norte-americano para ser jurado na maioria dos Tribunais estaduais e federais⁶, é necessário ter cidadania norte-americana, residir na jurisdição geográfica atendida pelo Tribunal que irá julgar a causa, idade mínima de 18 anos de idade, falar e entender bem o inglês e não estar sob impedimento legal. Exemplificando: ter sido condenado criminalmente ou ter inaptidão para o encargo.

As estatísticas indicam que pelos menos 29% dos norte-americanos serviram ao júri durante um período de sua vida e esta experiência, comprovadamente, os tornam melhores cidadãos no sentido político da palavra.

1.4 NÚMERO DE JURADOS NOS ESTADOS UNIDOS

Via de regra, são 12 jurados, mas se admite também seis, em alguns casos.

1.5 VEREDICTOS

Nos EUA, as decisões devem ser unânimes: os jurados ficam reunidos, e deliberam várias vezes até chegar ao veredicto final. No momento de discussão da causa, todos falam e constroem um processo dialético que deve convergir para a decisão final. Os *insights* de cada um são coletivizados e o processo decisório demora até o consenso final.

Nos processos criminais, absolvição não quer dizer inocência, mas somente que as provas produzidas não levaram ao convencimento pleno da autoria do delito por parte do réu. O órgão acusatório do Estado não conseguiu desincumbir o seu dever de provar, acima de qualquer dúvida razoável, que o acusado cometeu o crime. Durante o processo impera presunção de inocência do réu.

2 JÚRI NO BRASIL

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instituído pela Lei 18 de julho de 1822. Inicialmente, sua competência era restrita para julgar crimes de imprensa.

6 StateCourtOrganization [Organização dos Tribunais Estaduais], 2004, Departamento de Justiça dos EUA, Bureau de Estatísticas da Justiça. Acesso em: jun. 2012.

O marco constitucional no Brasil foi a Constituição Imperial, 25 de março de 1824, precisamente, na seção do Poder Judicial em dois artigos:

Art. 151 – O poder judicial é independente, composto de juízes e jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem.

Art. 152 – Os jurados se pronunciam sobre o fato, e os juízes aplicam a Lei.

A Constituição de 1988 o reconheceu como instituição jurisdicional, dotada de competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (Art. 5º, XXXVII, d), atribuindo ao legislador o dever de deferir a organização, respeitando os princípios estruturantes:

a) Plenitude de defesa – o réu deverá ter direito à defesa plena. A intenção do Constituinte foi superlativar a garantia de “ampla defesa”, assim se possível uma gradação, a plenitude seria a máxima defesa possível. Guilherme de Sousa Nucci⁷ afirma que plenitude de defesa é defesa completa, perfeita, absoluta dentro das limitações das limitações naturais do ser humano. O renomado autor vai além quando diferencia ampla defesa de que plenitude de defesa ao afirmar que esta última possui o condão de provoca desequilíbrio entre as partes (acusação e defesa) devendo o Juiz, nas questões de direito, pender à favor do acusado. O professor José Adércio Leite Sampaio⁸ pontua esta diferença “na possibilidade de utilização de razões não propriamente jurídicas, como os valores sociais, os ideais de justiça e a circunstância do crime, que, em virtude da oralidade do processo diante dos jurados, pode introduzir aspectos de convencimento que faltam, via de regra, no julgamento apenas por juiz de carreira.” Isto ocorre muito na prática, quando advogados hábeis trazem para o julgamento toda sorte de argumento que possa beneficiar o réu, como, por exemplo, associar o réu a um parente muito querido pela sociedade, culpar a vítima pelo crime etc., Atuei com promotor em aproximadamente uma dúzia de julgamentos e pude presenciar bem isso.

b) Sigilo das votações – a incomunicabilidade e sigilo das votações dos jurados divergem do sistema norte-americano no qual os jurados

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal de júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

8 A instituição do Júri no Brasil. <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1637>>. Acesso em: jun. 2012.

discutem a causa entre si, comungando conclusões e dividindo dúvidas até chegar à conclusão final. No mais, nosso sistema é muito complexo, os quesitos são difíceis de entender, como agravantes atenuantes, concurso de pessoas, etc. Uma experiência me chamou atenção num Julgamento na Comarca de Almino Afonso, corrido em 1999, o acusado foi condenado por tentativa de homicídio, Júri que atuei como promotor, pena de seis anos, após a proclamação do veredicto e leitura da Sentença e Plenário o Oficial de Justiça estranhou a condenação e disse que pelo fato do acusado ser temido os jurados não entenderam bem a questão, fica a dúvida, mas Justiça foi feita.

c) Soberania dos veredictos – Soberano é a qualidade suprema do poder, que se sobrepõe a todas as outras instâncias, a última palavra sobre o caso, essa prerrogativa do Conselho de Sentença que deveria ser soberano é muito questionada nos Tribunais, mas não deveria ser. Os Jurados, de acordo, com os ditames do artigo 472 do CPP são exortados a julgar causa com imparcialidade de acordo com a sua consciência. No segundo aspecto, a decisão tomada pelo Conselho de Sentença, embora sujeita a recurso, no caso de conclusão manifestamente contrária à prova dos autos (*error in procedendo*), não pode ser alterada quanto ao mérito pela instância superior. Pode, entretanto, ser anulada para que, em novo julgamento, o Júri reanalise o caso tanto para manter, quanto para alterar a decisão anterior. Há entendimentos de que eventual omissão de quesitos e de manifestação do Conselho sobre tema importante pode dar margem à reforma pontual do julgado, por exemplo, para reconhecer concurso de crimes ou o princípio da consunção. Embora seja um tema sem consenso, a soberania do veredicto deve impedir a reforma de mérito, pela segunda instância, mesmo que em favor do réu. No direito comparado ou não se admite recurso ou o órgão de segundo grau será também composto por jurados.

2.1 CRIMES DE COMPETÊNCIA DO JÚRI NO BRASIL

Homicídio doloso simples, privilegiado ou qualificado; (CP, art. 121, §§ 1º e 2º).

Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (CP, art. 122);

Infanticídio (CP, art. 123);

Aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento, ou por terceiro (CP, artigos. 124, 155 e 126)

Não importa que os delitos sejam somente tentados, pois consumados ou tentados prevalece a competência do Júri.

O roubo com morte e o sequestro com morte são competência do juiz singular e não do Júri. No roubo, o objeto jurídico principal seria o patrimônio. No sequestro com morte, esta seria circunstância agravante especial que não desfiguraria a natureza de crime contra o patrimônio, parece contraditório, e é, o ter vale mais que o ser ao prevalecer o objeto jurídico patrimônio em detrimento da vida.

2.2 COMPOSIÇÃO DO JÚRI NO BRASIL

Todo ano deverá ser elaborada uma lista com o nome dos jurados que funcionaram nos processos de competência da respectiva Comarca. O serviço do júri é obrigatório e o alistamento só poderá recair em cidadãos maiores de 18 anos e de notória idoneidade.⁹

Pela natureza do serviço do Júri, os recrutados devem refletir a realidade local, com membros de todos os segmentos sociais, considerando ainda que nenhum cidadão possa ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução.

A lista geral dos Jurados, deverá ser publicada em novembro de cada ano, a ainda poderá ser alterada de ofício ou em virtude de reclamação de qualquer tipo até a publicação definitiva, na segunda quinzena de dezembro, com recurso, dentro de 20 dias, para a superior instância, sem efeito suspensivo. O jurado terá idoneidade moral presumida e preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária.

Os requisitos para ser jurado no Brasil são:

- Ser maior de 18 anos;
- Não ter sido processado criminalmente;
- Ter boa conduta moral e social;

⁹ Art. 436 do Código de Processo Penal

- Estar em pleno gozo dos direitos políticos (ser eleitor) – A recusa ao serviço do Júri importará na perda dos direitos políticos;
- Residir na área de jurisdição do Conselho do Júri;
- Prestar o serviço gratuitamente (voluntário);
- Idoneidade moral.

3 RELATO DE MINHA EXPERIÊNCIA NO JÚRI

Exercemos, por um pouco mais de dois anos, o cargo de promotor de justiça do Rio Grande do Norte – primeiro na Comarca de Caraúbas, depois Marcelino Vieira e por último Almino Afonso – todas estas cidades pequenas do sertão Norte-rio-grandense. Esta rica experiência profissional nos propiciou atuar em 12 processos de competência do Júri. Pude perceber que todos os processos foram julgados muito tempo depois do fato, em média mais de 10 anos, quando a repercussão social do crime já estava muito diluída. Os jurados tinham grande dificuldade de entender o complexo sistema de quesitação, com descrição dos elementos qualificadores subjetivos e objetivos, da legítima defesa, dos atenuantes e outros itens.

Outro aspecto que constatamos foi nos julgamentos dos casos que os acusados eram de família com poder ou influência na cidade, pareceu-nos que os jurados tinham certo temor reverencial e não ficavam inteiramente livres para exercerem seu papel com tranquilidade.

Houve um caso que me chamou atenção, não obstante o conselho de sentença ser formado por jovens, inclusive um estudante de direito, um réu, que bem recentemente tinha se entregado para ser julgado pelo crime de homicídio, foi absolvido por unanimidade. Detalhe importante, ele era líder duma família bastante temida na região e que atuava em assaltos a banco; depois, descobrimos mais circunstâncias do caso, pois estávamos apenas com um mês na comarca; e concluímos que a “entrega” foi estratégica já que ele tinha certeza que sairia inocentado do julgamento.

Creemos que é fácil o acesso aos potenciais jurados e “visitas” podem sempre ocorrer, contingência que conspira contra a imparcialidade dos membros do Conselho de Sentença.

Nos debates, muitas vezes, os advogados se pegam á fragilidade da prova testemunhal e ás “mudanças” de depoimento da testemunha que na Polícia falam com veemência; na instrução processual com certa

certeza e na sessão de julgamento com dúvida e clemência, pois o tempo quase tudo resolve, menos o anseio de Justiça daqueles que viram um ente querido vitimado pelo crime.

Muitas vezes a falta de prova técnica leva os jurados a aplicar a máxima do direito. *In dubio pro reu* e nesta quadra os advogados de defesa sempre repetem o mantra “ melhor absolver 1000 culpados do que condenar um pobre inocente”.

O caos do sistema prisional é sempre usado como argumento de defesa, quando o réu era primário se dizia a cadeia só vai torna-lo um individuo mais perigoso, melhor concedermos mais vez chance a quem errou do que enviá-lo para a Universidade do Crime.

No mais, vale registrar, que o primeiro estudo sobre o tempo de processamento da justiça criminal já realizado no Brasil, ficou a cargo de Paulo Sérgio Pinheiro (1999)¹⁰ e intitulada “Continuidade Autoritária e Construção da Democracia”. O foco da pesquisa foi analisar os processos de linchamentos ocorridos no Brasil, no período compreendido entre 1980 e 1989, em São Paulo, o Estado mais rico do Brasil. O estudo apontou o tempo médio de processamento desses casos – 74,34 meses (6,18 anos). Muito tempo! Justiça tardia é o mesmo que injustiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento pelo Júri está perfeitamente adaptado à sociedade norte-americana e funciona bem, propiciando até engrandecimento do sentimento de cidadania por parte dos jurados eu serviram em pelos menos um julgamento;

O tempo de duração do processo nos Estados Unidos é razoável e a possibilidade de acordo com a acusação (*pleabargain*) nos processos criminais reduz substancialmente o número de processos que chegam até o julgamento final pelo Júri. O veredicto no sistema norte-americano culpado e não culpado é muito mais simples e racional que no brasileiro. A possibilidade de debates e discussões entre os Jurados fortalece o veredicto no sistema norte-americano. Ou seja, o sistema do Júri no Brasil é muito complexo e prolixo. Os processos demoram muito mais que o razoável. O fato da formação da culpa e julgamento serem diversos prolonga demais o processo.

10 RIBEIRO, Ludmila; DUARTE, Thais. *O tempo dos Tribunais do Júri no Rio de Janeiro*: Os padrões de seleção e filtragem para homicídios dolosos julgados entre 2000 e 2007. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas3Art1.pdf>>.. Acesso em: jun. 2012.

A quesitação é muito complexa e dificulta a prolação de veredictos firmes e seguros sobre todas as circunstâncias do processo. A incomunicabilidade entre os membros do Júri é prejudicial porque evita a construção do consenso e comunhão de detalhes e observações que podem ter ficado alheios a algum (ns) do (s) membro (s) do Júri em prejuízo da verdade real e da Justiça.

Nas cidades pequenas os jurados muitas vezes são passíveis de pressões externas que podem prejudicar a imparcialidade dos veredictos.

Portanto, um novo Código de Processo Penal com abordagens mais práticas e racionais destes pontos no Brasil seria muito bem vindo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado, 1988

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição*. Disponível em: <<http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/Constitution.html>>

Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

RIBEIRO, Ludmila; DUARTE, Thais. *O tempo dos Tribunais do Júri no Rio de Janeiro: Os padrões de seleção e filtragem para homicídios dolosos julgados entre 2000 e 2007*, Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/Dilemas3Art1.pdf>>.. Acesso em: jun. 2012.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARREY, Adriano Franco; SILVA, Alberto. *Teoria e prática do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SITES

www.stf.gov.br/

www.stj.gov.br/

www.juridico.com.br/

<http://jus.com.br/>

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20051121153633299,

http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/clr79§ion=11.

<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1637>.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

O CASO OBAMACARE: ATIVISMO E AUTOCONTEÇÃO JUDICIAL NA DISCUSSÃO DA REFORMA DO SISTEMA DO SEGURO SAÚDE NORTE AMERICANO – O PATIENT PROTECTION AND AFFORDABLE CARE ACT

*OBAMACARE CASE: JUDICIAL ACTIVISM AND SELF RESTRAINT
IN DISCUSSION OF REFORM OF NORTH
AMERICAN HEALTH INSURANCE*

*Rogério Marcos de Jesus Santos
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Discussão sobre Constitucionalidade do *Obamacare*; 2 O Antecedente do *Obamacare*: A Reforma Proposta por Clinton; 3 ainda os Pontos Controvertidos da Lei Discutidos Na Audiência da Suprema Corte; 4 Ativismo Judicial e Autoconção Judicial na História da Suprema Corte; 5 Discussão Política no Caso Health Care; 6 Conclusão; Referências

RESUMO: O debate sobre a constitucionalidade da reforma do sistema de seguro saúde norte-americano, implementada pelo presidente Barack Obama. As teses em torno dos limites da jurisdição constitucional. A Discussão do ativismo judicial da Corte e a doutrina da autoconção judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Obamacare. Reforma do Sistema de Saúde. Jurisdição Constitucional. Ativismo Judicial. Autoconção Judicial.

ABSTRACT: The debate over the constitutionality of the reform of American health insurance, implemented by President Barack Obama. The thesis about the limits of constitutional jurisdiction. The discussion of judicial activism of the Court and the doctrine of self restriction.

KEYWORDS: Obamacare. Judicial Review. Health Care Reform. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Este artigo discute a constitucionalidade de um dos diplomas normativos mais discutidos atualmente nos Estados Unidos, o chamado “*Patient Protection and Affordable Care Act*” (PPACA), H.R. 3590¹, informalmente conhecido como *Obamacare*, a lei sancionada pelo Presidente Barack Obama em 23 de março de 2010 e o “*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*”² H.R. 4872.

A Lei possui mais de 2.500 páginas e 500.000 palavras. Talvez isso ajude a entender a dificuldade com que o assunto é tratado fora dos círculos políticos. Tais diplomas representaram uma guinada no sistema de saúde norte-americano³, levando a cabo um projeto de reforma do sistema de proteção social, uma antiga aspiração do Partido Democrata.

O Governo Obama soube aproveitar seu apoio legislativo, num momento que os democratas tinham a maioria da Câmara e do Senado e, *sem um voto dos republicanos*⁴, transformou em lei sua proposta de reforma do sistema de saúde. Um projeto acalentado pelos democratas desde o governo Clinton, que se tornou possível graças o empenho do Governo Obama em tratar a questão como prioritária do seu mandato presidencial.

1 A DISCUSSÃO SOBRE CONSTITUCIONALIDADE DO OBAMACARE

Contudo, nem tudo são flores. O preço da elevada discordância política no campo legislativo se fez sentir quando 26 Estados e entidades privadas questionaram judicialmente a constitucionalidade de diversos dispositivos da lei.

A discussão judicial depois de passar pelas Cortes Inferiores chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos, num dos casos com mais conteúdo político dos últimos anos. Conhecido como *Flórida at ali v.*

1 Disponível em: <<http://www.healthcare.gov/law/resources/authorities/patient-protection.pdf>>.

2 Disponível em: <<http://www.healthcare.gov/law/resources/authorities/reconciliation-law.pdf>>.

3 “The Patient Protection and Affordable Care Act represents the most significant transformation of the American health care system since Medicare and Medicaid. It will fundamentally change nearly every aspect of health care from insurance to the final delivery of care.” Michael D. Tanner. *Bad Medicine. A Guide to the real costs and consequences of the new health care law.* In. www.cato.org.br. p.1.

4 On March 21, 2010, in an extraordinary Sunday night session, the House of Representatives gave final approval to President Obama’s long-sought health insurance plan in a partisan 219-212 vote. The bill had earlier passed the Senate on Christmas Eve 2009. *Not a single Republican in either chamber voted for the bill. Four days later, the Senate, using a parliamentary tactic known as reconciliation to avoid a Republican filibuster, gave final approval to a package of changes designed to “fix” the bill.* “Tanner, Michael, *ob. Cit. p.1.*

Dept. Health Care ou *National Federation independent v. Dept Health Care*. Além da Flórida, outros 25 (vinte e cinco) Estados americanos, governados por Republicanos e A Federação de negócios independentes atacaram a constitucionalidade do *Affordable health Care act*, defendido pelo Departamento de Justiça⁵.

Algumas Cortes Federais deram suporte à lei, aduzindo, então que ela não violava a Constituição, porém, outras chegaram à conclusão inversa, concluindo que dispositivos importantes da lei violavam claramente a Constituição e, assim declarados inconstitucionais.

Essas decisões foram objeto de recursos para a Suprema Corte Norte americana, que, após passarem estes recursos pelo crivo do “certiorari”⁶, teve como ponto alto um das mais longas oitivas de um processo judicial na Suprema Corte. Com inúmeros *amicus curiae* e partes do processo, durante *três dias* a Corte ouviu os argumentos das partes e dos *amicus curiae*. Tal demanda se tornou, assim, uma das mais importantes questões jurídicas e políticas nos últimos anos nos Estados Unidos. A história da reforma do sistema de saúde, juntamente com o combustível *produzido por um debate jurídico num ano de eleição eleitoral*, numa decisão da Suprema Corte, qualquer que seja o seu conteúdo terá impacto direto na eleição presidencial deste ano nos Estados Unidos.

Com efeito, a Suprema Corte, após as apresentações das petições do *Certiorari*, pois se trata de caso sujeito à chamada jurisdição recursal discricionária da Corte, ao contrario, da chamada jurisdição recursal obrigatória⁷ aceitou discutir o caso, concedendo o *certiorari* em 14 de janeiro de 2011. Para tanto definiu os limites do litígio que seriam discutidos em audiência no Tribunal⁸.

5 NAT. FED’N INDEP. BUSINESS V. SEBELIUS, SEC. OF H&HS, ET AL. 11-398 DEPT. OF H&HS, ET AL. V. FLORIDA, ET AL. 11-400 FLORIDA, ET AL. V. DEPT. OF H&HS, ET AL.

6 “ A grande maioria dos casos chega até a Suprema Corte a partir da jurisdição recursal discricionária da corte sob a sua revisão a certiorari. Uma petição de um writ a certiorari é submetida pela parte prejudicada à decisão de uma corte inferior, para que ela seja revista. Caso quatro dos nove membros acatem o writ, ele será concedido e a questão será apreciada pela Suprema Corte. A corte aceita submeter a sua apreciação casos de grande interesse nacional, com o objetivo de uniformização nacional da questão. Ela recebe cerca de 8 mil pedidos de writ a certiorari por exercício (que inicia no começo de outubro e termina no final de junho ou no início de julho subsequente), mas apenas 100, aproximadamente, são concedidos. Quando a corte rejeita a concessão de um writ, não justifica a sua decisão. Ainda, a negativa de concessão de um writ a certiorari não pode ser considerada precedente de uma análise da questão legal do caso pela corte.” FINE, Toni. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 37-38.

7 “A jurisdição da Suprema Corte pode ser dívida em originária e recursal. Esta, por sua vez, pode ser dividida em jurisdição recursal obrigatória e discricionária, também conhecida como jurisdição a certiorari. [...]” idem, ibidem.

8 Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/docket/PDFs/111411zr.pdf>>.

A oposição dos Estados governados por republicanos a Lei não se deu somente por via de questionamento judicial. Alguns Estados aprovaram legislação proibindo expressamente diversas ações que levariam a implementação da legislação federal no seu território⁹.

A sociedade norte americana praticamente está polarizada em torno dos defensores da nova lei e dos que são contrários a ela, numa espécie de continuação do debate legislativo agora travado no âmbito da Suprema Corte. Os governadores republicanos que levaram o tema para escrutínio judicial discordam de vários dispositivos da lei, mas, em especial, afirmam que a União jamais poderia impor encargos aos Estados quanto ao custeio de seguro saúde, ferindo tal norma, o princípio federativo, tão caro na manutenção do modelo de Estado desenhado pelos “*founders fathers*”.

Com efeito, a imposição de obrigação aos Estados para com o atendimento de certa parcela da população é um dos pontos controvertidos das discussões presentes no debate sobre a constitucionalidade do *Health Care Act*. Não obstante isso, a principal discussão no tocante a lei é outra. É quanto à constitucionalidade do que se convencionou chamar de “*Individual Mandate*”.

Tal dispositivo é uma cláusula da *Health Care Act* que permite ao governo sobretaxar os cidadãos elegíveis para o seguro saúde que *não adquiriram* o seguro saúde. Assim, tanto os cidadãos como as empresas – que estariam obrigadas a contratarem seguro saúde para seus empregados – caso não o fizerem estarão sujeitos a um pagamento de uma penalidade tributária de acordo com critérios estabelecidos na Lei.

Essa *tax* ou penalty, dependendo o ângulo jurídico de sua observação, indiretamente obrigaria que os cidadãos adquirissem o seguro saúde, aumentando, assim, a base do sistema do seguro saúde, criando, por essa via, condições econômicas para o implemento de diversas outras obrigações pela lei, como, por exemplo, a *proibição* das seguradoras de negarem a contratos com pessoas com condições pré-existentes, uma das grandes conquistas da lei, pois, milhares de pessoas não conseguem o seguro saúde e, justamente, serem as que mais necessitam.

A lógica da proposta vertida do *Obamacare* é que a cláusula do “*Individual Mandate*”, visto sob a ótica econômica, possibilita o

9 Meanwhile, outside of Washington, opposition remains active. Seven states – Arizona, Idaho, Louisiana, Missouri, Oklahoma, Utah, and Virginia – have passed variations of the Health Care Freedom Act prohibiting Mandatory Health insurance. Similar legislation has been introduced in nearly all remaining states. State governments have also been slow to cooperate with federal efforts to implement the law. For example 23 states refused to set up a high-risk pool in response to the law, and several states are considering a refusal to establish exchanges.

alargamento da base de segurados, principalmente com a entrada de segurados mais jovens no sistema, que, mais cedo ou mais tarde iriam precisar de atendimento médico, ajudando com isso a distribuir os custos dos serviços de saúde.

Contudo a discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo gira em torno da tradição liberal norte-americana, por criar *uma obrigação de contratar*. Assim, se por um lado, há uma *simples regulação de uma atividade privada, como por exemplo, a obrigação de contratação de seguro de automóvel*, por outra, se tornou o principal ponto de debate em torno na lei, por criar uma penalidade não por algo que o indivíduo faz, mas, por algo que o indivíduo deixa de fazer e, que simplesmente não deseja fazer, ou seja, contratar um seguro saúde¹⁰.

Com efeito, ciosos que são com o seu conceito de “liberdade”, entrar nesta seara para muitos significa por abaixo o edifício liberal que tem caracterizado a sociedade norte-americana. Mesmo que para isso significasse *impor condições inacessíveis à parcela da população com condições pré-existentes* e outra parcela *sem acesso ao seguro saúde*, o que homenagearia o princípio da igualdade. Talvez aí esteja o um dos problemas para entender o desprezo com que os conservadores norte-americanos tem tratado a reforma proposta pelo governo Obama. Da mesma forma, diga-se, que tratou a reforma proposta por Clinton na década de 90.

Demonstração disso pode se vista na quantidade de dinheiro gasto pelos opositores da reforma do sistema em propaganda. Exemplo maior, é o Juiz Andrew Napolitano, que, sejam em programas na FoxNews, sejam em sites como *youtube*, tem combatido diuturnamente os dispositivos do *Affordable Health Care*, em especial a clausula do *individual mandate*. Divulgando a tese de que o direito de liberdade, aqui, especificamente, o da liberdade de contratar, ou não contratar, garantido constitucionalmente não poderia ser maculado por um ato do Congresso, ainda que se considere que foi aprovado por uma maioria.

10 “Perhaps the single most important aspect of the law is its individual mandate, a legal requirement that every American obtain health insurance coverage that meets the government’s definition of “minimum essential coverage” Those who don’t receive such coverage through government programs, their employer, or some other group would be required to purchase individual coverage on their own. This individual mandate is unprecedented in U.S. governance. Back in 1993, when the Clinton health care plan was under consideration, the Congressional Budget Office noted: A mandate requiring all individuals to purchase health insurance would be an unprecedented federal action. The government has never required people to buy any good or service as a condition of lawful residence in United States” Moreover, the individual mandate raises serious constitutional questions. Even the Congressional Research Service was not able to conclude it was constitutional.

Por evidente, além das enormes discussões jurídicas sobre o tema, o início da campanha eleitoral nos EUA *dá um colorido especial à questão*. Uma vez que, desde o início dos debates legislativo os congressistas republicanos foram ferrenhos opositores da reforma do sistema de seguro saúde. Aliás, todas as iniciativas democratas nesse sentido foram postas abaixo desde o governo Roosevelt.

Daí o questionamento na Suprema Corte do *individual mandate*, caracterizado pelos contrários ao *Health Care Act* como “*socializante*”¹¹ e infringindo a primeira emenda que trouxe para a Constituição norte-americana os direitos civis.

Por outro lado, os argumentos dos que defendem a lei, e por via de consequência o individual mandante, se fiam em dois argumentos. Aduzem que por várias vezes a Suprema Corte deixou expressa a possibilidade do *Congresso regular o comércio, pela via da Commerce Clause*, quando a matéria afetasse mais de um Estado. Essa jurisprudência se mantém até os dias atuais. De outra banda, *se se trataria de uma simples questão tributária*, cujos poderes do Congresso de taxar aqueles que incidem em determinada categoria de *atos* não se revela *qualquer afronta* a Constituição, que possui dispositivos expressos nos dois sentidos.

Fiando-se nesse argumento, para os defensores do *Individual Mandate*, não há que se falar em invasão da liberdade pessoal de contratar, *mas, simples regulação de uma atividade comercial*, o que, a rigor, não ultrapassaria os lindes da garantia da liberdade. Tal regulação de atividade econômica estaria, assim, dentro da competência constitucional legitimamente definida para atuação do Congresso. A União, por isso, poderia legitimamente dispor essa matéria.

Os argumentos contrários, porém, salientam que esses dispositivos não poderiam ser interpretados desta forma, pois, esta *interpretação excederia o limite que poderiam ser conferidos a esses dispositivos constitucionais*, uma vez que não encontrariam paralelo jurisprudencial na história constitucional do país.

Porém o *individual mandate* não é o único questionamento judicial da reforma Obama. Outros questionamentos dizem respeito, por exemplo, à proibição de clausulas de precondições nos contratos de seguro saúde. Assim, o *Health care act* determina que as seguradoras estão proibidas

11 “He expressed confidence that this would be the year that health care reform—that great unfinished business of our society,” he called it—would finally pass. He repeated the truth that health care is decisive for our future prosperity, but he also reminded me that ‘it concerns more than material things.’ ‘What we face,’ he wrote, ‘is above all a moral issue; at stake are not just the details of policy, but fundamental principles of social justice and the character of our country.’—President Obama on a letter that Senator Ted Kennedy wrote to him three months before his passing

de estabelecerem cláusulas de condições nos contratos do seguro saúde.¹²

Os 26 estados que desafiam a Lei, as entidades privadas e o advogados do Governo que defenderam a Lei tiveram 6 horas para a oitiva de seus argumentos da Suprema Corte. Além do debate sobre a cláusula do *individual mandate*, outras questões estão postas na discussão jurídica, dentre elas, uma importante *preliminar*:

Assim, a primeira questão a ser resolvida pela Suprema Corte diz respeito a *preliminar* da aplicação ou não do *anti-act injunction de 1867, que proíbe que sejam discutidas questões tributárias* antes da aplicação da lei. Assim, somente em 2015 aqueles que não possuem seguros saúde teriam uma sobretaxa, então, somente após esta data, se poderia arguir sua inconstitucionalidade.

O *anti-act injunction* está em consonância com o espírito do controle de constitucionalidade norte-americano, definido como *controle de constitucionalidade de feição concreta*, em que é o caso que é levado a escrutínio do Tribunal, e não a discussão em tese sobre se um determinado ato normativo se revela constitucional ou não.¹³

Se superado esta questão preliminar, as discussões sobre a lei dizem respeito a outras questões substanciais, questões de conteúdo que podem ser assim alinhavadas:

- a) *Individual mandate*: poderia o Congresso, com fundamental no seu poder de regular o comércio interestadual ou o poder de cobrar tributos, criar norma deste jaez. Ou pelo contrário, viola frontalmente a Constituição, uma vez que excedeu no poder de regular o comércio ou de taxar os cidadãos.
- b) Outra questão postas separadamente na audiência da Suprema Corte diz respeito a possibilidade de manutenção do restante da lei se a cláusula do *individual mandate* cair. Os opositores da Lei argumentam que se a principal criação da lei cair, ou seja, for considerada em violadora da Constituição, *não haveria sentido que outros dispositivos diretamente a ele ligados se*

12 A new report from the Department of Health and Human Services finds that as many as 17 million American kids have a pre-existing condition. The Affordable Care Act prevents insurance companies from denying these children coverage.

13 An 1867 federal law, the Anti-Injunction, for the purpose of restraining the assessment or collection of any tax” The federal appeals court in Richmond, Va, and a prominent federal appeals court judge in Washington have issued opinions saying that the 1867 law means a decision in the health care case must be deferred until 2015, when Americans will first be penalized if they do not have health insurance.

manterem incólumes, porque a eles vinculados umbilicalmente, a exemplo da *proibição de cláusulas* de afastamento do seguro saúde de pessoas *com pré-condições*¹⁴ e

- c) Além do debate sobre os poderes do Congresso com relação ao a extensão da cláusula de regulação do comércio ou sobre taxação, outro problema levado a Corte pelos 26 Estados republicanos diz respeito à possibilidade da *União interferir no governo dos Estados ao estabelecer condições para o Medicaid*, expandindo a base de elegíveis para o plano e aumentando a cobertura. O argumento dos Estados é no sentido de que estas disposições violam gravemente o princípio federativo¹⁵.

2 O ANTECEDENTE DO OBAMACARE: A REFORMA PROPOSTA POR CLINTON

Com efeito, desde o seu primeiro mandato, o governo Clinton já tentara implementá-la, ao tentar levar a cabo uma reforma no chamado *Health Care Reform*. A reforma de Clinton, porém, foi inviabilizada pela oposição do Partido Republicano, pois, não reuniu votos necessários para sua aprovação, derrota esta, significativa para a Administração Clinton que tinha, como Barack Obama, a reforma do sistema de proteção social, como um dos pontos chaves de sua administração.

Philippe G. Joyce¹⁶, ao estudar o papel técnico e político da agência americana de orçamento, o chamado *CBO*, o *Congressional Budget Office*, cujos relatórios tiveram importante papel na derrubada da reforma protagonizada por Clinton, dá a dimensão da proposta que viria a ser o embrião da reforma do presidente Obama¹⁷. Assim, o plano Clinton

14 Edwin S. Kneedler argumenta no sentido de que “ Will argue for a middle ground, saying that most of the law should stand but that two other provisions – one forbidding insurers to turn away applicants, the other barring them from taking account of pré-existing conditions – are intertwined with the mandate and would have to fall along with it.”

15 This time argue over whether Congress exceeded its constitutional authority in expanding the eligible and coverage thresholds that states must adopt to remain eligible for Medicaid, the federal –state program that provides health care to poor and disabled people.

16 JOYCE, Philip G. *The Congressional Budget Office*. Honest Numbers, Power, and Policymaking. Washington DC: Georgetown University Press, 2011.

17 “President Bill Clinton came into office having pledged to reform the health care system. The economy in general had been the key theme of his campaign. Early efforts to promote investment spending in 1993 failed in deference to a strategy that focused on eliminating the deficit. But this focus on de deficit and on overall budget policy was largely designed to clear the way for what was hoped would be the key legacy of the Clinton presidency – comprehensive health care reform.” Op. cit. p. 154.

tinha objetivos nada modestos de reforma do sistema, como a expansão do programa de seguro saúde para 37 milhões de pessoas no país e, *pari passu*, a constante preocupação com o aumento do déficit das contas públicas caso implementada a proposta nos termos desenhados pela Casa Branca.

Tais propostas não encontram ambiente político propício para levar a cabo a reforma¹⁸. Esses foram motivos suficientes para uma crítica sobre o plano, a oposição republicana logo tratou de dizer que o plano era “socializante” e que, por isso aumentava o papel do “estado na economia”. Um pecado capital nos termos da tradição *ultraconservadora de um setor* da sociedade norte-americana.¹⁹

Com efeito, a reforma do sistema de saúde proposta por Clinton foi revelada em setembro de 1993 num discurso conhecido como “Estado da União”²⁰. Os principais pontos trazidos pelo *Plano Clinton* diziam respeito à universalização do sistema²¹ e a diminuição do déficit orçamentário. Assim, o *problema fiscal*, ganhou enorme destaque na discussão da reforma proposta por Clinton devido à própria preocupação do Governo com a redução do déficit orçamentário. Assim, uma das preocupações à época era de que a reforma do sistema de saúde *não tivesse impacto fiscal*, ou seja, *se se não contribuísse para a diminuição do déficit*, pelo menos tivesse um *impacto orçamentário nulo*.

A reforma criava varias entidades e, além disso, uma das principais questões era se o pagamento por seguro saúde pelo que se convencionou chamar de “*employer mandate*”²² deveria ser considerada como uma

18 The goals of the health care program were anything but modest. At the time Clint took office, an estimate 37 million Americans had no health insurance. At same time, national health care spending had been growing substantially, with an inflation rate in the double digits. In this context, the Clinton health care reform sought to serve two goals – cost containment and insuring the uninsured population – simultaneously. Idem, ibidem.

19 As ambitious as the program was however, it needed to accede to real political constraints. Americans were skeptical of any effort that could be characterized as nationalizing health care. A candian or Scandinavian-style health insurance program had neither broad public support nor the votes in either house of Congress to pass. So the challenge – to contain cost, serve the uninsured, and avoid the appearance of a large government-operated health system – cread substantial challenges for anyone attempting to design a comprehensive health care reform plan.

20 “Finally, on September 22, 1993, in a speech before a joint session of Congress, Clinton unveiled his health care reform plan. In the speech, the president outlined the key components of comprehensive health care reform. The included, principally, providing universal coverage for all Americans, focusing on the estimated effect of covering the uninsured, the plan would contain cost contain cost containment measures. In the end, the president said, the Clinton plan would not add to the deficit but would reduce it.

21 “The president renewed his call for enactment of his plan in his State of the Union address in January 1994, pledging to veto any legislation htat did not guarantee universal coverage.” Joyce, Philip G. p. 159.

22 “The second issue the creation of new entities – called health alliances- through which much insurance in the country would be purchased and provided. The White House that the transactions of these alliances would be

taxação, ou seja, estaria o Governo *utilizando-se de seu poder de império* para criar *um tributo*, e por via de consequência, o questionamento se deveriam esses recursos e dívidas passarem pelo orçamento público federal, ou, diversamente, *se trava apenas e tão somente de regulação de um setor econômico*, de uma atividade econômica.

Como se pode ver, o debate atual em torno do plano de reforma do Presidente Barack Obama, o *individual mandate*, que possibilita ao Governo taxar aquelas pessoas elegíveis que não adquiram o seguro saúde tem aí seu DNA. Assim, se o Obamacare tem como seu principal de discussão o problema do “individual mandate” a reforma Clinton na década de 90 teve como principal discussão justamente um “*mandate*”, mas não o “individual,” e sim o “*employers*”.

A resposta a esta questão estava nas mãos do CBO, a agencia de orçamento do Congresso norte-americano, cujo parecer foi aguardado com ansiedade pois teria um decisivo efeito nos debates legislativos sobre a reforma do *Health Care* proposta por Clinton.

Com efeito, o CBO precisava responder a diversas questões, dentre elas, algumas de relevância impar para o debate político que se travava no Congresso. Dessas questões a época, duas questões se destacavam. A principal era se as chamadas alianças para o oferecimento do seguro saúde *deveriam ser tratadas dentro do orçamento*, ou seja, *como dinheiro público* ou se tratava tão somente de uma *regulação de uma atividade privada*, dentro do poder do Estado de regular a atividade econômica, como, por exemplo, *estabelecer obrigação de todos para com a contratação de um seguro obrigatório para automóveis* - da resposta a esta pergunta surgiria uma outra, também crucial para o desenlace da questão no Congresso. Se uma vez tratado o *employers mandate* como matéria orçamentária isso traria mais *déficit público* ao orçamento federal.²³

private, that is, that they would not be counted in the budget. They viewed the employer mandate (requirement that employers make compulsory payments into these alliances) as regulatory, that is, little different that mandatory automobile insurance premiums required in most states). Joyce, Philip G. op. cit. p. 160.

23 “This commission, which had been established to address a real problem stemming from the inconsistent application of budgetary principles, include specific language intended to guide discussions of *what would be considered budgetary transactions* and what would be considered private transactions (for example, regulatory actions, which, though they might cost individuals money, *were not considered part of the federal budget*). “in short, the arguments against including the alliance transactions in the federal budget stemmed from whether they were in fact regulatory (*the equivalent of state requirements that individual purchase automobile insurance*) or represented compulsory payments required by and to the federal government (*the equivalent of taxes*). “ The first reported reference to the CBO processes after the introduction of the plan was in mid-October, when the Washington Post noted that “*Congressional Budget Office is considering whether the money employers and employees would be required to pay for medical coverage under the president’s health plan should be entered on federal budget books as tax*. The issue, although seemingly arcane, is politically

Após um longo processo o CBO deu seu parecer sobre a questão. A Agência que representava uma opção não partidária dentro do órgão mais partidário da estrutura do Governo - o Congresso norte-americano -, concluiu que o tratamento das *operações* com seguro saúde pelo “employers mandate” *deveriam ser consideradas como uma operação orçamentária*, e assim, deveriam passar pelo orçamento público federal.

E mais ainda, no início criaria um déficit orçamentário, não obstante, ao longo prazo poderia reduzi-lo. *Politicamente, estava naquele parecer do CBO o início do fim da reforma do sistema de saúde proposta pelo governo Clinton*²⁴.

[...] Considering the Administration’s proposal in its entirety, CBO concludes that it would establish both a federal entitlement to health benefits and a system of mandatory payments to finance those benefits that represents an exercise of sovereign power. In administering the proposed program, regional alliances, corporate alliances, and state single-payer plans (if any) would operate primarily as agents of the federal government. Therefore, CBO believes that the financial transactions of the health alliances should be include in the federal government’s accounts and the premium payments should be shown as governmental receipts rather than as offsets to spending. (Emphasis added) Nonetheless, because of the uniqueness and the vast size of the program, the budget document should distinguish the transaction of the alliances from other federal operations and show them separately, as is the practice for Social Security.²⁵

Contudo, a história das tentativas de reforma do Health Care não se iniciaram no Governo Clinton. Greg. M. Shaw, no seu *The health care debate – historical guides to controversial issues in America*, afirma que desde Roosevelt essa é questão é discutida na sociedade norte-americana:

dangerous for President Clinton. He specifically rejected proposals to finance his health plan using broad new taxes.. because Clinton was certain it would be a political kiss of death. “p. 163-64.

24 “The CBO report n the Clinton Health care reform plan was released on February 9, 1994, setting off a flurry of testimony, political spin, press reaction, and speculation. The report highlighted each of the issues that CBO focused on in their deliberations. Concerning the budgetary impact of de plan, CBO concluded that it would add approximately \$ 70 billion to cumulate deficits between 1995 and 2000, rather than reducing these deficits by \$ 60 billion as the administration had claimed.

25 Congressional Budget Office, An Analysis of the Administration’s Health Proposal (Washington, DC: GPO, February, 2004). , xiii.

A dramatic reform of the nation's healthcare system has been on every American presidential administration's agenda since Teddy Roosevelt. And while much of the focus on the lack of progress concerns politics and big business, the fact is, Americans themselves remain ambivalent about government involvement in public health, healthcare financing, and healthcare delivery—despite the very real fact of existing deep and wide government involvement in American health care, from Medicare and Medicaid to vaccination programs, new pharmaceuticals screening, and the regulation of potent drugs and potentially harmful substances²⁶.

Como se vê, desde Roosevelt foram feitas inúmeras tentativas de reforma do sistema. Coincidentemente é esse período da história norte-americana existiram verdadeiros confrontos entre os dois ramos de poder, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. A política do *New Deal*, apresentada por Roosevelt, quando das reformas pretendidas para tirar o país da crise de 1929, após o queda da bolsa de Nova York, adotando o governo central uma postura de investimentos públicos e controle da econômica por parte do Estado que até aquele momento não ocorrido na historia norte-americana, *medidas essas que foram desafiadas na Suprema Corte* e foram, *num primeiro momento rechaçadas*, num período que ficou conhecido como um *ativismo judicial conservador*.

3 AINDA OS PONTOS CONTROVERTIDOS DA LEI DISCUTIDOS NA AUDIENCIA DA SUPREMA CORTE.

Como visto, diversas questões estão envolvidas nesta disputa, a maior delas diz respeito à questão do mandato individual, cujos desafiadores da lei na Corte Suprema argumentam no sentido de que o Estado não poderia requerer que todos os cidadãos norte-americanos comprassem o seguro saúde, aduzindo que esta clausula violaria frontalmente a primeira Emenda²⁷, no tocante a liberdade individual. Afirmando que a lei é uma violação dos direitos do cidadão sem precedentes, estando muito além do poder do governo federal de regular o comércio.

Os argumentos em favor da clausula do mandato individual estão vazados em dois pontos. O primeiro diz respeito ao centro do debate da lei. Uma reforma do sistema de seguro saúde que afaste a proibições das

²⁶ SHAW, Greg. *The Healthcare Debate* (Historical Guides to Controversial Issues in America).

²⁷

seguradoras de colocarem cláusulas barrando candidatos com condições preexistentes e limitando os pagamentos com prêmios desses seguros, *somente poderia ser obtida com uma ampla base de sustentação financeira dessa reforma*. Seria altamente *contraproducente* obrigar todo um setor da economia a arcar com despesas que o levariam a ruína.

Com efeito, a solução produzida com o “mandato individual”, que somente indiretamente obriga a contratação de um seguro saúde, uma vez que, aqueles que não o fizerem *estarão sujeito a uma taxaço maior do que os que tiverem contratado o seguro saúde*, permite que *uma geração contribua com outra geração* no pagamento das despesas com saúde. Como se vê, uma solução ao mesmo tempo de viés solidário, portanto, de justiça distributiva. Por isso, talvez, tenha chamada tanto a atenção da direita norte-americana, que acusa Obama de implantar uma ditadura socialista no país, tendo como argumento, justamente a reforma do sistema de saúde.

Já sob uma ótica legal, a sustentação da lei, neste ponto, é conferida pelo poder de regular o comércio interestadual pelo Congresso norte-americano, já confirmado diversas vezes pela jurisprudência da Suprema Corte. Esse é o principal argumento do Departamento de Justiça encarregado de defender o estatuto legal.

As outras questões discutidas no caso deduzidas no assento da Suprema Corte que dividiu o tempo para os demandantes e os *amicus curiae quando* apresentaram seus argumentos orais em abril do corrente ano. A primeira delas é quanto à própria possibilidade da Suprema Corte sindicat o ato. Pois, se considerado que seria uma espécie de taxaço do contribuinte, isto só seria possível após a norma produzir seus efeitos, o que se daria tão somente a partir de 2015.

Teria, portanto, que antes de se verificar a constitucionalidade das disposições da lei, saber se isso seria possível antes de sua aplicabilidade, pois o *Anti-Injunction Act issue* não permite que questões desse jaez, ou seja, tributário, se assim entendido a natureza jurídica da multa ou taxa para quem não contratar o seguro saúde, sejam sindicadas antes de produzirem seus efeitos.

Outro ponto, se superado a questão, diz respeito à obrigação dos Estados de fornecerem uma mínima cobertura a um número maior de pessoas. *A questão está levanta quanto a possibilidade do legislador da União obrigar os Estados a efetuarem gastos que eles não estão dispostos*²⁸.

28 On the Minimum Coverage Provision issue (No. 11-398), the Solicitor General is allotted 60 minutes, respondents Florida, et al. are allotted 30 minutes, and respondents National Federation of Independent Business, et al. are allotted 30 minutes.

Além dessas duas questões, a Suprema Corte, *na concessão do Certiorari* também aceitou duas outras que seriam objeto de oitiva na Corte. Um com relação da possibilidade da lei ser divisível, uma vez que se anulado o clausula do mandato individual, isto é, a obrigação imposta de todos possuírem um seguro saúde, se as outras partes da lei permaneceriam ou a ela estariam tão intimamente vinculadas que isso não faria sentido, tendo em vista que estaria comprometido o coração econômico da lei.

E quarto ponto da discussão esta relacionado ao segundo diploma legal, o *Medicaid*.²⁹

Ao acatar a petição de *Certiorari*, a suprema corte deixou o primeiro dia de oitiva para os argumentos orais para o debate sobre a vedação presente no *anti-injunction* de 1867.

Algumas questões são prévias a análise da lei. Uma vez que a cobrança do imposto maior para aqueles que não contratarem um seguro saúde somente se dará em 2015, poderia a suprema corte antes disso decidir sobre o caso, uma vez que há precedente afirmando que no caso de leis tributárias elas somente podem ser impugnadas quando de sua aplicação.

Aqui, neste ponto, os dois lados concordaram que o precedente ligado a questão tributária não poderia ser levantado para impedir que a Suprema Corte julgasse a constitucionalidade da lei. Argumentam que o *Anti-injunction Act* de 1867 que proíbe indivíduos de desafiar a lei nos tribunais antes de sua aplicação não preveniria que a Corte decidisse o caso, uma vez que o *health care* reforma legislação mesmo entrando em vigor totalmente em 2015 *não trataria especificamente* de uma questão tributária. O mandato individual e sua penalidade não seriam um tributo *strito sensu*, mas regulação da atividade econômica, sendo assim, não se aplicariam as limitações do *Anti-Injunction* de 1867 quanto ao não conhecimento da questão antes de sua plena eficácia normativa.

Os advogados do governo advogam a ideia de que o mandato individual está dentro da possibilidade do Congresso regular *o comercio interestadual*, assim, não estariam inovando uma vez que o precedente de que o comércio pode ser regulado pelo Congresso é antigo e já foi por diversas vezes confirmado pelo Congresso. Assim, uma vez que se trata de uma atividade econômica interestadual, a questão do mandato estaria abrangida pela possibilidade de governo regular o comércio.

Os argumentos contrários à lei dizem que se isto for verdade, no limite o governo poderia, assim, obrigar qualquer cidadão a comprar

29 On the Medicaid issue (No. 11-400), the petitioners are allotted 30 minutes, and the Solicitor General is allotted 30 minutes. Disponível em:<<http://www.supremecourt.gov/docket/PDFs/021212zor.pdf>>.

qualquer coisa. Esta é a crítica, por exemplo, de Randy Barren, professor de direito da universidade de Georgetown, representante do NFIB, que argumenta no sentido de que, uma vez se adotado esse raciocínio o Congresso poderia compelir os cidadãos a comprar “desde carros a pares de sapato”³⁰. Essa discussão também tomou corpo na Suprema Corte durante as oitivas das partes e *amicus curiae*³¹.

Contudo, o argumento de defesa do diploma legal é que todo cidadão um dia procurará o sistema de saúde de alguma forma, assim, a lei não estaria, portanto, compelindo ninguém a comprar um seguro saúde, mas, simplesmente regulando um mercado que as pessoas já estão nele, pois, mais cedo ou mais tarde precisarão do sistema de saúde, assim, no máximo, estaria a lei antecipando uma relação jurídica que ocorreria de qualquer forma, ou seja, todos nós um dia recorreremos ao sistema de saúde.

Aduzindo-se, ainda, na defesa do *individual mandate*, que dezenas de bilhões de dólares não são cobertos pelos seguros saúde. Então, a lei simplesmente sancionaria aqueles que não comprem o seguro saúde, excetuando, ademais, aqueles que não podem comprar o seguro por dificuldades financeiras ou mesmo por questões religiosas.

Mesmo contra o argumento do precedente da clausula do comércio, é preciso lembrar que a corte já fez o chamado *overruling*³², a

30 Disponível em: <<http://news.yahoo.com/blogs/lookout/supreme-court-health-care-reform-case-expect-094452929.html>>.

31 “The conservative justices offer only one reason for thinking the distinction important. They say that if the Constitution permits Congress to make people buy insurance, then it permits Congress to make them buy anything it wishes. Why could Congress not make people buy electric cars to reduce pollution? Or join health clubs to improve the nation’s health? Or buy broccoli to keep broccoli prices high or because it is seen as healthy? All the conservative justices who participated in the oral argument pressed such questions. They said they could not uphold the insurance mandate unless they could find what they called a “limiting” principle and, they suggested, none can be found.”

32 “É importante levar em consideração que as cortes normalmente relutam em revogar as próprias decisões, pelas mesmas razões por que a doutrina do *stare decisis* mostra-se, ante de tudo, tão atraente: pela eficiência, imparcialidade e previsibilidade. Em coerência com a posição de não revogar precedentes, a corte prefere distinguir o precedente a partir dos fatos a revogá-lo quando a sua aplicação puder resultar em injustiça ou for indesejável. É mais comum que as cortes realizem a distinção do precedente a partir dos fatos, recusando-se a aplicá-lo, do que ter que encarar uma explícita revogação do precedente. Algumas vezes, uma corte vai implicitamente revogar decisões anteriores, o que exige uma leitura atenta e uma análise criteriosa para determinar se ela realmente agiu assim. Atos de revogação do precedente já foram até mesmo identificados em notas de rodapé de opiniões, embora, felizmente, isso seja raro. [...] Quando a Suprema Corte revogará o seu próprio precedente? [...]”

Mas, em termos de normas constitucionais, a ação do Congresso de desfazer a decisão da Corte não é possível. Isto porque o procedimento de emenda à Constituição é tão penoso, e foi exercido tão poucas vezes, que a própria corte assume o dever de corrigir erros judiciais ao interpretar ou aplicar direitos

superação do precedente judicial, ou seja, uma mudança na sua orientação jurisprudência no tocante a questões, por exemplo, como a possibilidade de doação ilimitadas de companhias para campanhas eleitorais. Aliás, essas mudanças de orientação vertidas nos antigos precedentes da Suprema Corte por sua atual composição é bastante criticada por Ronald Dworkin, que lança sua crítica principalmente ao que chama de “*Courts new Right-wing bloc*.”³³.

Dworkin critica a possibilidade da Suprema Corte poder considerar a lei inconstitucional, uma vez que, tanto o texto expresso da Constituição quando os precedentes dão suporte a lei³⁴. Afirmando que a lei é uma enorme conquista para a reforma do sistema de saúde. O debate que está lançado, aduz, diz respeito a extensão dos poderes do Congresso para regular uma atividade econômica, este seria, pois, o correto engradamento constitucional da questão trazida pelo *individual mandate*.³⁵

constitucionais, e isto tem sido feito quando necessário. Segundo, a Suprema Corte tem insistido em algumas considerações pragmáticas ou prudentes para revogar os seus próprios precedentes e tem indicado os seguintes fatores a considerar.”, Fine, Thomas. op. cit. P. 84.

- 33 DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The court's new right-wing bloc*. New York: NY Review of Books, 2008.
- 34 The plaintiffs have asked the Court to declare the Affordable Care Act unconstitutional. The political and social stakes are enormous. But the legal issues, most analysts think, are not really controversial: the Constitution's text, the Supreme Court's own precedents, and basic constitutional principle seem obviously to require upholding the act. Analysts at first predicted a 7–2 decision rejecting the challenge. But they apparently misjudged the dedication of the ultraconservative justices, whose questions in the oral argument have now convinced many commentators that on the contrary, in spite of text, precedent, and principle, the Court will declare the act unconstitutional in June, by a 5–4 vote. That prediction may be too swift. There is still reason to hope, as I discuss later, that Justice Anthony Kennedy, often the swing vote between liberals and ultraconservatives, will have sufficient respect for congressional authority to save the act.” Why the Mandate Is Constitutional: The Real Argument. New York Review of Books. . Disponível em:<<http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/may/10/why-mandate-constitutional-real-argument/>>.
- 35 “The prospect of an overruling is frightening. American health care is an unjust and expensive shambles; only a comprehensive national program can even begin to repair it. One in six Americans lacks any health insurance, and the uninsured of working age have a 40 percent higher risk of death than those who are privately insured. Insurance is often unavailable even for those willing and able to pay for it: according to the Government Accountability Office, an average of 19 percent of individual applications for insurance are declined for a variety of reasons including the applicant's being on a prescription medicine or being overweight. If the Court does declare the act unconstitutional, it would have ruled that Congress lacks the power to adopt what it thought the most effective, efficient, fair, and politically workable remedy—not because that national remedy would violate anyone's rights, or limit anyone's liberty in ways a state government could not, or be otherwise unfair, but for the sole reason that in the Court's opinion our constitution is a strict and arbitrary document that denies our national legislature the power to enact the only politically possible national program. If that opinion were right, we would have to accept that our eighteenth-century constitution is not the enduring marvel of statesmanship we suppose but an

Reforçar seu argumento no sentido de que o *individual mandate* está dentro da possibilidade de regulação do comércio *conferido* tanto pelo texto constitucional tanto pela teoria política que fundamenta a Constituição norte-americana³⁶.

O debate sobre se manutenção dos outros dispositivos da lei, caso caísse o clausula do mandato individual, foi objeto de intenso debate na oitava da Suprema Corte. Destarte, o terceiro dia de oitavas da corte foi para este questionamento. Pois, fosse considerado inconstitucional a clausula do mandato individual, haveria uma séria dúvida se as outras partes da lei também cairiam. *Os opositores da lei argumentam que a regra aqui é do tudo ou nada*³⁷. Que a reforma do sistema de saúde não faria sentido sem sua principal cláusula, que é a do mandato individual, não restando alternativa senão a derrubada, por inconstitucionalidade, da regra do mandato individual e, e por via de consequência, de todo o restante do diploma legal por “arrastamento”, em função das outras clausulas estarem diretamente relacionados com o coração da lei.

Já o Departamento de Justiça argumenta que outros dois outros pontos essenciais da lei ficariam insustentáveis. Como o que limita os prêmios de seguro pagos pelos segurados as seguradoras, tendo em conta a idade dos contratantes, por exemplo, e a clausula que obriga os planos a contratarem o seguro saúde no caso que a pessoa possua alguma doença preexistente. Não seria possível reduzir os custos se

anachronistic, crippling burden we cannot escape, a straitjacket that makes it impossible for us to achieve a just national society. NYReview of de books, op. cit.

36 The Constitution’s text gives Congress the power to “regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.” That provision cannot be read, just as a matter of what words mean, to make the distinction the conservative justices think crucial. A legislature certainly “regulates” behavior when it imposes taxes or conscripts armies or demands that we shovel snow off our sidewalks. A nation’s “commerce” is its overall system of economic transactions, and that includes its consumers’ decisions about what to buy or not to buy. The act regulates commerce by adopting a comprehensive structure of provisions and restrictions on health care distribution: it mandates insurance for all because otherwise that comprehensive structure cannot work.¹

The political theory that underlies the Constitution’s overall allocation of power between Congress and the states does not require the distinction between restricting and requiring activity either. The Constitution’s architects were guided by a principle that makes that distinction irrelevant: the principle that Congress should be assigned only those powers that could not effectively be reserved to the states. They believed that if the effects of a particular political decision would be felt only or mainly within a particular state, that decision should be left to that state because decisions by state officials would be more sensitive to local needs and local opinion. But if some issue could only sensibly be settled at the national level, like decisions about foreign trade or the terms of trade among citizens of different states, then the principle requires that Congress have the power to decide it

37 The petition for a writ of certiorari in No. 11-400 is granted limited to the issue of severability presented by Question 3 of the petition. The cases are consolidated and a total of 90 minutes is allotted for oral argument

caísse a regra que possibilitaria o alargamento dos riscos e custos, consequência direta da obrigação de todos contratarem o seguro saúde.

Já o argumento do lado dos que atacam a lei é que *não seria a "intenção do legislador"* manter o restante da lei sem a cláusula do mandato individual. Pois a maioria dos juízes considera a intenção do Congresso quando produziu a lei, pois não está explícito que partes da lei poderiam existir sem o mandato individual,

Outra questão levantada é sobre a expansão do *Medicaid* de baixo custo para todas pessoas em 2020 pelos estados federados, arguindo que isso seria de uma coerção da União sobre os estados. Uma vez que a lei espera acrescentar 16 milhões de novas pessoas ao *Medicaid* a partir de 2014. Quando alguém viver com menos de \$ 14.000 por ano será qualificado, atualmente os Estados decidem quem recebe *medicaid*, mas atualmente somente baixo numero de pessoas são qualificadas para o benefício.

Os 26 estados argumentam que esta clausula para o *medicaid* é espécie de coerção, uma vez que eles estão sendo forçados a gastarem dinheiro e concordar com os termos do governo federal. Contudo, nenhuma das cortes inferiores concordou com o argumento dos estados, que desafiam a lei em favor, pois a Suprema corte nunca derrubou um federal por exigir uma contrapartida nos gastos.

Quanto à jurisprudência da Suprema Corte sobre o Comércio interestadual, há uma razoável quantidade de casos que apontam na direção de que o legislador da União pode sim regular áreas de interesses quando estão envolvidas questões que superam o mero interesse do Estado, assim, os precedentes da Suprema Corte relacionadas ao comércio estadual no tocante a armas, trigos, marijuana e violência contra a mulher.³⁸

38 GOODWIN, LIS. The Supreme Court's health care reform case—What to expect. In <http://news.yahoo.com/blogs/lookout/supreme-court-health-care-reform-case-expect-094452929.html> Supreme Court Justices are not always bound by how it has ruled on laws in the past, but previous decisions are very important. As Stanford Law Professor Pam Karlan told Politico, the court precedents we're likely to see cited next week are about "wheat, dope, sex fiends and gun-toting teenagers." They also offer a window into how the Court has interpreted Congress' power to regulate interstate economic activity under the Commerce Clause in the past.

A helpful precedent for the government is the 1942 case *Wickard v. Filburn*, when the Court said wheat farmer Roscoe Filburn could not harvest wheat above the federal quota, which was set to keep prices high. Filburn argued that he was only using the excess wheat on his own farm, not selling it, but the Court countered that his extra wheat still affected the national market, since Filburn didn't have to buy wheat or set aside part of his quota for his own use.

Also potentially helpful to the government is *Gonzalez v. Raich*, when the Court ruled in 2005 that two women were not allowed to grow marijuana for their own use even though pot is legal in their state of California. Conservative Justice Antonin Scalia wrote that Congress can regulate even "noneconomic local activity if that

4 ATIVIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTEÇÃO JUDICIAL NA HISTORIA DA SUPREMA CORTE

O clima desse debate muito se aproxima do clima jurídico-político, - guardadas as devidas proporções, por óbvio, - da crise vivida entre a Suprema Corte e o Poder Executivo com a política *do New Deal*³⁹ na década de 30. Pois, à época, a Suprema Corte invalidou diversas leis propostas pelo Poder Executivo para sair da depressão causada pelo crise de 1929, iniciada com a queda da bolsa de NY.

Na época, adotando-se as ideias de Keynes sobre os gastos públicos, que, por si só, não seria um mal, mas, se esses gastos visassem investimentos, estes poderia alavancar a economia e contribuiria para que se saísse da depressão. Também uma discussão muito atual, sobretudo nos EUA e na Europa, que enfrentam sérios problemas de recessão e discutem com isso o papel do Estado no crescimento econômico, se, tão somente regulador da atividade econômica, ou teria, de outro lado, um papel proativo a ser desempenhado na economia.

Este confronto de teorias econômicas se dá também neste momento da historia norte-americana. Após duas guerras consecutivas, o déficit público se encontra no centro do debate da corrida presidencial em conjunto com outras questões econômicas, a exemplo da taxa de desemprego. Daí que, a intervenção do Estado em matéria econômica, como o sistema de saúde, traz a tona antigas discussões em torno do papel do Estado na econômica e na regulação da vida social.

Ligadas ao debate do controle de constitucionalidade, duas discussões permeiam essa questão no direito constitucional norte-americano. Dois debates que se correlacionam no tocante a forma de se interpretar a constituição, se de forma histórica, ou, de outro lado, se poder-se-ia fazer o que se convencionou chamar de “leitura moral da constituição”. Os primeiros cunhou-se a expressão “*interpretativistas*” e o segundos “*não interpretativistas*”.

Os primeiros, a grosso modo, defendem que a constituição deve ser lida tendo *em conta a vontade dos pais fundadores*, das pessoas que escreveram a constituição, deve-se perquirir, assim, qual o sentido que o legislador que escreveu a constituição queria dar aquele dispositivo que se quer ver interpretado.

regulation is a necessary part of a more general regulation of interstate commerce.” He argued that marijuana is always an “instant” away from the national market, and thus under Congress’ control

39 BRUCE Ackerman *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Os segundos, os não interpretativistas, comungam da tese de que não se tem como saber qual a vontade daqueles que escreveram a constituição, e que o resultado interpretativo atual somente pode ser conseguido tendo em conta as atuais condições interpretativas, o que, via de regra, pode conferir a uma determinada cláusula da constituição interpretação a ela dada no passado.

O outro debate diz respeito a duas concepções sobre o papel da jurisdição constitucional num regime democrático. Sobre a tensão natural entre o princípio da maioria, caracterizador do regime democrático e a defesa de direitos fundamentais, que estariam fora da discussão política e, conseqüentemente, indisponível para a maioria política. Essa relação dos dois princípios é diversamente concebida por duas escolas de pensamento. A concepção “procedimentalista” e a chamada de “substancialista”.

No tocante aos juristas da primeira escola, Sergio Moro destaca a lição de John Hart Ely⁴⁰, que, no seu “*Democracia e Desconfiança*”⁴¹, afirma que os órgãos eleitos da sociedade devem dirigir a política, e faz um discrimem importante, pois, quando o Poder Judiciário anula determinado ato dos poderes eleitos, esses podem corrigir essa anulação, produzindo um novo ato.

Contudo, quando esse ato é anulado pela jurisdição constitucional isso não é possível, uma vez que um novo ato resultaria em ato inconstitucional⁴². Daí a preocupação com a extensão de poderes aos

40 No primeiro caso, a jurisdição constitucional estaria legitimada a eliminar restrições às liberdades básicas, como a de expressão e a de acesso à informação, e aos direitos de participação, como o direito ao voto ou de ser eleito. Nessas hipóteses, não caberia a objeção democrática, uma vez que a atividade judicial teria por objetivo o incremento da democracia. Seria também temerário outorgar primazia, nessas matérias, a decisões tomadas pelos órgãos legislativos, pois haveria o risco de seus componentes procurarem obstaculizar o acesso de outros grupos ao poder político, impedindo mudanças que viessem em seu detrimento. P. Sergio Moro...

41 ELY, HART JOHN. *Democracia e Desconfiança*. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

42 “O segundo atrativo de uma abordagem interpretacionista, e o mais fundamental, advém das dificuldades óbvias que a abordagem oposta encontra ao tentar conciliar-se com a teoria democrática subjacente ao Estado norte-americano. É verdade que os Estados unidos não são governados como uma cidadezinha de interior, que segue as decisões do conselho municipal (E, mesmo entre cidadezinhas, poucas o são, na verdade). Mas a maioria das decisões importantes é tomada por nossos representantes eleitos (ou por pessoas que respondem perante eles). Os juízes, pelos menos os juízes federais – apesar de obviamente não desconsiderarem por completo a opinião popular –, não são eleitos nem reeleitos. “*Em última análise, nada pode diminuir a importância da função consignada na teoria e prática democrática ao processo eleitoral; nem se pode negar que o poder das instituições representativas (originárias do processo eleitoral) de formular cursos de ação política é a característica distintiva do sistema*”. O controle judicial de constitucionalidade choca-se com essa característica”. É claro que os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção

órgãos da jurisdição constitucional. Numa concepção minimalista de jurisdição constitucional, que prega, a grosso modo, que as decisões políticas fundamentais sejam tomadas pela maioria.

Advogam, pois, a tese de que, se uma decisão política foi tomada pelos órgãos representativos da soberania popular sem qualquer mácula do procedimento democrático, essa decisão deveria ser mantida pela jurisdição constitucional. O que, parece ser o caso aqui discutido, embora se tenha em conta a divisão política na votação da lei.

Por outro lado, os *substantialistas* defendem uma ideia muito parecida, mas acrescentam que, se essas decisões políticas tomadas pela maioria violarem direitos fundamentais, cabe legitimamente a jurisdição constitucional intervir no processo político, para preservação do sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição. Curiosamente, este é tese levantada pelos conservadores.

O que confirma a ideia de que ativismo judicial ou autocontenção judicial não está ligado diretamente a um pensamento conservador ou progressista. Pois, pode ser utilizado tanto por um como por outra escola de pensamento político.

Isso é confirmado pela própria história da Suprema Corte, que possui um histórico de decisões ligadas à defesa incondicional dos pressupostos do liberalismo econômico, essa fase histórica da Corte é conhecida como “*Era Lochner*”, conhecida por anular leis que interferiam na liberdade de contrato, em especial na diminuição de horas de trabalho

de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo – “os princípios fundamentais” da sociedade ou qualquer outra coisa –; mas, fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao judiciário para que a desenvolvesse. Há, evidentemente, uma diferença crítica: em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou a alteração pela lei ordinária. A Corte está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida. *Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à “correção” pelo processo legislativo ordinário.* Assim, eis a função central, do controle judicial, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: *um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleito pelo povo que eles não pode governar como desejam.* Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia. Seria interessante saber se existe uma alternativa melhor, mas a corrente mais comum do não interpretacionismo, que faz apelo a noções que não podem ser encontradas na Constituição nem, obviamente, nas decisões dos poderes políticos, *parece particularmente vulnerável à pecha de incompatibilidade com a teoria democrática.* Nos EUA, essa acusação tem relevância. Nossa sociedade desde o começo aceitou (e agora aceita quase instintivamente) a noção de que nossa forma de governo deve ser a democracia representativa.

dos trabalhares, afirmando, que, *o mercado é que deveria regular tais questões e não o legislador*⁴³.

Interessante aqui que, sob este ângulo e este precedente, a clausula do mandato individual estaria inquinada de inconstitucionalidade. Contudo, como visto, diversos precedentes e a doutrina advogam que a clausula do mandato individual se sustenta constitucionalmente no poder do governo central de regular o comércio interestadual.⁴⁴

A doutrina do liberalismo puro, que, seria o esteio da crítica ao mandato individual, teve limite com a depressão ocasionada pela crise de 1929, que gerou, *além da crise econômica, uma crise entre os ramos de poder nos Estados Unidos*, a crise entre o *Poder Executivo e o Poder Judiciário* que anulava as leis que procuravam superar o estado econômico que se encontravam os Estados Unidos na época⁴⁵.

43 “A Suprema Corte, dominada pela doutrina do liberalismo econômico, que predominava no pensamento político-econômico ao final do século XIX, passou a invalidar sistematicamente qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, o que atendia aos interesses das corporações comerciais e industriais em franca ascensão.

Essa fase histórica do constitucionalismo norte-americano ficou conhecida como a Era Lochner, devido ao caso Lochner v. New York, de 1905.

Neste, a Corte invalidou lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os empregadores de padaria, entendendo que o ato normativo interferia desrazoadamente na liberdade de contrato assegurada entre empregadores e empregados.

Toda a legislação de intervenção no domínio econômico deveria, no entender da Corte, ser submetida ao crivo do devido processo legal.” Moro, Sérgio. Op. Cit. p.102.

“Apesar do prestígio de Holmes, o posicionamento majoritário foi amplamente adotado em outros casos, gerando julgados como Adkins v. Children’s Hospital, de 1923, no qual foram invalidadas leis que estabeleciam salários mínimos para mulheres e crianças.

44 Wickard v. Filburn, 1942. Gibbons v. Ogden, 1824.

45 “Na década de 1930, a doutrina estabelecida em Lochner gerou a grave crise institucional, pois a corte invalidou medidas centrais do New Deal, do Presidente Franklin Roosevelt. A resposta de Roosevelt, *que chegou a declarar que era hora de salvar a Constituição da Corte*, foi o envio de projeto de lei que *lhe permitisse nomear um juiz adicional em todos os tribunais federais* (sem exceção, incluindo, portanto, a Suprema Corte) em que *magistrados com mais de 70 anos declinassem de pedir aposentadoria*. Tendo a Suprema Corte seis juízes com mais de 70 anos, era patente o desejo de interferir em sua composição.

O senado rejeitou o projeto. Roosevelt não saiu, contudo, derrotado, pois a Corte reviu seu posicionamento em 1937.”

“A mudança de entendimento não refletia apenas a pressão presidencial, mas também a evolução do pensamento jurídico desde a adoção da doutrina Lochner, bem como a crise do liberalismo econômico decorrente da depressão mundial que se seguiu a quebra da bolsa norte-americana em 1929.

Nebbia v. New York, de 1934, proferida muito antes da apresentação do projeto de Roosevelt, e West Coast Hotel Co. v. Parrish, de 1937, na qual a Corte reverteu o entendimento adotado em Adkins, refletem o novo posicionamento da Corte.

Segundo análise de Cass Susteín⁴⁶, o erro da Corte não foi sobrepor-se ao juízo das assembleias democráticas. Essa seria característica própria do judicial review.

O erro teria sido pressupor a existência de ordem natural inerentemente justa e independente da ação estatal. *Segundo tal concepção, a distribuição de riqueza existente é tida como algo natural. Qualquer intervenção governamental nessa ordem natural deve ser justificada. Exige-se que o Estado trate de forma imparcial os cidadãos, mesmo o rico e o pobre. Transferências de riqueza entre eles são tidas como desvios da neutralidade exigida do Estado. Tal concepção favorece a inércia governamental, que não precisa justificar-se, uma vez que propicia a manutenção do status quo, em detrimento da ação governamental, algo sempre excepcional. Assim, a ação do Estado em favor de determinado grupo social representaria uma violação do dever de imparcialidade imposto ao Estado, e como tal mereceria censura pela jurisdição constitucional.*

Tal constatação de Cass Susteín, trazida a baila por Sergio Moro contribui para o entendimento do debate em torno do *Health Care*, uma vez que os argumentos políticos utilizados, pró e contra a regulação, são muito próximos dos argumentos levantados nos embates jurídico-políticos da década de 30 do século passado. Sergio Moro assim leciona sobre o período:

*O New Deal representou, nos Estados Unidos, a mudança de tal concepção, uma verdadeira revolução constitucional, a partir da qual a intervenção do Estado no domínio econômico passa a ser vista não mais como excepcional, e o respeito a distribuição das riquezas passa a depender das razões que poderiam ser levantadas a seu favor. É a partir do New Deal que a propriedade privada e o mercado, antes vistos como algo natural e agora como produtos da lei, passam a ser submetidos ao controle democrático*⁴⁷

Se a fase conhecida como *Lochner* representou o ativismo judicial na sua versão conservadora, o ativismo judicial na sua versão liberal ficou conhecida como “Corte Warren”, principalmente através de decisões judiciais importante com a decisão que acabou com a segregação racial

46 SUSTEIN, Cass. R. *The Partial Constitution*. 3. ed. p. 45-62.

47 MORO, op. cit. P. 60.

nas escolas e uma importantíssima decisão sobre direitos dos acusados em processo judicial⁴⁸.

Voltando ao debate atual sobre o Health Care, especificamente sobre o problema do ativismo judicial, Obama fez uma crítica velada a possibilidade de derrubada da Lei pela Suprema Corte. Tal possibilidade, como se sabe é real em razão da maioria conservadora da Corte, indicada pelos últimos presidentes republicanos, que, em tese, possuiriam o pensamento da auto restrição, a priori, não invalidando diplomas normativas oriundos dos outros poderes, mormente o parlamento. Contudo, o alto conteúdo político da decisão pode, certamente, interferir no conteúdo da decisão.

5 A DISCUSSÃO POLITICA NO CASO HEALTH CARE

Esse conteúdo político diz respeito, principalmente, a característica de justiça distributiva da lei. Assim, a natureza redistributiva da Lei do Affordable act parece ser uma verdade incontestável. Daí certamente as críticas endereçadas pelos setores mais conservadores da sociedade americana. Esta perspectiva é compartilhada por Steven Rattner, que foi conselheiro do Secretário do Tesouro da Administração Obama⁴⁹.

48 A produção da Suprema Corte norte-americana durante a Corte Warren (1953-1969) é considerada a mais criativa de toda a sua história.

Trata-se de Corte ativista que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos. Em 1953, Earl Warren foi indicado Presidente da Suprema Corte norte-americana pelo Presidente Eisenhower. Nela atuou até 1969, sendo sucedido por Warren Burger, indicado pelo Presidente Nixon. *Brown v. Board of Education*, de 1954, na qual foi reputada inconstitucional a segregação racial então predominante nas escolas públicas no sul dos Estados Unidos, talvez seja a mais importante decisão da Corte de Warren. Ademais, ilustra a liderança de Warren.

49 RATTNER, STEVEN. Ducking the Crisis in Medicare. In New York Times, op. ed. 13.04.2012. *That's further complicated by the admirably redistributionist nature of the Obama law.* The preponderance of the Affordable Care Act's costs go toward extending insurance coverage to an estimated 30 million Americans making less than \$44,000 per year (or \$89,000 per year for a family of four), about 10 percent of the population.

Meanwhile, a hefty chunk of the new revenues comes from increased taxes on the earnings and other income (like dividends and interest) of affluent individuals, and an excise tax on employers offering so-called Cadillac health plans.

It's fine to ask the wealthiest to pay disproportionately for important social programs. But the top taxpayers, who are already on the hook for around \$260 billion of the law's costs, can't be expected to shoulder the entire \$1 trillion burden that would flow from intellectually honest accounting.

At a time of trillion-dollar deficits, new initiatives must be paid for in reality, not just the world of Washington arithmetic. The effort to curb Medicare costs must continue and accelerate — but all sides need to be more honest by counting these savings just once, not twice.

Em editorial publicado em 28 de março, o New York Times bem esquadrinho a questão do último dia de oitava na Suprema Corte, para o jornal, *estava claro a caráter ideológico das questões colocadas neste último dia, pois, elas deveriam ficar a cargo do legislativos federais e ou estaduais, e não questões de relevância constitucional que pudessem ser decididas por tribunais, na linha do precedente Caroline.*

Para o articulista, haveria razoabilidade das disposições que obrigam os estados a ampliarem o *medicaid*, posto que, não se trata de um escrutínio estrito a ensejar um controle de *constitucionalidade hard*, conforme lição de Ely, sobre o tema, posto, em ultima análise não envolveria discussão em torno dos direitos individuais, mas, sim, intervenção no domínio econômico e a relação da união com os estados membros da federação⁵⁰.

Para melhor compreensão da posição da Suprema Corte se faz necessário ter presente sua atual composição. Analisando as últimas

50 March 28, 2012 *Activism and the Roberts Court*

The ideological nature of the health care case was obvious on the last day of oral argument. By the time the proceedings were over, much of what the conservative justices said in court seemed like part of a politically driven exercise — especially because the issues *addressed on Wednesday* were not largely constitutional in nature. In fact, they were the kinds of policy questions that are properly left to Congress and state governments to answer, not the Supreme Court.

On Wednesday morning, *the court heard arguments* on the issue of “severability” — the question of what should happen with the rest of the 2,700-page statute if the requirement that most Americans obtain health insurance is struck down. The insurance mandate was effectively reduced to a bumper sticker by the opponents in their constitutional challenge, and the entire law reduced to little more than an appendage to the mandate.

“My approach would be to say that if you take the heart out of the statute, the statute’s gone,” Justice Antonin Scalia said, a position held by the law’s opponents, who want to demolish the whole thing. But H. Bartow Farr III, the lawyer appointed by the court to argue for upholding all other parts of the law if the mandate falls, showed how careless and wrong that view is. His presentation compellingly explained what Congress actually passed: a thoughtfully constructed, comprehensive solution to the enormous problems of insufficient insurance coverage and ever-mounting costs of health care.

As Mr. Farr made clear, the fate of the mandate should not determine the survival of the other elements of the law — like prohibiting insurers from denying coverage to people with pre-existing conditions or charging them higher fees — which can operate without the mandate.

Under general principles, courts must avoid nullifying more of a law than is necessary. Justice Anthony Kennedy suggested that it would be more extreme to preserve part of the statute than to strike down the whole thing because that would alter Congress’s intent. He could avoid this problem by upholding the mandate.

The last issue before the court was the law’s expansion of Medicaid, which will be financed mostly by federal funds. The challengers contend the expansion coerces them to cover more poor people and that the penalty for refusing to do so would be a cutoff of federal money.

This is a bizarre view that treats Medicaid, a voluntary federal-state partnership, as an affront to state sovereignty. There is no legitimate constitutional question on this issue. It is disturbing that the conservative justices seriously entertained the opponents’ argument

indicações para a Suprema Corte feita pelos presidentes republicanos, e a últimas composições na Suprema Corte, Ronald Dworkin procura explicar as consequências para a democracia norte-americana de uma guinada na jurisprudência constitucional à direita efetuada por uma Corte conservadora⁵¹. Aduz que a dominação da ala conservadora na Suprema Corte tem causado a superação de antigos precedentes da Corte, uma superação dos precedentes da Corte sem indicar claramente argumentos sólidos para isso⁵². Vaticinando algumas outras mudanças.⁵³

*Sua preocupação com as últimas indicações para da Suprema Corte é evidente.*⁵⁴, apontando os Justices que considera a ala conservadora, e aduzindo que a campanha eleitoral de 2008, vencida por Barack Obama, poderia levantar essas questões das nomeações que chama de

51 “The composition of the United States Supreme Court did not change from 1994, when President Bill Clinton appointed Justice Stephen Breyer, until 2005, when Chief Justice William Rehnquist died. This was the longest period of judicial continuity on the Court since 1823. Of the nine justices who worked together throughout that long period, only two – justices Ruth Ginsburg and Breyer – had been appointed by a Democratic president. But two of the Republican appointees – Justices John Paul Stevens and David Souter – had proved mainly liberal in their attitudes and decisions, and two others – justices Sandra Day O’Connor and Anthony Kennedy – while conservative on many issues, were nevertheless ready to defend important constitutional rights on several occasions. The remaining three Republican appointees – Chief Justice William Rehnquist and Justice Antonin Scalia and a Clarence Thomas – steadfastly defended the most conservative positions possible.

52 “The polarization was matched by revolutionary zeal: the new conservative phalanx overruled an amazing number of past decisions in that term, in many cases without admitting that they were doing so, and the legal quality of the arguments they offered in these cases was almost condescendingly poor. Chapter 3 describes the bad arguments on which they relied to overrule the Court’s very recent “partial-birth” abortion decision. Chapter 4 reviews the rest of the term’s revolutionary decisions, including reversals in the critical fields of racial integration, campaign financing, and religion.

53 *The court will decide many other crucial cases in the near future, including a case it has already heard (but, as writ this introduction, not yet decided) testing whether Congress and the president together have the constitutional power to prevent the detainees held at Guantánamo Bay from ever questioning in court the legality of their detention.*

54 *“Alito, Roberts, Scalia and Thomas are judges on a mission: to destroy the impressive constitutional structures that a long succession of prior justices built and shaped in the decades following the second World War, and to replace them with cruder principles that burden if not eliminate abortion rights, forbid any use of race-conscious policies to alleviate racial injustice, block any attempt to reduce the power of money in American politics, and allow the executive branch near-dictatorial powers in the so-called “war” against terror. The four justices do not represent the political instincts of most Americans nor do they accept the jurisprudence of most American Constitutional scholars. Nevertheless they are likely to dominate the Supreme Court for a generation. We are in that depressing position because right-wing political movements succeeded in making Supreme Court appointments a matter of cardinal importance to their constituencies while most other voters remained largely indifferent to those appointments. Can we change that imbalance of attention? Bush’s deplorable judicial appointments – not just to the Supreme Court but to the lower federal courts as well – may provide an opportunity for Democrats to make constitutional justice a political issue in the 2008 elections. Only if the public takes a greater interest and understands what is at stake can we stop future right-wings presidents from continuing to undermine our great constitutional traditions.*

“deploráveis” feitas por Bush, tanto para a Suprema Corte, tanto para os cargos de juízes federais. Essa mudança de rumo é uma percepção partilhada também por de Sergio Moro:

as sucessivas indicações de juízes conservadores por presidentes republicanos (Nixon, Reagan e Bush) culminaram por afastar a Suprema Corte do caminho iniciado por Warren.

E interessante, porém, notar que a maioria das decisões da Corte não foi revertida, fazendo ainda parte do Direito norte-americano.

Para tanto, contribuiu a permanência na Corte, mesmo após a retirada de Warren, de vários juízes liberais, bem como a popularidade de algumas de suas decisões e a progressiva dissipação da hostilidade contra outras menos populares.

Assim, apesar das indicações de juízes conservadores, destinadas a reversão da jurisprudência da Corte Warren, as conquistas permanecem em vigor. Todavia, tais indicações não propiciaram a extensão de algumas dessas conquistas, nem evolução significativa da linha jurisprudencial daquele corte.

De qualquer forma, está assegurado à Corte Warren, por suas decisões e sua influencia na jurisprudência e na doutrina norte-americanas, e mesmo mundial, um lugar no panteão das grandes cortes constitucionais.

O seu grande mérito foi ter a ousadia necessária para enfrentar os problemas constitucionais norte-americanos de seu tempo.

6 CONCLUSÃO

Por evidente uma declaração de inconstitucionalidade da lei teria efeitos diretos na campanha presidencial de 2012. Em entrevista, o Presidente Barack Obama foi claro no sentido de que *não crer que um grupo de pessoas não eleitas iria derrubar uma lei aprovada por uma maioria dos representantes do povo norte americano*, preferindo achar que a corte iria adotar a *posição de auto restrição*.

Tal declaração de Obama, no curso do debate eleitoral, jogou mais gasolina na fogueira. Um Juiz federal exigiu que Obama se retratasse, isso fez com que o presidente se utilizasse do procurador-geral, numa

carta dirigida a Suprema Corte, praticamente se explicando sobre os pontos do discurso do Presidente.

Embora Obama não tenha dito nada de novo no cenário político-jurídico de uma *democracia constitucional*, como a poder de revisão judicial dos atos dos outros ramos do governo, inaugurado em 1803, por Marshall, no precedente *Marbury v. Madison*, esse poder deve ser utilizado com temperamento, que, traduzido em linguagem constitucional, significa *autocontenção judicial*.

O clima de debate eleitoral fez com que as palavras de Barack Obama fossem entendidas como desafiadoras da supremacia judicial, que os republicanos utilizaram para imprimir o tom de que se Obama não cumpria a decisão da Suprema Corte fosse no sentido de que a lei violava a constituição.

Essa visão da influencia da decisão da Corte no ano eleitoral, aliada a análise, também compartilha em editorial de fevereiro deste ano, no NY Times⁵⁵ sobre a política e a Suprema Corte, podem conduzir, sob as atuais circunstâncias, *uma visão pessimista no tocante a decisão sobre a*

55 Politics and the Supreme Court. NY Times, 4 Feb, 2012.

The Supreme Court underscored its power to shape American life when it took major cases about the health care reform law, Arizona's anti-immigrant law and the Voting Rights Act in an election year. *But this is not simply a case of the court thrusting itself into politics.*

The way these cases developed and made their way to the highest court also illustrates the reverse — how politics shape the court. Each case grows out of a struggle between left and right where politics have pushed the law: between a quest for universal coverage and the defense of big health care providers; between an emphasis on openness and hostility toward immigrants; and between a promise of access to the voting booth made nearly 50 years ago and the unyielding opposition to keeping that promise.

[...]

When Lewis Powell Jr. energized conservatives by writing in 1971 that “the judiciary may be the most important instrument for social, economic and political change,” he was himself an incrementalist and expected others to be.

But the conservative legal battles of our modern times are being waged by the most powerful, often against the weak and oppressed. They began with a carefully planned and successful effort to reshape the courts to be sympathetic to conservative causes. *They are largely aimed at narrowing rights, not expanding them — except where property and guns are concerned.* And beginning with the Reagan administration, conservatives became impatient with the pace of change brought about from within the mainstream. They sought to remake law into a weapon of aggressive action.

The court's health care reform case arose from a decision by Judge Roger Vinson of Federal District Court in Pensacola, Fla., striking down the Affordable Care Act as unconstitutional. It demonstrates the enduring influence of the Reagan administration, which put a premium on picking judges who would carry out its ideology and on countering liberalism with pointed conservatism any way possible.

Besides nominating Judge Vinson and getting him confirmed by a Republican-controlled Senate, the Reagan Justice Department published conservative positions on states' rights and other issues in executive-branch opinions to promote them before courts took them seriously.

Citing conservative scholarship about the narrow meaning of the Constitution's commerce clause, *the Vinson opinion presents the Reagan view of economic liberty* — an idea that was judged faulty by established scholars during the Reagan era but now carries great influence.

The Bush administration revived this practice, which led directly to the Arizona case. *One of its most notorious opinions asserts the power of states “as sovereign entities” to crack down on illegal immigration even if the federal government has not delegated them that power. The author of the Arizona law cited the authority granted in the 2002 memo as a basis for it, and the memo underlies similar efforts in a growing list of other states.*

constitucionalidade do diploma legal que procura aliviar a carga de milhares de cidadãos norte americanos no tocante ao direito a saúde, que não possui *status constitucional*, mas, independente de constar ou não em diploma constitucional, é fundamental, para do desenvolvimento da pessoa.

Assim, nosso entendimento é de que a lei conhecida como Obamacare, não viola a Constituição e implementa uma reforma necessária para que um maior número de cidadãos tenha acesso a um direito básico, a saúde. Pois, o direito a saúde, juntamente com o direito a vida, é pressuposto para todos os outros. Direito que, felizmente, entre nós é expressamente consignado na Carta Política de 1988⁵⁶, o que não significa menos luta para implementá-lo, *mas não significa que estejamos ainda discutindo se uma geração pode e deve contribuir com outra num importante momento de suas vida*. A isso, se chama Justiça. Distributiva que seja. A virtude soberana, novamente, nas palavras de Dworkin⁵⁷.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The court's new right-wing bloc*. New York: NY Review of Books, 2008.

Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Harvard University Press.

Why the Mandate Is Constitutional: The Real Argument. New Yorker books Review.

The Reagan administration expressed its antipathy to the Voting Rights Act in politics and law — in its effort to persuade Congress not to strengthen the act in 1982, for example, though Congress did, and in a 1985 Supreme Court *test of the extension of the act that was passed*.

The case has defined the sides in many battles since about control of American democracy — between Democrats' interest in protecting minority voters and their representation and Republicans' insistence that the law is being misused to create racial quotas in government.

In 2009, the Supreme Court ducked ruling on the constitutionality of the Voting Rights Act in an opinion by Chief Justice John Roberts Jr. that nonetheless laid out arguments for its unconstitutionality. The opinion is widely read as a warning that the law is vulnerable to being struck down by the conservative court.

The political influences on these major cases are important by themselves, but also as a reminder that the makeup of the court for the next generation, and thus the law's direction, are likely to be determined by the 2012 election

56 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

57 DWORKIN, R. Sovereign Virtue: *The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press.

ELY, Hart John. *Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni. *Introdução ao sistema Jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

JOYCE, Philip G. *The Congressional Budget Office. Honest Numbers, Power, and Policymaking*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2011.

LANDER, Mark. President Confident Health Law Will Stand' New York Times, April 2, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

NY Times, 28 de abril, 2012. Opinion.

RAWLS, John. *The Law of Peoples*. With “the idea of public reason revisited”. Cambridge: Harvard University press, 2001, p. 132.

SHAW, Greg. *The Healthcare Debate - Historical Guides to Controversial Issues in merica*.

TANER, D. Michael. *Bad Medicine. A guide to real costs and consequences of the new health care law*. Disponível em: <<http://www.cato.org.br>>.



ACOMPETÊNCIADISCRICIONÁRIADASUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*THE DISCRETIONARY JURISDICTION OF THE SUPREME COURT OF THE
UNITED STATES OF AMERICA*

Sergio Costa Silva

Procurador Federal

Chefe da Seção de Contencioso da PSF/NRI

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da doutrina do *stare decisis* e do papel dos precedentes no direito consuetudinário; 2 Da necessidade de limitar o volume de questões submetidas à Suprema Corte; 3 Da competência da Suprema Corte; 4 Da Discretionary jurisdiction e da mandatory jurisdiction; 5 Da discretionary jurisdiction e da adequada fundamentação das decisões da Suprema Corte; 6 Da competência obrigatória da Suprema Corte e da sua retração no sistema jurídico estadunidense; 7 Conclusão; referências

RESUMO: O presente artigo visa analisar a *discretionary jurisdiction* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, enquanto instituto vocacionado para a racionalização dos trabalhos daquela Corte. Para tanto, busca contextualizar a função da Suprema Corte na criação do direito nos Estados Unidos, trazendo um retrato descritivo do direito consuetudinário. A partir dessa contextualização, passa-se a fundamentar a necessidade da adoção de mecanismos visando limitar o número de casos julgados pela Corte. Segue o estudo com o exame da competência daquele tribunal, bem como o estabelecimento dos contornos da *discretionary jurisdiction*, extremando-a da competência obrigatória. Aborda o artigo a eficácia da *discretionary jurisdiction* na consecução de seus objetivos, prosseguindo o estudo no sentido da análise da política legislativa e judiciária no sentido da retração da competência obrigatória da Corte Suprema. Finalmente, o artigo busca identificar, na evolução histórica do instituto e na sua progressiva expansão uma tendência, não só no sentido de restringir e racionalizar o acesso à Suprema Corte, mas também de deixar a cargo da mesma a definição dos casos relevantes.

PALAVRAS-CHAVE: Suprema Corte. Competência Discricionária. *Writ of certiorari*. Recurso. Processo Constitucional.

ABSTRACT: This paper analyzes the discretionary jurisdiction of the Supreme Court of the United States of America as an institute devoted to streamlining the work of that Court. Therefore, it seeks to contextualize the role of the Supreme Court in the creation of law in the United States, bringing a descriptive portrait of common law. From this context, the paper motivates the need for the adoption of mechanisms to limit the number of cases tried by the Court. The study follows by examining the jurisdiction of that court, and establish the contours of the discretionary jurisdiction, opposing it to the mandatory jurisdiction. The article discusses the effectiveness of discretionary jurisdiction in achieving their goals, continuing the study towards the analysis of legislative and judicial policy towards the retraction of the mandatory jurisdiction of the Supreme Court. Finally, the article seeks to identify, in the historical evolution of the institute and its progressive expansion, a trend, not only to restrict and streamline access to the Supreme Court, but also to leave to the Court the definition of relevant cases.

KEYWORDS: Supreme Court. Discretionary jurisdiction. Writ of Certiorari. Appeal. Constitutional Process.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações do Direito Constitucional e do Direito Processual contemporâneos é aquela ligada ao volume excessivo de recursos e ações dirigidas às Cortes Constitucionais, inviabilizando, em alguns casos, o adequado exercício da missão para a qual foram concebidas.

O mecanismo da *discretionary jurisdiction*, empregado nos Estados Unidos da América do Norte, foi a maneira encontrada por aquele País para lidar com esse problema.

O presente trabalho objetiva, sem a pretensão de esgotar o tema ou, quiçá, de aprofundar o estudo de algum de seus aspectos, trazer o mesmo a debate, bem como buscar identificar um sentido na evolução histórica do instituto.

A análise de tal mecanismo pressupõe, inicialmente, uma indagação acerca da necessidade de se limitar o acesso à Suprema Corte americana. Para tal, é preciso identificar o papel desempenhado pela Corte e seus precedentes no direito estadunidense para, depois, e a partir de tal contextualização, identificar a necessidade ou não de tal limitação.

Identificada a necessidade do estabelecimento de filtros de acesso à mais alta Corte dos Estados Unidos, mister se faz traçar os contornos do filtro lá utilizado e, a partir de tal traçado, averiguar a eficácia do instituto no que tange à consecução de seus objetivos, bem como tentar visualizar um padrão na evolução histórica do mesmo, de modo a identificar as tendências do pensamento institucional estadunidense a respeito do tema.

1 DA DOCTRINA DO *STARE DECISIS* E DO PAPEL DOS PRECEDENTES NO DIREITO CONSUETUDINÁRIO

Os Estados Unidos da América, em razão da colonização britânica, herdaram da Inglaterra o modelo da *common law*¹. Com efeito, após a revolução americana, fazia-se necessária a escolha do sistema jurídico a ser adotado na nova nação, sendo natural, desse modo, a incorporação do sistema adotado pela antiga metrópole. Nesse sentido, relata GILMORE²:

1 CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.128.

2 GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [ca. 1978]. p.30-31.

O Direito inglês era o único sobre o qual os juristas americanos pós-Revolução conheciam alguma coisa.

[...]

Por mais conscientes que os juristas americanos pudessem estar da necessidade de se começar tudo de novo, não se podia improvisar um sistema jurídico da noite para o dia.

[...]

O Direito americano tinha que ser baseado no Direito inglês, em certo sentido e até determinado ponto.

Assim, os Estados Unidos adotaram, embora adaptando-o³ em razão das peculiaridades do novo País, o *common law*.

Trata-se, com efeito, de sistema no qual se destaca o papel dos precedentes enquanto fonte do direito. Naquele sistema, ao contrário do que ocorre nos sistemas de direito codificado, o papel da jurisdição não é tão somente o de dizer o direito para o caso concreto, mas o de dizer o direito com força vinculante, de modo a ser aplicado a casos futuros e semelhantes.

Os direito americano classifica suas fontes em duas categoria: *primary authority*⁴ e *secondary authority*⁵. A primeira pode ser compreendida como sendo o direito propriamente dito. A segunda é composta pelos trabalhos que têm por escopo explicar o direito. Os precedentes, no sistema do *common law*, integram o primeiro grupo.

A propósito do papel dos precedentes no sistema jurídico estadunidense, vale trazer à tona a seguinte e precisa lição, oriunda de autorizada pena⁶:

3 Referindo-se ao momento histórico de formação do direito americano, afirma FRIEDMAN: "The common law would have to be Americanized, of course". FRIEDMAN, Lawrence M. A history of American Law. 3rd.Ed. New York: Touchstone, 2005. p.67.

4 O *Black's Law Dictionary* define da seguinte maneira: "Authority that issues directly from a law making body; legislation and the reports of litigated cases". BLACK'S Law Dictionary. 8th Ed. [S.L.]: Thomson West, 2007. p.143.

5 Para o *Black's Law Dictionary*: "Authority that explains the law but does not itself establish it [...]". op.cit. p.143.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo*, São Paulo, v.155, p.117, jan.2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

[...] ainda que a Suprema Corte se esteja pronunciando em processo pendente entre A e B, a tese jurídica por ela enunciada torna-se desde logo, sem qualquer formalidade específica, vinculativa *erga omnes* e obrigatoriamente aplicável aos futuros litígios para cuja solução se mostre relevante a tese jurídica adotada [...].

Com efeito, a essência do *common law* está na doutrina do *stare decisis*, segundo a qual as decisões judiciais anteriores são de observância obrigatória para casos semelhantes que se apresentem no futuro (efeito vinculante, ou, no inglês, *binding effect*). Para o *Black's Law Dictionary*, pode-se conceituar o *stare decisis* como “*the doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation*”⁷.

Vale ressaltar que a Suprema Corte, por ser a Corte de maior hierarquia, produz precedentes que vinculam *todos* os tribunais daquele País, conferindo unidade ao ordenamento jurídico, bem como à própria federação.

2 DA NECESSIDADE DE LIMITAR O VOLUME DE QUESTÕES SUBMETIDAS À SUPREMA CORTE

A saturação dos tribunais em todo o mundo⁸, comprometendo a qualidade dos julgados, bem como a celeridade da prestação jurisdicional, faz surgir a necessidade da adoção de mecanismos buscando selecionar os casos a ser julgados pelas Cortes Constitucionais, submentendo-se ao seu crivo somente os litígios tidos como de maior repercussão, os quais serão objeto de sua análise e exaustivo debate.

No caso do sistema jurídico norte-americano, por ser o mesmo baseado no *common law* (embora com mitigações), ganha relevo a função da Suprema Corte americana de dizer o direito, não apenas para o caso concreto, mas para todos os litígios semelhantes que venham a se apresentar. Isso se dá através da adoção de precedentes com efeito

7 op.cit. p.1443.

8 A respeito da problemática do excesso de processos no Supremo Tribunal Federal, no Brasil, salienta Flávia Pereira Ribeiro que “tal sobrecarga não permite o exame acurado das questões que são levantadas, tampouco o debate do colegiado. A saturação compromete não só a qualidade dos julgados, como também a imagem da Corte Suprema: a interpretação final da Constituição Federal (LGL 1988\3) não está na mão dos Ministros, mas na de seus assessores”. RIBEIRO, Flávia Pereira. A repercussão-geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.197, p.447, jul.2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

vinculante, os quais são de observância obrigatória por todas as Cortes daquele País.

A natureza do trabalho da Suprema Corte, que envolve dizer o direito aplicável em todo o território dos Estados Unidos, é incompatível com a obrigatoriedade da mesma julgar cada um dos milhares de recursos que são a ela submetidos anualmente. A missão de tal Corte exige que cada processo a ser julgado, tendo em vista o caráter geral da decisão a ser proferida, seja analisado detidamente, submetido a debates orais, debatido e julgado através de decisão clara e extensamente fundamentada.

Atendendo a essa necessidade, assim como, posteriormente, no Brasil, adotou-se o filtro da repercussão geral como forma de desonerar o Supremo Tribunal Federal da carga excessiva de recursos a ele dirigidos, nos Estados Unidos da América, em 1891, uma lei denominada Evarts Act, reorganizou o sistema judiciário federal e introduziu no ordenamento norte-americano a chamada *discretionary jurisdiction*.⁹

3 DA COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América é o Tribunal de maior hierarquia no sistema judiciário estadunidense. Ao contrário do que ocorre com as demais Cortes Federais, cuja instituição pelo Congresso Nacional é autorizada pela Constituição, a Suprema Corte tem assento constitucional no Artigo III, Seção 1, da Constituição Americana, a qual assim estabelece:

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.

Sua competência pode ser classificada em competência originária (*original jurisdiction*) e competência recursal (*appellate jurisdiction*). Na primeira, “a Constituição dá à Corte Suprema competência sobre certas classes especificadas de casos como um tribunal de julgamento inicial”¹⁰. Na derradeira, atribui-se à Suprema Corte competência para rever decisões de Cortes inferiores.

9 PINTO, Valentina Mellho Ferreira. A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p.113, set.2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

10 BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p.25.

Na competência originária, assim, as demandas são levadas diretamente à Corte. As hipóteses de tal competência são previstas expressamente na Constituição, não cabendo ao Congresso alterá-las¹¹. O Artigo III, Seção 2, da Constituição Americana, as enumera nos seguintes termos:

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction.

Dentre as demandas de competência originária da Suprema Corte, aquelas envolvendo disputas entre dois estados são de competência exclusiva desta, ao passo que as demais podem ser julgadas por um Tribunal Distrital. Nesse sentido, vale trazer à tona a lição de BAUM¹²:

As disputas entre dois estados só podem ser julgadas pela Corte Suprema. Outros casos da competência original da Corte podem ser julgados alternativamente por um tribunal distrital.

A competência recursal, por sua vez, abrange casos oriundos das Cortes Federais, bem como de Cortes Estaduais. Neste último caso, a demanda deve envolver questão pertinente a norma jurídica federal (Constituição ou lei federal), e a Suprema Corte apreciará tão somente a questão federal, não examinando questão estadual acaso existente¹³.

11 "Congress is not allowed to add to the Supreme Court's original jurisdiction. Therefore, there is no mystery in defining the Supreme Court's original jurisdiction as it is clearly stated in Article III, Section 2 of the Constitution". PINTO, Valentina Mellho Ferreira. A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.187, p.113, set.2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

12 op.cit. p.25.

13 Nesse ponto, BAUM esclarece que "podem ir casos para a Corte Suprema depois de decisões das cortes supremas estaduais quando envolvem reclamações de acordo com leis federais ou com a Constituição. Mais precisamente: um caso pode vir à Corte vindo do mais alto tribunal estadual com poder de julgá-lo. [...]".

[...] os casos levados à Justiça com base em leis estaduais, de modo a serem julgados num tribunal estadual, contém, frequentemente, também, questões pertinentes a leis federais. [...] Então, a Corte tem o poder de decidir somente a respeito da questão federal, não a respeito das questões do âmbito das leis estaduais envolvidas no caso". *Ibidem*. p.25-26.

4 DA DISCRETIONARY JURISDICTION E DA MANDATORY JURISDICTION

Segundo BAUM¹⁴, a competência da Suprema Corte se divide, ainda, em competência facultativa (*Discretionary jurisdiction*) e competência obrigatória (*mandatory jurisdiction*). O mencionado autor traça a distinção da seguinte forma¹⁵:

Na maior parte das vezes, os casos levados à consideração da Corte se situam sob sua competência facultativa. Eles chegam à Corte na forma de pedido de carta requisitória, um instrumento legal pelo qual a Corte requisita um caso para decisão. Algumas classes de casos oriundos de tribunais inferiores se situam sob a competência obrigatória da Corte: a Corte tem de decidí-los. Estes casos são levados à Corte como “apelações”.

Com efeito, em se tratando de competência discricionária, a parte interessada dirigirá à Corte uma petição, chamada *certiorari petition*¹⁶, solicitando o exame do mérito de sua ação. Em sendo admitido, em decisão não fundamentada, por um quorum mínimo de quatro Juízes, a Suprema Corte avocará o exame da matéria¹⁷.

A competência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é, via de regra, discricionária. Isso significa dizer que a Corte decide, discricionariamente, se apreciará ou não cada demanda que lhe é submetida, não havendo que se falar em direito subjetivo das partes ao exame de seu pleito pela Corte Suprema. Consoante MEADOR *apud* BENETI¹⁸:

Com exceções menores, a jurisdição da Corte é discricionária. Os litigantes pedem à Corte o writ de Certiorari, solicitando, de fato, à Corte, que ouça e decida um caso no mérito. A Corte, então, na sua

14 Ibidem. p.26.

15 Ibidem. p.26.

16 O *Black's Law Dictionary* define da seguinte forma o termo *certiorari petition*: “A petition seeking discretionary review from an appellate court”. BLACK’S Law Dictionary. 8th Ed. [S.l.]: Thomson West, 2007. p.1182.

17 Nesse sentido, MELLO define *certiorari* como “recurso [...] hoje praticamente restrito à Suprema Corte americana que, após analisar a argumentação de relevância da questão federal, decide, sem fundamentação, se aceita ou não avocar a si o processo para confirmar ou revogar a sentença recorrida”. MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico: português – inglês – português. 7.Ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998. p.273.

18 BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.695, p.270, set.1993. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

discrição, decide se o faz. Nesse processo a Corte emprega a “regra dos quatro”. Se quatro dos nove Juízes desejam conceder o *Writ de Certiorari*, o caso será levado à decisão. De outro modo, o *Certiorari* é denegado, e a decisão da Corte inferior é deixada em vigor.

No caso da jurisdição obrigatória, as demandas são levadas à Corte por meio de recurso denominado, em inglês, *appeal*, recurso esse que, ao contrário do *writ of certiorari*, é de julgamento obrigatório pela Corte Suprema.

5 DA DISCRETIONARY JURISDICTION E DA ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE

Ao abordar a função desempenhada por mecanismos de contenção semelhantes ao *writ of certiorari*, de restringir o número de recursos julgados pela Corte Suprema, limitando-se a atuação da mesma aos casos de maior repercussão, o Ministro CEZAR PELUSO, após salientar que “a repercussão geral foi concebida, sob clara inspiração do *writ of certiorari* norte-americano”¹⁹, conclui:

Assim, o instituto da repercussão geral tem o propósito de assegurar que a Corte Suprema brasileira, desafogada dos mais de 100.000 recursos que lhe eram dirigidos anualmente, possa debruçar-se com mais acuidade sobre os casos de reconhecido impacto sobre a sociedade como um todo²⁰.

No caso norte-americano, quando uma questão é levada à Corte por um litigante, abre-se à mesma três alternativas²¹. A primeira delas é não conhecer do recurso. A segunda alternativa é conhecer do mesmo, admitindo a argumentação oral, para então proferir decisão de mérito completa e fundamentada. Na terceira alternativa, a Suprema Corte decide sumariamente o caso, sem argumentação oral e sem fundamentação, em decisão denominada *per curiam*²² (a qual é assinada

19 PELUSO, Cezar. Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das Supremas Cortes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v.54, p.325, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

20 Ibidem.

21 Cf. BAUM. op.cit. p.139.

22 O *Black's Law Dictionary* define da seguinte forma o termo *per curiam opinion*: “An opinion handed down by an appellate court without identifying the individual judge who wrote the opinion. – Sometimes shortened to *per curiam*”. Op.Cit. p.1125.

pela Corte, sem identificação do Juiz). Nesse último caso, haverá, tão somente, menção à manutenção ou reforma da decisão *a quo*, sem indicação das razões de decidir.

Consoante COSTA, “as estatísticas demonstram que de mais de 4.000 recursos que ali chegam 3.700 não são conhecidos, sobrando perto de 300 casos”²³. O mesmo autor ressalta que desses 300 casos, metade é objeto de julgamento sumário²⁴. Porém, esclarece o autor, os 150 restantes são cuidadosamente debatidos e completamente motivados. Nesse ponto, vale trazer à tona o que leciona o mencionado doutrinador²⁵:

Cerca de 150 julgamentos são, porém completamente, motivados, sendo que os chamados *leading cases* são grandemente fundamentados e a matéria cuidadosamente debatida, no acórdão e nos votos vencidos²⁶.

Tal estatística demonstra a eficiência do procedimento do *writ of certiorari* em assegurar o adequado tratamento dos casos tidos como relevantes pela Suprema Corte estadunidense. Esse mecanismo, que, segundo BENETI, é “essencial à sobrevivência da Corte, de modo a impedir o acúmulo de grande número de processos inúteis”²⁷, permite ao Tribunal lidar com o volume de recursos que lhe são submetidos sem sacrificar o debate e a adequada fundamentação daqueles casos de maior impacto.

6 DA COMPETÊNCIA OBRIGATÓRIA DA SUPREMA CORTE E DA SUA RETRAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO ESTADUNIDENSE

Ao lado da *discretionary jurisdiction*, há hipóteses de competência obrigatória da Suprema Corte americana. Tais hipóteses são exceções,

23 COSTA, Luis Antonio Severo da. Técnicas de Julgamento na Suprema Corte Norte-Americana e na Corte de Cassação Francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 662, p.229, dez.1990. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

24 Ibidem.

25 Ibidem.

26 No mesmo sentido, Dínio de Santis Garcia afirma que a Suprema Corte americana “[...] recebe cerca de 4.000 causas anualmente, mas, graças ao poder discricionário que tem de selecionar as que vai decidir, retém para exame apenas cerca de 350 processos, dos quais perto de metade são decididos sumariamente através de uma sentença *per curiam*, com simples referência a um precedente”. GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.734, p.40, dez.1996. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012

27 BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p.270, set. 1993. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

sendo certo que, “na maior parte das vezes, os casos levados à consideração da Corte se situam sob sua competência facultativa”²⁸.

A Seção 1252, do título 28, do United States Code (28 U.S.C. § 1252, no sistema de citação estadunidense) elencava matérias de competência recursal obrigatória da Suprema Corte. Tais matérias eram submetidas à Suprema Corte não por meio da *certiorari petition*, mas por meio do recurso denominado *appeal*, que, por lei, a Corte seria obrigada a julgar²⁹.

Tal Seção, no entanto, foi revogada em 27 de junho de 1988 pelo chamado *Supreme Court Case Selections Act*³⁰, a qual eliminou hipóteses de jurisdição obrigatória da Corte³¹, fazendo com que tais ações passassem a integrar o conjunto de casos sujeitos à *discretionary jurisdiction*.

Assim, grande parte dos casos que, anteriormente, poderiam ser submetidos à Suprema Corte por intermédio do recurso denominado *appeal*, de julgamento obrigatório pela corte, passam a se submeter ao procedimento do *writ of certiorari*.

A *ratio* da revogação é a inconveniência de ter enumeradas, em abstrato, questões que devam ser julgadas pela Corte Suprema. Com efeito, o juízo de relevância dos casos levados à Corte deve ser feito em concreto, e no cotejo com as demais demandas a ela submetidas. Nesse sentido, esclarece SIEGEL³²:

And however important the issue might have seemed on its face, measured only against itself and with no other cases to compete with, it was, far more often than not, a much less important one when set in competition with the other huddled masses seeking the attention of the Supreme Court. How important it was would have to be judged in context, and under § 1252 the Supreme Court was denied the power to make that judgment. The repeal of § 1252 confers that power. The Court will now determine for itself

28 BAUM, op. cit., p.26.

29 Ibidem. p.141.

30 UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 100-352, June 27, 1988. Disponível em: <Westlaw Database>. Acesso em: 15 abr. 2012.

31 “In 1988, Congress finally eliminated almost the Court’s entire mandatory jurisdiction, constraining it to matters of statutory right”. PINTO, Valentina Mellho Ferreira. A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal’s general repercussion requisite in Brazil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p.113, set.2010. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2012.

32 SIEGEL, David D. Commentary on 1988 repeal of Section 1252. In: _____ *United States Code Annotated*. Disponível em: Westlaw Database. Acesso em: 15 abr. 2012.

whether a case in the repealed category is important enough to merit its attention.

Vale ressaltar que, mesmo antes da revogação, a Corte utilizava o mecanismo da decisão sumária, de modo a evitar que o excesso de casos tidos como sendo de menor importância inviabilizasse o adequado julgamento daqueles selecionados para tal. Nesse sentido, em obra anterior ao *Supreme Court Case Selections Act*, lecionava BAUM³³:

Os casos classificados como apelações tomariam grande parte do tempo da Corte se todos eles fossem, realmente, decididos, recebessem tratamento completo ou não. Os juízes consideraram muitos deles como não merecedores daquele tempo, por causa da falta de importância das questões envolvidas neles. Em consequência, a Corte usa o artifício da decisão sumária para contornar a exigência legal de que as apelações devem ser julgadas. [...] uma pesquisa sobre os períodos de 1971 a 1973 verificou que mais de 70 por cento de todas as apelações foram descartadas através de rejeição ou confirmação sumária.

Observa-se, assim, que seja por meio da reforma legislativa implementada em 27 de junho de 1988, seja por meio do tratamento que a Suprema Corte vinha dando aos casos de competência obrigatória, existe uma tendência, tanto legislativa quanto da própria Corte de, em primeiro lugar, restringir o volume de casos julgados pela mesma, e, em segundo lugar, eliminar do ordenamento as hipóteses estabelecidas previamente e em abstrato de competência da Suprema Corte.

7 CONCLUSÃO

Em todo o mundo, verifica-se a necessidade da adoção de filtros destinados a limitar o volume de questões submetidas às Cortes Supremas. Nos Estados Unidos da América, essa necessidade já é sentida desde o século XVIII, o que levou o Congresso a editar, em 1891, uma lei denominada Evarts Act, que reorganizou o sistema judiciário federal e implementou a chamada *discretionary jurisdiction*.

Na *discretionary jurisdiction*, ou competência discricionária ou facultativa, a Suprema Corte decide, discricionariamente, e sem necessidade de fundamentação, as questões que irá ou não julgar, sendo

33 BAUM, op.cit. p.141.

necessário o voto de quatro Juízes para que a questão seja submetida a julgamento.

As questões são submetidas à Suprema Corte por meio de uma petição denominada *certiorari petition*, na qual a parte interessada pede à Corte que aprecie o caso que ora lhe submete. Não há direito subjetivo a essa apreciação.

Ao contrário, na competência obrigatória, as demandas são levadas à Corte através de recurso denominado *appeal*, o qual deve obrigatoriamente ser julgado. As ações sujeitas à competência obrigatória da Suprema Corte, contudo, representam um volume de pequena importância, sendo certo que a maior parte das matérias submetidas à Corte integram sua competência facultativa.

Para receber um *certiorari petition*, a Suprema Corte pode rejeitá-la, deixando de julgar o caso, julgar o caso sumariamente ou julgá-lo com argumentação oral e decisão exaustivamente fundamentada. Na hipótese de julgamento sumário, não há que se falar em sustentação oral e nem em decisão fundamentada, havendo, tão somente, uma decisão *per curiam* no sentido do provimento ou improvimento do recurso.

As estatísticas demonstram que o *writ of certiorari* alcança seu objetivo no sentido de limitar o número de demandas julgadas pela Suprema Corte, viabilizando um amplo debate e uma extensa fundamentação nos casos efetivamente julgados pela mesma. A eficácia do mecanismo é, também, corroborada pela progressiva expansão da competência discricionária da Corte.

Com efeito, em 27 de junho de 1988, o Congresso americano, por meio do Public Law 100-352, excluiu do ordenamento a maior parte das hipóteses de competência obrigatória. Tal exclusão revela o entendimento de que seria inconveniente ter enumeradas, em abstrato, questões que devam ser julgadas pela Corte Suprema. Com efeito, o juízo de relevância dos casos levados à Corte deve ser feito em concreto, e no cotejo com as demais demandas a ela submetidas.

Por outro lado, mesmo antes da revogação, os Juízes contornavam a competência obrigatória utilizando o mecanismo da decisão sumária. Entendiam eles que muitos desses casos não seriam relevantes a ponto de justificar a atuação da Suprema Corte.

O fato é que, antes de 1891, só se podia falar em competência obrigatória da Suprema Corte americana³⁴. Por razões de celeridade e eficiência, em 1891 introduziu-se no ordenamento estadunidense a

34 PINTO, Valentina Mellho Ferreira. A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.187, p.113, set.2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

discretionary jurisdiction e o *writ of certiorari*. Posteriormente, em 1988, o Congresso suprimiu a maioria das hipóteses de competência obrigatória, passando a mesma a ser de incidência excepcionalíssima. Mas mesmo antes dessa supressão, a Suprema Corte a contornava por meio das decisões sumárias.

Essa linha evolutiva revela uma tendência, tanto do legislador estadunidense, quanto da própria Suprema Corte, de restringir o acesso à Corte, propiciando, assim, um funcionamento mais eficiente da mesma, bem como julgamentos melhor fundamentados dos casos que ela decidiu, discricionariamente, julgar.

Por outro lado, ela demonstra que vem encontrando eco nas políticas legislativa e judiciária o entendimento segundo o qual a limitação e controle do acesso à Corte mais alta daquele País não deve ficar a cargo do legislador, mas sim do próprio Judiciário.

Tal pensamento é permeado pela visão de que a definição da relevância de um caso não deve ser feita previamente em uma norma legislativa abstrata, mas sim em concreto, dentro do universo de questões submetidas à Corte e no cotejo com as demais *certiorari petitions* apresentadas.

REFERÊNCIAS

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 695, p. 270, set. 1993. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

BLACK's Law Dictionary. 8th Ed. [S.l.]: Thomson West, 2007.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Luis Antonio Severo da. Técnicas de Julgamento na Suprema Corte Norte-Americana e na Corte de Cassação Francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 662, p. 229, dez. 1990. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American Law*. 3rd. ed. New York: Touchstone, 2005.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 734, p. 40, dez. 1996. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

GIMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Tradução de A. B Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [ca. 1978].

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico: português – inglês – português*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 155, p. 117, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

PELUSO, Cezar. Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das Supremas Cortes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 54, p. 325, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

PINTO, Valentina Mellho Ferreira. A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 113, set. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

RIBEIRO, Flávia Pereira. A repercussão-geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 197, p. 447, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

SIEGEL, David D. Commentary on 1988 repeal of Section 1252. In: _____ *United States Code Annotated*. Disponível em: Westlaw Database. Acesso em: 15 abr. 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 100-352, June 27, 1988. Disponível em: Westlaw Database. Acesso em: 15 abr. 2012.



O JÚRI NA SISTEMÁTICA JURÍDICA NORTE-AMERICANA

THE JURY IN NORTH AMERICAN LEGAL SYSTEMATICS

Tania Nigri

*Especialista em Direito de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica/RJ e
mestre em Direito de Empresas pela Universidade Gama Filho/RJ. Procuradora do
Banco Central do Brasil em São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Júri no Direito Norte-americano; 2 O Processo de Seleção dos Jurados; 3 O *Jury Nullification*; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo a análise crítica do sistema do Júri no ordenamento jurídico norte-americano, considerado por muitos autores um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito. O artigo aborda os reflexos práticos das Emendas à Constituição americana nºs 5 e 6 que asseguram o direito ao Grande Júri e ao devido processo legal nas causas criminais. Para tanto, cita os precedentes que ilustram o modo pelo qual essa Constituição vem sendo aplicada ao longo do tempo. O criterioso processo de seleção dos jurados e a polêmica questão do *Jury Nullification*, ou o poder de veto dos jurados, também serão objeto de estudo e questionamento, sobretudo no que se refere à sua aplicabilidade ao sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Jurídico Norte-Americano. Tribunal do Júri. Emendas Constitucionais nºs 5 e 6. Seleção de Jurados. Precedentes. *Jury Nullification*.

ABSTRACT: The objective of this work is to review the jury system in the U.S. legal system, considered by many authors one of the most important pillars of a democratic state. The paper will cover the practical consequences of the fifth and sixth amendments of the U.S. Constitution that guarantee the right to a grand jury and to due process in criminal cases. It cites the precedents that illustrate the means by which the amendments has been applied over time. The careful process of jury selection and the controversial issue of Jury Nullification will also be the object of study and inquiry, particularly with regard to its applicability to the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Jury System. Fifth and Sixth Amendments of US Constitution. Jury Selection. Jury Nullification. Precedents. Brazilian Legal System.

INTRODUÇÃO

A origem do Júri é bastante controversa, vicejando na doutrina pátria e alienígena um grande dissenso acerca de suas raízes históricas. Prevalece, entretanto, o entendimento de que elas remontariam à Idade Média, na Inglaterra, quando eram conclamados doze homens considerados “cumpridores da lei”, para auxiliar o rei na “realização da justiça”.

Para alguns doutrinadores, a palavra “Júri” derivaria do latim *jus, juris* (direito, justiça), ao passo que para a maioria ela decorreria do francês *juré* (juramento), mas há unanimidade na afirmação de que o Júri constitui-se de um corpo de cidadãos convocados pelo Estado, cuja finalidade é proferir um veredicto imparcial.

Rogério Lauria Tucci¹, ao estudar o instituto do Tribunal do Júri, relata que há divergência sobre se os mais remotos antecedentes do Júri se encontrariam na lei mosaica, nos *dikastas*, na Hílieia, nos conselhos da aristocracia ateniense; nos *centeni comites* dos primitivos germanos, ou, ainda, em solo britânico, de onde se disseminou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeus e americanos.

Durante muito tempo, o Júri foi visto pelos britânicos como um importante instituto de defesa contra a realeza. A legislação inglesa previa penalidades bastante severas, como, por exemplo, a pena de morte, aplicável aos mais variados crimes, mesmo àqueles de menor potencial ofensivo. Diante desse cenário aparentemente injusto, o Júri apresentava-se como um eficiente instrumento apto a amainar a rigidez e a desproporcionalidade das penas, facultando aos jurados a absolvição ou a reclassificação dos crimes para delitos menores.

Disseminado pelos colonizadores ingleses, o Júri foi imediatamente incorporado ao sistema judiciário dos colonizados, sendo considerado por muitos um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito norte-americano. Em face dessa relevância, por ocasião da separação da Coroa Britânica, fizeram constar da sua Declaração de Direitos² a garantia de que, nos processos criminais, aos acusados

1 TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. *Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999. p. 12.

2 Diaulas Ribeiro assevera que na “Magna Carta de 1215, o julgamento por um júri foi pensado como um direito fundamental: ‘Nenhum homem livre será detido e/ou preso; esbulhado da sua propriedade; exilado ou destruído de qualquer outra maneira ... salvo por um julgamento legal por seus pares conforme a lei local’. Entretanto, historiadores modernos acreditam que esta disposição refere-se à necessidade da decisão de um juiz e não de um júri. Isso porque o papel original dos jurados era muito diferente do que

seria assegurado um julgamento rápido e público, proferido por um Júri imparcial³ – direito que depois foi estendido a alguns processos de natureza cível, sobretudo àqueles envolvendo responsabilidade civil ou direito de propriedade.

A acusação pública, até então conduzida por um funcionário, passou a ser feita pela comunidade local, desde que se tratasse de crimes graves, como homicídios, roubos etc., Com isso, surgiu o Júri, Em razão do grande número de pessoas que dele participava – 23 jurados no condado –, foi chamado de *Grand Jury* (Grande Júri)⁴.

A instituição do Júri, ainda hoje, é vista por grande parte da população americana como fundamental fonte de soberania, em que o julgamento por concidadãos se constituiria em eficiente meio de assegurar os direitos individuais. A cada ano são realizados cerca de 120 mil júris nos Estados Unidos, constituindo esse número o assombroso índice de 90% de todos os julgamentos ocorridos no mundo sob essa modalidade⁵.

hoje se conhece. Como testemunhas que depunham sob juramento, mas não tomavam qualquer tipo de decisão, os jurados eram oriundos da mesma comunidade do acusado e tinham a função de determinar os fatos sob julgamento, usando para tanto os conhecimentos de que dispunham sobre ele e as circunstâncias locais. Por isso, não se pode deduzir da Magna Carta que a expressão ‘julgamento por seus pares’ seja uma referência aos jurados enquanto juízes, se nessa época os jurados não julgavam.

Atualmente, os membros do júri (na Inglaterra são 12) são convocados para proferir um veredicto imparcial, sem ter prévio conhecimento do acusado, numa relação de anonimato que é consequência do desaparecimento das sociedades medievais fechadas e do crescimento das cidades. Assim, faltando amparo histórico, a idéia de julgamento por pares é irreal, além de saudosista, na medida em que repete uma tradição milenar. Nada obstante, ressalte-se que ela sustenta, também, a existência de júri no Brasil.” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>. Acesso em: 20 mar. 2012.)

- 3 Guilherme de Souza Nucci esclarece que em alguns países, como é o caso dos Estados Unidos, o júri é, de fato, uma garantia individual material: “A razão é simples: muitos magistrados são eleitos pelo povo. Ora, como ser, verdadeiramente, imparcial, quando há uma campanha eleitoral por trás? Como pode o juiz Fulano julgar o réu Beltrano, sabendo que este apoiou seu oponente na eleição para ocupar o cargo de magistrado daquela Comarca? Por isso, Beltrano não será julgado por Fulano, mas invocará um tribunal imparcial para tanto: o Tribunal do Júri. Adquire a instituição o status de garantia fundamental material. Sem ela, não haveria justiça imparcial e esta, sim, é exigência internacionalmente reclamada por nações democráticas.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39).
- 4 RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. f. 47.
- 5 Estimativa do número de pessoas convocadas a cada ano a prestar serviço como jurado nos Estados Unidos: 32 milhões:
 - Número estimado de jurados arrolados a cada ano: 1,5 milhão.
 - Número estimado de convocações devolvidas pelo correio, marcadas como destinatário não encontrado: 4 milhões.

1 O JÚRI NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Para a grande maioria dos americanos, apenas o Júri possuiria legitimidade para aplicar sanções tão severas como a prisão perpétua ou a pena de morte, sendo digno de relato o alto grau de conscientização do cidadão comum no que tange à importância de participar do processo decisório, sobretudo em comparação a outros países que também albergam o instituto.

Frise-se, porém, que há severas críticas ao instituto. Muitos autores, *v.g.*, colocam em cheque a eficiência de julgamentos realizados por um corpo de jurados leigos, já que a decisão sobre a liberdade ou até a vida de um acusado é delegada a um grupo de doze pessoas desconhecedoras da lei e de seus meandros – o que se configuraria absoluta irresponsabilidade estatal.

É relevante consignar, no entanto, a existência de respeitáveis estudos comparativos das decisões proferidas pelos jurados com aquelas que seriam proferidas por juízes singulares nesses mesmos casos. Há, também, um importante trabalho realizado por professores da Universidade de Chicago, em que se solicitou aos magistrados que analisassem as mesmas provas apresentadas aos jurados e proferissem seus veredictos, antes da deliberação do Júri. Constatou-se que, em 80% dos casos, juízes e jurados proferiram exatamente as mesmas decisões. Na análise dos 20% restantes, concluiu-se que os jurados haviam compreendido as provas produzidas pelas partes e as leis aplicáveis aos casos, mas seguiram padrões preponderantes na sociedade, ao passo que os magistrados se detiveram na aplicação do texto da lei.

O sistema americano tem uma fase pré-processual que muito contribui para a celeridade dos processos criminais. A Quinta Emenda da Constituição americana assegura a todas as pessoas acusadas de um crime o direito de os fatos preliminares serem examinados por um *Grand Jury*, cuja atribuição é decidir se há elementos suficientes para que a ação

-
- 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 jurados 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.

Fonte: *State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts* [Pesquisa de Iniciativas para Melhoria dos Júris da State-of-the-States], abr. 2007. Centro Nacional dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/0709p.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

penal seja efetivamente instaurada. É relevante salientar que, nessa fase, não há ainda a participação do réu ou de sua defesa. A Suprema Corte já decidiu que o direito ao *Grand Jury* não é obrigatório em todos os Estados, e diversos deles optaram pelo *Preliminary Hearing*. Trata-se de uma audiência criminal, perante o juiz singular, em que se decide se há provas suficientes para formalizar a acusação.

O direito a um julgamento célere está previsto na Constituição Americana e ela encontra elementos de sua efetividade, em grande parte, na fase pré-processual mencionada. Estima-se que um processo em potencial não se materialize em pelo menos 90% dos inquéritos criminais. Os procedimentos preliminares que ocorrem antes da instauração do processo são projetados para permitir que se chegue a decisões judiciais finais antes que o julgamento criminal tenha início.

Outro importante elemento, que muito auxilia o Estado a promover a celeridade do sistema jurídico norte-americano, consiste na amplitude do *Decision to Charge*: Nos Estados Unidos, o promotor não está obrigado a apresentar denúncia, caso considere os elementos insuficientes para obter a condenação. O *prosecutor* – como é conhecido o promotor de justiça naquele país – também tem absoluta independência para concentrar seus esforços nos casos judiciais que julgue ter maior repercussão, resultados mais rápidos ou efeitos mais relevantes⁶.

Na grande maioria dos Estados norte-americanos, o acusado tem o direito de renunciar ao julgamento pelos seus pares (*waiver of jury trial*). Nesse caso, ele deve requerer que seu julgamento seja realizado por um juiz singular (*bench trial*).

Em Nova Iorque é possível haver a renúncia, mesmo em casos envolvendo a prática de homicídio doloso qualificado, desde que o réu apresente requerimento por escrito. O mesmo ocorre no Estado da *Louisiana*, onde o *Code of Criminal Procedure* assegura ao acusado o direito de renunciar ao julgamento pelos pares, desde que o crime não seja punível com a pena capital.

O sistema norte-americano se baseia, essencialmente, na crença de que a verdade terá maior probabilidade de vir à tona quando os dois lados – a defesa e a acusação – apresentarem a sua causa de forma aberta e veemente a um corpo de jurados, em conformidade com normas imparciais que regem as provas⁷ e, por óbvio, diante de

6 FONSECA, Luciana Carvalho. *O direito a um julgamento célere e the right to a speedy Trial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI132647,41046-O+direito+a+um+ julgamento+celer e+e+the+right+to+a+speedy+ trial+E2%80%93>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

7 O juiz norte-americano não deve preocupar-se com a colheita das provas, pois essa atividade é extrajudicial e compete às partes fazê-la, arcando, inclusive, com os custos.

um juiz absolutamente isento. O caráter meramente diretivo da atuação do juiz no processo pelo Júri nos Estados Unidos é um traço bastante característico daquele sistema.

Cabe às partes produzir as provas – convocando e preparando as testemunhas, contratando os peritos, caso seja necessário, e arrecadando os elementos probatórios que lhes possam ser favoráveis.

É importante asseverar que, no Direito norte-americano, em razão de importante precedente⁸ da Suprema Corte ocorrido no ano de 1963, a Promotoria passou a ser obrigada a apresentar à defesa todas as provas que porventura possam ser favoráveis ao acusado. Olvidar essa regra pode gerar a nulidade do julgamento, como aconteceu recentemente, quando foi cassada pela Suprema Corte a decisão que condenou Juan Smith, acusado de assassinar, juntamente com mais dois homens, cinco pessoas durante um assalto a uma casa em Nova Orleans. O Júri proferiu veredicto condenatório, com base no depoimento de uma única testemunha, que disse ter ficado frente a frente com Smith no assalto e que jamais se esqueceria de seu rosto, negando-se, contudo, a identificar os outros dois homens, sob a alegação de “não se lembrar deles”.

Os advogados de Smith conseguiram acessar os arquivos da Polícia sobre as investigações e constataram que em um dos documentos havia um relatório elaborado pelo detetive do caso, John Ronquillo, cujo conteúdo contrariava o testemunho da vítima. Nele, o detetive informava ter conversado com a vítima cinco dias após o crime e que ela teria afirmado não poder identificar nenhum dos assaltantes, por não ter visto seus rostos, acrescentando que, por isso, mesmo que os visse, não poderia reconhecê-los.

Após a recusa do Tribunal de Recursos e da Suprema Corte da Louisiana em analisar o inconformismo da defesa, a Suprema Corte dos Estados Unidos acolheu as suas alegações e, por 8 votos a 1, entendeu que a condenação violou o precedente da Corte no caso *Brady vs. Maryland*, que impede à acusação ocultar as provas que porventura beneficiem a defesa.

O acórdão proferido no caso amparou-se em duas premissas: 1) o Estado não contestou, em tempo algum, que as declarações da vítima ao detetive seriam favoráveis ao acusado; 2) esse depoimento não foi informado à defesa. Para que a decisão fosse reformada, restava apenas inferir o quanto o testemunho foi determinante para a condenação de Smith. A decisão esclareceu que a evidência é considerada material

8 *Brady vs. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963) foi um importante precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos em que a Promotoria ocultou da defesa certas evidências favoráveis ao réu, as quais acabaram por condená-lo. No recurso, o apelante alegou que houve afronta ao devido processo penal previsto na Décima Quarta Emenda, o que foi acolhido pela Suprema Corte.

quando há uma probabilidade razoável de que, caso ela fosse informada à defesa previamente, o desfecho do procedimento teria sido diferente. A probabilidade seria razoável, não se houvesse maior possibilidade de o réu ser condenado do que absolvido, mas se a probabilidade de um resultado diferente fosse plausível, o que fulminaria a confiança no resultado do primeiro julgamento, acarretando a necessidade de sua revisão.

Um dos mais marcantes traços do sistema judiciário americano, muito visível nos filmes e seriados, é a discricionariedade dos atos do *prosecutor*; que na maioria dos Estados é eleito pela comunidade e tem o poder de controlar e supervisionar o inquérito, conduzindo pessoalmente a colheita das provas. Para essa tarefa, ele conta com o auxílio de profissionais do próprio Tribunal e com verbas para realizar as diligências necessárias⁹.

No sistema judiciário norte-americano apenas os fatos penalmente relevantes¹⁰ devem ser levados a julgamento, sendo permitida a transação, já que viceja naquele ordenamento jurídico a disponibilidade da ação. O direito estadunidense se utiliza, com frequência, do instituto do *Plea Bargain*¹¹, que é a negociação entre acusador e acusado. Essa negociação pode ser feita a qualquer momento, mas sempre antes da sentença. Nela, o acusado admite ou não sua culpabilidade, renunciando ao julgamento, que em rigor seria perante o Tribunal do Júri, recebendo certas concessões e negociando com a Promotoria a pena a ser cumprida¹².

Essa grande quantidade de acordos entre as partes desperta certa descrença nos críticos do sistema penal americano. Há quem diga que ela reflete, inegavelmente, a falta de igualdade de direitos entre acusação e defesa, pois, enquanto na teoria a acusação e a defesa devem ter as

9 CARLOTTO, Daniele; SOARES, Deise Mara; GRESSLER, Gustavo. Um olhar sobre o tribunal do júri norte-americano. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 20, 28 fev. 2005. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860>. Acesso em: 22 mar. 2012.

10 Conforme informação da Embaixada Americana, nos tribunais federais americanos, o índice de condenação é de cerca de 90% dos casos levados a julgamento. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

11 Não obstante a grande importância dada pelo sistema norte-americano ao julgamento pelo Tribunal do Júri, a grande maioria dos acusados não invoca seu direito a julgamento pelos seus pares, por entenderem, talvez, que irem a julgamento perante um júri e serem condenados, sua conduta imprópria terá sido realçada pelos depoimentos, e, com isso, o juiz tenderá a aplicar uma penalidade mais pesada. Assim, iniciam uma transação penal com o promotor público, encerrando o caso – concordam em se declarar culpados de um delito menor em troca de uma sentença mais reduzida, o que, na maioria dos casos, é aceito pela acusação. Em muitas jurisdições, mais de 90% dos processos são resolvidos desse modo, sem julgamento pelo Tribunal do Júri – a essas “negociações” entre acusação e defesa dá-se o nome de *Plea Bargain* ou *Plea Agreement*.

12 PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 173/221.

mesmas chances de vitória perante um Júri, seria certo que a primeira teria muitas vantagens. O réu tem direito a assessoria jurídica, mas quase sempre seu advogado é um inexperiente defensor público, assoberbado de trabalho e inclinado a fazer acordos para encerrar as questões, evitando o embate diante do Júri. Além disso, a acusação dispõe, em rigor, de muito mais dinheiro do que a defesa para gastar na investigação do caso, na análise das provas e na seleção dos potenciais jurados. Isso gera desconfiança em grande parte da população no tocante ao exercício do direito ao julgamento por Júri, que muitas vezes denota prometer à sociedade mais do que efetivamente oferece em termos de justiça¹³.

O promotor tem o ônus de avaliar a existência de indícios suficientes de materialidade e autoria do crime (*strong case*) para indiciar o investigado e, caso se convença da sua culpabilidade, oferece a denúncia, encaminhando a notificação ao acusado, com a justificativa de seu indiciamento¹⁴. Ao se decidir pelo oferecimento da denúncia (*Decision to Charge*) – primeira fase –, o promotor, dependendo do Estado americano, deverá apresentar as provas aos jurados (*Grand Jury*) ou a um juiz singular (*Preliminary Hearing*), que definirá se há causa provável para instaurar a ação penal. É nesse momento – segunda fase – que as provas são avaliadas com mais profundidade a fim de se decidir se o trabalho e os custos de um futuro julgamento formal são justificáveis.

A audiência tem início (*Initial Hearing*) quando o acusado é levado ao juiz pela primeira vez e toma conhecimento formalmente das acusações contra ele. É nessa oportunidade – terceira fase – que o magistrado decide ou pela prisão do acusado ou pelo deferimento do acompanhamento do processo em liberdade. A quarta fase da persecução criminal nos Estados Unidos é conhecida como *Pre-trial* (pré-julgamento), em que a acusação investiga com mais profundidade os fatos que envolvam a narrativa acusatória e arrola as testemunhas, definindo a estratégia a ser seguida no dia do julgamento.

Em seguida, inicia-se um dos mais importantes momentos da persecução criminal, conhecida como *Plea Agreement* (moções preliminares). É Nesse momento – quinta fase – que o promotor, tendo fortes argumentos para condenar o acusado, geralmente oferece um acordo para que ele se declare culpado e cumpra uma pena mais leve, evitando-se, assim, a realização do julgamento.

13 GRAHAM, Fred. *Embaixada Americana*. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/graham.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

14 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

Na sexta fase, conhecida como *Motion in Limine* (moção em liminar), a acusação e a defesa poderão pedir o adiamento ou a postergação do dia do Júri, para a coleta de mais provas e arrolamento das testemunhas. Na data do julgamento (*trial*), o promotor faz as primeiras declarações com as acusações formuladas contra o acusado e o resumo dos fatos investigados e em seguida começa o interrogatório das testemunhas. Terminada a oitiva, a defesa tem o direito de fazer uma explanação sobre a inocência do réu. Durante os testemunhos, os advogados podem fazer objeções (*objection*) e formular perguntas. Após a fase de oitiva cruzada, o Júri reunir-se-á para deliberar, apresentando o veredicto e, em caso de condenação, o acusado deve retornar à Corte para que o juiz comunique a pena que lhe foi imposta¹⁵.

Releva notar a curiosidade e o interesse despertados pelo instituto do Tribunal do Júri nas pessoas comuns. O mistério que envolve o acusado, o corpo de jurados, a atuação dos advogados de defesa, dos promotores, das testemunhas e dos peritos pode bem corroborar a assertiva¹⁶, o que também se comprova pela constatação de um crescente número de filmes e seriados americanos abordando as mais variadas facetas de questões jurídicas, cujos enredos se desenrolam em cenários que reproduzem salas de tribunais.

Os júris são formados por 6 ou 12 cidadãos, convocados compulsoriamente. Sem experiência na área jurídica, eles devem ouvir testemunhos e analisar provas de conflitos cíveis e criminais, para, ao final, deliberarem acerca da decisão a ser tomada¹⁷.

Os nomes dos jurados em potencial são selecionados randomicamente de listas de eleitores, licenças de habilitação para dirigir veículos e renovações de identidade, sendo estimado que 32 milhões de cidadãos sejam chamados, a cada ano, a prestar serviço como jurados nos Estados Unidos.

15 CABRAL, Bruno Fontenele. Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a persecução criminal no Brasil e nos Estados Unidos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2150, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12905>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

16 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura em Paul Gewirtz. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.516, 26 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10321>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

17 O sistema americano reproduz muitos aspectos religiosos. A perfeição do número 12 é encontrada em um misticismo com a Santa Ceia. Doze eram os apóstolos de Cristo. O júri anglo-americano tenta reproduzir a perfeição do julgamento orientado por Deus, por isso, nos Estados Unidos, a proteção de Deus é invocada, sempre, ao se iniciar uma nova seção (BATISTA, Wdileston Gomes. O júri no Direito Comparado e o cinema. *Boletim Jurídico*, Uberlândia. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=956>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

Consoante o disposto na lei norte-americana, qualquer pessoa que tenha 18 anos ou mais, em pleno gozo dos direitos de cidadania e que não tenha sido condenado criminalmente, estará apto a ser membro de um Júri, devendo, se convocado, se apresentar no fórum no dia assinalado, para fazer parte do *pool* de jurados.

O tempo médio de duração de um julgamento pelo Júri norte-americano é de cinco dias para os julgamentos criminais e quatro para os cíveis. A Constituição dos Estados Unidos defere ao cidadão o direito ao *devido processo legal*, que, consoante interpretação da Suprema Corte desse país, importa na presunção de inocência, só podendo o réu ser condenado criminalmente mediante a convicção *beyond a reasonable doubt*, ou, em uma tradução livre, acima de qualquer suspeita.

Os jurados em rigor recebem um pagamento simbólico para desempenhar a função. A remuneração média de um jurado nos Estados Unidos é de US\$ 22 por dia. Há casos em que o indivíduo recebe apenas US\$ 5 para integrar o corpo de jurados. Em muitas circunstâncias, o Júri é constituído apenas para avaliar se há, de fato, um caso que justifique o julgamento¹⁸.

Nos julgamentos criminais, não pode subsistir qualquer dúvida razoável acerca da culpabilidade do acusado. Para uma condenação, o promotor deve apresentar as provas de modo que nenhuma outra explicação lógica – além do fato de o acusado ter cometido o crime – derive dos fatos narrados, o que vai ao encontro da máxima de que todos são inocentes até prova (contundente) em contrário.

Nos julgamentos cíveis, basta a preponderância da evidência para a condenação (*preponderance of evidence or proof by clear and convincing evidence*), já que o que está em jogo não é a liberdade do acusado, mas aspectos puramente patrimoniais, e o autor tem o ônus de provar os fatos alegados em seu pedido inicial.

2 O PROCESSO DE SELEÇÃO DOS JURADOS

Conforme assinalado no item 2 deste estudo, a escolha das pessoas que farão parte do corpo de jurados nos Estados Unidos é, em rigor, um processo puramente aleatório. Os sistemas informatizados compilam nomes oriundos de diversas listagens de títulos eleitorais, dados de licenciamento de veículos, entre outros, e convocam anualmente dezenas de milhões de cidadãos para prestar o serviço de jurado. Estima-

18 Informações disponíveis em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/0709p.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2012.

se que apenas 8 milhões compareçam aos tribunais e se apresentem efetivamente para o desempenho da função de jurado; desses, apenas 1,5 milhão integra júris¹⁹.

O processo de seleção prévia de cidadãos convocados é conhecido como *voir dire* – em tradução livre, “ver dizer”, no sentido de mostrar a verdade – e consiste no poder que têm a defesa e a acusação de questionar de cinco a dez minutos cada jurado em potencial. Ambas as partes podem recusar até dez deles sem explicar o motivo da recusa e um número ilimitado caso justifiquem o motivo, deixando clara a parcialidade do candidato a jurado²⁰.

É importante destacar que o processo de seleção dos jurados constitui uma das questões mais tormentosas para os advogados de defesa e para a acusação, exatamente porque é dessa escolha que dependerá o resultado de um julgamento mais justo ou menos parcial. Essa escolha, nos Estados Unidos, é feita de um modo substancialmente distinto daquele realizado no Brasil. O que se tenta, em verdade, é aferir, por meio de inúmeras perguntas, a neutralidade do jurado – tarefa bastante árdua, já que dificilmente um indivíduo consegue desprender-se de suas experiências pessoais para proferir um julgamento absolutamente neutro.

Com esteio em pesquisas como as elaboradas pela *Collaborative Research Network on Lay Participation in Legal Decisions* nota-se a importância que vem ganhando o recrutamento dos jurados em todo o mundo. Nos Estados Unidos há livros, CDs e cursos que prometem ensinar a “técnica” de seleção dos jurados corretos para cada tipo de acusação.

Ao contrário do que ocorre em países como o Brasil, onde os jurados devem permanecer absolutamente incomunicáveis²¹ – são proibidos de conversar uns com os outros²² e com terceiros – e o veredicto pode ser dado pela maioria, na legislação norte-americana as discussões entre os

19 De acordo com a legislação norte-americana, qualquer pessoa que tenha 18 anos de idade ou mais, desde que preencha alguns requisitos – *v.g.*, estar em pleno gozo dos direitos de cidadania, ser alfabetizado, não ter sido condenado criminalmente –, pode ser jurado, devendo se apresentar no dia designado para o *pool* de jurados.

20 O art. 439 do Código de Processo Penal brasileiro determina que o juiz da vara do júri proceda à escolha de até 500 pessoas do seu conhecimento pessoal ou que sobre as quais tenha informação fidedigna, publicando a lista de nomes, que fica sujeita à impugnação por qualquer cidadão.

21 Paulo Rangel defende a necessidade de se estabelecer a comunicação entre os jurados no Tribunal do Júri, durante a votação na sala secreta, inclusive, exigindo do Conselho de Sentença a necessária fundamentação de suas decisões, adequando-as à determinação constitucional (RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p.88-100).

22 No Brasil a comunicabilidade é vedada, segundo alguns, pela preocupação de que um jurado com espírito de liderança acabe por influenciar a decisão dos demais.

jurados na sala privativa do tribunal²³ constitui parte fundamental do processo de julgamento em um Tribunal do Júri.

Nos Estados Unidos, os jurados podem e devem se comunicar entre eles²⁴, somente sendo vedada a comunicação com o juiz, com as partes e seus advogados. As decisões devem ser unânimes e, caso os jurados não cheguem a um consenso, existindo dúvida razoável acerca de algum elemento do processo, o Júri pode ser desfeito, sem que se profira nenhuma decisão – seja condenatória ou absolutória.

Consoante lição de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, a unanimidade é a chave da compreensão e garantia do Júri norte-americano. As soluções de consenso evitam, em rigor, os exageros acusatórios e as franquias irresponsáveis, gerando um forte sentimento de responsabilidade em face da atividade do jurado, como expressão de uma convicção não apenas pessoal, mas também comunitária que se guarda no veredicto²⁵.

Em 19 de janeiro de 2010 repercutiu com veemência na imprensa norte-americana a decisão da lavra da Suprema Corte na apelação apresentada por Eric Presley contra o Estado da Geórgia. O recurso visava anular a decisão que condenou o recorrente por tráfico de cocaína, sob a alegação de ter sido violada a publicidade do *voir dire*, já que o juiz presidente do Tribunal do Júri não permitiu a presença do tio do acusado na sala de julgamento durante a seleção dos jurados, sob o argumento de falta de espaço no local.

Com um quórum de sete votos a dois, a Suprema Corte anulou o julgamento, por considerar que a garantia constitucional que assegura a todos um julgamento público, prevista na Primeira Emenda da Constituição Norte-americana, estender-se-ia à publicidade dos atos processuais, inclusive na fase de seleção dos jurados, ainda que não pudesse a presença do tio do acusado alterar o julgamento ou afetar essa seleção²⁶.

23 O clássico filme *Doze homens e uma sentença* deixa muito claro o papel dos jurados nas cortes criminais americanas, ao mostrar, ao longo da trama, a complexa e difícil interação entre os doze homens e a tentativa de um dos jurados, convencido da inocência do acusado, de influenciar seus colegas que estavam decididos pela condenação. O filme apresenta um grande espectro de fatores, preconceitos e emoções que influenciam os jurados em suas deliberações.

24 Os jurados devem eleger o presidente do júri e a forma como vão deliberar. Não há regras legais que orientem a escolha do líder ou como serão feitas as discussões dos casos, apenas o tempo disponível para a decisão, fixado previamente pelo juiz.

25 LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro citado por TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p. 287.

26 DELMANTO JUNIOR, Roberto. Jurados imparciais e impunidade. *Folha de S. Paulo*, 10 fev. 2010. Seção Tendências/Debates.

3 O JURY NULLIFICATION

Conforme salientado, o *Jury Nullification*²⁷ é um dos mais importantes e polêmicos institutos do Júri norte-americano. Ele acontece quando os jurados, não obstante entenderem ter o réu praticado o ato pelo qual é acusado, o absolvem, por considerarem a legislação que incrimina aquela conduta equivocada, imoral ou maldirecionada.

Esse instituto tem por finalidade evitar que o Poder Legislativo edite normas injustas ou abusivas, e que o órgão acusador exerça indiscriminadamente a persecução criminal, quando os interesses sociais não vislumbrem a necessidade daquele rigor legal e a opinião pública não enxergue, na conduta praticada pelo réu, um grau de reprovação social que justifique a sua condenação.

27 O ex-promotor federal e professor de Direito na George Washington University, Paul Butler, defende que, em julgamentos que tratem do uso ou venda de maconha por adultos, os jurados estão livres para absolver o réu – mesmo se acharem que ele efetivamente usou a droga ou a tenha vendido a outro adulto (BUTLER, Paul. Jurors need to know that they can say *The New York Times*, dec. 20, 2011). Essa posição, ainda bastante polêmica, seria fundamentada, segundo o autor, no *Bill of Rights*, que asseguraria esse direito de observância apenas de leis justas. Para o articulista, exercitá-la faria dos jurados parte de uma tradição de jurados americanos que ajudaram a tornar a legislação americana mais justa.

A tese baseia-se na doutrina do *Jury Nullification*, bastante discutida em searas acadêmicas e nos tribunais americanos. No início do ano passado, Julian P. Hecklen, um professor de química aposentado, foi processado por ter permanecido na área externa do tribunal federal de Manhattan, fornecendo informações sobre o *Jury Nullification* aos transeuntes. A ação de Hecklen foi considerada ilegal pelos promotores, mas Butler defende a atitude do professor aposentado por considerar que a Primeira Emenda existe para proteger o fornecimento de informação honesta aos cidadãos.

Em 1895, a Suprema Corte decidiu que os jurados não tinham o direito, durante os julgamentos, de serem informados sobre o *Jury Nullification* – o que, segundo Butler, não significa que isso não possa ser feito, apenas que os juízes não estão obrigados a instruí-los sobre essa possibilidade.

Em 2010, os promotores de Montana tiveram de recorrer ao *plea bargain* depois de muitos potenciais jurados dizerem que aplicariam ao caso o *Jury Nullification* – a ponto de o juiz ter dúvidas se encontraria jurados suficientes para julgar a questão.

Há casos lamentáveis de aplicação do instituto do *Jury Nullification*, como aquele dos jurados racistas do Sul dos Estados Unidos, que se recusaram a condenar pessoas que cometeram atos violentos contra civis e ativistas dos direitos humanos. Como qualquer outro poder democrático, algumas pessoas podem abusar dele, mas isso não significa que esse poder deva ser abolido.

Em outubro de 2011, Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte, pediu, em audiência ao Senado, uma discussão mais profunda sobre o papel de jurados na análise dos poderes governamentais, demonstrando simpatizar com a ideia de que os jurados ignorem a lei, desde que ela esteja produzindo resultados perniciosos.

Em resposta ao artigo de Butler, Raymond J. Brassard, juiz da Corte Superior de Massachusetts, publicou uma missiva intitulada *The Jury's Duty When the Law Is Unfair*, na qual assevera que, por mais de um século, os tribunais têm decidido que os jurados não possuem o direito de decidir o que é a lei, devendo aplicar aquela vigente ao tempo dos fatos e com base nas evidências. Se as leis são consideradas injustas, o processo democrático americano prevê a forma de sua modificação, o que deve ser buscado. Brassard conclui não haver distinção aparente entre os jurados que se negam a seguir a lei por considerá-la injusta e aqueles que o fazem movidos por preconceito racial, religioso ou sexual.

Para a exata compreensão da extensão desse poder de veto dos jurados, há que se analisar a sua formação e evolução no contexto do constitucionalismo norte-americano. As primeiras constituições dos Estados norte-americanos já o previam em seus textos, conforme se observa na Constituição da Geórgia (1777) e da Pensilvânia (1790). A Constituição Norte-americana, no art. 3º, e nas Emendas Quinta e Sexta²⁸, sobretudo nesta última, estabelece de forma implícita a capacidade dos jurados decidirem sobre fato e direito, conforme salienta Fernando Tupa²⁹.

O mais famoso caso de *Jury Nullification* aconteceu em 1735, no Júri de John Peter Zenger, acusado de imprimir libelos contra o governador da colônia de Nova Iorque. Apesar de ter ficado claro que Zenger havia efetivamente praticado o ato ilegal, o Júri chegou ao veredicto de *not guilty*, absolvendo-o. O mesmo ocorreu na metade do século XIX, quando os jurados norte-americanos absolveram indivíduos acusados de albergar escravos fugitivos, em uma clara violação à *Fugitive Slave Law*, que vicejava naquela época. O corpo de jurados entendeu que a lei sobre fuga de escravos era injusta e, por isso, libertou o réu. Essa postura acabou por dar força ao movimento abolicionista.

Mais recentemente, por volta dos anos 1930, a Constituição Norte-americana ganhou a Décima Oitava Emenda, que instituiu a Lei Seca, passando a ser proibidos a venda, a fabricação e o transporte de bebidas alcoólicas para consumo. Durante aquele período, diversos julgamentos ocorreram com base naquela lei e muitos foram finalizados com veredictos absolutórios, amparados no *Jury Nullification*³⁰.

28 A Sexta Emenda dispõe: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour, and to have the Assistance of Counsel for his defense". Em uma tradução livre da autora, significa: "Em todas as acusações criminais, o réu deverá ter o direito a um julgamento rápido, realizado por um júri imparcial do Estado e do Distrito em que o crime teria sido cometido, sendo o distrito fixado previamente pela lei; e o direito a ser informado da natureza e da causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas de acusação; a dispor de meios coercitivos para obter testemunhos em seu favor; e a ter a assistência de um advogado para sua defesa".

29 TUPA, Fernando. Juicio por jurados y "jury nullification": el guardián de la democracia – reflexiones sobre este instituto y su posible vinculación con el derecho argentino. In: AZEVEDO, Andre Mauro Lacerda. *Jury Nullification: o poder de veto dos jurados no modelo de Júri. Revista Constituição e Garantia dos Direitos*, v. 1, n. 1, 2007.

30 No ano de 1771, John Adams afirmou que os jurados tinham o dever de "encontrar o veredicto de acordo com o seu melhor entendimento, julgamento e consciência, mesmo que em direção oposta à da Corte, e John Jay, o primeiro Chefe de Justiça dos Estados Unidos (1789/1794), asseverou que o júri tem o direito de julgar ambos: a lei e o fato controverso.

No ano de 1895, a Suprema Corte se viu instada a decidir a questão do *Jury Nullification*, e a tese vencedora foi a de que os tribunais não seriam obrigados a informar aos jurados sobre o poder de vetar a lei que considere injusta, deixando de aplicá-la ao caso concreto. Essa postura do mais alto tribunal dos Estados Unidos teve grande repercussão sobre o instituto, suscitando diversos questionamentos entre os juristas e os cidadãos comuns daquele país.

Insta ressaltar que o *Jury Nullification*, ainda hoje, não está sedimentado no direito norte-americano. Há um vasto repertório de argumentos, ora contrários, ora favoráveis a sua aplicabilidade nos júris, mas as interpretações constitucionais, na grande maioria, vêm impedindo o exercício do poder de controle pelos jurados.

Do ponto de vista formal, não há qualquer previsão da existência desse polêmico instituto na Constituição brasileira, vicejando no Direito pátrio a máxima de que o corpo de jurados decide sobre os fatos e o juiz togado aplica o Direito, personificado na pena.

Apesar dessa aparente vedação constitucional, observa-se, não raramente, que em alguns julgamentos os jurados acabam por decidir questões de fato que se entrelaçam com as de direito como ocorre, *v.g.*, em alegações de legítima defesa, estado de necessidade, além de circunstâncias atenuantes supralegais.

Constata-se também, em algumas decisões, que o corpo de jurados olvida a aplicação da lei, quando entende que a pena é injusta, diante das peculiaridades do caso, da conduta do réu ou de sua condição pessoal.

A *prática* demonstra que, apesar da ausência de previsão legal, os jurados, nos julgamentos realizados no Brasil, em diversas oportunidades refutam ou minimizam o rigor legal, procurando racionalizar o rigor da conduta praticada pelo acusado³¹.

4 CONCLUSÃO

Como é facilmente perceptível, o Júri norte-americano apresenta peculiaridades marcantes que o diferenciam do brasileiro. Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde os jurados devem permanecer incomunicáveis entre si e vale o veredicto da maioria, nos Estados Unidos a discussão do caso entre os jurados é estimulada pelo magistrado e constitui

31 AZEVEDO, Andre Mauro Lacerda. v. 1, n. 1, 2007. *Jury Nullification: o poder de veto dos jurados no modelo americano de júri*. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*^{CR}, v. 1, p. 1-15, 2007. Disponível em: <<http://www.ppgd.ccsa.ufrn.br/rdcgd/index.php/rdcgd/issue/view/5/showtoc>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

parte fundamental do processo de julgamento, devendo as decisões ser proferidas por unanimidade.

A duração dos julgamentos pelo Júri é de, em média, cinco dias em casos de processos penais e quatro em causas cíveis.

O grau de eficiência dos julgamentos sob essa modalidade tem sido objeto de discussão há muito tempo. Seus críticos demonstram imenso inconformismo com o fato de cidadãos leigos serem destinatários de tamanho poder, julgando e decidindo a vida e a morte de toda sorte de acusados, sem conhecer, com o mínimo grau de profundidade, o ordenamento jurídico do Estado e a norma que rege aquela situação levada a julgamento. Para esses críticos, o Júri torna o processo mais complexo, caro e demorado.

Releva salientar que a grande maioria dos litígios que viram processos nos Estados Unidos acaba sendo decidida por meio de negociação entre as partes – o *Plea Bargain*, negociação entre acusador e acusado, feita a qualquer momento, mas sempre antes da sentença, pela qual o acusado admite ou não a sua culpabilidade, renunciando ao julgamento pelo Júri.

Não obstante as respeitáveis críticas a esse instituto, alguns estudos vêm apontando grande aproximação entre os veredictos do corpo de jurados e aqueles proferidos por juízes singulares. Observa-se, também, grande comprometimento das pessoas chamadas a integrar o Júri, e, no decorrer dos julgamentos, análises coerentes dos depoimentos, responsabilidade na tomada de decisões e efetivo sopesamento das diversas provas produzidas no decorrer do processo, o que tem se constituído em forte argumento pela sua manutenção no Direito Estadunidense.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Andre Mauro Lacerda. Jury Nullification: o poder de veto dos jurados no modelo americano de júri. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos^{JCR}*, n. 1, v. 1, p. 1-15, 2007. Disponível em: <<http://www.ppgd.ccsa.ufrn.br/rdcgd/index.php/rdcgd/issue/view/5/showtoc>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

BATISTA, Wdileston Gomes. O júri no Direito Comparado e o cinema. *Boletim Jurídico*, Uberlândia. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=956>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

BUTLER, Paul. Jurors need to know that they can say. *The New York Times*, dec. 20, 2011.

CABRAL, Bruno Fontenele. Direito comparado: os órgãos de segurança pública e a persecução criminal no Brasil e nos Estados Unidos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2150, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12905>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

CARLOTTO, Daniele; SOARES, Deise Mara; GRESSLER, Gustavo. Um olhar sobre o tribunal do júri norte-americano. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 20, 28, fev. 2005. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860>. Acesso em: 22 mar. 2012.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Jurados imparciais e impunidade. *Folha de S. Paulo*, 10 fev. 2010. Seção Tendências/Debates.

EMBAIXADA AMERICANA. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/0709p.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2012.

FONSECA, Luciana Carvalho. *O direito a um julgamento célere e the right to a speedy Trial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/LawEnglish/74,MI132647,41046-O+direito+a+um+ julgamento+celere+e+the+right+to+a+speedy+ trial+%E2%80%93>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura em Paul Gewirtz. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.516, 26 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10321>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

GRAHAM, Fred. *Embaixada Americana*. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/graham.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro citado por TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, p. 287.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39).

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

_____. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri brasileiro*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 88-100).

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em: <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

STATE-OF-THE-STATES Survey of Jury Improvement Efforts [Pesquisa de Iniciativas para Melhoria dos Júris da State-of-the-States], abr. 2007. Centro Nacional dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijde0709p/0709p.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. *Tribunal do júri: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999.

TUPA, Fernando. Juicio por jurados y “jury nullification”: el guardián de la democracia – reflexiones sobre este instituto y su posible vinculación con el derecho argentino. In: AZEVEDO, *Andre Mauro Lacerda*. Jury Nullification: o poder de veto dos jurados no modelo de Júri. *Revista Constituição e Garantia dos Direitos*, v. 1, n. 1, 2007.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/>>. Acesso em: 22 mar. 2012.



RECUPERAÇÃO DE VALORES DEVIDOS AO ERÁRIO NO DIREITO NORTE-AMERICANO: QUI TAM ACTION E FALSE CLAIMS ACT

*GOVERNMENT DAMAGES RECOVERY IN AMERICAN LAW: QUI TAM
ACTION AND FALSE CLAIMS ACT*

*Teresa Cristina de Souza
Procuradora Federal*

Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais.

SUMÁRIO: Introdução; 1 *Qui Tam Action*: Referências Históricas; 2 *False Claims Act* – Lei dos Requerimentos Falsos; 3 Procedimento da *False Claim*; 4 Considerações sobre a Constitucionalidade da Lei dos Requerimentos Falsos; 5. A Gratificação Financeira do Colegitimado e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa a *qui tam action* e o *False Claims Act*, institutos do direito norte-americano utilizados no combate às fraudes praticadas contra o Estado e na recuperação de valores desviados dos cofres públicos. Após registrar os antecedentes históricos da ação *qui tam*, o artigo analisa a atual configuração do instituto no direito norte-americano, especificamente as previsões contidas na Lei dos Requerimentos Falsos. Foram apontadas as condições e pressupostos de ajuizamento, o procedimento a ser adotado, bem como as gratificações financeiras atribuídas ao particular que ajuíze a ação. Buscou-se, ainda, analisar o tratamento conferido pela doutrina brasileira ao pagamento de gratificação financeira a autores de ações ajuizadas em prol da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Norte-Americano. *Qui Tam Action*. *False Claims Act*. Direito Brasileiro. Gratificação Financeira

ABSTRACT: This article analyses *qui tam action* and *False Claims Act*, American's Law institutes regarding fraud enforcement and money recovery. After presenting *qui tam action's* history, the article analyses the existing *qui tam* statutes, especially the *False Claims Act*. The conditions to file a claim, the procedure and the relator's awards are studied in this article. Brazilian doctrine was also analysed, especially the possibility to pay awards to plaintiff.

KEYWORDS: American Law. *Qui Tam Action*. *False Claims Act* Brazilian Law. Awards

INTRODUÇÃO

No direito norte-americano alguns estatutos legais preveem uma ação específica, denominada *Qui Tam Action*, que permite que o particular ajuíze ações em nome do Estado e que parcela dos resultados advindos do êxito da demanda seja atribuída ao autor do respectivo feito.

Um desses estatutos vem a ser a Lei dos Requerimentos Falsos, ou *False Claims Act*, editado na segunda metade do século XIX, que prevê o manejo da ação *qui tam* para fins de denunciar fraudes praticadas contra o governo norte-americano, conferindo-se ao autor da ação parcela dos valores recuperados aos cofres públicos. Trata-se de instituto que vem apresentando bons resultados na proteção dos cofres públicos e na recuperação de valores desviados em decorrência de fraudes praticadas contra o Estado.

A existência de um estatuto que autoriza o ajuizamento de ações *qui tam* com a finalidade de combater as fraudes praticadas contra o governo norte-americano consiste, pois, no ponto de partida do presente trabalho.

No intuito de se compreender o instituto, suas peculiaridades, vantagens e eventuais falhas, buscou-se analisar as origens da ação *qui tam*, os requisitos e procedimentos previstos no estatuto das *false claims*, bem como os entendimentos jurisprudenciais que vem sendo exarados pelos tribunais americanos.

Analisou-se, não obstante ainda não haja previsão legal semelhante no direito pátrio, como vem sendo enfrentada pela doutrina brasileira a possibilidade de pagamento de gratificação financeira ao particular que demande em prol da coletividade.

Temos consciência de que os sistemas jurídicos vigentes nos Estados Unidos e no Brasil são diversos, pois se desenvolveram a partir de famílias jurídicas distintas. Contudo, também se tem conhecimento de que as fraudes cometidas contra o Estado e o desvio de valores dos cofres públicos consistem em problema comum às duas nações.

Diante de tal constatação, torna-se relevante – ou mesmo essencial – relegar a um segundo plano as diferenças, passando-se a priorizar as semelhanças, no intuito de se aprimorar as formas de defesa do erário de combate às fraudes perpetradas contra o Estado.

1 QUI TAM ACTION – REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

A expressão *qui tam* foi retirada de uma frase em latim – *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* – que corresponderia à expressão “aquele que ajuíza uma ação para o rei e para si próprio”¹.

A referência mais antiga à ação *qui tam*, conforme registra DOYLE², é encontrada no direito inglês, em uma declaração de Wihtrred, rei de Kent, do ano 695, a qual estabelecia que “se um homem livre trabalha durante o horário proibido – por exemplo, o *Sabbath* – ele deve pagar multa; aquele que o denunciar deve ganhar metade da multa e os lucros resultantes do trabalho”.

No direito norte-americano, por sua vez, o período colonial foi marcado por leis locais promulgadas pelas colônias, referentes às ações *qui tam*, sendo que os Tribunais julgavam causas em que se aplicavam referidos estatutos locais ou a legislação inglesa.³

As ações *qui tam* estiveram presentes nos trabalhos do primeiro Congresso da República dos Estados Unidos, sendo que atualmente são identificados na legislação norte-americana três espécies ainda vigentes de estatutos que preveem tais ações: a Lei dos Requerimentos Falsos (*False Claims Act* – FCA), o Estatuto das Patentes e as Disposições de Proteção ao Índio⁴.

1 A expressão latina foi traduzida como “*who brings the action for the King as well as himself*”, cf. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England* 160 (1768) *apud US ex rel. Stinson v. Prudential Ins.*, 944 F.2d 1149 1152 (3rd Cir. 1991). Disponível em <http://web2.westlaw.com/find/default.wl?mt=208&db=350&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&findtype=Y&ordoc=2004959320&serialnum=1991157614&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pbcr=407FBC24&referenceposition=1152&rs=WLW12.01&RLT=CLID_FQRLT25312114315134&TF=756&TC=1&n=1>. Acesso em 11 de abril de 2012.

2 DOYLE, Charles. *Qui Tam. The False Claims Acts and Related Federal Statutes*. Lexington: Bibliogov, 2009, p. 2.

3 *Idem*, p. 3. O autor menciona as colônias que editaram os estatutos locais: Massachusetts (1686); Connecticut (1672); Nova Iorque (1692); Virgínia (1759); Carolina do Sul (1778).

4 *Idem*, p. 1 e 3. Registra ainda DOYLE (*idem*, p. 20/23) que o Ato das Patentes (35 U.S.C 292), também considerado um “Estatuto *Qui Tam*”, prevê como infração a utilização de marca de patente falsa com a intenção de enganar terceiros, conduta punida com multa de US\$ 500 (quinhentos dólares), sendo metade da quantia destinada ao delator e metade ao Estado. O Ato de Proteção ao Índio (25 U.S.C., 201, de 1834), autoriza o ajuizamento de ação *qui tam* por violação a cinco estatutos diferentes, como, por exemplo, 25 U.S.C. 177 (aquisição ilegal de terras indígenas) e 25 U.S.C. 180 (ocupação ou pesquisas em terras indígenas)

O FCA, em sua redação original, estabelecia como sanções penas restritivas de liberdade de 01 (um) a 5 (cinco) anos ou multa que variava de mil a cinco mil dólares, prevendo ainda multa de dois mil dólares, obrigação de indenização no valor equivalente ao dobro dos danos suportados pelo Estado, além de custas. Atribuía-se aos autores da ação, em caso de procedência, 50% (cinquenta por cento) dos valores arrecadados¹⁰.

Desde a sua promulgação o FCA foi emendado quatro vezes, sendo que a alteração mais recente ocorreu em 2010.

A primeira emenda ocorreu em 1943 e foi motivada pelo grande volume de ações propostas durante a Segunda Guerra Mundial, muitas delas embasadas em notícias que os autores obtinham por meio da imprensa, o que ensejou a qualificação das demandas ajuizadas como “ações parasitas”. Nessa época, o Advogado-Geral requereu a revogação do FCA, alegando que as razões que haviam embasado a edição do ato no século anterior não mais subsistiam e que estariam ocorrendo muitos inconvenientes no ajuizamento das ações pelos particulares, que além de não estarem fornecendo informações ao Estado, muitas vezes faziam uso de dados obtidos em investigações oficiais já em curso. Contudo, ao invés de se revogar o ato, optou-se por restringir sua aplicação¹¹.

Editou-se, assim, a Emenda de 1943, a qual alterou o texto do FCA, que passou a exigir que o autor disponibilizasse ao Estado as provas que embasavam a ação e determinou a abertura de prazo de sessenta dias para que o Estado decidisse sobre a conveniência de intervir ou não nas ações ajuizadas. As alterações promovidas no FCA vedaram o ajuizamento de ações com base em informações que já fossem de conhecimento das autoridades governamentais (*public disclosure*) e reduziram a recompensa a ser atribuída ao autor para o limite de 25% (vinte e cinco por cento), a qual seria fixada em no máximo 10% (dez por cento) caso tivesse ocorrido intervenção do Estado na ação¹².

A Emenda de 1943 – denominada *government knowledge*¹³ – veio, portanto, restringir o manejo do ajuizamento da ação *Qui Tam* nos termos do FCA apenas aos casos em que a fraude ainda não fosse pública e notória, ainda que apenas no âmbito do governo.

Embora a alteração de 1943 tenha impedido que os valores recuperados com as ações propostas fossem reduzidos com o excessivo

10 DOYLE, op. cit., p. 5.

11 Ibidem, p. 6.

12 Ibidem, p. 6-7.

13 COSTA, op. cit., p. 99.

pagamento de recompensas aos respectivos autores, foram constatados alguns inconvenientes, pois restou inviabilizado o pagamento da gratificação ao denunciante original, nas hipóteses em que o conhecimento da fraude por parte Governo decorresse exatamente da denúncia oferecida pelo referido denunciante¹⁴.

Ainda sobre as circunstâncias que antecederam a promulgação da segunda alteração ao FCA, que viria a ocorrer em 1986, destacamos a preocupação do governo norte-americano com o volume das fraudes perpetradas e os prejuízos causados aos cofres públicos. De acordo com as informações do Relatório do Senado de 1986, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos havia apurado que de um a dez por cento do orçamento estaria sendo desviado em decorrência de fraudes. Considerando o orçamento do ano de 1985 – aproximadamente um trilhão de dólares –, verificou-se que as fraudes poderiam estar custando aos contribuintes de dez a cem bilhões de dólares por ano.¹⁵

Com o intuito de corrigir tais distorções editou-se a Emenda de 1986, que passou a permitir o ajuizamento da ação de reparação de danos pelo próprio autor da denúncia, qual seja, a “fonte originária” (*original source*). Nessa hipótese, não obstante exista conhecimento, por parte do governo, de determinada fraude perpetrada contra o Estado, não se aplicaria a restrição da Emenda de 1943.

Dentre as modificações ocorridas em 1986 destacam-se ainda os denominados “requerimentos falsos inversos”, que são apresentadas para fins de se reduzir o montante a ser pago pelo particular ao Estado. Assinala-se também que a partir de 1986 o estatuto dos requerimentos falsos passou a proteger o denunciante contra possíveis retaliações por parte de seu empregador; os valores das sanções foram majorados para valores que variam de cinco mil a dez mil dólares e pagamento de três vezes o valor dos danos; o valor máximo a gratificação a ser pago ao autor passou a ser de 30% (trinta por cento) do montante arrecadado¹⁶.

Logo, as alterações de 1986, ao contrário do ocorrido em 1943, buscaram revigorar o instituto, no intuito não apenas de corrigir a incongruência ocasionada pela Emenda anterior quanto à possibilidade

14 Tais constatações são apontadas no julgamento U.S. *ex rel.* State of Wisconsin v. Dean, 7th Cir., 1984. Disponível em: <http://web2.westlaw.com/result/default.wl?cfid=1&mt=208&origin=Search&sri=35&sskey=CLID_SSSA777838167144&query=Wisconsin+v.+Dean%2c+7th+Cir+1984&db=DCT&rtl=CLID_QRYRLT378038167144&method=WIN&service=Search&eq=Welcome%2f208&rp=%2fWelcome%2f208%2fdefault.wl&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rtdb=CLID_DB716238167144&sv=Split&fmqv=s&fn=_top&rs=LAWS2.0>. Acesso em: 14 abr. 2012.

15 *Senate Report* N. 99-345, 1986, *apud* DOYLE, *op. cit.*, p. 7.

16 DOYLE, *op. cit.*, p. 8-9.

de ajuizamento da ação pelo denunciante original, mas também de se buscar a redução das fraudes perpetradas contra o governo norte-americano.

Em 2009 novas modificações foram incorporadas ao FCA com a promulgação do Ato de Repressão à Fraude e de Ressarcimento (*Fraud Enforcement and Recovery Act* – F.E.R.A.), que ampliou o sistema de proteção ao delator, de modo que o estatuto passou a prever como beneficiários das medidas protetivas, além dos empregados, também os empreiteiros e os agentes¹⁷.

As alterações ocorridas em 2009 consistiram em reação à decisão proferida pela Suprema Corte em 2008, no caso *Allison Engine Co. v. United States ex rel. Sanders*, No. 07-214, 553 U.S. 662¹⁸. No julgamento em questão, a Suprema Corte entendeu que o simples envolvimento de recursos federais não bastava para embasar o ajuizamento da ação *qui tam* com fundamento no FCA. Apontou-se a necessidade de que o autor provasse que a declaração falsa havia sido praticada com a intenção de fazer o governo pagar ou aprovar o pagamento supostamente devido. Tal entendimento restritivo, contudo, foi contornado com a promulgação do FERA em 2009.

Em 2010 promoveu-se a alteração no §3730, e, 4, A, B, para esclarecer que cabe ao Governo a decisão final sobre a extinção do processo com fundamento na existência de conhecimento prévio da fraude (*public disclosure*) e para alterar a definição de “fonte originária”¹⁹.

3 PROCEDIMENTO DA FALSE CLAIM

Em relação ao procedimento da FCA, cabe esclarecer que qualquer pessoa física ou jurídica pode ser responsabilizada, excepcionando-se os Estados e tribos indígenas²⁰. Os governos locais, contudo, são considerados sujeitos passivos, e podem ser passíveis de responsabilização²¹. Cabe

17 DOYLE, op. cit., p. 8.

18 Disponível em < http://web2.westlaw.com/result/default.wl?cfid=1&mt=208&origin=Search&sri=33&sskey=CLID_SSSA2076724917134&query=Allison+Engine+Co.+v.+United+States+ex+rel.+Sanders&db=SCT&rlt=CLID_QRYRLT626325917134&method=WIN&service=Search&eq=Welcome%2f208&rp=%2fWelcome%2f208%2fdefault.wl&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rltdb=CLID_DB6476724917134&sv=Split&fmqv=s&fn=_top&rs=LAWS2.0>. Acesso em: 12 abr. 2012.

19 Disponível em <<http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t29t32+2002+1+%2831%203729%20>>. Acesso em 14 de abril de 2012.

20 *Vermont Agency of Natural Resources v. US ex rel. Stevens*, 529 US 765, 787-88 e *US v. Menominee Tribal Enterprise*, 601, F.Supp. 2ed. 1061, 1068, *apud* DOYLE, op. cit., p. 9.

21 DOYLE, op. cit., p. 12.

registrar que não será possível o ajuizamento da *false claim* contra membros das Forças Armadas, do Congresso, do Judiciário e membros do alto escalão do Poder Executivo (§3730, e, 1 e 2).

DOYLE registra que embora o FCA permita o ajuizamento da ação pelos particulares, toda a demanda se desenvolve tendo por base a “sombra das prerrogativas governamentais”, cabendo ao Estado até mesmo limitar a participação do particular no feito (§3730, c, 2, c)²². De fato, referido dispositivo prevê a possibilidade de que o Estado limite a atuação judicial do autor quanto ao número de testemunhas que podem ser indicadas, o interrogatório e a duração do depoimento.

O FCA prevê as seguintes condutas que podem dar ensejo ao ajuizamento da ação embasada no § 3729: apresentação de requerimento falso para pagamento ou aprovação; utilização de declaração falsa em um requerimento fraudulento; entrega de valor menor do que o devido por parte daquele que tem a guarda, posse ou controle de bens ou dinheiro utilizado pelo Governo; confecção ou entrega de documento comprobatório de propriedade, a ser utilizado pelo Governo, sem que haja convicção quanto à veracidade do conteúdo do documento emitido; aquisição ou recebimento de propriedade pública como garantia de obrigação ou dívida, em transação com funcionário do Governo, ou um membro das Forças Armadas, que legalmente não podem vender ou oferecer bens em garantia; confecção ou utilização de declaração falsa quanto à obrigação de pagar ou transmitir dinheiro ou bens para o Governo, ou omissão, total ou parcial, da obrigação de pagar ou transmitir dinheiro ou bens para o Governo.

O requerimento (*claim*) que embasa o ajuizamento da ação é conceituado pelo FCA como qualquer pedido ou exigência de dinheiro apresentado perante um funcionário público ou membro das Forças Armadas, mas também aquele apresentado perante terceiros, desde que o pagamento seja custeado com recursos públicos.

O ajuizamento da ação *qui tam* pelos particulares inicia-se com a apresentação de uma petição inicial que tramita sob sigilo perante a justiça federal do distrito onde se praticou a infração ou no domicílio dos réus (§3730, b, 2 e §3732, a). Após o protocolo da petição, as provas e informações em poder do particular deverão ser entregues às autoridades governamentais competentes, quais sejam, o Departamento de Justiça (*Department of Justice – DOJ*) e unidade local da Advocacia-Geral dos Estados Unidos, para que decida, no prazo prorrogável de 60 (sessenta)

²² DOYLE, op. cit., p. 9.

dias, quanto à intervenção no feito. Na hipótese de deferimento judicial da prorrogação do prazo, o feito permanece sob sigilo (§3730, b, 2, 3, 4).

Portanto, o procedimento da *false claim* prevê a notificação apenas do Estado quando do seu ajuizamento, sendo vedado ao autor da demanda e ao seu advogado divulgar a ação proposta, sob pena de prejudicar a tramitação da demanda. Sobre o sigilo ao qual se submete a ação, até que haja a citação do réu, deve haver estrita observância das restrições, sendo vedado ao autor e ao seu advogado comentar sobre o caso com qualquer pessoa, em especial a imprensa. Trata-se de medida indispensável para viabilizar as investigações a serem conduzidas pelo Governo.²³

Após finalizadas as investigações oficiais e manifestando-se o Estado pela intervenção ou não na ação, o réu tem 20 (vinte) dias para se manifestar, salientando-se que caso ele tenha sido considerado culpado na esfera penal, não poderá negar a infração no bojo da ação cível em curso (§3730, e).

Quatro medidas podem ser adotadas pelo governo no prazo de sessenta dias: intervir ou não no processo; requer a prorrogação do prazo; pedir a extinção do processo ou propor acordo. Na hipótese de intervenção governamental, este passa a figurar como autor da demanda, cabendo aquele que ajuizou a função de assistente. Na hipótese de não intervenção governamental, o autor tem a faculdade de prosseguir na ação.²⁴

A decisão da intervenção na ação é de competência do Departamento de Justiça, cabendo a cerca de 90 (noventa) advogados federais e seus assistentes avaliar os casos apresentados, salientando-se que as atividades investigativas, a serem conduzidas previamente à decisão, são desempenhadas por agências governamentais como o FBI. No período compreendido entre 1986 e 2007 foram ajuizadas cerca de seis mil novas ações *qui tam*, das quais 20% (vinte por cento) versam sobre fraudes relacionadas à defesa e cerca de 50% (cinquenta por cento) sobre fraudes em serviços de assistência médica.²⁵

Ainda que em um momento inicial o Estado se manifeste pela não intervenção na ação, poderá haver intervenção posterior, desde que justificada, demonstrando que o processo consiste em *good case*. Contudo, quanto a esse ponto, a jurisprudência ainda não traçou noções bem definidas acerca do conceito de *good case* e dos poderes atribuídos ao Estado caso haja intervenção posterior.²⁶

23 WEST, op. cit., p. 13.

24 COSTA, op. cit., p. 102-103.

25 WEST, op. cit., p. 52.

26 COSTA, op. cit., p. 103-104.

Entre a Emenda de 1986 e o ano de 2007, houve a intervenção do governo em 1.094 dos 5.813 casos ajuizados, deixando de intervir em 3.752 processos, sendo que os demais casos – no total de 967 – estão sendo investigados. Nos processos nos quais o governo interveio, as gratificações atribuídas aos autores das *false claims* totalizaram quase dois bilhões de dólares, o que equivale 16,84% dos valores recuperados aos cofres públicos. Nos casos em que o governo deixou de intervir, as gratificações totalizaram setenta milhões de dólares, equivalendo a 24,73% dos valores recuperados²⁷.

De acordo com dados do Departamento de Justiça, os valores recuperados apenas em 2007 equivalem a mais de um bilhão de dólares (U\$ 1,45), com pagamento de cento e setenta e sete milhões de dólares aos denunciante que ajuizaram as respectivas ações *qui tam*. Registra ainda o governo americano que a arrecadação decorrente das ações ajuizadas entre 1986 e 2007 totalizam mais de doze bilhões de dólares (U\$ 12,6).²⁸

A condenação nos termos do §3729 implica em pagamento de três vezes o valor do dano, multa que pode variar de cinco a dez mil dólares, custas do Estado e despesas efetuadas pelo autor, incluídos os honorários advocatícios. A condenação poderá ser reduzida para duas vezes o valor do dano na hipótese do réu ter cooperado antes do início dos procedimentos administrativos ou judiciais. Caso tenha sido constatada retaliação ao denunciante, a condenação abrangerá determinação de que o réu pague honorários advocatícios, custas e duas vezes o valor dos salários atrasados, juros, além de compensação por eventuais danos causados.

O percentual da gratificação a ser percebida pelo autor varia conforme o Estado tenha ou não intervindo no processo. O autor da ação, caso procedente, poderá ganhar de 25% (vinte e cinco por cento) a 30% (trinta por cento) dos valores recuperados a título de gratificação, percentuais reduzidos para os patamares de 15 (quinze) a 25% (vinte e cinco por cento) caso tenha ocorrido a intervenção do Estado no feito. Caso seja constatada participação do autor na fraude objeto da ação, a gratificação poderá ser reduzida ou até mesmo cancelada (3730 d 3), dependendo do nível de envolvimento.

As benesses previstas no FCA consistem no pagamento de recompensa ao autor da ação e garantia de que nenhuma retaliação será aplicada ao autor da denúncia pelo seu empregador.

27 WEST, op. cit, p. 14.

28 Ibidem, p. 4.

O FCA prevê no §3729 prazo prescricional para o ajuizamento da ação, o qual é fixado em 6 (seis) anos a contar da prática da infração ou em 03 (três) anos a contar da data da ciência, pela autoridade competente para adotar as medidas cabíveis, da prática da infração – hipótese em que deverá ainda ser observado o prazo máximo de 10 (dez) anos²⁹ da data da prática da violação.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DOS REQUERIMENTOS FALSOS

Muitos argumentos são utilizados pelos réus, no intuito de afastar o manejo das ações *qui tam* com fundamento do FCA e, subsequentemente, impedir a aplicação das penalidades que lhe são inerentes.

Comumente se alega falta de legitimidade do autor, que pleiteia em nome do Estado, sem que tenha sofrido algum tipo de dano direito em decorrência da conduta do transgressor. De fato, a Constituição dos Estados Unidos prevê no artigo III, §2º, que as cortes federais terão jurisdição para decidir “casos e controvérsias”, situações que somente ocorrerão caso o autor consiga preencher determinados requisitos. Esclareça-se que a verificação dessas condições é realizada com base na doutrina do *standing* ou da admissibilidade da demanda. Segundo COSTA³⁰:

O *standing*, portanto, é um critério que permite identificar os casos que deverão ser resolvidos mediante processo judicial. Sua noção se próxima da ideia de condições da ação e, às vezes, possui o conteúdo da legitimidade de agir, da possibilidade jurídica do pedido ou do próprio interesse processual.

Segundo a Suprema Corte norte-americana, a admissibilidade da demanda requer a existência de lesão concreta a interesse legalmente protegido, o nexo causal entre a lesão e a conduta do réu e a presença de indícios de prolação de decisão favorável ao autor. Além desses requisitos, as cortes federais vêm restringindo ainda mais as hipóteses de admissibilidade da demanda (doutrina da *prudential standing*), acolhendo o entendimento da ilegitimidade do autor particular para

29 Registra DOYLE (*op. cit.*, p. 18-19) divergência na jurisprudência acerca da possibilidade de aplicação do prazo de dez anos apenas às ações ajuizadas pelo Estado (*U.S. ex rel. Sanders v. North American Bus Industries, Inc.*, 546 F.3d 288, 294, 4th Cir. 2008) ou se a benesse poderia ser estendida também às ações ajuizadas pelos particulares (*U.S. ex rel. Hyatt v. Northrop Corp.*, 91 F.3d 1211, 1214-216 9th Cir. 1996).

30 COSTA, *op. cit.*, p. 105 (destaques no original).

ajuizar ações que envolvam danos que extrapolem o direito do autor, atingindo também direitos de terceiros, de modo a configurar “dano generalizado”.³¹

Contudo, especificamente no âmbito das ações *qui tam*, a legitimidade do particular para ajuizar a demanda vem sendo acolhida pelos Tribunais. Entende-se que o posicionamento mais restritivo quanto à doutrina do *standing* pode ser afastado por um estatuto legal, o que ocorre na hipótese do FCA. Afirma-se ainda que o próprio Congresso Nacional, mediante delegação legislativa, transferiu ao particular a titularidade de parcela do interesse público. Finalmente, existem julgados ainda que reconheceram o interesse do autor em ajuizar a demanda, na medida em que a legislação lhe atribui uma gratificação na hipótese de procedência do pedido.³²

Questiona-se ainda a capacidade do autor para representar o Estado, na medida em que na ação *qui tam* ocorre o ajuizamento pelo particular em nome do Estado.

A Constituição dos Estados Unidos prevê a denominada *Appointment Clause* no artigo II, §2º, *cl. 2*, da qual decorre a concepção de que a designação dos funcionários investidos de autoridade pública dar-se-á por meio de ato conjunto dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o autor da ação com fundamento no FCA, por ter sido investido de autoridade pública apenas pelo Congresso, não teria capacidade para representar o Estado em juízo.³³

Tal argumento também vem sendo rechaçado pelas cortes norteamericanas, ao argumento de que a vedação contida no dispositivo constitucional implica em impossibilidade de que determinado Poder se aproprie da prerrogativa de nomear funcionários, sem a aprovação do outro Poder, situação diversa daquela em que o Legislativo concede ao particular a capacidade de agir em nome do Estado.³⁴

Finalmente, alega-se também, como matéria de defesa no âmbito das referidas ações, suposta violação à separação de poderes, pois o FCA implicaria em retirar do Poder Executivo a competência de resguardar a correta aplicação da lei. Contudo, também essa tese não vem prosperando nos Tribunais, segundo os quais o que é imprescindível é que o Poder Executivo mantenha controle sobre o litígio. Tal controle, no caso das *false claims*, certamente é mantido no âmbito do Poder

31 COSTA, op. cit., p. 105.

32 Ibidem, p. 106-107.

33 Ibidem, p. 107-108.

34 Ibidem, p. 108-109.

Executivo, prevendo o FCA a possibilidade de intervenção, mesmo no curso do processo, bem como prerrogativa de pedir extinção do feito ou celebrar acordo.³⁵

5 A GRATIFICAÇÃO FINANCEIRA DO COLEGITIMADO E O ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

O instituto da ação *qui tam*, nos moldes previstos no FCA, pode causar certa perplexidade por prever que parte dos valores recuperados no bojo da ação judicial seja destinada ao particular que ajuizou o feito. De fato, aplicar tal possibilidade ao direito pátrio, no qual a indisponibilidade do interesse público é apontada como um dos pilares do regime jurídico-administrativo³⁶, consiste em tarefa que requer certa cautela.

Contudo, conforme passaremos a demonstrar, o pagamento de gratificação financeira a quem se disponha a ajuizar uma ação em prol da coletividade não representa ideia totalmente estranha à doutrina jurídica brasileira. Tal possibilidade vem sendo discutida em virtude do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, que prevê o pagamento de gratificação financeira aos autores das ações.

Foram publicados, no Brasil, quatro anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo. O primeiro é de autoria de Antonio Gidi, elaborado entre 1993 e 2002 e denominado pelo seu autor “Anteprojeto Original”. O segundo, desenvolvido entre 2003 e 2005, denominado “Código Modelo Ibero-Americano”, teve como relatores Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. Coube ainda a Ada Pellegrini Grinover coordenar o “Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP” – “Anteprojeto USP” – elaborado de 2003 a 2006. O quarto anteprojeto consiste no “Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa” – “Anteprojeto URJ/Unesa” –, desenvolvido ao longo de 2005 sob coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.³⁷

A previsão de pagamento de gratificação financeira ao colegitimado que venha a ajuizar ação coletiva está contida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado ao Ministério da Justiça em 2007, que assim estabelece:

35 COSTA, op. cit., p. 109-110.

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55.

37 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-2.

Art. 17 Custas e honorários [...]

§3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba de sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Interesses Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade. [...] ³⁸

Registra Gidi³⁹ que todos os quatro anteprojetos do processo civil coletivo contêm previsão do pagamento de gratificação financeira ao co-legitimado, sendo que o texto de sua autoria (“Anteprojeto Original”) apresenta a seguinte redação:

Artigo 21. Despesas e honorários

21.5 Como incentivo à propositura de ações coletivas e ao ativo controle do processo pelos legitimados coletivos (*vide art.2*), o juiz poderá atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente cuja atuação foi relevante na tutela dos direitos, interesses e garantias do grupo e de seus membros. Esse valor poderá ser retirado da indenização devida ou pago pelo réu. Em sua avaliação, o juiz levará em consideração a participação do co-legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar.

21.6 O juiz poderá reter parte do pagamento dos honorários do advogado ou da gratificação do legitimado coletivo até a satisfação total da pretensão coletiva.

O instituto da gratificação financeira remonta às *class actions* norte-americanas⁴⁰, porém não se trata propriamente de novidade no sistema romano-germânico. De fato, em algumas ações populares

38 GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 456.

39 GIDI, op. cit., p. 144

40 GIDI, op. cit., p. 144.

romanas parte da multa imposta era atribuída ao cidadão que assumisse o ônus de representar o povo⁴¹.

A previsão da gratificação financeira tem por objetivo remunerar o trabalho que venha a ser bem desempenhado pelo legitimado, ao mesmo tempo em que incentiva a “descoberta do ilícito” e o ajuizamento de ações coletivas. Registra-se ainda como objetivo da gratificação a viabilização do adequado aparelhamento e profissionalização das associações legitimadas, para que possam atuar em igualdade de condições com os réus, mormente naquelas situações em que esses últimos se encontrem em flagrante situação de superioridade econômica.⁴²

Importante registrar os riscos inerentes à previsão da concessão de gratificação financeira ao coletivos, pois poderá estimular a transformação do processo coletivo em atividade lucrativa, de modo que os ajuizamentos passem a decorrer mais da possibilidade de perceber vantagens financeiras do que da necessidade de se tutelar interesses coletivos.⁴³ Contudo, trata-se de risco menor quando comparado com a situação vigente, em que prevalece a concepção de que o processo coletivo consiste em “*munus público sem qualquer tipo de remuneração*”⁴⁴.

A necessidade de se instituir um estímulo aos coletivos no bojo do processo coletivo é destacada por Ferraz⁴⁵, para quem a predominância da atuação do Ministério Público nas demandas coletivas poderia ser mitigada por meio de uma alteração legal, que viabilizasse algum tipo de incentivo aos demais autores de ações coletivas.

As mesmas vantagens da previsão da gratificação financeira em favor do legitimado – pessoa física, sindicato, associação ou fundação de direito privado com relevante atuação no feito – são apontadas por MENDES⁴⁶, que registra a relevância de tal inovação para o incremento da participação da sociedade civil nas ações coletivas.

41 SCIALOJA, Vittorio, *Procedura civile romana*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1936. p. 343 (reimpressão de 1984) *apud* GIDI, op. cit., p. 145.

42 GIDI, op. cit., p. 145-146.

43 DUARTE, Ricardo Quass. *Os fundos de reparação dos interesses ou direitos difusos lesados: natureza, gerência e serventia*, in SALLES, Silva e Nusdeo (orgs.), *Processos coletivos e tutela ambiental*, Santos: Leopoldianum, 2006, p. 118, *apud* GIDI, op. cit., p. 146.

44 GIDI, op. cit., p. 146.

45 FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*, in Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública. Lei no 7.347/1985 – 15 anos*, São Paulo: RT, 2001, p. 91 *apud* GIDI, op. cit., p. 147.

46 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis*, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 26-27.

Além do pagamento de gratificação financeira ao colegitimado, o anteprojeto prevê também o pagamento de honorários advocatícios. Quanto a esta possibilidade, cabe registrar que no sistema norte-americano, aponta-se como “mazela” das *class actions* o recebimento, pelos advogados, de valores exorbitantes, em total descompasso com os valores que são percebidos pelos membros do grupo. Afirma-se que o advogado vem a ser o “imperador absoluto” das *class actions*, uma espécie de ‘justiceiro-privado-com-lucros’.⁴⁷

A importância de se manter a possibilidade da gratificação financeira, não obstante os riscos inerentes a tal previsão, é salientada por GIDI, segundo o qual exatamente em razão das dificuldades já identificadas no sistema norte-americano, é que se deve manter a previsão da gratificação, como forma de incentivar o ajuizamento das demandas das ações coletivas pelos colegitimados, cabendo ao juiz distribuir adequadamente os valores da sucumbência entre as associações e os advogados.⁴⁸

Por certo, a previsão de tal natureza deve ser acompanhada de mecanismos que resguardecam o *manejo responsável* das ações coletivas pelos colegitimados. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁴⁹ aponta a *representatividade adequada* como “princípio da tutela jurisdicional coletiva” (art. 2º, I), prevendo ainda os aspectos a serem considerados pelo juiz para viabilizar a observância de tal princípio, quais sejam: credibilidade, capacidade, experiência e histórico de atuação na defesa de interesses difusos e coletivos do legitimado (art. 20).

O artigo 20, I, do Anteprojeto prevê a legitimidade da pessoa física para o ajuizamento da ação coletiva para a tutela dos interesses ou direitos difusos, desde que seja reconhecida sua *representatividade adequada*.

A legitimidade individual para o ajuizamento de ações coletivas enfrenta críticas na doutrina⁵⁰, existindo entendimento no sentido de que a ação popular já consiste em instrumento que viabiliza a atuação do indivíduo, sendo que foi verificado o uso reiterado do instituto com efeitos meramente políticos. Desse modo, permitir a legitimidade ativa no indivíduo no âmbito das ações coletivas poderia acarretar no mesmo uso indevido de tais medidas judiciais. Aponta-se, ainda, como argumento contrário à legitimidade individual, o despreparo do cidadão brasileiro, o que poderia ensejar o ajuizamento de demandas irrelevantes, prejudicando

47 MENDES, op. cit., p. 26-27.

48 GIDI, op. cit., p. 152-153.

49 GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 456-457.

50 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 754, *apud* FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva, *in* GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 136/137.

a credibilidade da medida judicial. Afirma-se também que o instituto da legitimidade individual teria suas raízes no direito norte-americano, o que dificultaria sua transposição para o nosso sistema jurídico.

Tais “obstáculos” são afastados por Ferraresi⁵¹, que argumenta que a motivação de quem ajuíza uma ação coletiva – hipótese do manejo da ação com finalidades políticas – é secundária quando se considera que o mais relevante consiste na possibilidade que o particular descreva uma conduta lesiva ao interesse público. O alegado despreparo do brasileiro para o ajuizamento individual das ações coletivas também é rechaçado pelo autor, segundo o qual tal entendimento poderia ser equiparado à afirmação de que “o brasileiro não deve votar, já que escolhe mal seus governantes”.

Não obstante seja favorável à legitimidade da pessoa física para o ajuizamento de demandas coletivas, Ferraresi destaca a importância do controle judicial dessa legitimidade, pontuando que tal medida estimularia não apenas o ajuizamento das ações coletivas, mas também a efetiva participação do cidadão na defesa dos interesses coletivos⁵².

Portanto, conferir legitimidade ao cidadão para o ajuizamento de determinadas ações, mormente quando se considera a possibilidade de que o autor perceba uma gratificação pelo trabalho desempenhado é medida controversa, que requer cautela na sua implantação, devendo-se priorizar as formas de controle judicial da atuação do particular, de modo a combater eventuais abusos.

6 CONCLUSÃO

A Lei dos Requerimentos Falsos, ao permitir o ajuizamento da ação *qui tam* como medida de combate às fraudes perpetradas contra o Estado norte-americano, vem viabilizando a recuperação de valores aos cofres públicos. A peculiaridade do instituto consiste principalmente na atribuição, ao autor da demanda, de parte dos valores arrecadados judicialmente, medida essa que busca incentivar o ajuizamento das ações *qui tam*.

Sabe-se que o instituto ora analisado pertence a sistema jurídico diverso do brasileiro. Contudo, tal diversidade não pode, à primeira vista, afastar inexoravelmente a possibilidade de incorporação da medida ao direito pátrio. Conforme bem pontuado por VIGLIAR⁵³:

51 FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 137.

52 FERRARESI, op. cit., p. 137.

53 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*, in GRINOVER; MENDES; WATANABE (coordenadores), op. cit., p. 311.

caso tenhamos que rejeitar algum mecanismo utilizado em outras plagas, que seja pela diminuta operacionalização que revelam na prática de suas realidades forenses, e não pelo simples fato de pertencer, historicamente, a uma ou outra “família jurídica”.

A sistemática prevista no FCA pode causar certo desconforto ou perplexidade exatamente por permitir que o particular se aproprie – mediante expressa autorização legal – de parcela dos valores originariamente destinados ao Estado. De fato, constata-se que as premissas adotadas pelo legislador norte-americano diferem das premissas que via de regra norteariam o legislador e os doutrinadores brasileiros.

Divulga-se que naquele país os valores recuperados por meio das ações ajuizadas pelos particulares justificam a destinação de parcela dos recursos ao denunciante não apenas em virtude do montante arrecadado, mas também pela constatação de que as ações ajuizadas veiculam notícias de fraudes que dificilmente chegariam ao conhecimento do poder público.

O legislador norte-americano privilegia a utilidade e o resultado da ação, elegendo como “agente catalisador” a premiação do cidadão que colabore na recuperação de valores desviados em decorrência de fraudes praticadas contra o Estado. Embora ocorra a disposição de parcela do patrimônio público, há que se considerar que tal benesse concedida ao denunciante consiste em medida de incentivo para que novas denúncias sejam feitas, proporcionando-se descoberta de fraudes e recuperação de valores em situações que provavelmente não seriam identificadas e combatidas se adotados os mecanismos tradicionais.⁵⁴

Desse modo, revela-se acertada a “parceria” firmada entre o Estado e a sociedade civil, de modo que tal circunstância não pode ser ignorada quando se analisa a possibilidade de instituição semelhante ser acolhida pela legislação brasileira. Por certo, alguns ajustes serão necessários, considerando as peculiaridades do sistema brasileiro.

O que não se revela a opção mais conveniente é rechaçar o instituto com base unicamente em sua origem ou com fundamento em suposto despreparo da sociedade civil brasileira para assumir legitimidade de tal monta. Afinal, se os problemas são semelhantes, talvez as soluções também o possam ser, desde que haja conformidade com a ordem constitucional de cada país.

⁵⁴ COSTA, op. cit., p. 111.

Por certo, alguns ajustes serão necessários, considerando as peculiaridades do sistema brasileiro. As dificuldades, se contornadas, poderão ensejar o surgimento de interessante parceria entre o Estado e a sociedade civil, viabilizando, em última análise, a criação de mais uma medida de combate às fraudes contra o Estado e de recuperação de valores devidos ao erário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Suzana Henriques da. *O Processo Coletivo da Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

DOYLE, Charles. *The False Claims Act and related Federal Statutes*. Lexington: Bibliogov, 2009.

FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 136-143.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis, in GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16-32.

WEST, Robert Page. *Advising the Qui Tam Whistleblower: From Identifying a Case to Filing Under the False Claims Act*. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2009.

WESTLAW. Disponível em <<http://lawschool.westlaw.com/desktopdefault.aspx>>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

O CRIME DE EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO: UMA COMPARAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO DO ESTADO DA CALIFÓRNIA

*THE CRIME OF DRIVE UNDER THE INFLUENCE OF ALCOHOL: A
COMPARISON WITH CALIFORNIA LAW*

*Viviane Vasconcelos Falcão Ferraz
Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Legislação Penal de Trânsito no Brasil; 2 Legislação Penal de Trânsito na Califórnia; 3 Alteração da Tipicidade do Crime de Dirigir Embriagado; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A criminalização da conduta de dirigir embriagado é uma tendência mundial, decorrente de estudos científicos comprovando que o consumo de álcool compromete a habilidade dos motoristas e eleva o número de acidentes de trânsito. No Brasil, é crime conduzir veículo com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro, sendo necessário medir o nível de álcool através de exame de sangue ou teste de bafômetro. Processar um motorista pelo crime de dirigir embriagado tornou-se difícil diante da impossibilidade de obrigá-lo a fazer os testes de alcoolemia. É recomendável, portanto, alterar a conduta típica para também proibir a condução de veículos por motoristas com habilidade física e mental debilitada pela influência do álcool, independentemente do nível de álcool no sangue, seguindo o exemplo da lei da Califórnia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Dirigir Alcoolizado. Concentração de Álcool no Sangue. Meios de Prova. Exame de Sangue. Bafômetro.

ABSTRACT: The criminalization of drunk driving is a worldwide trend due to scientific studies showing that alcohol consumption impairs the driver's ability and it increases the number of traffic accidents. In Brasil it is unlawful drive a vehicle with a specified blood alcohol concentration level (0,6 g/l), measured through blood test or breathalyzer alcohol test. A prosecution for driving under the influence became difficult due to the impossibility of forcing the driver to make the alcohol tests. It is recommended to create a new offense of driving while under the influence of alcohol, when as a result of drinking the alcoholic beverage his or her physical or mental abilities are impaired, independently of the level of alcohol in the blood, following the example of California law.

KEYWORDS: Criminal Law. Drive Under the Influence of Alcohol. Specified Blood Alcohol Concentration. Evidence. Blood Test. Breathalyzer Test.

INTRODUÇÃO

O grande número de mortes em acidentes de trânsito provocados por motoristas bêbados levou diversos países a adotarem uma postura mais repressiva para proibir a condução de veículos após a ingestão de bebidas alcoólicas, criminalizando a conduta e estabelecendo sanções severas para quem descumpra a proibição, exceto por um pequeno grau de tolerância. Esse grau de tolerância é representado por uma taxa máxima de álcool admitida, que normalmente oscila entre 2 (dois) decigramas e 1 (um) grama de álcool por litro de sangue¹, tendo em vista a correlação estabelecida entre o consumo de álcool, mesmo em pequenas quantidades, e a performance do motorista².

No Brasil, uma grande mudança se operou com a edição da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, conhecida como “Lei Seca”, que alterou os dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) para as infrações administrativas e impor sanções penais mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool acima do limite tolerado. No entanto, a interpretação dada à norma legal, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, praticamente esvaziou sua eficácia ao restringir as provas admitidas para comprovar a embriaguez ao exame de sangue e ao uso do etilômetro, sem que seja possível obrigar o motorista a realizá-los.

Essa dificuldade em comprovar que a pessoa dirigiu sob efeito de álcool dificulta a imposição da sanção penal e faz com que a norma penal deixe de atingir sua finalidade de controle social, que seria a preservação da segurança no trânsito e da incolumidade dos usuários das

1 PINSKY, Ilana; LARANJEIRA, Ronaldo. *O fenômeno do dirigir alcoolizado no Brasil e no mundo: revisão da Literatura*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

2 Existem evidências de que o consumo de álcool apresenta relação direta tanto com a ocorrência quanto com a gravidade de acidentes de trânsito (Laranjeira & Romano, 2004). Modelli e colaboradores (2008) encontraram que 42,8% das vítimas fatais de acidentes de trânsito no Distrito Federal, em 2005, apresentavam alcoolemia acima do permitido na legislação então vigente, que estipulava limite de 0,6g/l. Os autores afirmam que o consumo de álcool nesses casos havia contribuído, em grau variável, com o evento da morte e com o tipo de acidente sofrido.

[...]

Segundo Laranjeira & Romano (2004:73), “prejuízos no desempenho tornam-se marcantes” quando a alcoolemia está entre 0,5g/l e 0,8g/l, mas podem estar presentes também com teor alcoólico menor que 0,5g/l. Ainda, o risco de um indivíduo com valor de 0,5g/l sofrer um acidente é duas vezes maior que o de outro com zero; quando a concentração atinge 0,8g/l, o risco é multiplicado por dez; e se for de 1,5g/l ou mais, o risco relativo será centenas de vezes maior. (CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *Alteração do Limite Máximo de Teor Alcoólico da Lei Seca*. Nota Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em <http://bd.camara.gov.br>. Acesso em 27 mar. 2012)

vias terrestres, a ser obtida com a mudança de postura dos motoristas ante o temor da coação. Sem uma efetiva aplicação da norma, contudo, continuará a ser socialmente tolerado beber e dirigir, apesar da conduta ser proibida.

Considerando que diversos projetos de lei já se encontram em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado para alterar a Lei Seca, é oportuno analisar as normas adotadas em outros países, para buscar inspiração em experiências mais bem sucedidas de aumento da segurança no trânsito.

É bastante relevante essa análise do direito estrangeiro dentro da disciplina de direito comparado. Como opina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “o exame de sistemas normativos de outros povos oxigena a musculatura intelectual, tempera a curiosidade, aguça a inteligência, eleva o espírito”³.

Vamos utilizar como parâmetro de comparação a legislação penal de trânsito dos Estados Unidos da América, mais especificamente do Estado da Califórnia, que pune de forma rigorosa a conduta daqueles que dirigem sob influência de álcool ou drogas, conhecida pela expressão de língua inglesa “*driver under influence – DUI*”.

1 LEGISLAÇÃO PENAL DE TRÂNSITO NO BRASIL

A conduta de dirigir sob efeito de álcool começou a ser considerada crime, no Brasil, com a edição da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro – CTB e estabelecia, em seu art. 306:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

3 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas Introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

A redação do *caput* do art. 306 do CTB foi alterada pela Lei nº 11.705, de 2008, sancionada com a finalidade de não admitir qualquer teor alcoólico⁴ aos motoristas e tipificar a condução de veículo com concentração de álcool no sangue superior a 0,6 g/l, nos seguintes termos:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Para que possa ser definido o nível de álcool no sangue do motorista, para efeitos de condenação em crime de trânsito, o Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, regulamentou a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia:

Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Na redação original do CTB, a conduta só estava enquadrada no tipo penal se o condutor embriagado colocasse em risco a incolumidade de alguém ao alterar a forma de dirigir, tendo em vista que⁵:

4 Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

5 MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 238.

A lei adotou a teoria biopsicológica: não basta a ingestão de álcool ou substância análoga, mas é preciso estar sob influência do álcool ou substância análoga, portanto, com alteração de comportamento, no modo de conduzir o veículo, anormalmente, de forma a causar perigo.

A tipicidade foi profundamente alterada através da Lei nº 11.705, de 2008, passando a ser crime conduzir veículo automotor com concentração de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue, e não mais conduzir veículo sob a influência de álcool expondo a dano potencial a incolumidade dos outros motoristas, de ciclistas ou de pedestres, crime de perigo concreto indeterminado.

A mudança do tipo penal para um crime de perigo abstrato tornou despicienda a comprovação da influência do álcool sobre o comportamento do motorista, o que inicialmente pareceu representar um grande avanço para permitir a efetiva condenação dos infratores, pois era difícil comprovar o perigo à incolumidade de alguém.

No entanto, os doutrinadores logo perceberam a necessidade de aferição do nível de álcool no organismo do motorista, por ser elemento objetivo do tipo penal a constatação de que a concentração de álcool está acima do limite legal. Como defende João Carlos Pereira Filho⁶, “apenas estará evidenciado o crime – no tocante à dirigir alcoolizado – se restar devidamente comprovada a referida quantidade alcoólica [...]”, “não havendo que se falar que depoimento pessoal ou exame clínico poderiam suprir a eventual não realização dos exames”.

Em decorrência dessa inevitabilidade da medição da alcoolemia, começaram as discussões acadêmicas sobre quais os meios de provar a concentração de álcool no sangue, visto que o Decreto nº 6.448, de 2008, menciona apenas a utilização do exame de sangue e do etilômetro, popularmente conhecido como bafômetro, que verifica a concentração de álcool no sangue indiretamente, através do ar expelido pelos pulmões.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, surgiram duas correntes de posicionamento nos julgamentos de crimes de embriaguez ao volante. Para a primeira delas, a quantificação precisa do grau de alcoolemia através de etilômetro ou exame de sangue é elemento objetivo do tipo⁷, em razão do princípio da estrita legalidade

6 FILHO, João Carlos Pereira. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os meios de prova da elementar do tipo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3138, 3 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21019>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

7 Exemplos de decisões nesse sentido: REsp 1.113.360 (5ª turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJE 18/10/2010); HC 177942/RS (6ª Turma; Relator Ministro Celso Limongi; DJE 14/03/2011);

do direito penal, como se verifica na decisão proferida no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1291648⁸:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. TESTE DO “BAFÔMETRO” E EXAME DE SANGUE ESPECÍFICO NÃO REALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO GRAU DE ALCOOLEMIA AO DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DE ELEMENTAR OBJETIVA DO TIPO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica, com o advento Lei n.º 11.705/08. Primeiro, esse delito passou a ser de perigo abstrato, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Em segundo lugar, incluiu-se a elementar referente à “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas a comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem.

2. A nova redação do crime de embriaguez ao volante exige, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificado o grau de alcoolemia. Essa prova técnica é indispensável e só pode ser produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue.

3. Insta observar, aliás, que o parágrafo único do referido art. 306 remete ao Decreto n.º 6.488/08, que, por sua vez, regulamentou a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, sem mencionar a aferição meramente clínica.

4. Desse modo, em face do princípio da legalidade penal, revejo minha posição, a fim de reconhecer a atipicidade da conduta por ausência de elementar objetiva do tipo penal.

5. Agravo regimental desprovido.

8 STJ, AgRg no Ag 1291648/RS; 5ª Turma; Relatora Ministra Laurita Vaz; DJe 10/10/2011.

A outra corrente de posicionamento do STJ admite a comprovação da conduta prevista no art. 306 do CTB através de prova testemunhal ou exame clínico, na impossibilidade de obtenção da prova técnica específica, que seria o teste do bafômetro ou o exame de sangue⁹, como se verifica no julgamento proferido no Recurso Especial nº 1.208.112¹⁰:

PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CARACTERIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. TESTE DE ALCOOLEMIA OU BAFÔMETRO. PRESCINDIBILIDADE. AVERIGUAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXAME CLÍNICO E PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que a Corte estadual, não obstante a existência de depoimentos de testemunhas no sentido de que o réu conduzia o veículo sob influência de álcool, o absolveu da imputação, sob o entendimento de que o tipo penal “não se contenta com o exame clínico, exigindo demonstração técnica do teor alcóolico do motorista”, sendo que não foi possível a averiguação do teor de álcool em seu sangue, uma vez que não fora realizado exame pericial.

II. O delito de embriaguez ao volante configura-se por meio da prova de que o condutor ingeriu bebida alcóolica em concentração por litro de sangue igual ou superior à fixada na norma incriminadora - aferida por teste de alcoolemia ou de sangue -, ou então que estava sob a influência de substância psicoativa que causasse dependência - averiguada por meio de exame clínico ou depoimento testemunhal.

III. Para a caracterização da conduta prevista no tipo do art. 306 do CTB não é imprescindível a realização de exame pericial ou teste de bafômetro, bastando a prova testemunhal ou exame clínico, quando impossível a realização da prova técnica.

IV. Afastada a imprescindibilidade da prova técnica para a configuração do delito, deve ser determinada a cassação do acórdão recorrido, de modo que outro seja proferido com base na jurisprudência desta Corte.

9 Adotaram o segundo posicionamento os seguintes julgados: HC 151087/SP (5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Maia Filho; DJe 26/04/2010); HC 150445/PB (5ª Turma; Relator Ministro Felix Fisher; DJe 19/04/2010).

10 STJ, REsp 1.208.112/MG; 5ª Turma; Relator Ministro Gilson Dipp; DJe 15/06/2011.

V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

Essa divergência de posicionamentos foi resolvida recentemente pela Terceira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.111.566/DF, em sede de recurso repetitivo¹¹, com voto de minerva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. No julgamento, restou decidido por maioria que o etilômetro e o exame de sangue são os únicos meios de prova admitidos para comprovar o grau de alcoolemia estabelecido no art. 306 do CTB, pois o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue é um elemento objetivo do tipo¹².

A restrição aos meios de prova para comprovação de que o condutor estava com concentração de álcool no sangue superior a 6 decigramas por litro de sangue, para configuração da materialidade do crime, acaba tornando difícil a condenação de motoristas pela prática da conduta descrita no art. 306 do CTB.

Como ninguém pode ser obrigado a praticar prova contra si próprio, por extensão do direito do réu ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal¹³, dificilmente o motorista vai concordar em se submeter à realização de exame de sangue ou teste de bafômetro, por saber que correrá o risco de ser indiciado pelo crime de dirigir embriagado, se constatado nível de álcool superior ao tolerado pela norma.

A ausência de cooperação do indiciado com as autoridades policiais é um comportamento considerado legítimo pelo Supremo Tribunal Federal, como expressão do direito de não se auto-incriminar e de não ser constrangido a produzir prova contra si próprio, prerrogativas do devido processo legal, garantido constitucionalmente¹⁴.

11 Código de Processo Civil:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

[...]

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

12 O julgamento ocorreu em 28/03/2012 e o acórdão ainda não está disponível para consulta no *site* do STJ, mas o resultado consta na seção de notícias, acessível através do *link* http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105218

13 LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

14 A garantia constitucional do “due process of law” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as

Dessa forma, apesar de ser reconhecido o fato de condutores de veículos com habilidade comprometida pela influência do álcool representarem uma ameaça contínua à segurança do trânsito, não é possível forçar os motoristas a se submeter a exames de comprovação de alcoolemia, o que torna praticamente inviável a aplicação de sanções penais aos infratores.

O art. 306 do CTB passou a ter função quase simbólica, restrita ao plano normativo. Para superar essa limitação, alguns doutrinadores já defendem a relativização desse princípio da não auto-incriminação na

seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito à prova; (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de perseguição penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre perseguição penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Precedentes. - A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a "persecutio criminis" nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. - O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da perseguição penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional - além de não importar em confissão - jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa. (STF, HC 99289/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 04/08/2011)

ponderação entre direitos fundamentais. Eduardo de Souza Floriano¹⁵ defende a prevalência do direito à vida, à integridade física e à segurança dos usuários das vias terrestres, que o Estado tenta proteger ao estabelecer uma legislação penal de trânsito, sobre o direito dos motoristas, enquanto cidadãos, de não produzir provas contra si mesmo.

Considerando que a obtenção de habilitação para condução de veículos automotores está condicionada ao atendimento de diversos requisitos estabelecidos pelo Estado, Eduardo Floriano afirma não existir um “direito à livre locomoção”, senão vejamos¹⁶:

Importante, ainda, ressaltar que, diferente do que afirmam alguns articulistas, a utilização de veículos automotores não é incondicionada nem se trata do direito de livre locomoção previsto na Constituição.

A natureza jurídica deste instituto é de licença. O Estado somente permite a condução de veículos automotores por indivíduos maiores de 18 anos, alfabetizados, que possuam carteira de identidade e que sejam aprovados em testes de saúde, psicotécnicos, de legislação e de direção.

Seguindo a linha de pensamento defendida acima, uma das opções do legislador para tornar eficaz o art. 306 do CTB seria alterar a legislação e determinar, como condição para obtenção da habilitação para dirigir veículo, a obrigatoriedade de submissão a testes de alcoolemia em determinadas situações, como adotado em outros países. Contudo, provavelmente essa norma seria declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sendo válido estudar a legislação de trânsito da Califórnia, nos Estados Unidos, para verificar as experiências bem sucedidas lá adotadas e tentar replicá-las aqui.

2 LEGISLAÇÃO PENAL DE TRÂNSITO NA CALIFÓRNIA

Nos Estados Unidos, a edição de normas para coibir a condução de veículos por motoristas alcoolizados foi estimulada por uma norma federal – *23 United States Code, section 408* –, que restringiu a concessão de alguns tipos de incentivo aos Estados que adotassem e implementassem programas para redução de problemas de segurança no trânsito provocados por motoristas sob a influência de álcool, assim

15 FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool, sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela Autoridade Policial?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37715/1>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

16 *Ibidem*.

considerados àqueles com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 0,10%¹⁷.

No Estado da Califórnia, o Código de Veículos (*Vehicle Code*) estabelece¹⁸, na seção 23152, que é ilegal dirigir veículos sob a influência de bebida alcoólica e/ou drogas bem como dirigir veículos com concentração de álcool igual ou superior a 0,08% no sangue, tolerando-se um limite de apenas 0,04% para os motoristas profissionais, na seguinte redação em inglês:

(a) It is unlawful for any person who is under the influence of any alcoholic beverage or drug, or under the combined influence of any alcoholic beverage and drug, to drive a vehicle.

(b) It is unlawful for any person who has 0.08 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood to drive a vehicle.

For purposes of this article and Section 34501.16, percent, by weight, of alcohol in a person's blood is based upon grams of alcohol per 100 milliliters of blood or grams of alcohol per 210 liters of breath.

In any prosecution under this subdivision, it is a rebuttable presumption that the person had 0.08 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of driving the vehicle if the person had 0.08 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of the performance of a chemical test within three hours after the driving.

(c) It is unlawful for any person who is addicted to the use of any drug to drive a vehicle. This subdivision shall not apply to a person who is participating in a narcotic treatment program approved pursuant to Article 3 (commencing with Section 11875) of Chapter 1 of Part 3 of Division 10.5 of the Health and Safety Code.

17 23 United States Code section 408 - Alcohol traffic safety programs:

(a) Subject to the provisions of this section, the Secretary shall make grants to those States which adopt and implement effective programs to reduce traffic safety problems resulting from persons driving while under the influence of alcohol or a controlled substance. Such grants may only be used by recipient States to implement and enforce such programs.

(e)(1) For purposes of this section, a State is eligible for a basic grant if such State provides - (C) that any person with a blood alcohol concentration of 0.10 percent or greater when driving a motor vehicle shall be deemed to be driving while intoxicated

18 *Vehicle Code, Division 11, Chapter 12, Article 2, Section 23152.*

(d) It is unlawful for any person who has 0.04 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood to drive a commercial motor vehicle, as defined in Section 15210.

In any prosecution under this subdivision, it is a rebuttable presumption that the person had 0.04 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of driving the vehicle if the person had 0.04 percent or more, by weight, of alcohol in his or her blood at the time of the performance of a chemical test within three hours after the driving.

Vamos nos concentrar nas alíneas “a” e “b” da seção 23152 do Código de Veículos da Califórnia, por serem condutas mais genéricas, desconsiderando aquelas destinadas aos condutores de veículos comerciais. As alíneas “a” e “b” representam dois tipos penais diversos, embora relacionados à proibição de dirigir sob a influência de álcool, como determinado em precedente da Suprema Corte da Califórnia¹⁹.

Para que uma pessoa possa ser condenada pela prática da conduta prevista na alínea “a”, é necessário comprovar que o álcool afetou sua capacidade física e mental em um nível tal que ela não consegue, naquele momento, dirigir o veículo com as cautelas comuns de alguém sóbrio nas mesmas circunstâncias²⁰.

Por sua vez, a alínea “b” estabelece uma presunção, considerada constitucional pela jurisprudência²¹, de que a segurança e a incolumidade públicas estão em risco se uma pessoa dirige veículo com concentração de álcool igual ou superior a 0,08% no sangue, independentemente da habilidade do motorista ter sido afetada ou não²². O legislador concluiu que a maioria das pessoas com concentração de álcool no sangue igual ou superior a 0,08% estará muito debilitada para conduzir veículos de forma segura²³.

Para condenar alguém com base no crime da alínea “b”, o Promotor da Califórnia não necessita provar a influência do álcool sobre o motorista ou algum comprometimento na sua habilidade para

19 *BURG v. The Municipal Court for the Santa Clara Judicial District of Santa Clara County and the People* (1983), 35 Cal.3d 257, 673 P.2d 732, 198 Cal.Rptr. 145.

20 *McDonald v. Department of Motor Vehicles* (2000) 77 Cal.App.4th 677, 686; *People v. Dingle*, 56 Cal.App. 445, 449, 205 P. 705.

21 *People v. Shelton*, 150 Cal.App.3d 946, 198 Cal.Rptr. 589.

22 *BURG v. The Municipal Court for the Santa Clara Judicial District of Santa Clara County and the People* (1983) 35 Cal.3d 257, 673 P.2d 732, 198 Cal.Rptr. 145.

23 *People v. McNeal*, 46 Cal. 4th 1183.

conduzir veículos, mas deve comprovar que o motorista estava com um nível de alcoolemia superior ao previsto na lei²⁴. Como mencionado pela Suprema Corte da Califórnia²⁵, o legislador aprovou a alínea “b” da seção 23152 para facilitar a acusação dos *drunk drivers*, ou motoristas embriagados em tradução livre.

De acordo com as leis da Califórnia, dirigir é considerado um privilégio e não um direito, razão pela qual o motorista deverá consentir em se submeter a certas “obrigações” em troca do privilégio. Um exemplo disso está na seção 23612 do Código de Veículos, que prevê um consentimento implícito do motorista para se submeter a testes de alcoolemia se for legalmente preso sob suspeita de dirigir embriagado²⁶.

Esse consentimento implícito não pode ser utilizado sem critérios. Em primeiro lugar, o policial da Califórnia deve ter um motivo razoável para solicitar que o motorista pare o carro e se dirija ao acostamento, como observar uma manobra imprudente ou excesso de velocidade²⁷. Durante a abordagem, é permitido que o policial proponha a realização de alguns testes preliminares de sobriedade ao condutor, para verificar se ele está ou não sob a influência de álcool. Nesse momento, o motorista não é obrigado a realizar o teste de sobriedade ou os exames de alcoolemia, nem pode ser punido pela recusa. Se o motorista fizer os testes de sobriedade e obtiver um bom resultado, será liberado para prosseguir na direção do veículo.

Entretanto, ainda que haja recusa do motorista em se submeter aos testes, o policial poderá prendê-lo caso tenha motivos suficientes para acreditar que ele está sob a influência de álcool²⁸, como olhos vermelhos, fala embolada ou arrastada, bafo de álcool, etc. Conduzido à prisão após observância dos requisitos acima indicados, o condutor do veículo não pode se recusar a realizar os exames para verificação da presença de álcool no sangue, embora possa escolher qual tipo de teste será aplicado.

24 *Hamilton v. Gourley*, 103 Cal.App.4th at p. 361; *BURG v. The Municipal Court for the Santa Clara Judicial District of Santa Clara County and the People* (1983) 35 Cal.3d 257, 673 P.2d 732, 198 Cal.Rptr. 145.

25 *People v. McNeal*, 46 Cal. 4th 1183.

26 Section 23612. (a) (1) (A) *A person who drives a motor vehicle is deemed to have given his or her consent to chemical testing of his or her blood or breath for the purpose of determining the alcoholic content of his or her blood, if lawfully arrested for an offense allegedly committed in violation of Section 23140, 23152, or 23153. If a blood or breath test, or both, are unavailable, then paragraph (2) of subdivision (d) applies.*

[...]

(C) *The testing shall be incidental to a lawful arrest and administered at the direction of a peace officer having reasonable cause to believe the person was driving a motor vehicle in violation of Section 23140, 23152, or 23153.*

27 *People v. Ireland*, 33 Cal. App. 4th 680.

28 *People v. Goslar*, 70 Cal.App.4th 270, 82 Cal.Rptr.2d 558; *People v. McNeal*, 46 Cal. 4th 1183.

Nos Estados Unidos, também é assegurado o direito à não auto-incriminação, o direito à privacidade e o direito a não ser submetido a busca e apreensão, mas a Suprema Corte admite a relativização desses direitos em caso de recusa injustificada à submissão a exame de sangue para verificação do nível de álcool, a depender do caso concreto²⁹.

3 ALTERAÇÃO DA TIPICIDADE DO CRIME DE DIRIGIR EMBRIAGADO

Após o “esvaziamento” do poder de coação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, especialmente após a citada decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.111.566/DF, voltou à tona a pressão de parcelas da sociedade civil para uma punição mais severa aos motoristas embriagados.

Essa pressão social incentivou os parlamentares brasileiros a apresentarem novos projetos de lei com modificações no Código de Trânsito e prometerem apreciá-los de forma célere³⁰. Entre as propostas em tramitação, destacamos o Projeto de Lei da Câmara nº 3.559/2012, de autoria do Deputado Hugo Leal, que pretende adotar a seguinte redação para o art. 306:

Art. 306. Conduzir veículo automotor em estado de embriaguez ou sob influência de substância psicoativa ilícita que determine dependência:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (NR)

§ 1º O estado de embriaguez será constatado por:

I - Concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue;

II – Concentração igual ou superior a 0,3 (três décimos) de miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

29 *SCHMERBER v. CALIFORNIA*, 384 U.S. 757 (1966).

30 Notícia disponibilizada em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSPITO/413907-PLENARIO-PODERA-VOTAR-MUDANCA-NA-LEI-SECA-PARA-AMPLIAR-PROVAS.html>>.

III – comprometimento da capacidade psicomotora decorrente do uso de álcool, aferida na forma disciplinada pelo CONTRAN. (NR)

§ 2º A influência de substância psicoativa ilícita será constatada pelo comprometimento da capacidade psicomotora, aferido na forma disciplinada pelo CONTRAN. (NR)

§ 3º A constatação do disposto no *caput* e no § 1º poderá ser obtida, conforme o caso, mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, imagem, vídeo, prova testemunhal ou outros meios que, técnica ou cientificamente, permitam aferir a concentração de álcool ou a influência de substância psicoativa. (NR)

§ 4º Caso a caracterização do crime tipificado neste artigo seja realizado nos termos do disposto no inciso III do § 1º, ao condutor é facultado o direito de requerer ao agente de trânsito, no exato momento da fiscalização, como contraprova, a realização de teste de alcoolemia, exame clínico ou perícia. (NR)

§ 5º O CONTRAN disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (NR)

O Projeto de Lei nº 3.559/2012 pretende definir a conduta típica como condução de veículo em estado de embriaguez, com redação assemelhada àquela original do art. 306, mas sem a necessidade de existência de um perigo de dano pela condução anormal do veículo, o que já pode ser considerado positivo.

A constatação do estado de embriaguez seria feita através da verificação: a) da concentração de álcool no sangue superior a 6 (seis) decigramas por litro; b) da concentração de álcool no ar expelido pelos pulmões superior a 3 (três) décimos de miligrama por litro de ar alveolar; ou c) do comprometimento da capacidade psicomotora decorrente do uso do álcool.

Assim como na Califórnia, parece-nos que a verificação de concentração de álcool acima do limite permitido passaria a configurar uma presunção de que o motorista está com sua capacidade de dirigir alterada, mesmo que na prática esteja dirigindo normalmente. Todavia, vai continuar sendo difícil comprovar a embriaguez dessa forma, porque a tendência da jurisprudência é manter o entendimento da utilização do exame de sangue e do bafômetro como únicas provas aptas a determinar

o nível de álcool no sangue, bem como da impossibilidade de obrigar o motorista a realizar esses testes, por causa do princípio da não auto-incriminação.

Na prática, se aprovado o Projeto de Lei nº 3.559/2012 nesses termos, o exame clínico, a perícia, a imagem, o vídeo e a prova testemunhal só poderão ser utilizados para verificação da embriaguez através do comprometimento da capacidade psicomotora decorrente do uso do álcool. Mesmo assim, as três formas de constatação da embriaguez, que na verdade se resumem a duas, ampliam o poder de coação da norma, pois nem todos os motoristas se recusam a realizar os exames de alcoolemia.

Não obstante, acreditamos que a melhor opção normativa é a adotada na Califórnia³¹, com duas condutas típicas independentes, uma referente à proibição de dirigir com concentração de álcool acima de determinado nível no sangue e a outra referente à proibição de dirigir sob a influência de álcool com diminuição da capacidade física e mental.

A separação das condutas típicas impediria eventual questionamento da legalidade da conduta típica de proibir a condução de veículo em estado de embriaguez baseado no comprometimento da capacidade psicomotora comprovado apenas por prova testemunhal, por exemplo, em virtude da menção aos níveis de álcool em outro inciso.

Outrossim, assim como na Califórnia, achamos importante estabelecer critérios a serem observados pela autoridade policial antes e durante a abordagem de um motorista sob suspeita de embriaguez, dentro da visão de um direito penal garantidor. Esses critérios serviriam para inibir a certificação do estado de embriaguez apenas em decorrência da recusa do motorista em realizar o exame do bafômetro, sem a presença de outros indícios.

Para abordar o veículo, o policial deveria verificar uma condução anormal, arriscada ou com excesso de velocidade, por exemplo. Reputamos essencial, também, exigir que os policiais tentem realizar teste de sobriedade com o motorista, apesar deste não poder ser obrigado a participar. Esses testes poderiam ser compostos por perguntas e aferição do equilíbrio, a serem realizados ainda no local da abordagem, e seriam mais um meio de prova a ser somado à prova testemunhal, à perícia ou ao exame clínico.

31 Instados pelo Congresso, a maioria dos Estados americanos sancionou normas com a proibição de dirigir a partir de determinada concentração de álcool, mas nem todos criaram um novo crime. Algumas normas estabeleceram uma definição alternativa de dirigir sob influência de álcool ou criaram uma infração de menor potencial ofensivo (conferir *Burg v. Municipal Court*, 35 Cal. 3d 257).

4 CONCLUSÃO

É inegável a importância da tipificação da conduta de dirigir embriagado ou sob a influência de álcool, tendo em vista os diversos estudos clínicos afirmando que essa substância lícita afeta o sistema nervoso central, diminui a função motora e modifica o comportamento e a percepção do motorista, violando o direito da coletividade à segurança no trânsito.

Contudo, um tipo penal sem efetiva aplicabilidade, restrito ao plano normativo, não vai mudar a cultura da sociedade brasileira de tolerância ao consumo de álcool pouco antes ou durante a condução do veículo, nem fará o motorista se constranger por praticar uma conduta proibida, mesmo expondo a um grande risco a incolumidade pública.

A mudança de cultura só deve acontecer quando se tornar corriqueira a punição dos motoristas infratores, incutindo nos motoristas um forte receio à coação, o que não tem ocorrido com o tipo penal atualmente em vigor por causa da dificuldade prática de verificar o nível de álcool no sangue do condutor quando ele se recusa a realizar o exame de sangue ou o teste do bafômetro.

Embora constantes alterações legislativas possam causar insegurança jurídica, parece-nos premente a necessidade de nova alteração da redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro ou a criação de um novo tipo penal, para proibir a condução de veículos por motoristas com habilidade afetada pelo consumo de álcool e possibilitar a utilização de outros meios de prova além dos exames de alcoolemia.

A utilização do exemplo da Califórnia como modelo inicial parece ser um bom caminho, embora qualquer nova mudança deva ser precedida de muitos debates entre os parlamentares, por não ser viável reproduzir de forma literal as leis da Califórnia ou de outro país sem atentar para as diferenças existentes em relação ao sistema legal brasileiro, entre elas a extensão da garantia ao direito da não auto-incriminação.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *Alteração do Limite Máximo de Teor Alcoólico da Lei Seca*. Nota Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

FILHO, João Carlos Pereira. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os meios de prova da elementar do tipo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3138, 3 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21019>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

FLORIANO, Eduardo de Souza. *A Constituição Federal permite a condução de veículo automotor, sob influência de álcool, sem que o condutor sofra qualquer tipo de molestação pela Autoridade Policial?* Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/37715/1>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas Introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. Niterói: Impetus, 2005.

GULLI, Valdenir João. Dirigir embriagado: uma conduta, várias consequências. Breve saga histórica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3154, 19 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21122>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

JESUS, Gabriel Costa de. *O direito de não produzir provas contra si mesmo e prova da embriaguez ao volante*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3130, 26 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20941>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

LOBERTO, Eduardo de Camargo. Embriaguez ao volante: realização de exame clínico e comprovação do perigo de lesão são sempre necessárias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21045>>. Acesso em 27 mar. 2012.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PINSKY, Ilana; LARANJEIRA, Ronaldo. *O fenômeno do dirigir alcoolizado no Brasil e no mundo: revisão da Literatura*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo/fenomeno-dirigir-alcoolizado-brasil-mundo.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

RAMOS, Vinicius Diniz e Almeida. Alterações da “Lei Seca”: o Projeto de Lei do Senado e o rigor das penas nos crimes de trânsito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21044>>. Acesso em: 27 mar. 2012.



A PRESENÇA DO ESTADO EM JUÍZO. BREVE ANÁLISE DOS MODELOS FEDERATIVOS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

*THE PRESENCE OF THE STATE IN COURT (A BRIEF COMPARISON
BETWEEN BRAZIL AND THE US)*

*Waller Chaves da Costa
Procurador da Fazenda Nacional em Goiânia
Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Diferenças históricas entre as Federações brasileira e norte-americana; 1.1 Terminologia; 2 Imunidade judicial como corolário da imunidade do soberano (*Sovereign Immunity*), no sistema constitucional norte-americano; 2.1 O caso *Chrisholm vs. Georgia*, e o advento da Emenda XI à Constituição norte-americana (*Eleventh Amendment*). 2.2. *Hans vs Lousiania*; 2.3 *Pennsylvania vs. Union Gas Co*; 3 O modelo brasileiro: prevalência do dogma, sobre a História; 3.1 Inafastabilidade da jurisdição. Menção ao excesso de julgamentos sobre o crédito tributário; 3.2 Foros competentes para os conflitos envolvendo os entes da Federação, no direito

brasileiro; 4 Banalização dos conflitos judiciais envolvendo os Estados, no direito brasileiro; 4.1 Execução fiscal da dívida ativa da União – uma situação surreal; 4.2 Degeneração do espírito dos Juizados Especiais Federais; 5 Breve resposta à pergunta original; 5.1 *Conditional Spending*: O caso *South Dakota vs. Dole*; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo consiste em um estudo comparativo acerca da presença dos entes integrantes da Federação em juízo, no Brasil e nos EUA. Para tanto, dividiu-se o texto em cinco seções, iniciando-se pela análise histórica da formação das federações dos Estados Unidos da América e do Brasil. Em seguida, é examinado o caráter de imunidade/soberania dos estados federados nos EUA, e como isso repercute nas possibilidades de ajuizamento de ações judiciais em face dos mesmos. São estudados três casos exemplificativos do modelo norte-americano. Passa-se ao estudo do modelo brasileiro, que prima pela inafastabilidade da jurisdição, inclusive em relação aos estados federados e o Ente Central, concluindo-se pelo atual excesso de processos, alvo de críticas na quarta seção. Analisam-se, por fim, as relações financeiras entre Estados Federados e Ente Central, sob o prisma da chamada *conditional spending* estadunidense, e como ela se diferencia do modelo de cobrança brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Federação; Imunidade do Estado; Imunidade Judicial.

ABSTRACT: This article consists of a comparative study of the possibilities of lawsuits against the Federation and the Federate States, both in Brazil and the United States. It is divided into five sections, starting with the historical analysis of the origin of the American and the Brazilian federations. The second section examines the *sovereign immunity* of the States that form the American Federation, and its consequences on the possibilities of bringing lawsuits against them. Three cases which exemplify the American model are then analysed. The paper also studies the Brazilian model, and its rule that state jurisdiction is able to judge all matters brought to Court, including those in which Federate States or the Federation are either plaintiff or defendant. It concludes that lawsuits are too numerous in Brazil. This is also criticized in the fourth session, which states that a trivialization

is currently happening within the matter of lawsuits involving the members of the Brazilian Federation, be it the execution of tax debts or the excessive lawsuits present in the so called “Special Federal Courts”. Lastly, the text briefly analyzes how, in the American Federation, the Federal Government makes States comply to its wishes through the use of the institute called *conditional spending*, and how it differs from the Brazilian ways that the Federation has, in order to collect financial debts of the Federate States.

KEYWORDS: Federation. State Immunity. Sovereign Immunity. Judicial Immunity.

INTRODUÇÃO

Quando saímos do Brasil para o curso na *Thomas Jefferson School Of Law*, em San Diego, nossa intenção era analisar, ainda que brevemente, a maneira pela qual os Governos Centrais do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA) realizam a cobrança das dívidas financeiras que detenham em face dos Estados da Federação.

Por sermos lotados há quase cinco anos na Divisão de Acompanhamento dos Grandes Devedores da Procuradoria da Fazenda Nacional em Goiás (DIGRA PFN/GO), temos trabalhado com um caso cheio de peculiaridades, em que a União cobra do Estado de Goiás, na Justiça Federal em Goiânia, uma dívida do PASEP (contribuição social), avaliada em torno de 48 milhões de reais.

Nossa imediata indagação foi: Como se dá a cobrança judicial das dívidas financeiras de um Estado Federado, por parte do Ente Central, nos Estados Unidos?

Durante o curso, mais que “difícil”, a pesquisa se mostrou “rarefeita”. Estivemos com mais de um professor, fomos à bibliotecária, vasculhamos a biblioteca virtual da escola.

Não encontramos praticamente nenhum material relacionado ao tema, dado que, devido às origens históricas da Federação norteamericana, os Estados que a compõem não podem, via de regra, ser demandados em juízo.

Isto foi uma surpresa para nós, haja vista que, no Brasil, os conflitos judiciais entre os diversos entes políticos se contam à mancheia. No Estado de Goiás, particularmente, são centenas de ações em curso na Justiça Federal, entre a pessoa jurídica de direito público que representa a Federação (União) e a pessoa jurídica de direito público do próprio Estado de Goiás.

Certamente, as estatísticas se repetem em todos os Estados da Federação.

Se se incluir na conta as ações judiciais em curso no Supremo Tribunal Federal, sede do conflito tipicamente “federativo”, previsto no art. 102, da CF, há literalmente milhares de ações entre a União e algum Estado da Federação, em curso no Poder Judiciário brasileiro.

A dificuldade de encontrar material sobre o tema específico que buscávamos - cobrança da dívida financeira - foi compensada pelos textos que localizamos sobre a lenta evolução histórica do direito norte-americano, na tentativa de se fixar as balizas da possibilidade jurídica de um Estado da Federação ser levado a juízo - seja por particulares, seja por outros Estados, ou pela própria Federação.

Neste artigo, será feita uma breve análise da criação de cada Federação, para depois se investigar como a origem histórica de cada país é responsável pelas circunstâncias específicas nas quais o Estado federado pode ser levado a Juízo.

Uma ressalva que fazemos é a seguinte: nos últimos anos, pressionado por questões de política externa, as Federações têm de agir de um modo cada vez mais consistente no plano internacional. Para isto, as Repúblicas Federativas modernas têm caminhado para uma espécie de “uniformização das questões regionais”, com maior concentração de poderes a favor do Ente Central.

É natural, portanto, que a formatação original do Constitucionalismo norte-americano venha sofrendo abalos, de modo que o Ente Central passe a acumular mais e mais poder, em detrimento da autonomia originalmente concebida para os Estados membros.

Este artigo não pretende avançar sobre o tema. Ao contrário, limitaremos-nos a relacionar o modelo brasileiro, fundado num dogma constitucional bastante específico, no que diz com a possibilidade de se demandar em face do Estado em juízo, àquilo que o modelo-norte americano preserva de sua origem.

DIFERENÇAS HISTÓRICAS ENTRE AS FEDERAÇÕES BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA.

A palavra “Federação” tem sua origem no termo do Latim *foedus*, que significa “amigo” e indica “confiança” - *fidúcia* e *fide*, como no latim *bona fide* (boa fé), têm a mesma raiz.

É comumente admitido que a Federação Americana é a única federação *autêntica* na recente História política da humanidade. Ao dizer “federação autêntica”, quer-se significar uma experiência na qual

um grupo de Estados independentes (as treze colônias) acordaram na sujeição, em variados aspectos, a um poder político superior e comum, batizado “Federação”.

Por outro lado, um tal “acordo original” de vontades políticas não faz parte do cabedal histórico da República Federativa do Brasil, onde as divisões internas do país foram definidas após a instituição da República. Para usar uma metáfora cartográfica, poderíamos dizer que o mapa brasileiro, com seus 26 (vinte e seis) Estados e a vasta área correspondente ao Distrito Federal (DF), foi desenhado por um Poder Central forte – a “União”.

Esta diferença na origem ocasiona uma série de peculiaridades para cada um dos modelos federativos.

Nos EUA, devido a uma cláusula explícita da Constituição promulgada em 1787, a Federação tem, originalmente, um poder muito limitado para criar leis: somente aqueles expressos na própria Carta Magna, sendo os demais reservados aos Estados.

Isso tem mudado com o tempo, e atualmente o Poder Central tem sofrido uma certa “hipertrofia”, acentuada a partir da segunda metade do século XX. Mas, na origem, a experiência de criação da Federação Americana revela um espectro muito específico de possibilidades de atuação política: tudo o que não seja explícito na Constituição como competência dela, Federação, cabe aos Estados ou ao “povo” (*the people*): “*Emenda 10*: Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.”¹

Assim, no sistema norte-americano, os Estados federados mantêm o poder de agir conforme suas próprias necessidades em quaisquer aspectos que não sejam explicitamente delegados, pela própria Constituição, à Federação.

No Brasil, cujo sistema jurídico é estatutário (*civil law*), ou seja, baseado na lei votada pelo Parlamento, a Constituição defere ao Ente Central (União) a criação de um número significativo de leis, inclusive os Códigos Civil e Penal. Confira-se o art. 22 da CF/88:

Artigo 22

Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

1 AMENDMENT X

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.

- III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
- IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
- V - serviço postal;
- VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
- VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
- VIII - comércio exterior e interestadual;
- IX - diretrizes da política nacional de transportes;
- X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
- XI - trânsito e transporte;
- XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
- XIV - populações indígenas;
- XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- XX - sistemas de consórcios e sorteios;
- XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
- XXIII - seguridade social;
- XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
- XXV - registros públicos;
- XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
- XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

XXIX - propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Os vinte e nove incisos do art. 22 da Constituição de 1988 revelam que, na República Federativa do Brasil, nenhum Estado federado tem autonomia para regular inúmeros aspectos básicos das vidas de seus cidadãos, uma vez que, para dizer o mínimo, as leis civis e criminais são as mais intimamente ligadas à vida cotidiana de quaisquer habitantes de qualquer país – desde o nascimento até a morte. E, no Brasil, sequer a criação destes dois códigos está no raio de ação dos Estados Federados.

Ambos os países - Brasil e EUA - têm um território continental e uma numerosa população, contada às centenas de milhões: 300 milhões de habitantes nos EUA, 200 milhões no Brasil. Ambos possuem um vasto leque de diferenças regionais dentro de suas fronteiras. Distintas regiões de um vasto país geralmente têm distintas culturas, hábitos, etc. E tais diferenças culturais deveriam naturalmente levar a uma diferenciada regulamentação.

Quando se considera que o Direito – seja *civil* ou *common law* – é criado por um grupo de legisladores, ou estabelecido por um grupo de juízes que analisa diferentes casos, parece óbvio que diferentes Estados de uma Federação devem sempre ter o direito de regulamentar a vida de seus próprios cidadãos nos mais variados sentidos.

Isso ocorre nos EUA de uma forma não semelhante no Brasil. O Estado da Califórnia, por exemplo, com suas muitas peculiaridades, tais como sua vasta área litorânea, uma fronteira internacional e uma grande população de imigrantes, tem o direito de criar suas próprias leis civis e criminais – que certamente variam das leis de Estados localizados no interior do país.

No Brasil, independente das diferenças existentes entre os Estados – e com certeza existem imensas disparidades entre os Estados costeiros e aqueles localizados na Floresta Amazônica –, todos se sujeitam, em inúmeros aspectos, às mesmas leis, todas criadas pelo Congresso Nacional.

No ponto, filiamo-nos à corrente que acredita que o Brasil deve ser considerado um Estado “unitário”, ao invés de uma Federação, posto que os habitantes de seus Estados-membro *não têm* a chance de regulamentar aspectos básicos de suas vidas: são sempre submetidos àquilo que habitantes de outros Estados pensam – uma vez que abunda a legislação federal, i.e., o arcabouço jurídico é majoritariamente *nacional*, idêntico, portanto, para todos os Estados da Federação.

Em sua origem, o sistema estadunidense garante maior autonomia às comunidades regionais, para que possam criar seu arcabouço jurídico, seja mediante estatutos criados por uma assembléia eleita (lei positiva), ou pela decisão judicial passada em casos específicos (*common law*).

Numa abordagem política mais ampla, tal autonomia se transmuda na ideia de “soberania” comentada em linhas volvidas, de modo que as regras que permitem a sujeição de um Estado a uma demanda judicial são, nos EUA, muito mais complexas que no Brasil, onde pode-se dizer que há uma verdadeira “banalização” da presença do Estado em juízo.

1.1 TERMINOLOGIA

Na América do Norte, a Federação é chamada “Estados Unidos”. Nas relações cotidianas entre os cidadãos, esta entidade é comumente referida como sendo “*the federal government*”, ou seja, “o Governo Federal”.

No Brasil, a Federação é chamada “República Federativa do Brasil”, quando se relaciona com outros atores da comunidade internacional. Em suas relações com seus próprios cidadãos, a entidade é denominada “União”.

Quanto ao equivalente em inglês deste último termo – *Union* –, ele não tem sido usado nos EUA desde o fim da guerra civil, uma vez que, tendo as colônias do Sul sido derrotadas na Guerra, permaneceram ligadas aos EUA por constrangimentos maiores que o mero ato de vontade, como o termo “União” parece sugerir.

No Brasil, “União” se diferencia de “Governo Federal”, no sentido de que o primeiro se refere à entidade da Federação, em suas relações “internas”, ao passo de que o segundo se liga mais intimamente ao Poder Executivo, comandado pelo Presidente da República.

Neste artigo, a palavra Federação irá substituir ambos os termos pelas quais o Poder Central age internamente: por “Federação”, expressaremos tanto o *Federal Government* nos Estados Unidos, como a União, no Brasil.

Ou seja: por Federação, queremos dizer o “Ente Central”.

2 “IMUNIDADE JUDICIAL” COMO COROLÁRIO DA “IMUNIDADE DO SOBERANO” (SOVEREIGN IMMUNITY), NO SISTEMA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

No modelo federativo norte-americano, os Estados federados gozam do atributo de imunidade.

Em inglês, tal imunidade é veiculada pelas expressões *state immunity* ou *sovereign immunity*.

Esta última expressão dá uma boa idéia da origem do termo, e de seus contornos conceituais: na formação da Federação americana, as 13 colônias recém emancipados da Coroa Britânica eram Estados livres e independentes, e se enxergavam, portanto, como “estados soberanos”.

Pelo própria etimologia do termo, um estado “soberano” é superior a seus súditos, não se sujeitando, portanto, a uma lide judicial entre si próprio e um seu súdito - *a menos que consinta com tal sujeição*.

Em termos judiciais, a imunidade dos Estados que formaram a Federação norte-americana significa, na origem, que não podem ser demandados em Juízo sem sua própria anuência - *the right not to be sued without waive*.

Num sistema baseado na *common law*, como o norte americano, isto não se firmou da noite para o dia. Muitas dúvidas houve, e ainda há, sobre o tema. A Constituição dos Estados Unidos é bastante sintética, mas, ao mesmo tempo, é também “elástica”, no sentido de que sua interpretação não se dá de modo apriorístico, com base apenas no próprio dogma constitucional, ou seja, na mera literalidade de seu texto. A cristalização de seu espírito deriva, sempre, da solução de problemas advindos de episódios específicos da História do país.

Um caso emblemático para a análise do tema está em *Chrisholm vs. Georgia*, que remonta ao ano de 1793, pouquíssimo tempo após a promulgação da própria Constituição, que se deu em 1787.

2.1 O CASO *CHRISHOLM VS. GEORGIA*, E O ADVENTO DA EMENDA XI À CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA (*ELEVENTH AMENDMENT*)

Segundo o texto original do art. III, seção 2, da Constituição norte-americana, entre as muitas causas passíveis de serem levadas à Suprema Corte dos Estados Unidos, figuravam as “controvérsias em que os Estados Unidos fossem parte e as controvérsias entre

dois ou mais Estados federados, e *entre um Estado e cidadãos de outro Estado*.”²

Em 1793, com base no permissivo constante do final da cláusula acima, a Suprema Corte dos Estados Unidos³ se declarou competente para conhecer uma ação ajuizada por uma pessoa física, de nome *Chrisholm*, em face do Estado da Geórgia. A ação se fundava num contrato de fornecimento de *Chrisholm* ao Estado de Geórgia, durante os anos da revolução que levou à independência dos EUA.

No que diz com as relações de direito material, a situação entre *Chrisholm* e o Estado da Geórgia não era única. Nos primeiros anos de vigência da Constituição estadunidense, a maioria dos Estados tinha débitos altíssimos para quitar junto a fornecedores privados, por isto que a independência do jugo inglês exigiu um esforço de guerra, e a natural contração de empréstimos para financiá-lo.

Havia, portanto, o fundado temor que o precedente inaugurado em *Chisholm vs Georgia* abrisse as portas para uma enxurrada de ações judiciais, propostas na Suprema corte, por inúmeros credores privados, em face dos Estados da recém-criada Federação norte-americana.

A reação política à aceitação, pela Suprema Corte, da ação proposta por *Chrisholm* foi imediata. Dois anos depois da decisão judicial, na primeira sessão do Congresso, pela maioria maciça dos votos (*overwhelming vote*), em ambas as Casas, foi proposta e aprovada a Emenda 11 (*XI Amendment*), com a seguinte previsão:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos não se estenderá a qualquer ação, com base na lei ou na equidade, ajuizada em face de qualquer dos Estados Unidos por Cidadãos de outro Estado, ou Cidadãos sujeitos a qualquer Estado Estrangeiro.⁴

Pela noção, pura e simples, de imunidade dos Estados membros (*sovereign immunity*), o Congresso poderia ter ido mais longe na redação

2 The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to *Controversies to which the United States shall be a Party*; to *Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State*; between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects. - This section is modified by the *11th Amendment*.

3 *US Supreme Court*, doravante chamada de Suprema Corte.

4 *The judicial power of the United States shall not be construed to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or Citizens or Subjects of any Foreign State.*

da Emenda 11, e ter vetado o ajuizamento, no Poder Judiciário da Federação, de quaisquer ações em face dos Estados- membro, sem seu próprio consentimento.

Limitou-se a Emenda, contudo, a proibir as ações propostas por cidadãos de outros Estados, fossem eles membros da própria Federação norte-americana, ou estrangeiros.

Manteve-se, assim, a competência da Suprema Corte para julgar litígios entre diversos Estados da Federação, e também as ações em que a própria Federação (*the United States*) fosse parte.^{5 6}

Mas nem por isso o tema deixou de ser tormentoso.

Ao contrário, no direito americano, a teoria da *state immunity* tem sido erigida em torno das dificuldades de se fixar limites para que os Tribunais reconheçam sua competência para decidir questões que, no fundo, são de cunho essencialmente político.⁷

Ao longo da histórica do constitucionalismo norte-americano, o tema tem sido objeto de inúmeras decisões da Suprema Corte, e o assunto longe está de encontrar uma solução definitiva.

De todo modo, a Emenda 11 importou numa limitação veemente ao poder que a recém-criada Federação norte-americana teria para restringir os *direitos originais*⁸ dos Estados Federados.

O fato de o Congresso ter estabelecido, apenas seis anos depois do advento da Constituição, por via da Emenda 11, que o mero “contrato social” que dera origem à Federação não era o bastante para esvaziar a soberania dos Estados Federados, foi um divisor de águas na história do Constitucionalismo americano.

Como diz o adágio, “onde passa um boi, passa uma boiada”, e o caso *Chrisholm vs Georgia*, seguido pela promulgação da Emenda 11, foram apenas os dois primeiros movimentos no longo embate ideológico

5 Neste ponto, a competência da Suprema Corte dos Estados Unidos se assemelha àquela prevista pela Constituição brasileira, em seu *art. 102*: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: *I* - processar e julgar, originariamente: *f*) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

6 No que diz respeito a esta última possibilidade, a Suprema Corte expressamente rejeitou, em 1892, as alegações do Estado do Texas, no sentido de uma imunidade plena, apta a lhe manter à margem de ação judicial proposta pela Federação (*United States vs. Texas*, 143, US 621).

7 *Further, as sovereign immunity issues have arisen in a greater variety of situations, the doctrine has come to serve new purposes – from protecting the fragile finances of Indian tribes² to defining the limits of judicial competence to decide essentially political questions.* Florey, K., *Sovereign Immunity Penumbra*.

8 Usamos a expressão “direitos originais” como substituta de “direitos naturais”, conceito geralmente ligado ao indivíduo, e não a um Estado soberano que opta por se unir a uma Federação.

em torno da possibilidade de os Estados Federados serem demandados em juízo.

Atualmente, um dos aspectos mais controversos do tema esta no entendimento de que, quando advinda do próprio Estado Federado, *a renúncia à imunidade deve ser expressa*.⁹

2.2 HANS VS LOUISIANA

Chrisholm vs Georgia data de 1793, conforme já explicitado.

Um segundo caso, ocorrido em 1890, quase cem anos mais tarde, também tem importância seminal sobre o tema. Trata-se de *Hans vs Louisiana*.

O autor, Hans, era detentor de alguns títulos da dívida pública do Estado da Louisiana, e temia que eles pudessem perder a validade, por conta de uma mudança na constituição estadual - ou seja, do próprio Estado da Louisiana. Para Hans, tal situação violava a "cláusula dos contratos", prevista na Constituição dos Estados Unidos - por ela, nenhum estado poderia aprovar leis que importassem em descumprimento dos contratos¹⁰.

Hans ingressou com ação judicial em face da Louisiana, na corte federal situada no Estado, mas não obteve êxito.

Cem anos antes, em *Chrisholm vs Georgia*, o autor (Chrisholm) não era cidadão da Geórgia, e o fato de a Corte ter se dado por competente para julgar sua ação em face do Estado provocou a reação congressual que resultou no advento da Emenda 11.

Em 1890, Hans, por sua vez, era cidadão do próprio Estado da Louisiana.

Poder-se-ia pensar, então, que sua ação em face da Louisiana não esbarraria no óbice da Emenda 11, por isto que ela restringiria apenas as causas ajuizadas em face de um Estado, *por cidadãos de outro Estado*, o que não era o seu caso.

9 *The most familiar of these developments, of course, is the Supreme Court's controversial holding that the Constitution prohibits suits against unconsenting states - a development that continues to reverberate throughout federal and state courts - Florey, K., ibidem.*

10 *No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.* Constituição Federal de 1988, Art. 1º. "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Não foi esta, todavia, a solução do conflito: a Corte entendeu que a Emenda 11 surgiu como solução para um problema específico, qual seja, a aceitação da ação proposta por *Chrisholm* em face da Geórgia. O fato de um problema ter surgido com a ação proposta por *Hans*, e ter sido “corrigido” com a Emenda 11, não alterava a *correlação de forças* que pautava, na origem, o modelo federativo norte-americano.

Decidiu-se, portanto que, apesar de a Emenda 11 vedar apenas o ajuizamento de ações *em face de um Estado, por cidadãos de outro Estado, a proibição valia desde sempre - e não apenas a partir da Emenda - também para cidadãos do próprio Estado.*

O fundamento é que, para os Estados Federados, a imunidade judicial deriva de sua própria soberania, e não se esvazia pela mera adesão à Federação.

Mais uma vez, a renúncia à imunidade judicial, como corolário da *sovereign immunity* (imunidade do Soberano), depende, sempre, de renúncia expressa por parte do próprio Estado, ou, em casos excepcionais, de cassação – também explícita – pelo Congresso Nacional.

Sobre este último tema, *ab-rogação da imunidade judicial por ato do Congresso*, analisemos um terceiro caso, bem mais recente, ocorrido em 1980.

2.3 PENNSYLVANIA VS UNION GAS CO

Cem anos depois de *Hans vs Louisiana*, e quase duzentos anos depois de *Chrisholm vs Georgia*, já na década de 1980, mais um caso ajudou a sedimentar a doutrina sobre os limites da imunidade judicial dos Estados federados.

Neste episódio em particular, a Suprema Corte fixou o entendimento que, apesar da *sovereign immunity* ser atributo natural dos Estados, o Congresso Nacional poderia estabelecer cláusulas restringindo-a, desde que o fizesse de modo explícito e inequívoco – trata-se, portanto, de um “exercício de linguagem”.

Como em *Chrisholm vs Georgia* e *Hans vs Louisiana*, o conceito fulcral debatido em *Pennsylvania vs Union Gas Co* é a “*sovereign immunity*” dos Estados.

Em *Chrisholm*, a Corte aceitou a ação proposta em face da Geórgia por um cidadão de outro Estado da Federação. Mas veio a Emenda 11, e, com base na imunidade dos Estados, extirpou-se a possibilidade reconhecida pela Corte – para o Congresso que promulgou a Emenda, a adesão à Federação não importava em renúncia à imunidade, pelo Estado Federado.

Em *Hans*, a Corte declarou que a vedação imposta pela Emenda 11 não deveria ser lida como única restrição possível. Ou seja: se a Emenda vedou o ajuizamento de ações em face de um Estado, por cidadãos de outro Estado da Federação, a vedação para cidadãos do mesmo Estado prescindia do texto da Emenda, derivando da própria essência do Federalismo norte-americano.

Em *Union Gas*, outro foi o foco, mas o objeto é o mesmo.

O caso data da 1980, ápice da Guerra Fria, em que o mundo vivia sob a ameaça nuclear.

No nosso entendimento, um Estado só consegue participar do jogo político internacional, com uma face única e consistente, se suas divergências internas forem mitigadas. Esta é uma das razões pelas quais entendemos que tem havido uma concentração cada vez maior de poderes no Ente Central, em detrimento dos Estados federados. No Brasil, tal concentração acontece desde sempre, e também tem acontecido com maior intensidade no chamado “federalismo autêntico”, dos Estados Unidos da América¹¹.

E é fato histórico que os EUA atravessaram o século XX como um dos protagonistas da geopolítica internacional – durante a Guerra Fria, em especial.

Em *Union Gas*, a Suprema Corte estabeleceu que, ao aderirem à Constituição os Estados Unidos, os Estados federados investiram o Congresso Nacional no poder de cassar parte de sua *sovereign immunity*.

Isto significou um fortalecimento do Ente Central, em detrimento da autonomia dos Estados Federados. Todavia, conforme já dissemos mais de uma vez, as soluções determinadas pela Constituição norte-americana não prescindem da análise de casos pretéritos, e, no que diz com a presença do Estado em juízo, sobretudo na posição de réu (*defendant*), *Chisholm* e *Hans* permanecem definidores das dificuldades de se levar um Estado a juízo sem seu consentimento, sobretudo quando o cidadão pessoa física figura na posição de autor (*plaintiff*).

3 O MODELO BRASILEIRO: PREVALÊNCIA DO DOGMA, SOBRE A HISTÓRIA

No Brasil, tal autonomia dos Estados nunca se verificou na prática.

Desde o advento da República, em 1889, a Federação brasileira concentra inúmeros poderes, em detrimento da autonomia dos Estados

11 O caso da Federação Russa parece apontar para a mesma direção.

federados, num processo que tem se acentuado após a promulgação da Constituição de 1988 - o supracitado artigo 22 é a mais cabal demonstração da assertiva.

Alem disso, não existe, no Brasil, a tradição histórica do Direito, inerente aos sistemas de *common law*.

Renove-se a proposição: *Chrisholm vs Georgia*, um caso ocorrido em 1793, permanece sendo fulcral para a compreensão de como a Constituição norte-americana deve ser lida, na parte relativa à imunidade dos Estados, por conta da própria formação histórica da Federação norte-americana.

No Brasil, as coisas são diferentes: a partir da promulgação (ou outorga) de uma nova Constituição, o sistema jurídico é “*resetado*”, e a interpretação do Federalismo não agrega maiores valores da experiência histórica.

No que diz respeito à possibilidade de se levar o Estado a juízo, não há espaço para a análise de como as coisas se deram no momento em que a República foi fundada, quando nos libertamos do jugo da Coroa lusa.

A matéria segue um modelo rígido, escolhido pelo legislador constituinte de 1988, e é sobre o texto da Constituição que os Tribunais se debruçam.

3.1 INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. MENÇÃO AO EXCESSO DE JULGAMENTOS SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Em seu artigo 5º, inciso, XXXV, a Constituição brasileira prevê a inafastabilidade da jurisdição: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal dispositivo faz com que todos os entes da Federação, *i.e.*, o Ente Federal (União), os Estados membros e os Municípios¹², possam ser demandados em juízo por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem o óbice de nenhum atributo específico derivado de uma eventual “soberania”.

Em alguns casos, o ordenamento brasileiro é particularmente “generoso” com o cidadão, no que diz com a possibilidade de se impugnar um ato do Poder Executivo. Em matéria tributária, por exemplo, após a constituição do crédito tributário por uma das Delegacias da Receita Federal, o contribuinte pode impugná-lo perante uma Delegacia Regional de Julgamento, e recorrer ao Conselho Administrativo de

12 Os Municípios, integram a Federação por uma peculiaridade do sistema brasileiro, conforme previsto no art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

Recursos Fiscais, numa estrutura que tem nítida inspiração no modelo francês, onde é previsto o Conselho de Estado como última instância de discussão sobre os atos do Poder Executivo.

Todavia, aos cidadãos e às empresas resta sempre a via judicial, por força do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Assim, após percorrer três níveis hierárquicos perante o Poder Executivo, o contribuinte brasileiro ainda pode tentar anular sua dívida tributária no Poder Judiciário. Como o Sistema Tributário Nacional tem sede constitucional, muitas questões podem ser levadas em quatro vias judiciais: justiça federal de primeira instância, Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça, por fim, ao Supremo Tribunal Federal.

Somando-se as discussões administrativas com as judiciais, temos que o débito tributário pode percorrer até sete esferas estatais, o que, em nossa opinião, é demonstrativo da dificuldade que o Poder Executivo, figura que encarna o Estado em suas relações cotidianas com o cidadão, tem para implementar seus atos, no sistema brasileiro.

3.2 FOROS COMPETENTES PARA OS CONFLITOS ENVOLVENDO OS ENTES DA FEDERAÇÃO, NO DIREITO BRASILEIRO

Os Estados e os Municípios se sujeitam às cortes estaduais, os Tribunais de Justiça, mantidos pelos cofres dos próprios Estados federados. No Brasil, entre todas a estrutura do Poder Judiciário, esta é a justiça “comum” por excelência, embora, em muitas localidades, haja juízos (varas) específicos para as Fazendas Públicas.

Por sua vez, a pessoa jurídica que encarna a Federação, internamente chamada “União, é, via de regra, demandada numa Justiça própria, a Justiça Federal, cuja competência deriva da mera presença do Ente Central em juízo - competência *ratione personae*, ou seja, em “razão da pessoa”. Na teoria geral do processo, a Justiça Federal também é classificada como “justiça comum”, embora carregue o traço distintivo de ser a justiça “privativa” para resolver conflitos que envolvam o interesse do Ente Central.

A competência da Justiça Federal é expressamente prevista a partir do art. 108 da Constituição de 1988, ao passo que a dos Tribunais de Justiça é tida como “residual”: tudo o que não for de competência das justiças especializadas¹³ e da Justiça Federal, cabe aos Tribunais de Justiça.

13 São Justiças especializadas, no Brasil: a Justiça do Trabalho, a Militar e a Eleitoral.

4 A BANALIZAÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS ENVOLVENDO OS ENTES DA FEDERAÇÃO, NO DIREITO BRASILEIRO. ANÁLISE DE DOIS FENÔMENOS

4.1 EXECUÇÃO FISCAL DA DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO – UMA SITUAÇÃO SURREAL

Uma das maiores aberrações do ordenamento jurídico brasileiro é a cobrança judicial da dívida ativa da União - DAU.

A Federação é, por definição, um colosso político, ou seja, ela é sempre criada como um ser político superior a outros seres políticos que já detenham, ao menos em tese, alguma espécie de autonomia.

Não deveria, portanto, ter a necessidade de ingressar em juízo, no intuito de obter a materialização de muitos de seus direitos.

Naquilo que poderíamos chamar de “eficiência da teoria política”, o Estado deveria, sempre que possível, resolver suas pendências no próprio Poder Executivo, que é, em essência, o poder mais próximo do cidadão, responsável pela implementação das diversas políticas públicas desenhadas pelo Parlamento e pelo próprio chefe do Poder Executivo, que detém a iniciativa para uma série de leis, e poder de veto sobre grande parte dos atos congressuais.

Em termos ideológicos, seja qual for a forma de Governo ou o regime econômico que se adote, num Estado que se pretende forte, o Poder Executivo deve ser forte o bastante para “executar a lei” (*enforce the law*), ou seja, tirá-la do papel e torná-la realidade, viabilizando-a na prática.

É entristecedor constatar a frequência com que a Federação brasileira tem de buscar o Poder Judiciário, um Poder externo ao Executivo, e originalmente reservado à solução de “crises” entre particulares, para que resolva muitos de seus mais mezinhos problemas, quando se trata da arrecadação de impostos.

Na seara tributária, a Receita Federal não tem força o suficiente para fazer com que uma imensa quantidade de contribuintes recolham seus impostos a tempo e modo, o que leva a União a ajuizar uma infinidade de processos de execução fiscal - que nada mais são que uma “segunda tentativa” de cobrar o débito tributário que não foi pago perante a própria Receita Federal.

É no mínimo curiosa a crença que muitos setores da sociedade brasileira, notadamente da comunidade jurídica e do órgão responsável pelo ajuizamento de tais débitos¹⁴, depositam no processo de execução fiscal.

14 PGFN - Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

De nossa parte, sempre tivemos a convicção de que, se o débito não foi pago na via administrativa, a Fazenda Pública (seja a União, o Estado Federado ou os Municípios) somente deveria recorrer à via judicial em casos específicos, a partir de um “piso econômico”, em que a utilização do Poder Judiciário se mostrasse não só *imprescindível*, mas também *eficiente*.

Não é neste sentido a lei vigente, e o aparelho estatal brasileiro lida com a existência de uma infinidade de execuções fiscais em face de inúmeros contribuintes que não têm patrimônio para saldar o débito. Como o sistema brasileiro prevê a “irrenunciabilidade do interesse público”, são muito modestas as tentativas de se extinguir quaisquer débitos não pagos, e o total de execuções fiscais em curso aumenta exponencialmente a cada ano – dado que o número de execuções fiscais extintas é sempre menor que o número de execuções extintas.

Ou seja: num primeiro momento, a efetivação da lei tributária (*the enforcement of the law*) não é obtida pelo Poder Executivo, por meio do órgão de constituição do crédito tributário (Receita Federal). A regra é, portanto, que o Estado seja forçado a buscar o Judiciário – o que acontece para um número muito grande de dívidas não pagas.

A situação é tão surreal que, segundo dados do relatório de Gestão da PGFN, havia, em 2009, o assombroso número de 6.787 (seis mil setecentos e oitenta e sete) processos por Procurador¹⁵.

Considerando-se que a PGFN cuida apenas de matéria fiscal, e que há mais de 1.000 (mil) Procuradores em seus quadros, comprova-se que há, em curso no judiciário brasileiro, literalmente *milhões de ações* em que o Ente Central da Federação, no caso a União, é parte.

4.2 A DEGENERAÇÃO DO ESPÍRITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

No modelo federativo brasileiro, uma segunda seara em que a banalização da presença em juízo do Estado, sobretudo a Federação, pode ser identificada, é nos chamados Juizados Especiais Brasileiros – JEF’s.

Os JEF’s integram a Justiça Federal, e foram criados em 2001, no intuito de acelerar o julgamento de causas de pequeno valor financeiro, ajuizadas em face do Ente Central. Ou seja: simplificar a dívida do cidadão, sobretudo daquele com poucos recursos financeiros, eventualmente agredido, em seu patrimônio jurídico, por algum ato da União.

15 Conforme publicado no documento “Os Números da PGFN”, produzido pelo SINPROFAZ – Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional.

O que aconteceu, todavia, foi a mais absoluta degeneração do espírito dos juizados.

Em 2012, ano em que este artigo foi redigido, as ações em curso nos JEF's se contavam às centenas de milhares, talvez aos milhões, espalhadas por todo o território nacional, muitas delas se referindo a benefícios previdenciários.

Na prática, os JEF's se tornaram uma espécie de “balcão alternativo” do Poder Executivo. Muitos de seus órgãos, notadamente o Instituto Nacional do Seguro Social e a Caixa Econômica Federal, que gerenciam volumes oceânicos de verbas públicas, não conseguiram se libertar da práxis brasileira de negar ao cidadão direitos que lhe são óbvios.

A negativa sistemática de direitos individuais por parte do Poder Executivo é uma constante na burocracia brasileira, restando aos cidadãos o acesso ao Poder Judiciário, por força do pré-citado inciso XXXV, do art. 5º, da CF/88 (inafastabilidade da jurisdição).

Por definição da lei que os institui, as ações de competência do JEF se limitam a sessenta salários mínimos, pouco mais de trinta e sei mil reais, em abril de 2012.

De um modo que seria inconcebível num modelo como o norteamericano, que preserva a “dignidade política” dos integrantes da Federação, e muito restringe as possibilidades de se levar o Estado a juízo, o que há, no Brasil, são milhões de ações judiciais em que o colosso político¹⁶ denominado *Federação* (representado pela figura da União) tem de submeter à vara do Judiciário para pagar benefícios previdenciários que, muitas vezes, não chegam a cinco ou dez mil reais.

Para se ter uma idéia do inchaço dos JEF's, em 2000, antes do advento da lei que os criou, havia, na seção judiciária do Estado de Goiás, com sede em Goiânia, oito varas cíveis.

Em 2012, há as mesmas oito varas cíveis, às quais se somam quatro juizados especiais. Assim, em doze anos, não houve expansão nenhuma das varas cíveis “ordinárias”, tendo os Juizados aumentado de modo que hoje exista um juizado especial para cada duas varas cíveis. Em outras palavras: *um terço* da estrutura cível da Justiça Federal em Goiânia é dedicada a conflitos entre a Federação e o cidadão que alega ter, para com ela, um crédito inferior a trinta e seis mil reais.

A hipertrofia dos JEF's não importou, todavia, na manutenção de seu próprio espírito original, que era, como dito, acelerar o julgamento

16 Ao usarmos o termo “colosso”, pretendemos realçar que a Federação, em sua qualidade de ficção jurídica, ou seja, um *Estado superior aos Estados que a criaram*, é um artifício extremamente complexo, do ponto de vista da Ciência Política.

das causas de acanhado valor financeiro. Hoje, os julgamentos no Juizado Especial Federal podem demorar mais de cinco anos para serem concluídos.

5 BREVE RESPOSTA À PERGUNTA ORIGINAL.

Como dito no início do trabalho, a pergunta original que levamos a San Diego não dizia respeito à presença dos Estados em juízo, mas ao modo como se daria a cobrança de uma dívida financeira do Estado Federado para com a Federação.

No Brasil, o mecanismo mais eficaz para isto seria com a retenção do Fundo de Participação dos Estados, instituto de direito constitucional-financeiro, que prevê como receita originária dos Estados membros, uma parcela da arrecadação tributária cujo sujeito ativo é, em verdade, a União.

Todavia, o regramento interno da matéria, na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio de sua Portaria 708/2009, dificulta a utilização do mecanismo, havendo, ainda, uma certa predileção pelo uso da ação judicial em face do Estado, de baixíssima eficiência, dado que os bens do Estado são impenhoráveis.

5.1 CONDITIONAL SPENDING. O CASO *SOUTH DAKOTA VS. DOLE*

Num típico movimento de concentração de poderes nas mãos da Federação, o Congresso dos Estados Unidos aprovou, em 1984, a Lei da Maioridade Mínima Nacional.

O intuito da lei era desencorajar os Estados a diminuir a maioria legal, por meio da retenção de 5% do repasse dos fundos federais destinados às rodovias dos Estados que não adotassem a idade mínima estipulada na lei *supra* mencionada. Em 1988, entretanto, o montante retido já representava 10%.

O Estado da Dakota do Sul, que permitia a pessoas de 19 (dezenove) anos de idade comprar cervejas cujo teor alcoólico não ultrapassasse 3,2%, questionou a lei, sendo nomeada a Secretária dos Transportes, Elizabeth Dole, na posição de ré, pois o órgão responsável pela aplicação e fiscalização da lei era a Secretaria que ela ocupava¹⁷.

O litígio se referia à validade de tal condição imposta aos Estados, acaso quisessem obter a integralidade de fundos federais para rodovias:

17 No Brasil, a ação seria proposta em face da própria União, jamais em face da pessoa da Secretária. Ademais, "secretaria", no organograma do Poder Executivo norte-americano corresponde a "ministério", na burocracia federal brasileira.

a elevação da maioria legal para o consumo de álcool, conforme previa a *lei orçamentária federal*.

Assim, quaisquer Estados onde pessoas menores de 21 anos de idade pudessem legalmente adquirir e consumir álcool perderiam cinco por cento da receita federal referente aos fundos federais para rodovias, conforme o que fora estipulado pelo Congresso Nacional no âmbito da legislação orçamentária.

No julgamento do caso *South Dakota vs. Cole*, a Suprema Corte dos EUA concluiu pela constitucionalidade da condição, tendo em vista que os requisitos próprios à obtenção desses fundos federais objetivavam a segurança nas rodovias.

Ademais, não se entendeu que a perda de apenas 5% do total da receita seria substancial a ponto de representar coerção - a qual estaria presente, por exemplo, na perda de 50% do total ou de toda a receita.

A retenção de verba orçamentária é um exemplo de como a Federação norte-americana tem outros mecanismos que não a cobrança de uma dívida em juízo, para fazer com que os Estados se adequem a algumas de suas políticas. Como dito acima, as relações entre o Ente Federal e os Entes Federados tangenciam, sempre e invariavelmente, questões de fundo político, e não faz sentido, no modelo estadunidense “judicializar” muitas delas.

No Brasil, diversamente, há uma forte judicialização de uma inúmeros problemas surgidos nas relações entre o Ente Federal e os Entes Federados. Por aqui, judicializam-se não apenas as questões políticas, mas também meras questões administrativas, especialmente as relativas às dívidas para o financiamento da Seguridade Social¹⁸.

6 CONCLUSÕES

O estudo do direito comparado nos permite enxergar como Estados diferentes oferecem respostas totalmente diversas para soluções semelhantes.

Nossa breve pesquisa, aliada à nossa experiência na Procuradoria da Fazenda Nacional em Goiás, demonstrou que a possibilidade de se levar um Estado federado a juízo, nos EUA, é muito mais restrita que no Brasil.

18 Segundo a Constituição brasileira, os Estados Federados, apesar de gozarem de imunidade relativas aos impostos federais, estão obrigados ao financiamento da Seguridade Social, que é gerenciada pela Federação, por meio de uma autarquia chamada Instituto Nacional do Seguro Social. Grande parte das dívidas dos Estados junto à Federação advém do não pagamento das contribuições à Seguridade Social.

Nos EUA, fincados numa tradição constitucionalista de mais de dois séculos, e apesar dos recentes avanços do Congresso para mitigá-la, os Estados federados têm mantido parte significativa de sua “imunidade de soberano”, o que engloba a imunidade judicial.

No Brasil, sob a luz do dogma constitucional, vive-se um momento de absoluta banalização da presença do Estado em Juízo, tanto nas relações entre cidadãos e os diversos entes da Federação (União, Estados e Municípios), quanto nas relações entre eles próprios.

No plano do direito tributário federal, intimamente ligado às atribuições da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, são inúmeros os conflitos entre cidadãos e União, e também entre União e Estados da Federação.

Logicamente, não se pode imaginar que duas Federações de origens tão diversas pudessem – ou possam, de ora avante – trilhar o mesmo caminho, na definição dos limites entre os poderes da Federação e os dos Estados Federados. Assim, a própria concentração de poderes no Ente Central, característica original da Federação brasileira, tem se dado também nos Estados Unidos da América.

Contudo, uma dos traços mais peculiares do fenômeno federativo, na ordem constitucional brasileira, parece estar na banalização da presença em juízo dos entes integrantes da Federação

Ideologicamente, o quadro não seria tão grave, se o Brasil fosse um país onde demandas básicas ligadas a infra-estrutura, saúde pública e educação estivessem razoavelmente equacionadas. Não é o caso, todavia: num país onde ainda há carência de tantas coisas, não faz o menor sentido que fatias cada vez maiores do orçamento público sejam destinadas aos Juizados Especiais Federais, e à cobrança estéril de parte significativa da dívida ativa da União.

Por se tratarem de questões ligadas ao funcionamento do próprio Poder Executivo, espera-se que nos próximos anos haja uma reversão do quadro, de modo que mais questões possam ser resolvidas na própria via administrativa, reduzindo-se a presença do Estado – mormente a Federação – em juízo.

REFERÊNCIAS

The Constitution of the United States of America: Analysis, and Interpretation - 2002 Edition – publicação do *Government Publishing Office*, órgão oficial de imprensa do Governo norte-americano. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-CONAN-2002/pdf/GPO-CONAN-2002-9-12.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

FLOREY, Katherine J. *Sovereign Immunity Penumbra: Common Law, 'Accident', and Policy in the Development of Sovereign Immunity Doctrine*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=katherine_florey>. Acesso em: 12 abr. 2012.

QUICK, Allison. *Legal Limits on Conditional Spending including Recent Challenges to No Child Left Behind*. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/hjackson/NoChild_19.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2012.

SINPROFAZ – Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional. *Os Números da PGFN*. Brasília, 2011.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares