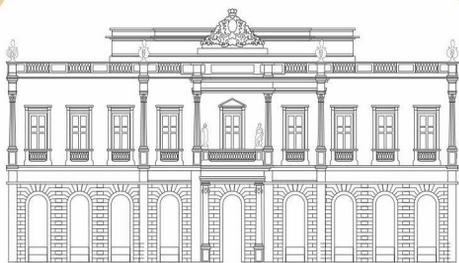


REVISTA DA

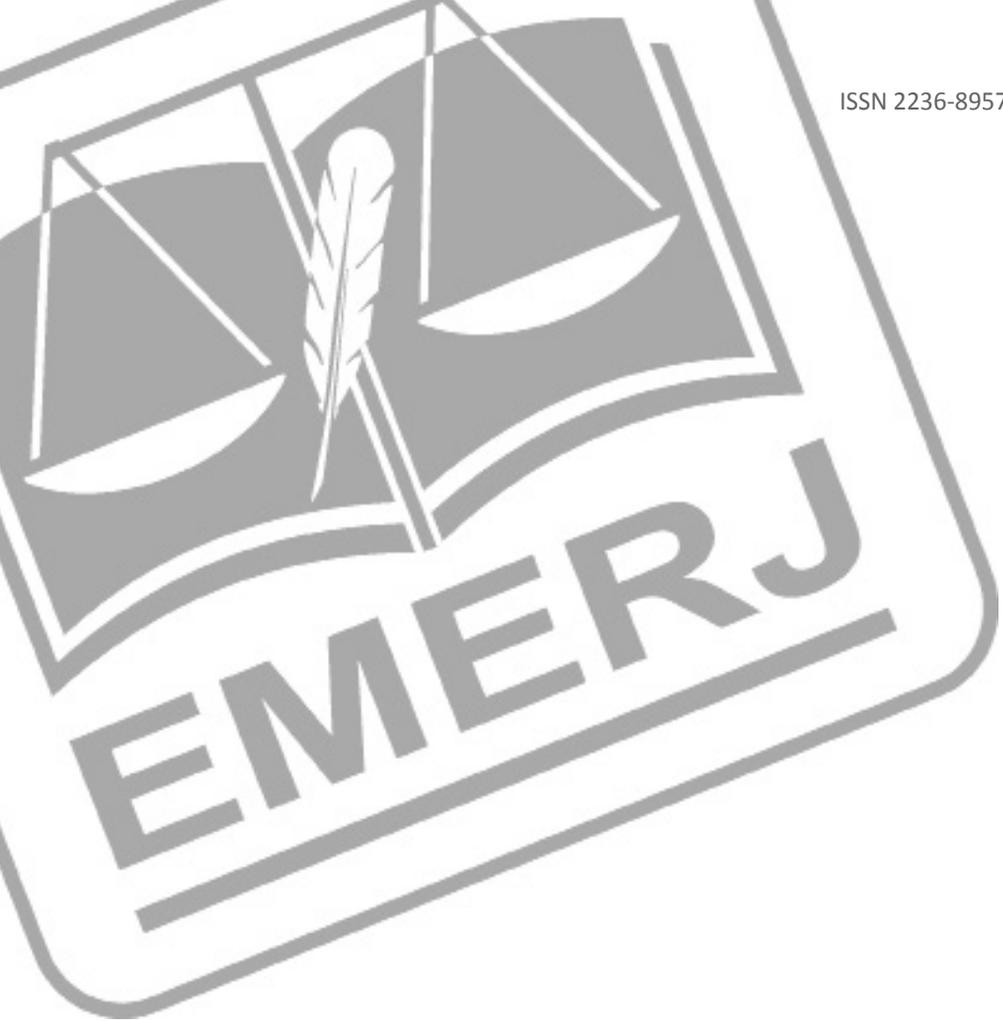
ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 17 • N. 64 • Janeiro/Fevereiro/Março/Abril • 2014



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 17 - n. 64 - 2014
Janeiro/Fevereiro/Março/Abril

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 17	n. 64	p. 1-192	jan.- abr, 2014
----------	----------------	-------	-------	----------	-----------------

© 2014 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara, Alexandre Corrêa Leite e André Luiz Nicolitt.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago;
Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

❖ CONSELHO CONSULTIVO/COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO

Des. Nagib Slaibi Filho

❖ COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL

Maria Cristina Camargo Corrêa



Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | A Pena como Instrumento da Contenção da Violência. A Crise da Prisão**
Álvaro Mayrink da Costa
- 22 | Una Lectura Laica de la Discusión sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Brasil***
Antonio Giménez Merino
- 36 | Ação Rescisória por Violação a “Literal Disposição de Lei”: Improcedência do Pedido de Rescisão e Recurso Especial (Sobre a Evolução da Jurisprudência do STJ)**
Carlos Roberto Barbosa Moreira
- 49 | Prudentia e Prudens em Cícero: Religião, Jurisprudência e os Poderes do Magistrado**
Claudia Beltrão da Rosa
- 67 | Delito Continuado e Concurso de Agentes**
Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira
- 74 | Análise do Instituto da Assunção de Competência Dentro dos Escopos da Reforma do CPC**
João Pedro Almeida Viveiros de Castro
- 116 | O Papel do Judiciário na Garantia de um Ambiente de Negócio Seguro**
Maria Isabel Paes Gonçalves

- 126 | O *Judicial Review* na Perspectiva da “Geração Fundadora” e a Afirmação da Supremacia Judicial nos Estados Unidos**
Marianna Montebello Willeman
- 150 | A Administração da Justiça e a Independência dos Juízes**
Siro Darlan
- 154 | O Comércio Eletrônico e o Direito do Consumidor**
Thiago Ferreira Cardoso Neves
- 164 | Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados**
Vlamir Costa Magalhães
- 187 | Formatura da 1ª Turma de Pós-Graduação em Direito Administrativo da EMERJ**
Jessé Torres Pereira Junior

Apresentação

A presente edição, mais uma vez, disponibiliza aos leitores uma plêiade de autores e temas, merecendo destaque a contribuição do professor Álvaro Mayrink da Costa, não só por manter acesa a discussão sobre a pena, agora como instrumento de contenção da violência, mas, principalmente, por coincidir com seu merecido ingresso no rol dos professores eméritos da EMERJ.

A contribuição desse coroadado professor, seja com artigos para a Revista da EMERJ, seja à frente do Fórum Permanente de Execução Penal e, ainda, ilustrada nas incontáveis e magníficas aulas e palestras ministradas em nossa Escola da Magistratura, não pode ser olvidada. Ademais, no próximo mês de maio, referida atividade acadêmica torna-se mais perene, não só pelo registro de sua foto na galeria dos professores eméritos da EMERJ, mas, também, pela profusão de seu ensaio nesta edição.

Ao lado desse artigo, temas como a interrupção da gravidez, concurso de agentes, independência do juiz, comércio eletrônico e reforma do CPC, dão ao leitor a dimensão de conhecimentos e reflexões que poderão ser extraídos deste número.

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt
Membro do Conselho Consultivo da EMERJ



A Pena como Instrumento da Contenção da Violência. A Crise da Prisão¹

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Quo Vadis? Um Grupo das Nações Unidas sobre detenções arbitrárias conclui que há uma exclusiva privatização de liberdade, baixíssima aplicação das medidas alternativas e grave deficiência de defensores públicos no Brasil.

A ONU constatou (2013) a existência de quinhentas e cinquenta mil pessoas presas, sendo que duzentos e dezessete mil são presos provisórios, isto é, 40% das pessoas recolhidas ao cárcere aguardam decisão final. Apenas 38% do coletivo carcerário recebe atendimento primário. O Banco Mundial registra que, com o dólar de R\$ 2,40, há vinte e dois milhões de brasileiros na pobreza extrema.

O Brasil tem mais de 55% de presos que a média global, sendo que em uma década a taxa de detenções subiu de cento e setenta e sete para duzentos e quarenta e quatro por cem mil pessoas. Enquanto a taxa média da população carcerária foi de 8%, o índice brasileiro teve um aumento de 71,2% nas últimas décadas. Ocupamos o 4º lugar no mundo em relação à população carcerária (Estados Unidos, China, Rússia e Brasil).

No Rio de Janeiro, 37,5% dos presos provisórios foram condenados. A Lei nº 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, deu ao magistrado nove medidas cautelares diversas da prisão.

1 Palestra de abertura da 219ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal da EMERJ, realizada no dia 13 de março de 2014.

Assim, propõe-se a *desconstrução dos mitos* da retribuição, da prevenção pela ameaça da pena, da reeducação, da socialização através do cárcere e da reintegração social do egresso, diante deste sistema prisional perverso.

1. Desde os inícios teóricos, nos fins do século XVIII, uma das questões mais relevantes foi a da pena de prisão, problema ligado ao caráter público do Direito Penal. Por tal razão, une-se a teoria da pena à concepção de Estado, pois *não* tem o mesmo significado a concepção da pena sob um Estado absoluto ou diante de um Estado democrático e as diversas formas evolutivas que teve em um Estado de Direito. Roxin defende uma *teoria unitária* ou *unificadora dialética* para a superação das críticas às teorias *absolutas* ou *relativas*, fazendo distinguir cada uma das três fases essenciais (cominação, aplicação e execução), observando que o Estado tem o dever de garantir a vida em comum de *todos* os cidadãos, destacando-se a natureza subsidiária do Direito Penal.

2. É pacífico que, do ponto de vista jurídico, o Direito Penal constitui um *sistema* pelo qual se regula o delito, como *pressuposto*, e a pena, como *consequência*, sendo a questão central, que se inicia e se esgota no *fundamento* e no *fim* da pena. As denominadas *teorias da pena* são pontos de vista que buscam explicar, legitimando ou justificando, a sua existência. Foucault enfoca os protestos ao sistema pré-moderno rebelando-se contra os suplícios generalizados na metade do século XIII que as penas sejam *moderadas* e *proporcionais* e que os castigos sejam abolidos, pois revoltam a humanidade. Ressalta que o castigo é sempre uma questão de poder, não só poder social, religioso ou econômico, mas também poder político.

3. As *teorias absolutas* (retribuição, expiação ou compensação da culpa) defendem que a pena é unicamente castigo ao violador da norma pelo delito cometido e não persegue outra função (*preventiva* ou *social*) posterior. Na doutrina, é tradicional explicar as *teorias da justiça* e da *expiação* equiparando-as às *absolutas* ou *retributivas*. Portanto, o *retributivismo* gira em torno da ideia de que o infrator seja punido, porque o homem é responsável por seu ato e deve receber o que merece (*teorias da vingança* e da *expiação*). Hebert Packer, em **I limiti sanzioni penale**, sustenta que a *vingança*, como justificação da pena, está ligada ao coti-

diano da vida e se concreta na lei de Talião; já como *expição do pecado*, realiza-se pelo *sofrimento*, um dos temas do pensamento religioso. Daí, historicamente, a *retribuição* é plurifacetada: *divina, moral e jurídica*.

4. Contemporaneamente, é impossível a sustentação de posições puramente absolutas, que considerem a pena exclusivamente como fim em si mesma. Aliás, já se encontravam contradições no próprio Kant ao introduzir de forma sub-reptícia elementos empíricos e utilitaristas em sua teoria penal. Roxin, em seu artigo “Sentido e Limites da Pena Estatal”, ao abordar a *teoria da retribuição*, diz que seu patamar é a culpabilidade do autor compensada através da imposição de um mal pessoal, buscando tão só a realização da justiça. Conclui com três argumentos contrários: **a)** deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e como profissão de fé é irracional e contestável, não sendo vinculante; **b)** fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado; **c)** revela não só uma debilidade teórica, mas também um perigo prático.

5. Os *fins da pena* só têm relevância para a vida societária, anotando-se que as *teorias absolutas* pecam pela ausência de cientificidade, arrematando que deixam na obscuridade os pressupostos da punibilidade, uma vez que os seus fundamentos *não* estão comprovados. A pena punia a violação da norma como garante de segurança da liberdade da comunidade social. Finaliza dizendo que o infrator é obrigado a suportar a pena em atenção à sociedade e quem não desejar aceitar a justificativa da pena, de que *todos* têm que responder por seus atos na medida de sua culpa, coassumir responsabilidades por seu destino (*princípio da igualdade*), *terá* que negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado.

6. Hassemer observa que, em uma época como a nossa, não se pode advogar uma *pura teoria retributiva*, o que levaria a renunciar a uma justificação da pena do ponto de vista de seus efeitos práticos (diante do infrator e da sociedade), teorizando que a justificação pelas consequências desejadas é uma parte de nossa racionalidade. Para Silva Sánches, no caso de *retribuição*, as razões de sua superação como fundamento básico da intervenção jurídico-penal sobre pessoas e bens dos cidadãos

são claramente culturais (ou ideológicas). O Estado Social e Democrático de Direito deve garantir o bem dos cidadãos, respeitando a dignidade do condenado como pessoa humana, pois o Direito Penal *não* possui o escopo de realizar *vingança*; tutelando os bens jurídicos, objetiva-se integrar o condenado dentro de mútuas possibilidades de razoabilidade de intervenção estatal. O moderno pensamento jurídico-penal de *orientação preventista* abandonou a *ideia de retribuição*. As teorias retributivas confundem o meio com o fim, pois a retribuição *não* é o fim da pena.

7. No que tange às *teorias relativas*, diferem das *absolutas*, em razão do objetivo-fim *preventivo*, objetivando a necessidade de compor a tranquilidade e o equilíbrio da vida social. Advogam a imposição da pena *ut ne peccatur*, imaginando que o autor do fato típico não volte a repeti-lo. Com Feuerbach temos a *coaço psicológica*, isto é, a *ameaça da pena* faria com que o indivíduo ficasse *inibido* a cometer delitos. Assim, as *teorias relativas* são punitivas: *punitur ne peccetur*. Cumpre, pois, uma função de caráter punitivo e de alcance individual ou especial. Tais ideias tiveram seu período próspero no Iluminismo, na transição entre o Estado absoluto e o liberal. Caracteriza-se pelas vertentes da *intimidação* ou da *utilização do medo*. Cria-se o *temor da perda da liberdade* e de *todos os direitos relativos à cidadania*, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Porém, não se pode dizer que a pena *não* tenha seu *efeito intimidativo* para a maioria de seus destinatários, não desviantes das normas postas, pois o que se combate é a *generalização* de penas rigorosas para a garantia do efeito intimidatório, o que cria um contraefeito.

8. A pena deveria constituir-se em um instrumento de defesa da sociedade, sob uma visão pragmática e humanizadora. Muñoz Conde ataca a questão da *ressocialização* do infrator, priorizando o questionamento da estrutura social, pois, diante do *quadro da atualidade*, consistiria uma *grande farsa* montada pela hipocrisia, isto é, “reeducar” e “ressocializar” o condenado para o reingresso na sociedade, sabendo que o sistema prisional constitui uma flagrante contradição. Na visão de Jakobs, a pena garantidora das expectativas sociais teria como finalidade *o restabelecimento da ordem externa da sociedade*, objetivando a *confirmação da vigência da norma*. Baratta escreve que a pena persegue a confiança e a consolidação da fidelidade jurídica.

9. A *intimidação* ainda está presente dentre as estratégias universais, bem como o exercício da *exemplaridade*. Entende-se que o Direito Penal contemporâneo deverá abandonar a estratégia pura da *intimidação*, por ser injusta e inumana a medição das penas que devem sofrer uns para temor de outros. A pena deve ser sempre aplicada na *medida da culpabilidade*, evitando os exageros (proporcionalidade) dirigidos à simbologia da resposta estatal aos anseios da coletividade no combate à impunidade e objetivando vias sociais construtivas, buscando o *equilíbrio* de todos os princípios por meio de restrições recíprocas. Repete-se na nova modelagem da *teoria da prevenção por intimidação* a velha formulação feita por Feuerbach no início do século. O Direito Penal ofereceria, então, contribuição para o aperfeiçoamento da sociedade através do *fornecimento da resposta penal* para os violadores do direito, previamente anunciada, a fim de impor o desencorajamento.

10. Hassemer, ao analisar de forma crítica, diz que a *intimidação como forma de prevenção* viola a dignidade humana, pois converte uma pessoa em *instrumento de intimidação do grupo*, cujos efeitos são duvidosos. A *teoria da prevenção por intimidação* não ultrapassou a etapa do chamado *direito penal das consequências*. A pena, se possuir o fim de *prevenção geral*, será *intimidativa*, pois deve possuir eficácia de afastar *todos* da futura ação delitiva. Assim, é inadequada por sua *generalidade*, mesmo que o Estado tenha especial interesse na intervenção dos processos sociais como única maneira de remediar o conflito, pois o que se cuida é de diferenciar os processos e controlá-los em sua especificidade. O *princípio da intimidação* é humilhante para a sociedade. Em um Estado democrático, as normas *não* podem ser respeitadas pelos cidadãos pelo terror. O caráter intimidativo está na certeza da aplicação e execução da pena. Não se deseja a volta a Feuerbach, como se vê preconizado na atual Reforma de 2012.

11. García-Pablos de Molina considera que o *conceito de ressocialização* é ambíguo e impreciso, mas que a polêmica não é vazia ou meramente acadêmica. Sob tal bandeira encontram-se o *antirretribucionismo*, concepção assistencial do Direito Penal, e o *neo-retribucionismo*, versão moderna e atualizada, que constitui uma faceta pior que a do século XIX, como expressão do Direito Penal liberal. O *descrédito* da pena de prisão é

uma secular consequência da *crise do sistema prisional* que atinge o coletivo carcerário e a sociedade, sob o aparato de *terror repressivo*, questionando na teoria e na prática o *conceito de ressocialização*. Aduza-se que a massa carcerária nem sequer foi inserida no contexto social, vivendo marginalizada das pautas macrossociais. Bacigalupo recorda que o *conceito de ressocialização* se converte em sinônimo de execução humanitária do castigo. Os programas ressocializadores máximos *não* respondem à ideia de autodeterminação, mas só de imposição, com a pena assumindo objetivos autoritários e impróprios de manipulação do indivíduo com o custo de sua liberdade e de outros direitos fundamentais, constituindo-se em atividade abusiva do Estado. Conclui que é imprescindível uma noção ampla e integradora de intervenção que supere o conceito tradicional de tratamento. Uma intervenção eficaz exige um sólido modelo conceitual com programas *estruturados, claros e duradouros*.

12. Registre-se que as chamadas *teorias unificadoras* acolhem o *princípio da retribuição e da culpabilidade* como estratégias limitadoras no sentido jurídico, buscando nos limites do delito os fins de *prevenção geral e especial*. As *teorias mistas* ou *ecléticas* são marcadas pelo *endereço retributivo*, sendo concomitantemente um meio de *educação e correção*. Compreendem ambos os critérios, defendendo que a pena deve observar o *passado* e o *futuro*, retribuindo o delito perpetrado e prevendo em seu próprio tempo a realização de outras ilicitudes. Nos segmentos modernos busca-se a *melhora do condenado*, que constitui o objetivo mais elevado de política criminal. Para os seus defensores, a pena deve ter uma *função educativa*, a fim de *transformar* o infrator em um *novo homem*, respeitador da lei e da ordem social. Embora a “harmônica reintegração social” esteja escrita em vários diplomas legais, normativos e constitucionais, certa a crítica de que “é inimaginável que a prisão possa produzir cidadãos domesticados pela disciplina punitiva para conviverem nos padrões ditados pela sociedade dominante” depois de estigmatizados e desqualificados para o labor produtivo. Dotti coloca que os fins da *reintegração social* devem ser entendidos como a “criação de possibilidades de participação nos sistemas sociais”, repudiando a *ideologia do tratamento*, apanágio da execução do modelo autoritário.

13. Hassemer vê que a *prevenção geral positiva* seria a reação estatal diante dos fatos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Abandona uma prevenção geral intimidadora (*prevenção geral negativa*) e se inclina por uma prevenção geral ampla (*prevenção geral positiva* ou *integradora*) que só venha a perseguir a estabilidade da consciência do Direito, buscando converter o Direito Penal no último dos controles sociais. A *prevenção geral positiva integradora* geraria um *efeito de pacificação* diante da aplicação e execução da pena tranquilizando a sociedade pela realização do direito com o término do conflito. Jakobs sustenta a prevenção especial positiva ou integradora, com um caráter absoluto (reafirmação da consciência do Direito) que *não* se diferencia do retribucionismo, pois a pena supõe o exercício na confiança na norma, na fidelidade ao Direito e na aceitação das consequências. O *critério de proporcionalidade* entre o delito e a pena, embora historicamente sempre tenha sido a *justiça*, passa a aproximar a *retribuição* da *prevenção especial* e *geral*. O fim da *prevenção especial* perdeu o seu conteúdo puramente naturalístico. As propostas buscam uma estabilização social da norma e a confiança na mesma.

14. A *teoria unificadora dialética* é desenvolvida por Roxin, sustentando que são *fins da pena*, simultaneamente, a *prevenção geral* e a *especial*, excluindo a retribuição. Para ele, a *teoria unificadora dialética* busca evitar exageros unilaterais e dirigi-la para vias construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Diz que pode denominar-se *dialética* quando acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista reunidos em uma síntese. Uma teoria da pena deve ter por objetivo corresponder à realidade. Em Direito Penal só poderá fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da *prevenção geral*, se preservar a individualidade de quem está sujeito. A pena serve aos fins da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, limitada na medida da culpabilidade. As tentativas conciliatórias em torno da *função da pena* (retributiva, preventiva, ressocializadora e reintegradora) traduzem a incoerência teórica e a realidade prática do discurso político e arbitrário.

15. Tobias Barreto sustentava que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político” e, “quem procura o fundamento jurídico da pena, deve também procurar, se é que não o encontrou,

o fundamento jurídico da guerra”. O discurso penal, diante das *sociedades de risco*, se resume em um discurso bélico, a “guerra contra o crime”, sendo tudo permitido para vencer o inimigo. A *teoria agnóstica da pena* advoga não possuir qualquer função ou justificação jurídica, sendo tão só um *ato político de poder*, visto que não se pode justificar o injustificável. Jakobs destaca que a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social, pois, sem tal necessidade, seria um mal inútil. Apregoa, em resumo, que é *útil* para a consecução de seus *fins sociais*, se não, perde a sua *funcionalidade*. Representaria a reafirmação do ordenamento jurídico e não as finalidades úteis da norma. Para tal segmento, a teoria da *prevenção geral positiva fundamentadora* não é relativa ou utilitarista, mas uma *releitura da teoria absoluta hegeliana*, punindo-se para *reafirmar* o conceito de justiça. De forma simbólica, o fim da pena seria o *restabelecimento da ordem social*. Para o *funcionalismo* a pena é um farol, aclara e atualiza a vigência efetiva dos valores violados, enfraquecidos pelo atuar desviante, desenvolvendo nos cidadãos a confiança no sistema penal.

16. No modelo de Roxin, há adesão à *prevenção geral positiva limitada* e não à *prevenção geral integradora*, que é relativa, ficando a *prevenção limitada* pela ideia de *subsidiariedade*, uma função dentre as demais funções, excluída a *prevenção geral*, ao passo que Jakobs legitima o ordenamento jurídico e as expectativas sociais em uma perspectiva puramente normativa. No campo da modernidade, fala-se em *Direito Penal funcional* para a edição de uma política criminal em contraponto com a dogmática abstrata. Contemporaneamente, nas bases mínimas, não podem deixar de constar as *garantias processuais* do Estado de Direito e um *correto processo de execução penal* desmistificando o ódio ao autor do delito, buscando a *possibilidade de melhora* para futura inserção do egresso.

17. A pena é um instrumento estatal, que *não* possui caráter *retributivo* ou *ressocializante*, constituindo-se em um meio de *prevenção geral* e especial, positiva ou negativa, objetivando a tutela dos bens jurídicos e a evitação da prática de futuros delitos, como *ultima ratio* do controle social, dando-se uma resposta à *crise da impunidade*. Não se imagine tratar de uma mera construção dialética, visando a procurar um ponto comum relativo à necessidade de assegurar a proteção da tutela jurídica relativa aos

interesses fundamentais da vida em comunidade. A defesa do direito dos cidadãos livres deve ser justa, salientando-se que o sistema de aplicação de penas é *oneroso*, mas *necessário* ao Estado.

18. O *fundamento da pena* se origina do fundamento do próprio Direito, sendo a causa final a tutela da proteção do bem jurídico, ou melhor, da ordem social juridicamente organizada, ditada pela sociedade dominante. O *fim da pena* como ferramenta de controle social, expressada pela intervenção mínima e como eventual e hipotética possibilidade de correção do violador da norma, *não* entra em conflito com a sua natureza ética, visto que a proteção dos direitos humanos se constitui em uma das missões do Direito Penal. Nos modernos Estados democráticos se questiona quais os reais *fins da pena*, isto é, o que pode legitimar um sistema punitivo.

19. A *reintegração social* tem como vulnerabilidade a destruição do indivíduo diante da contaminação deletéria do cárcere, proporcionando outros valores e rupturas de obediência normativa. Diante de uma sociedade de funcionamento dinâmico, leva a novos conflitos por absoluta ausência de adaptação à nova realidade do mundo livre. Sutherland destaca com o *princípio da associação diferencial*, que a grande parte dos infratores teve acesso a uma *subcultura delitiva*, onde adquiriram hábitos, motivos, atitudes criminosas. Há um processo de transmissão cultural de opiniões, conhecimentos e valores divergentes que são próprios da vida no cárcere. O comportamento desviante é apreendido e não herdado, criado ou inventado pelo condenado. Segundo o *princípio da associação diferencial* uma pessoa se torna infratora porque recebe mais definições favoráveis à violação da norma do que as definições desfavoráveis a manter-se nos limites normativos. Ferrajoli distingue entre *fim* e *função* da pena; o primeiro responde à indagação “*de que serve a pena?*”, e a segunda ataca a análise empírico-social descritiva sobre os *efeitos da pena* na sociedade; portanto, o *fim* da pena opera no plano do *dever-ser*, ao passo que a *função* da pena atua no plano do *ser*.

20. A evolução social pressupõe conflitos, violências e mudanças, desempenha concomitantemente uma função geradora de desorganização. A sociedade está em constante transformação. A *prisionalização* é o processo de assimilação que sofre o apenado dos *valores da subcultura*

carcerária. A microsociedade apresenta um processo de aculturação, no qual vai paulatinamente se adaptando aos usos e costumes próprios para poder sobreviver. Assim, adota novos *hábitos de vida*, que incontestavelmente modelam a personalidade, constituindo-se em fator adverso à sua reinserção, obedecidas as pautas normativas.

21. As *instituições totais* são, além de organizações formais, sistemas sociais informais, com códigos de comportamento bem definidos, que proporcionam ambiente para a aprendizagem de novas respostas sociais. O sistema de valores a que os encarcerados são submetidos é inevitavelmente mais criminoso do que o do mundo exterior porque todos os apenados são criminosos. Não seria causa de surpresa se as atitudes favoráveis ao cometimento do delito fossem reforçadas e os talentos e habilidades relevantes para o crime se desenvolvessem após período em instituição correcional. Erickson escreve que em “tais instituições, as prisões, reúnem marginais em grupos estritamente segregados, oferecem-lhes oportunidades para ensinar uns aos outros as habilidades e as atitudes de uma carreira desviante e, com frequência, provocam-lhes para usarem essas habilidades, reforçando o seu senso de alienação do restante da sociedade”. O preso é “ressocializado para viver na prisão”, cumprindo o regulamento prisional, mantidas a segurança e a disciplina.

22. Os dois processos, a *criminalização* e a *prisionalização*, constituem na verdade aspectos correlatos dos amplos efeitos da vida carcerária. O *controle social* é fundamental para a sociedade, constituindo-se em uma ferramenta de limitação e ao mesmo tempo de opções comportamentais diante da norma penal. Para determinada vertente da doutrina o objetivo da *prevenção geral* não é a *motivação intimidatória*, mas a confirmação e a garantia das normas fundamentais que ditam as regras de convivência social. Baratta adverte que os novos sistemas totais de controle social através da socialização institucional cumprem a *mesma função seletiva e marginalizadora* que eram então atribuídas ao sistema penal. Alguns apenados podem tornar-se mais obedientes às normas disciplinares, em consequência da associação obrigatória com infratores de alto grau conflitivo, que servem de estímulos discriminativos claramente definidos do comportamento a ser evitado.

23. Não se pode esquecer da perda da confiança da sociedade na possibilidade de “reabilitação” pela prisão e o aumento de tal desconfiança no caso de cumprimento da pena de prisão, na qual os efeitos negativos de contaminação retroalimentam o sistema de violência urbana. Há plena incompatibilidade entre a *realidade da prisão* e a função de *reintegração social* do condenado atribuída a pena de prisão. Assim, quanto maior for o tempo do encarceramento, maior será o desajuste aos padrões sociais e normativos. O regime fechado, quando aplicado, deverá ser pelo menor tempo possível. Enfim, no estágio atual a *reintegração social* é um mito simbólico.

24. O *movimento descarceratório* com o surgimento das medidas alternativas à pena de prisão, ainda é objeto de rejeição social e de escassa aplicação pelos magistrados (“sem confinamento, há impunidade”). Para Munõz Conde, o problema do Direito Penal se situa no conflito entre a *prevenção especial* e a *geral* (indivíduo e sociedade). De um lado, deve proteger os bens jurídicos relevantes, recorrendo à pena, e, de outro, o violador da norma tem o direito de ser tratado como pessoa, obedecido o princípio da dignidade humana, se é possível alguém ainda ter a esperança em reintegrar-se ao grupo social. A crise dialética da pena de prisão leva à imperatividade de sistemas alternativos.

25. Registre-se a pressão da opinião pública através das mídias sociais, em relação a métodos que possam implicar aparente *benignidade* em relação ao condenado. Embora, até o Presidente do Supremo Tribunal Federal reconheça que a prisão no Brasil é um *inferno*, ainda há forte pressão social que defende “o encarceramento e, depois, jogar a chave fora”. A Lei de Execução Penal, em seu art. 88, estabelece que o condenado seja alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório com salubridade do ambiente com a ocorrência de fatores aerossão e condicionamento térmico, adequados à existência humana e que a área necessária será de seis metros.

26. O Direito Penal deve observar a função *preventiva geral positiva limitadora ou integradora* com base nos princípios de exclusiva proteção dos bens jurídicos e de proporcionalidade, obedecidos ao estrito *princípio da legalidade*, tanto no campo formal como no material. A *cominação da*

pena é a expressão de vontade do Direito para que os cidadãos *não* realizem determinadas condutas intoleráveis, que gerem conflito de interesses básicos da sociedade organizada. A pena *não* pode sancionar com *rigor excessivo* (*princípio da proporcionalidade*) uma desobediência normativa, produto das condições precárias de resistência do autor, geradas até pela postura conflitiva da própria sociedade (*princípio da coculpabilidade*).

27. Repetindo Foucault, *conhecendo-se todos os inconvenientes da prisão, sabe-se que é tão perigosa quanto inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. O mal da prisão é a própria prisão. Sabe-se que é deletéria: não educa, não socializa, não dá condições à reintegração social. As vulnerabilidades da prisão são: a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. O cumprimento da pena é um efeito trágico para quem suporta, pois fica exilado da vida e é um fator constante de conflito, colocando em risco a segurança pública. A pena justa é a que é necessária, oportuna e proporcional. Portanto, a pena de prisão deve ser substituída em maior escala por outras medidas menos aflitivas e mais pedagógicas, incentivando, o valor da liberdade pelo cumprimento da norma, restringindo o inferno do cárcere tão só em relação aos portadores de comportamentos desviantes de especial gravidade, intolerados pela sociedade, que fizeram a sua opção como forma de controle direto da segurança e paz social.*

28. Para que a crise possa ser repensada é necessário que exista uma conscientização da sociedade e uma vontade política de desconstruir o “sistema prisional”, medieval, que continua há dois séculos com as mesmas vulnerabilidades básicas (superlotação, ociosidade e promiscuidade). De nada valem esforços isolados, momentâneos e não contínuos para sufocar rebeliões (gritos dos desesperados), sem que existam ações públicas de política penitenciária integrada, através de uma gestão moderna e eficaz, que privilegie o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. A maior evolução do sistema penal contemporâneo foi a substituição da pena de prisão pelas alternativas de liberdade, objetivando vencer as vulnerabilidades do *inferno do cárcere* e garantir o princípio reitor da dignidade da pessoa humana. O *princípio da necessidade da pena* abarca os *princípios da legalidade, fragmentalidade e subsidiariedade*. Visa, teoricamente, prevenir e reprimir as condutas

transgressoras da norma penal, criminalizadas diante do princípio da intolerância comportamental, violadora dos bens jurídicos tutelados, para garantir a paz pública e a segurança social.

29. A pena de prisão *não ressocializa* nem proporciona a *reintegração social* futura do condenado ao modelo sacionormativo, opera teoricamente a tutela dos bens jurídicos, sem conseguir reduzir o conflito violento de interesses. Como é impossível aboli-la, cumpre ao Estado, como instrumento de prevenção geral positiva limitadora, reservá-la aos portadores de comportamentos transgressores de especial gravidade à ordem jurídico-social, intolerados pela macrosociedade, e efetivar através de intervenção garantista a reforma efetiva da gestão penitenciária diante da *crise da prisão*, assegurando o respeito à dignidade da pessoa humana presa, garantida por um estado social e democrático de direito.

30. A política penitenciária progressista deve apartar-se dos discursos de emergência, direcionando para a construção de um programa voltado para as garantias que confirmem a axiologia constitucional da execução penal e desconstituir na gestão penitenciária, ao máximo, os efeitos negativos da prisionalização. Assim, elegem-se cinco princípios básicos do modelo: **a)** legalidade executiva; **b)** controle jurisdicional permanente; **c)** compensação e intervenção penitenciárias mínimas; **d)** respeito à dignidade do apenado; **e)** democratização do sistema. O princípio da execução penal mínima tem por finalidade fortalecer a flexibilização do regime prisional para mitigar o efeito contracultural do encarceramento.

31. Fica a pergunta: Será que a sociedade está aberta ao discurso da aceitação do egresso, com o estigma do cárcere abrindo oportunidades para novas opções de vida? Continua-se fingindo embalando mitos. ❖

PS.: O Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Joaquim Barbosa, após realizar no dia 17 de março de 2014 inspeção no Presídio Central de Porto Alegre, disse: **a)** “A dignidade das pessoas encarceradas foi aniquilada, colocada de lado. Submeter seres humanos a condições de vida como essas que temos aqui é prova de falta de civilidade nacional. É o padrão seguido no Brasil inteiro.”; **b)** “Eu faria uma recomendação. Se todas as pessoas têm um mínimo de responsabilidade política no âmbito estadual, e não só as pessoas eleitas, tirassem um dia de sua vida para visitar um presídio como este, tenho certeza de que nasceria uma consciência mais qualificada da necessidade de mudar este estado de coisas. As pessoas passam anos no exercício de certos cargos públicos e não tomam conhecimento pessoal, empírico, de certas situações. Isso faz parte da nossa cultura papelórica, livreasca”. (O **Globo**, 6, País, 18.03.2014)

Una Lectura Laica de la Discusión sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Brasil*

Antonio Giménez Merino

Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona y responsable, dentro de la misma universidad, de la clínica jurídica Género y Derecho Antidiscriminatorio.

1. LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN BRASIL: UN DEBATE DISTORSIONADO

En el seno de la filosofía jurídica han corrido ríos de tinta en torno a la cuestión de cuáles deben ser las condiciones de la discusión racional en la toma de decisiones dentro del marco de los estados de derecho democráticos. No es esto lo que se va a abordar aquí, pero vale la pena recordar al respecto el consenso mayoritario, en sociedades de convicciones democráticas, en torno a la inconveniencia de mezclar premisas no susceptibles de contradicción en la discusión y elaboración del derecho positivo. Sobre el papel, la sociedad moderna ha avanzado lo suficiente como para dar por enterrados los viejos planteamientos iusnaturalistas premodernos, que anteponían el derecho natural al derecho de creación humana, el conjunto de dogmas que componían una supuesta moral universal divina por encima de la convención humanamente establecida, característica de la ley positiva.

* Este texto es una reelaboración de la intervención presentada en la jornada "O aborto e o projeto do novo código penal" organizada por la magistrada Adriana Ramos de Mello en la Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, el 23 de mayo de 2012. Sobre el mismo tema A. Giménez ha escrito anteriormente: "¿Qué regulación del aborto?", **Mientras Tanto**, Barcelona, nº 108-109, 2008, p. 20-27, y "Contra la autonomía femenina: el aborto como maternidad negada", **Mientras Tanto**, nº 115, 2011, p. 115-127.

Recordar algo tan básico como esto no es un asunto menor en el preciso momento en que nuestra humanidad, crecientemente barbarizada, ha torpedeado con argumentos típicamente iusnaturalistas institutos básicos de pacificación social como el derecho internacional público, puesto en entredicho por zonas de “no derecho” como Guantánamo o por las “guerras preventivas”. “La lucha contra el terror”, las (inexistentes) “armas de destrucción masiva” en poder de Irak, los muchos aspectos no aclarados de la “masacre terrorista” del 11-S, y tantas otras infundias elaboradas en los neoliberales *think tanks* norteamericanos y difundidas por los medios de comunicación sin otro aval que la palabra de la administración del país más poderoso de la tierra, han generado un ambiente global de miedo, altamente irrespetuoso con la búsqueda racional de la verdad.

Algo similar sucede con el pánico desatado por la crisis económica mundial, especialmente en Europa, donde una vez creado un relato oficial sobre su causación (supuestamente el insoportable endeudamiento de los estados del bienestar) se ha vuelto imposible debatir públicamente sobre las causas reales y más complejas que desataron la crisis (sobre todo la desregulación de los mercados financieros) y, en consecuencia, plantear medidas alternativas a las neoliberales en la solución de la misma. “Recortar” derechos sociales en aras a la “necesaria” reducción del déficit público (generado en realidad por la recapitalización de bancos en crisis sin imposición de límites al sector financiero) se ha convertido en un dogma incontrovertible, lo que resulta coherente con la limitación de la soberanía estatal que supone la existencia de instituciones políticas (la Comisión europea en cooperación con el FMI) con capacidad para dictar este tipo de políticas a los países en crisis sin la intervención, ni siquiera indirecta, de sus poblaciones.

En estos ejemplos se pone de manifiesto la actualidad del viejo tema que tanto nos preocupa a los iusfilósofos: la supeditación del derecho positivo a principios no susceptibles de discusión democrática precisamente por venir impuestos desde entidades (los llamados “mercados” y sus brazos de dominio político) que no reconocen a ésta como parte fundamental de la legitimidad política. El poder, en suma, sigue siendo el fundamento nudo del derecho. Éste en realidad nunca ha sido otra cosa que el resultado final (contradictorio, con idas y vueltas, con todas las limitaciones convencionalmente impuestas a su dictado arbitrario que se quieran) de las relaciones de fuerza socialmente existentes.

El caso de la discusión sobre el aborto en Brasil así lo pone de manifiesto. Como tuve ocasión de comprobar personalmente en la sede de la EMERJ de Río de Janeiro al plantear mis puntos de vista al respecto, aún hoy es imposible siquiera mantener una discusión pública serena sobre este tema. Las iglesias católica y evangélica, principalmente, convierten en una batalla simbólica campal cada intento de poner sobre la mesa razones para una normación del aborto según los principios laicos que desde un punto de vista constitucional debieran corresponder a una república aconfesional como la brasileña.

Pero algo parecido sucede en países como España, donde el poder social y político de la Iglesia católica (fruto de una transición de la dictadura a la democracia muy incompleta) ha impedido hasta la fecha (a pesar de avances significativos producidos en los últimos años) una autodeterminación en materia de moral sexual y familiar, similar a la que gozan países como Holanda (con el menor índice mundial de embarazos no deseados) o Noruega (con la mayor proporción de mujeres en lo alto del escalafón laboral). Podría decirse que los países que en los albores de la modernidad política acometieron la Contrarreforma siguen lastrados aún hoy por las estrecheces de la horma sexual cristiana.

Este artículo pretende reflexionar sobre el tratamiento jurídico del aborto desde una perspectiva laica y aconfesional, aportando razones (y no pasiones) para una reforma democratizadora de la interrupción del embarazo a la altura de un país moderno como Brasil.

2. MUJERES MINORADAS SOCIALMENTE

Una de las cosas que está mostrando la crisis mundial (a pesar de la desatención que recibe en la opinión pública) es que, cuando la economía retrocede, las mujeres son las más perjudicadas en términos de género. Es decir, que los avances logrados en este campo por los sujetos subordinados en la estructura social patriarcal (traducidos en derechos que a su vez tienen un coste económico cuantificable para el estado y para otros sujetos) están condicionados a la evolución del campo económico¹.

1 Lo he mostrado en: "La crisis económica como oportunidad para repensar las relaciones de género", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 25, junio 2012, p. 1-23, <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>. Sobre el carácter económico, cuantificable, de los derechos, que permite hacer una lectura no idealista de los mismos, vid.: ESTÉVEZ, JOSÉ ANTONIO (ed.). *El libro de los deberes*. Madrid: Trotta, 2013, en cuyo capítulo V analizo desde esta óptica las limitaciones de las estrategias de conquista de derechos sexuales.

Se agrava así una situación de desigualdad estructural que vemos plasmada cada día en las mujeres extranjeras en situación irregular, en las prostitutas a quienes se niegan los derechos laborales básicos, en las mujeres mayores sin ayudas estatales o con una pensión mínima, en las que no perciben la pensión alimenticia de sus maridos a pesar de tenerla reconocida por una sentencia, en las que ingresan salarios menores que los hombres teniendo idénticas categorías profesionales, en la indefensión factual de aquellas que son maltratadas, física y/o psicológicamente, y en general en el carácter femenino que ha adquirido el trabajo a tiempo parcial coherentemente con la feminización del trabajo doméstico no-remunerado.

Esta desigualdad femenina estructural se agrava particularmente en el caso de las mujeres (sobre todo las adolescentes) que desean interrumpir voluntariamente un embarazo no deseado. Pues a su condición de mujeres objeto de coerción económica y sociocultural se unen aquí otras violencias: la de su entorno personal (familiares, amigos y eventualmente la del hombre fecundador que desea ser padre), especialmente intensa en sociedades como las brasileña y española de fuerte componente machista; la del Estado que les niega la libre satisfacción de su pretensión o que, aun reconociéndola parcialmente, no hace dotación de los medios necesarios para llevarla a la práctica; la ya comentada de la religión, cuya fuerza queda patente en Brasil por la capacidad mostrada de condicionar la política sobre aborto y anticonceptivos de un gobierno supuestamente feminista como el petista; la de aquellos hombres que las presionan para deshacerse de un problema que no tenían previsto, acudiendo irresponsablemente a comadronas; o la de la misma intervención médica, por omisión, en los casos de objeción de conciencia, o por acción, pues el aborto no deja de ser la aplicación de una fuerza sobre el cuerpo de la mujer por parte de una tercera persona, con posibles secuelas físicas y sobre todo psicológicas.

Todos estos aspectos —irrelevantes para las posiciones “pro-vida”— muestran que el rol reconocido a las mujeres en las leyes es a todas luces insuficiente para contrarrestar el enorme peso del poder social masculino —soberano aún hoy en los campos estatal, familiar, religioso y económico—. Lo cual no es más que una verdad de Perogrullo. Lo esencial aquí es entender que *la problemática del aborto no puede ser vista exclusivamente desde la óptica de los derechos individuales*, pues en ella intervienen terceras personas con poder suficiente como para anular la

supuesta autonomía de la voluntad que el derecho presume en la mujer a la que ha dotado de la posibilidad de interrumpir legalmente su gestación. Además, como mostrara brillantemente Tamar Pitch hace más de una década², la discusión en torno a derechos abre un escenario asimétrico que enfrenta por un lado el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, y por el otro los derechos de sus padres, del hombre fecundador y del “nasciturus”, al que los ordenamientos jurídicos no secularizados le prestan personalidad jurídica por la vía de la representación.

Pero veamos con algo más de detalle cuál es la situación jurídica de estas mujeres en el derecho comparado, lo que nos permitirá situarnos en una perspectiva más amplia y a la vez concreta.

3. LA NORMATIVA BRASILEÑA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMPARADO

La legislación brasileña sobre la interrupción voluntaria del embarazo es una normativa típicamente prohibicionista. Prohíbe el aborto con carácter general, con las excepciones del “estupro” (figura jurídicamente en desuso en la mayoría de legislaciones), el peligro grave para la vida de la madre y, desde hace poco, también en los casos de fetos anencéfalos. Ello la emparenta con la legislación española anterior a 2010 (despenalización parcial en supuestos de violación, malformación del feto y peligro para la salud materna).

El anteproyecto del nuevo Código Penal brasileño amplía los supuestos del aborto legal permitiéndolo hasta la doceava semana “previo informe psicológico que certifique que la mujer no presenta condiciones para soportar la maternidad”, por lo que no elimina el substrato prohibicionista de la normativa anterior. Además, nada dice acerca de qué garantías se ofrecerán a las mujeres que no están en condiciones de reclamar por sí mismas este derecho, por falta de dotaciones culturales o por la presión social, por ejemplo, y cede a la voluntad de terceros (los psicólogos de maternidad) el poder final de decidir, lo que supone un grave menoscabo a la autonomía y responsabilidad de las mujeres.

En términos de derecho comparado, la reforma ha sido muy tímida.

² PITCH, TAMAR. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* (1998). Trotta: Madrid, 2003.

No se aproxima a regulaciones de plazos como la española en vigor, que permite el aborto libre en las 14 primeras semanas de gestación³, contempla plazos amplios en caso de riesgo para la vida de la madre o del feto y dota de poder decisonal a las mujeres menores; y está muy lejos de legislaciones como la holandesa o la alemana, que otorgan a las mujeres la libre determinación de la decisión y dotan de medios suficientes a los centros públicos de interrupción del embarazo para que ese derecho quede garantizado.

Esta asimetría no se comprende muy bien si atendemos a la enorme brecha existente entre la situación de las mujeres en los países ricos europeos y en Brasil, donde, según la última Pesquisa Nacional de Aborto (PNA 2010: www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf), 1 de cada 5 mujeres de hasta 40 años abortó alguna vez (1 de cada 20 entre 18 y 19 años), la mujer que aborta —entre los 20 y los 29 años por término medio— gana menos de 3 salarios mínimos y tiene ya un hijo, y al año se producen 2,2 millones de partos por 1 millón de abortos. Por otro lado, muchos de estos abortos siguen siendo clandestinos, constituyendo una de las primeras causas de mortalidad materna del país. Lo cual se entiende mejor si atendemos a que las mujeres embarazadas involuntariamente afrontan graves problemas sociales, como la amenaza de desempleo, la de salarios bajos, la dificultad de acceder a una salud pública de calidad, la angustia por la espera de una incierta plaza en guarderías o la correspondiente a la expectativa social difusa de que sea siempre ella la responsable principal del cuidado de las criaturas.

A pesar de lo señalado, el anteproyecto de Código Penal traslada la idea del aborto de un contexto homicida a un problema público de salud (evidente a tenor de los resultados de la PNA). Y esto supone un gran avance en términos simbólicos, de instituciones conceptuales, que es siempre el terreno desde el que deben arrancar reformas legales más ambiciosas.

En suma, lo que indica la basculación del derecho comparado entre la prohibición y la permisión de la interrupción del embarazo es que se está lejos del reconocimiento pleno de las mujeres como sujetos responsables, con capacidad autónoma para decidir sobre su propio cuerpo. Situar dicha autonomía en un plano de equivalencia con el del derecho a vivir de un ser sin capacidad cognitiva ni de obrar (el embrión) sólo es

³ Lo cual, al menos en España, no ha provocado un aumento del número de abortos, dado que hasta la Ley de Salud Sexual y Reproductiva de Interrupción Voluntaria del Embarazo de 17 de diciembre de 2009 (LO 2/2010) la inmensa mayoría de abortos habían sido practicados antes de la catorceava semana. Se puede decir, en este sentido, que la ley en vigor se ha limitado a *legalizar* una situación anterior, *reconociendo de paso el aborto como un derecho de la mujer* (lo que no sucedía con la legislación prohibicionista anterior).

entendible desde la amplia influencia que sigue ejerciendo el derecho natural de raíz cristiana en los ordenamientos jurídicos (cosa que no sucede, significativamente, en los casos comentados de Alemania y Holanda) y, más en general, desde el poder de influencia que la Iglesia mantiene sobre el Estado. Ello explica que en países como España, durante el último cuarto de siglo (desde la LO 9/1985 hasta la LO 2/2010), las mujeres que decidían ejercitar su derecho (limitado) a abortar hubieran de acudir para ello a clínicas privadas, muchas veces muy lejos de sus domicilios; o que lo vieran supeditado al derecho del personal médico a objetar al ejercicio legal del mismo⁴ (muy efectivo en nuestro país a causa del miedo a las denuncias de asociaciones antiabortistas muy activas como E-Cristians). Lo cual hace que en el plano factual ni siquiera se haya dado la presunta equivalencia de derechos establecida formalmente por el Tribunal Constitucional desde la famosa sentencia 53/1985.

El desprecio hacia la autonomía femenina y la desconsideración de las angustias que las mujeres embarazadas sin quererlo deben padecer, queda bien ejemplificado en el siguiente argumento del recurso de inconstitucionalidad a la ley española en vigor interpuesto por el Partido Popular⁵, donde las mujeres aparecen siempre como “madres” y aquellas que deciden abortar como una suerte de máquinas desguazadoras: “El Estado renuncia a proteger la vida del "nasciturus" y abandona a su suerte a lo que la madre decida, de modo que la vida del "nasciturus" depende absolutamente de la decisión de su madre, como si de una parte de ella se tratara (*mulieris portio vel viscerum*)”.

4. EL ABORTO EN PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA

La discusión sobre el aborto es paradigmática de cómo el derecho está penetrado por campos de fuerzas externos y de cómo él mismo es, internamente considerado, un campo de fuerzas donde se registra una lucha permanente por la determinación de los contenidos de “lo justo”.

4 Esta situación ha permanecido con la entrada en vigor de la LO 2/2010, que cedió a la presión católica al establecer como único requisito para la objeción médica (que incluye a ginecólogos, enfermeros, anestelistas o matronas) hacerla expresa “por escrito y por anticipado”, lo cual viene siendo norma. La objeción de conciencia médica al aborto —a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las obligaciones militares o fiscales— está además amparada expresamente por la STC 53/1985 “con independencia de que haya sido dictada dicha regulación”. Por otro lado, la crisis económica ha sido la excusa perfecta para que el Estado no haya implementado recursos para la creación de espacios adecuados para la interrupción del embarazo en los hospitales públicos.

5 El PP interpuso dicho recurso antes de ganar las últimas elecciones generales. Actualmente no ha derogado la ley en vigor en espera justamente de que el alto tribunal decida sobre el mismo.

Es patente, en primer lugar, la fuerte influencia de los mass media, campo que desde los años ochenta viene registrando un proceso continuo de concentración en manos privadas, internacionalización y diversificación de su accionariado, y por consiguiente de búsqueda de rentabilidad y reducción del pluralismo informativo. La interrupción voluntaria del embarazo, como problema siempre candente, suscita una constante atención de los medios de comunicación, fuertemente polarizados al respecto. Pero lo que interesa destacar ahora no es tanto eso como el hecho de que, como en la mayoría de problemáticas sociales, también aquí se registra un viraje importante de su antiguo tratamiento como un problema complejo, donde era necesario considerar factores colectivos (culturales, sanitarios, económicos, etc.), a un enfoque individual, subjetivizador del problema. El tratamiento periodístico del aborto —incluso cuando obedece a lógicas *progresistas*— pone cada vez mayor énfasis en los derechos del feto frente a los de la mujer gestante. Otorgarle personalidad (pues de otro modo no es posible reivindicar un derecho subjetivo a vivir) supone observarlo como víctima inocente de alguien, algo que casa bien con el contexto reinante de victimización general de la sociedad⁶.

En el campo político-administrativo, mientras por un lado se hacen campañas recurrentes de sensibilización acerca de los riesgos del sexo inseguro, o se crean sistemas de reparación de la violencia patriarcal contra las mujeres, por otro lado se hace la vista gorda ante el constante estímulo de la industria audiovisual (a través de los filmes publicitarios, de las películas cinematográficas, de los juegos de ordenador, etc.) a mantener relaciones sexuales sexistas e inseguras, convirtiendo la hipersexualidad coitocéntrica casi en una obligación social. Y sobre todo, mientras esto sucede, persiste un grave déficit de inversión en educación sexual en las escuelas, aquello que más puede contribuir a la prevención de la transmisión de enfermedades venéreas por prácticas inseguras, de los embarazos no deseados, o de conductas sexistas en los propios centros educativos como estigmatizar a las adolescentes sorprendidas con un preservativo por sus compañeros.

Esta doble moral puede apreciarse también en la prohibición general del aborto libre en Estados que como Brasil no dotan a las mujeres de los medios necesarios para tirar adelante con la maternidad, o que

⁶ Análogamente, las regulaciones sobre “violencia de género”, si bien objetivamente suponen una protección de las mujeres frente a la fuerza ejercida por sus pares masculinos en el contexto de sociedades de estructura patriarcal, subjetivamente tiene el inconveniente de comportar el tratamiento de las mujeres como víctimas potenciales de los varones, y por tanto (como en el caso del feto) como sujetos *débiles* a tutelar.

toleran el lucro privado de clínicas de interrupción del embarazo (al punto de contar éstas con un importante lobby en el Congreso para frenar cualquier proyecto de ley que garantice la atención del aborto por el sistema nacional de salud.) O en países que como España tienen una legislación permisiva pero que en realidad tienen un sistema concertado del aborto (desde que entró en vigor la ley de plazos de 2010, que permite que las interrupciones del embarazo sean practicadas “en centros de la red sanitaria pública o *vinculados* a ésta”, el 90% de las intervenciones siguen haciéndose en centros privados: la diferencia con el periodo prohibicionista anterior es que ahora la mujer puede repercutir la factura correspondiente a la administración), lo cual supone un mayor gasto para el sistema público y dejar el derecho a abortar desprotegido en contextos de recortes sociales como el actual. El derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo es un caso típico (como sucede con cualquier derecho social) de *un derecho a medias*, pues a las limitaciones legislativamente establecidas a su pleno ejercicio hay que sumar, como vemos, la falta de voluntad política para dotarlo de los medios necesarios para que sea efectivo.

Naturalmente, el campo social más beligerante con los avances de las mujeres en terreno legislativo es el de la religión institucionalizada. Allí donde ésta ejerce una presión lobbística sobre el Estado, no ha avanzado la introducción de materias sexuales en el sistema educativo, se han puesto multitud de piedras en el camino de la regulación igualitaria de las relaciones afectivas para personas del mismo sexo (la legalización del matrimonio homosexual y derechos relacionados aconteció en España en 2006, bajo la administración socialista, pero el nuevo ministro de Educación, conservador, acaba de excluir la homofobia como contenido de la educación básica) y está lejos de ser reconocida la plena autonomía de la voluntad en las decisiones concernientes al propio cuerpo (el aborto, el cambio de sexo y la eutanasia voluntaria).

Desde la perspectiva laica que aquí se ha escogido, o simplemente vista desde fuera, esta influencia de la moral religiosa sobre el poder de regulación estatal es cuanto menos sorprendente. Desde un punto de vista humanitario, no resulta fácil conjugar la condena de los métodos anticonceptivos con la criminalización de la interrupción del embarazo. La prédica de la indisolubilidad del matrimonio (equiparado por el presidente de la Conferencia Episcopal española con la institución del “reputado”, que antiguamente se contemplaba a iniciativa del hombre contra la

mujer) con la nulidad del mismo en un tribunal especial que incluso oficia en algunos casos uniones entre divorciados. La condena del aborto con la crítica de los nacimientos fuera del matrimonio (el 28,38% de los neonatos españoles). La maldición de la homosexualidad con la ocultación de la pedofilia sacerdotal, tristemente famosa en Irlanda o España...

También hay que ver la problemática del aborto desde la sociología interna a los subcampos del derecho, en relación a sus operadores jurídicos. La reciente introducción del supuesto de la anencefalía fetal por el Supremo Tribunal Federal brasileño es un buen ejemplo de ello. En 2004 el alto tribunal no había aceptado (por 7 votos a 4) la propuesta que en esta dirección le había encaminado la Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde. Y ahora ha cambiado su doctrina con 8 votos favorables por 2 en contra. Sin unanimidad. Con uno de los dos votos desfavorables a cargo del presidente del tribunal. Sin que la decisión considerara la sugestión de algunos jueces para recomendar al ministerio de salud la adopción de medidas garantizadoras del derecho a abortar en estos casos. Sin recoger tampoco la propuesta de incluir reglas concretas para la implementación de la decisión. Con una discusión interna producida en medio de la reacción furiosa de las iglesias católica y evangélica, las cuales argumentaron que el debate reducía la vida a su *aspecto jurídico* (como si la vida fuera un patrimonio más allá de la voluntad de las personas y lo jurídico sólo un conjunto de fórmulas técnicas desprovistas de eticidad). Y donde en la argumentación del ministro relator el valor “vida del feto” prima sobre el de la “autonomía” de la mujer (“El aborto es un crimen contra la vida. Se tutela la vida en potencia. En el caso del anencéfalo no existe vida posible. El feto anencéfalo está biológicamente vivo y jurídicamente muerto”).

Ciertamente, el campo judicial no es ajeno a la amplia división social en torno al aborto. En España lo ejemplifica la ley de plazos en vigor, que prosperó en contra del parecer del Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de los jueces que por primera vez dejó de emitir su obligado informe sobre anteproyectos de ley, gracias a la apelación que hizo su muy católico presidente a *la cláusula de conciencia* para no tener que resolver el empate registrado en la votación del informe) y del Consejo Fiscal (que declaró el anteproyecto de ley “no conforme” con la Constitución por la consabida desprotección del *nasciturus* en relación a la sobreprotección de la mujer).

Naturalmente, esta relación de campos sociales podría ser mucho más extensa. Baste pensar en la disputa científica sobre el momento de

determinar la personalidad del embrión, siempre utilizada por unos y otros para hacer valer sus posiciones en el campo legislativo.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El debate social y jurídico sobre la interrupción voluntaria del embarazo se produce dentro de un escenario adversarial, de un campo de fuerzas desigual en el que las mujeres ocupan una posición débil respecto a otros sujetos. En mi opinión, lo primero que éstas deberían hacer es concienciarse acerca de las limitaciones de la estrategia de hacer valer un derecho individual, en lugar de vindicar —como se hacía en los años sesenta y setenta del siglo pasado, en que esta pretensión se hizo un hueco en la agenda de las mujeres— la autodeterminación femenina sobre el propio cuerpo en base a la responsabilidad social de las mujeres.

Apostar por la autonomía de las mujeres debe traducirse, jurídicamente, en la demanda de *deberes de no-interferencia en su libertad de autodeterminación*. Como personas minorizadas socialmente, tienen legitimidad para reclamar la imposición de límites a los sujetos sociales más fuertes en este campo de fuerzas.

Apostar por el “aborto”, significa en cambio reclamar al estado el reconocimiento de un derecho individual, casi siempre dentro de unos plazos muy limitados, lo que inevitablemente conduce a enfrentarse a la análoga reivindicación de derechos subjetivos para los concebidos y no-nacidos a vivir fuera de los supuestos delimitados legalmente; del personal sanitario a objetar en conciencia a la práctica médica; de los padres de las adolescentes embarazadas a ser informados (a pesar de la doble moral que esto supone en relación a la permisión legal de que los adolescentes mantengan relaciones sexuales en el marco del matrimonio, o simplemente a contraerlo); de las parejas fecundadoras a ser padres, en el marco de la igualdad jurídica de derechos.

La apuesta por los derechos, además, se enfrenta a problemas de “campo” relativos a la voluntad estatal: la posibilidad de que el Estado no cumpla con la manutención de los medios públicos adecuados para satisfacer los derechos de las mujeres (casos de ineffectividad del derecho); y las “disposiciones” desfavorables de aquellos funcionarios estatales (médicos, psicólogos,...) que opten por aplicar la ley moral de su conciencia o

bien (como sucede en España) que simplemente opten por evitarse problemas derivados de posibles demandas judiciales.

Por todo ello, en mi opinión la estrategia más eficaz desde el punto de vista de la emancipación femenina consiste, por un lado, en reclamar la despenalización completa del aborto en base al reconocimiento real (no sólo nominalmente, como sucede en países como Brasil donde la mujer es “santificada” socialmente) de su responsabilidad, en tanto personas que no contemplan su relación con el feto desde un punto de vista propietario y son perfectamente conscientes de los motivos que las conducen eventualmente a la difícil decisión de abortar. Hay que recordar que, sociológicamente, el aborto incumbe sobre todo a mujeres jóvenes y a mujeres pobres, con acceso limitado al sistema de salud y a los métodos anticonceptivos, sobre las cuales pesa la amenaza de desempleo al ser percibidos los embarazos como un hecho antieconómico por la mayoría de los empleadores. Sobre la cabeza de las mujeres penden amenazas concernientes a su salud física y psíquica y a su capacidad de autodeterminación económica, comúnmente orilladas en los debates que giran en torno a qué derechos otorgarles en relación a los embriones.

Complementariamente, es preciso reclamar el fortalecimiento de los sistemas públicos de prevención, lo cual pasa por un doble deber de los estados: facilitar métodos anticonceptivos a través del sistema nacional de salud y garantizar una educación específica y universal en materia sexual desde la enseñanza primaria, como sucede en Holanda, el país que ostenta el menor número de embarazos no deseados entre adolescentes.

Una educación de este tipo, para ser efectiva y democrática, debería ir más allá de los riesgos reproductivos o genitales de la sexualidad (de *los miedos*), adentrándose en el aspecto afectivo, placentero y educativo de la misma. Pues el problema de la (ir)responsabilidad que se hace recaer sobre las mujeres que desean abortar lo es, en realidad, de *los malos coitos* que preceden al embarazo no deseado. Un aspecto que envuelve también (si no principalmente) a los varones, inducidos sistemáticamente en los sistemas sociales sexistas y hedonistas en que vivimos a una práctica sexual coitocéntrica, y que son, en suma, los grandes beneficiarios del reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo sobre el cuerpo de las mujeres (donde de nuevo aparece el problema general de la doble moral que atraviesa toda la problemática del aborto). Las altas tasas de aborto, el alto índice de mujeres que han abortado más de una vez, o la

popularización entre las adolescentes de la nada inocua píldora poscoital son datos que muestran la necesidad de virar hacia los *deberes estatales de prevención*, y no tanto seguir discutiendo de derechos *ex post facto*.

Nada de esto puede ser posible, sin embargo, si no es abordado en profundidad el problema de partida de estas páginas: la excesiva influencia de parámetros religiosos para medir la legitimidad de las normas y actos estatales. No es posible un debate en rigor si, como sucede en los estados con legislaciones prohibicionistas, prevalece la interpretación iusnaturalista del indiferentismo ontológico entre un momento u otro de la vida humana del *nasciturus*. Pues ello significa confundir lo que es un “pecado” para algunas tradiciones como la católica con un “delito” perseguible penalmente.

6. EPÍLOGO

El momento de entregar este texto para su publicación ha coincidido con una novedad importante en el proceso regulatorio español de la interrupción del embarazo, que hay que dejar anotada.

El actual Ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón —ya a la cabeza de la oposición a la LO 9/1985 de despenalización parcial del aborto—, ha anunciado su intención de derogar la LO 2/2010 en lo atinente a la libre interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación y al supuesto de malformación fetal, lo que colocaría a España a poca distancia de los países europeos más conservadores en la materia (Polonia, Irlanda, o Malta).

No está en absoluto claro el devenir de esta reforma. Dentro del Partido Popular en el gobierno ya se han alzado voces contrarias a devolver a España a la situación anterior a 1985. Pero la intención reformista, que coincide con una renovada y oportunista presión de la Conferencia Episcopal, reafirma lo aquí dicho al respecto de la fuerza de la iglesia institucionalizada en materia de regulación de los cuerpos.

Mientras tanto, la recién publicada estadística oficial sobre el aborto en 2011⁷ (el primer año de aplicación de la Ley 2/2010) reitera algunos datos conocidos y arroja alguna novedad. En cuanto a lo primero, que el 95% de abortos se produjo antes de la semana 12 (es decir, dentro del plazo legal) y en centros privados, como ya sucedía con la ley anterior,

7 MINISTERIO DE SANIDAD: http://www.msps.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuuras.htm

por lo que en este sentido la norma en vigor no ha alterado el mapa del aborto en España. Como tampoco han cambiado las pautas amorosas de los españoles, poco prudentes si observamos que detrás de los 118.359 abortos de 2011 hubo un 38,3% de coitos sin intervención de métodos anticonceptivos seguros, o que el 24% de mujeres que abortaron en 2011 ya habían tenido un aborto previo. Es evidente el fracaso del marco preventivo que pretendía introducir de la Ley 2/2010.

La principal novedad es que 2011 registró un aumento del 4,7% de interrupciones del embarazo, donde el principal se da entre las mujeres mayores de 30 años, en su mayoría emparejadas y con hijos. Ello apunta a la situación de precariedad a que aboca la enorme tasa de desempleo española (en torno al 27% según la cifra oficial), coherentemente con la caída de la natalidad provocada por la crisis (3 % menos que en 2010 y 9,2% menos que en 2008, al estallar la crisis) ❖

Ação Rescisória por Violação a “Literal Disposição de Lei”: Improcedência do Pedido de Rescisão e Recurso Especial (Sobre a Evolução da Jurisprudência do STJ)

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Professor auxiliar (concurado) de Direito Civil da PUC/RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil. Advogado.

1. O PROBLEMA

Tivemos nossa atenção despertada para trecho da ementa de recente acórdão unânime do STJ,¹ no qual se lê: “O recurso especial interposto contra acórdão de ação rescisória deve ficar restrito ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta, elencados no art. 485 do CPC, e não aos fundamentos do julgado rescindendo”. No voto do Ministro Relator, afirma-se: “(...) esta Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que o objeto do recurso especial interposto contra acórdão em ação rescisória deve ficar restrito ao exame de eventual afronta à lei ocorrida neste e não aos fundamentos do julgado rescindendo”. Segue-se (como é da tradição do STJ) a indicação de precedentes que, ao ver do Ministro Relator, seriam aptos a demonstrar a exatidão do asserto.

A hipótese, como se depreende do voto condutor do julgado, era de recurso especial fundado em violação a dispositivos do CPC, interposto de acórdão que, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, desacolhera pedido em ação rescisória baseada (entre outros fundamentos) no art. 485,

¹ AgRg Ag nº 1.013.285-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21.03.2013, publicado em 02.04.2013.

nº V, do mesmo diploma. A alegação de violação “literal” àqueles dispositivos, que servira de causa de pedir do *iudicium rescindens*, fora, mais tarde, reeditada, no recurso especial, para caracterizar a contrariedade à lei federal (C.F., art. 105, nº III, *a*). Em outras palavras: a inicial da ação rescisória imputara ao acórdão rescindendo o fato de haver violado os dispositivos x e y; julgado improcedente o pedido de rescisão, o autor interpusera recurso especial, alegando ter o acórdão *da rescisória* também contrariado x e y. Enfaticamente, o STJ negou, no caso, a possibilidade de semelhante repetição.

No entanto, ao contrário do que afirma o acórdão em foco, o tema de que ele se ocupa certamente se insere entre aqueles que, de tempos em tempos, suscitam julgados discrepantes da jurisprudência habitual da Corte. Por motivos diversos – entre os quais as inevitáveis alterações na composição do STJ –, surgem, aqui e ali, pronunciamentos que se afastam do pensamento até então dominante, e que passam a disputar a preferência dos Ministros. Em alguns casos, uma vez inaugurada uma nova corrente, sua irrestrita adoção naturalmente conduz ao abandono da tese antes vigente; em outros, passam a coexistir, no interior do Tribunal, por tempo maior ou menor, manifestações ora fiéis à antiga jurisprudência, ora afinadas com a visão inovadora.

O fenômeno, por óbvio, não é exclusivo do STJ. É preciso convir, todavia, que, no caso de uma Corte encarregada pela Constituição de uniformizar a interpretação do direito federal, a coexistência, por períodos prolongados, de decisões conflitantes acerca de uma norma ou de um instituto representa fator de indesejável insegurança jurídica e da proliferação e perpetuação de litígios.

Para remediar o problema, a lei processual instituiu, no âmbito do STJ, os embargos de divergência, cabíveis quando a decisão da turma, em recurso especial, “divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial” (CPC, art. 546, nº I).

Cabendo à Corte Especial o julgamento dos embargos fundados em alegada divergência “entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial” (RISTJ, art. 266, *caput*), seria de se supor que seus acórdãos, proferidos no exercício dessa competência, passassem a orientar a jurisprudência dos demais órgãos fracionários e que, ressalvada alguma circunstância especialíssima (*v.g.*, a alteração da lei objeto da interpretação controvertida), os subsequentes pronuncia-

mentos destes viessem a refletir, com a máxima fidelidade, o pensamento daquela.² Soa contraditório com a função desempenhada pelos embargos de divergência admitir que, após a definição da controvérsia jurídica pela Corte Especial, as Turmas e Seções do STJ continuem a acolher interpretações dissonantes da posição vitoriosa – ao menos, sem apresentar razões ponderáveis para tanto.

Neste estudo, propomo-nos a examinar de que maneira os diferentes órgãos do STJ têm versado o tema objeto do acórdão mencionado no primeiro parágrafo e qual o impacto das decisões de sua Corte Especial, proferidas ao longo de mais de quinze anos, sobre os julgados que se lhes seguem.

2. AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ (UMA CRÔNICA)

Em relação ao tema deste trabalho, é fácil perceber que, durante os primeiros anos de sua existência, o STJ adotou, para o recurso especial, antiga jurisprudência do STF, segundo a qual o recurso extraordinário interposto de julgado em ação rescisória “há de se conter nos pressupostos desta e não no mérito da própria rescisória, não se podendo reexaminar a decisão rescindenda”.³ É o que se extrai dos seguintes julgados:

“Quando se cuida de ação rescisória, o recurso excepcional deve ater-se aos pressupostos desta, somente. Vale dizer, o recurso há de vir por afronta, ou por dissídio, aos artigos dessa espécie de ação”.⁴

2 Como bem se expressou, em artigo doutrinário, um eminente Ministro do STJ: “A função primordial dos embargos de divergência é consolidar a segurança jurídica que devem possuir os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, uniformizando a interpretação e a explicação do direito” (DELGADO, José Augusto. “Aspectos gerais dos embargos de divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias”, *in* **Processo nos Tribunais Superiores (de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004)** [coord.: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M.], São Paulo: Saraiva, p. 797-832, encontrando-se o trecho citado na p. 803).

3 RE nº 57.809-PE, 1ª Turma, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. 11.05.65 (RTJ 33/547). No corpo do acórdão, lê-se: “Como é sabido, no recurso extraordinário interposto de julgado em ação rescisória, não se devolve ao Supremo Tribunal Federal o exame de decisão rescindenda, mas, exclusivamente, o da decisão recorrida. O recurso há de se conter, não no mérito da ação rescisória, mas nos seus pressupostos, (...). Se fôssemos (...) apreciar as questões suscitadas na rescisória, estaríamos julgando a própria ação e, indiretamente, as sentenças rescindendas”. Tal entendimento foi reafirmado em acórdão recente: AgRg Ag nº 744.283-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.06.2013 (com citação de precedentes).

4 REsp. nº 1.818-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 27.03.90 (trecho do voto do Ministro Relator).

“O recurso especial deve enfrentar a questão da inadmissibilidade da ação rescisória e não os fundamentos do acórdão rescindendo”.⁵

“O recurso especial em ação rescisória há de combater o que na rescisória ocorreu e não o que se verificara na decisão rescindenda”.⁶

“O recurso especial, lançado contra *decisum* que julgou im procedente ação rescisória por não constar contrariedade de lei, deve demonstrar ofensa ao art. 485, V, do CPC, sob pena de permanecer indene o aresto recorrido”.⁷

“Em caso de rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo”.⁸

“Descabe recurso especial de julgamento que deu pela im procedência de ação rescisória, fundada no art. 485, V do CPC, se o recorrente limita sua argumentação na ofensa a lei que teria sido cometida pelo acórdão rescindendo”.⁹

Salvo engano, o primeiro acórdão do STJ a destoar dessa orientação foi o de sua 3ª Turma, resultante do julgamento (iniciado em 22.02.94, mas somente concluído em 10.10.94) do REsp. nº 20.542-RJ. Cuidava-se de recurso especial fundado nas letras *a* e *c* do art. 105, nº III, da Constituição Federal, interposto de decisão de *improcedência* de ação rescisória.

5 REsp. nº 1.991-SE, 3ª Turma, Rel. Min. Gueiros Leite, j. 22.05.90, trecho da ementa. A hipótese era de recurso especial interposto de acórdão que julgara im procedente o pedido formulado em ação rescisória, na qual se alegava ofensa a dispositivo do Decreto nº 24.150/34. No recurso, fundado no art. 105, nº III, a, reeditava-se a mesma alegação.

6 REsp. nº 9.241-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 26.10.93 (trecho da ementa). A hipótese era de ação rescisória ajuizada perante o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, sob a alegação de ofensa ao art. 20, § 3º, do CPC – fundamento também do posterior recurso especial, interposto da decisão de im procedência do pedido de rescisão.

7 REsp. nº 35.982-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 23.05.94 (trecho da ementa). Do voto do Ministro Relator consta o seguinte parágrafo, muito elucidativo da tese ali acolhida: “Em verdade, não procura o apelo nobre infirmar o *punctum saliens* do *decisum* proferido na rescisória, mas ataca os fundamentos da decisão rescindenda, pretendendo que o presente recurso especial reexamine aquela primitiva decisão”.

8 REsp. nº 9.837-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Nilson Naves, j. 29.03.95 (no recurso especial, pretendeu-se reeditar a alegação de ofensa ao art. 459 do CPC, fundamento da ação rescisória). Em idêntico sentido (com expressa invocação do precedente): REsp. nº 27.529-BA, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 07.11.95 (hipótese na qual tanto a ação rescisória quanto o posterior recurso especial se fundavam na alegação de ofensa a dispositivos da antiga Lei de Falências e da Lei nº 6.899/81).

9 REsp. nº 46.178-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.04.96 (trecho da ementa).

ria, proferida, no tribunal de origem, em grau de embargos infringentes. Quanto ao fundamento da letra *a*, arguia-se ofensa aos mesmos dispositivos de lei que, na inicial da ação rescisória, o autor apontara como “literalmente” violados.

O recurso foi conhecido e provido. Em voto de certa extensão, o Ministro Eduardo Ribeiro acompanhou o Relator, Ministro Claudio Santos, e votou pelo provimento do recurso especial, para julgar procedente o pedido de rescisão, argumentando que se este se funda “em que a decisão impugnada violou a lei e, malgrado isso haja efetivamente ocorrido, a rescisória é julgada improcedente, parece inegável que aquela foi uma vez mais contrariada. O mesmo se dirá, obviamente, se reconhecida violação que não se deu. Em ambos os casos, infringiu-se o direito. Não foi aplicado nos termos em que o deveria ser”. E concluía que o STJ, “admitindo o especial, em tal circunstância, estará examinando matéria de direito e dando cumprimento a sua função constitucional”. Ficou vencido, naquela oportunidade, o Ministro Nilson Naves, que, invocando precedentes do STF, entendia que “o recorrente ataca não (...) o acórdão da ação rescisória, mas, sim, o acórdão da [anterior] ação declaratória”, o qual “há muito transitou em julgado, (...) não tendo cabimento seja ele agora desfeito através deste recurso especial”.

O julgamento do REsp. nº 20.542-RJ ainda não se concluíra,¹⁰ quando a questão foi novamente submetida à 3ª Turma (a partir da sessão de 08.08.94) no julgamento do REsp. nº 28.565-RJ. Na oportunidade, como Relator, o Ministro Nilson Naves votou, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, valendo-se das razões (que transcreveu) do voto que proferira, meses antes (em 14.03.94), naquele outro julgamento. Em sentido contrário, votou (também na sessão de 08.08.94) o Ministro Eduardo Ribeiro, adotando (e reproduzindo) a fundamentação de seu voto no REsp. nº 20.542-RJ. A questão preliminar foi decidida em sessão subsequente (de 12.09.94), na qual os demais Ministros votaram por sua *rejeição* (o julgamento do mérito apenas se concluiu em 14.03.95).

A ambos os acórdãos majoritários da 3ª Turma que julgaram aqueles recursos especiais foram opostos embargos de divergência, examinados pela Corte Especial em datas próximas (em 07.08.96, concluiu-se o julgamento dos Embargos de Divergência no REsp. nº 20.542-RJ; em 16.10.96, foram julgados, numa única sessão, os Embargos de Divergência

¹⁰ A rigor, a questão preliminar (acerca do cabimento do REsp. nº 20.542-RJ) foi decidida na sessão de 30.08.94 (portanto, algumas semanas após a primeira sessão de julgamento do REsp. nº 28.565-RJ), quando, vencido no juízo de admissibilidade, o Ministro Nilson Naves “pediu vista para apreciar o mérito”, tendo o julgamento deste se encerrado em 10.10.94.

no REsp. nº 28.565-RJ). Nos dois julgamentos, a Corte Especial, por maioria (composta, no segundo deles, por *um único* voto de diferença:¹¹ dez a nove!), prestigiou o entendimento tradicional, ou seja, “em se cuidando de ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, não se pode chegar ao Superior Tribunal de Justiça, via recurso especial, com o mesmo fundamento desacolhido na ação rescisória”.¹²

A leitura dos diferentes votos, proferidos naqueles dois julgamentos, põe em evidência a diversidade da argumentação desenvolvida por uns e outros, nem sempre restrita a considerações puramente jurídicas: para alguns, o argumento decisivo residiu na mera tradição;¹³ para outros, preponderantemente, em juízo de conveniência.¹⁴ Mas todos os que, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp. nº 28.565-RJ, votaram por seu desprovimento (ou seja, pelo reconhecimento da *admissibilidade* do recurso especial, nas circunstâncias) reputaram ser *de direito*, e não meramente de fato,¹⁵ a questão submetida ao STJ no recurso especial,¹⁶ sustentando que “os temas envolvidos no acórdão rescindendo e aqueles agitados no aresto proferido na ação rescisória se confundem”,¹⁷ pois “para se demonstrar a procedência ou não de ação rescisória é impres-

11 A certidão do julgamento registra a justificada ausência dos Ministros William Patterson, Costa Leite e Waldemar Zveiter, o que inevitavelmente suscita a fascinante (mas, a rigor, *inútil*) indagação: qual teria sido o resultado do julgamento da Corte Especial, se os três tivessem ali votado? Recorde-se que o acórdão embargado (da 3ª Turma) fora tomado por maioria, tendo aqueles dois últimos Ministros participado do julgamento do recurso especial, com votos *favoráveis* à posição ali vitoriosa (depois, superada nos embargos de divergência). Ambos, aliás, também haviam votado no julgamento do REsp. nº 20.542-RJ, favoravelmente à admissibilidade do recurso especial, naquelas mesmas circunstâncias; e o Ministro Costa Leite, pouco antes do julgamento dos EREsp. nº 28.565-RJ, votara, igualmente, no julgamento dos EREsp. nº 20.245-RJ, sempre no mesmo sentido.

12 EREsp. nº 28.565-RJ, excerto do voto do Ministro Fontes de Alencar, redator do acórdão.

13 “Basta-me essa tradição”, disse o Ministro José Dantas (EResp. nº 28.565-RJ), referindo-se à antiga jurisprudência do STF acerca da matéria.

14 Veja-se o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e seu aparte ao voto do Ministro Eduardo Ribeiro (EResp. nº 28.565).

15 A tese de que, na ação rescisória, a alegação de violação a “literal disposição de lei” deve ser tratada como questão *de fato* é desenvolvida pelos seguintes autores: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”, in **Temas de direito processual (Quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 205-213 (em especial, p. 212-213); DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2007, v. 3, p. 364; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 219. Salvo engano, nenhum dos votos proferidos nos julgamentos da Corte Especial acerca da matéria acolheu (ao menos, de maneira *explícita*) o argumento. Quem dele mais se aproximou parece ter sido o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, ao votar, como Relator, no julgamento dos EREsp. nº 20.542-RJ: “No caso *sub judice*, o acórdão do Tribunal de Justiça [na ação rescisória] entendeu não figurada, na espécie, a hipótese do art. 485, V, do CPC”. E prosseguiu: “Com esse entendimento, não houve erro de ilegalidade. Poderia ter havido erro de justiça”. No contexto do voto, supomos que as expressões “erro de justiça” e “erro de ilegalidade” equivalham, respectivamente a *erro de fato* e *erro de direito*.

16 Leia-se, em especial, os votos dos Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Eduardo Ribeiro, em ambos os julgamentos.

17 Excerto do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros.

cindível trazer-se a debate a tese jurídica condensada no acórdão rescindendo. As questões estão conectadas”.¹⁸ Ou ainda: “Para se enfrentar os fundamentos do aresto que concluiu pela improcedência só existe um caminho, tratando-se de ação rescisória fundada no item V: mostrar que houve a violação da lei, por ele negada”.¹⁹

Aos julgamentos, pela Corte Especial, dos EREsp’s nºs 20.542-RJ e 28.565-RJ seguiu-se um período de efetiva pacificação da jurisprudência do STJ, durante o qual, ressalvado um ou outro acórdão destoante,²⁰ inúmeros julgados acolheram a orientação traçada naqueles dois precedentes,²¹ ainda que com eventuais temperamentos.²² Aliás, em sessão da Corte Especial de 19.11.2003, decidiu-se, por unanimidade, negar provimento a agravo regimental interposto de decisão de liminar de indeferimento de embargos de divergência (nos quais se pretendia reabrir a discussão), ao argumento de que “todas as Turmas do Tribunal adotam o mesmo entendimento”.²³ Invocou-se, na ocasião, o verbete nº 168 da *Súmula*, que exclui o cabimento de embargos de divergência “quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

18 Excerto do voto do Ministro Vicente Leal. Noutra passagem, afirmou o Ministro: “Só se pode verificar se houve violação ao art. 485, inciso V, examinando-se a questão legal em que se embasou o acórdão. São questões que se conectam necessariamente”.

19 Excerto do voto do Ministro Eduardo Ribeiro.

20 Salvo engano, pode-se ter por divergente da tese consagrada pela Corte Especial, naqueles dois acórdãos de 1996, a decisão (por maioria) da 4ª Turma no REsp. nº 68.669-SP, j. 25.08.98. O caso era de ação rescisória fundada em violação (entre outros dispositivos) ao art. 47 do CPC. No tribunal de origem, o pedido de rescisão fora julgado improcedente, tendo o vencido reeditado, no recurso especial, idênticas alegações àquelas que serviram de causa de pedir da rescisória. O recurso especial foi conhecido (e provido) também por violação ao art. 47 do CPC, contra os votos dos Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Barros Monteiro, fiéis à posição adotada pela Corte Especial nos EREsp’s nºs 20.542-RJ e 28.565-RJ.

21 Entre muitos outros daquele período: REsp. nº 84.236-DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 02.06.98; REsp. nº 145.527-SP, 4ª Turma, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11.02.99; REsp. nº 197.129-RN, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.03.99; REsp. nº 233.560-RN, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 14.12.99; REsp. nº 241.029-RN, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 22.02.2000; AgRg Ag nº 163.590-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.03.2000; REsp. nº 164.892-CE, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, j. 16.05.2000; REsp. nº 389.578-PB, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 21.02.2002; REsp. nº 116.309-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21.05.2002; REsp. nº 331.928-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.06.2002; REsp. nº 489.562-SE, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 19.08.2003; AgRg Ag nº 505.488-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.10.2003; REsp. nº 354.342-CE, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 08.06.2004; AgRg Ag nº 519.712-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 26.10.2004.

22 Segundo se lê na ementa do acórdão da 1ª Turma no REsp. nº 448.688-MS (j. 08.10.2002), “em ação rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos desta ação e não à apreciação do mérito da decisão rescindenda, salvo situações de aberrantes anomalias” (destacamos).

23 AgRg REsp. nº 331.047-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, de cujo voto se reproduziu o excerto entre aspas.

O julgamento, pela Corte Especial,²⁴ do REsp. nº 476.665-SP (iniciado em 15.09.2004 e encerrado em 01.12.2004) alterou substancialmente aquele panorama e representou o ponto de partida de uma verdadeira cisão na jurisprudência do STJ. Tomado o acórdão por maioria de votos,²⁵ sua ementa enuncia tese que contraria o entendimento até então largamente predominante, e que viria a ser posteriormente acolhida noutros julgados,²⁶ inclusive da própria Corte Especial:²⁷ “Quando existir violação de literal disposição de lei, e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea ‘a’ do permissivo constitucional”.

Nesse julgamento da Corte Especial, foram revisitados muitos dos argumentos invocados naqueles dois precedentes de oito anos antes. O Relator, Ministro Pádua Ribeiro, que ficara vencido em ambas as oportunidades, voltou a reafirmar o cabimento de recurso especial fundado na alegação de ofensa ao mesmo dispositivo apontado, na inicial da ação rescisória, como “literalmente” violado, pois “em se tratando de rescisória fundada no art. 485, V, os temas envolvidos no acórdão rescindendo confundem-se com aqueles agitados no aresto proferido na ação rescisória”. Assim, “se as razões de decidir do acórdão da rescisória consistem em afirmações de não ter havido violação a literal disposição de lei o especial deverá conter a demonstração de que houve a violação e que o julgamento da rescisória infringiu a lei, mais uma vez, ao sustentar que isso não se

24 Iniciado, na sessão de 23.03.2004, o julgamento do recurso na 3ª Turma, deliberou-se, em 01.06.2004, após pedido de vista do Ministro Humberto Gomes de Barros, afetar a apreciação da matéria à Corte Especial, motivo por que lhe coube julgar, originariamente, o REsp. nº 476.665-SP.

25 Ficaram vencidos, em relação à preliminar de não conhecimento do recurso, os Ministros Nilson Naves (com longo e substancial voto), Carlos Alberto Menezes Direito e Gilson Dipp.

26 REsp. nº 773.323-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.12.2006; REsp. nº 910.197-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.12.2008; REsp. nº 943.604-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.03.2009; REsp. nº 867.016-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.05.2009; EDcl Ag nº 1.113.133-BA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.03.2010; REsp. 945.544-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.04.2010; AgRg REsp. nº 1.091.534-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.2010; AgRg Ag 916.505-MG, 6ª Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.06.2010; EDcl REsp. nº 1.100.290-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28.09.2010; REsp. nº 933.988-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.05.2011; REsp. nº 601.920-CE, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.12.2011 (na sessão inaugural do julgamento, em 15.12.2005, o então Relator, Ministro Barros Monteiro, votara de acordo com o entendimento tradicional. A Ministra Maria Isabel Gallotti, a rigor, não votou a questão da admissibilidade do recurso, já decidida, por maioria de votos, em sessão anterior); REsp. nº 1.197.415-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi (vencida a Relatora quanto à admissibilidade do recurso), j. 07.08.2012; EDcl AgRg REsp. nº 1.121.458-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.12.12.

27 EREsp. nº 1.046.562-CE, Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 02.03.2011; EREsp. nº 517.220-RN, Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 29.08.2012.

verificou”. E pouco adiante, insistiu no argumento: “Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode enfrentar o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido”. Concluiu que “de nada adiantaria alegar violação ao art. 485, V, do CPC”, se o recorrente não pudesse justificá-la mediante a demonstração da ofensa que, afirmada na rescisória, fora, no entanto, rejeitada no acórdão atacado no recurso especial.

O Ministro Relator (como fizera num dos citados precedentes da Corte Especial) voltou a rechaçar o argumento de que a afirmação de ofensa “literal” a certo dispositivo constituiria, no tocante ao conhecimento do recurso especial, questão meramente *de fato*, insuscetível de exame pelo STJ: “Violação de lei (...) nunca foi questão de fato”, afirmou; por isso, “se os fatos afirmados na rescisória são incontroversos, caberá ao Tribunal julgar o recurso especial, e verificar se houve ofensa ou não à literal disposição de lei”.

No voto do Ministro Relator, procurou-se justificar o reexame da matéria, pela Corte Especial, ao argumento de que “ambas as decisões [EResp’s nºs 20.542-RJ e 28.565-RJ] foram tomadas por maioria. Não se chegou sequer a onze votos no sentido da tese vencedora, sendo que, em ambos os julgamentos, três Ministros estavam ausentes”.²⁸ Logo a seguir, o Ministro Relator procurou reforçar a necessidade de revisão do entendimento até ali (amplamente) predominante, ao aludir a uma suposta “divergência que, sobre o tema, existe nas decisões dos vários órgãos deste Tribunal”. Mas a subsequente enumeração dos julgados, que deveria documentar a “divergência”, limitou-se a *dois* acórdãos, *ambos em sentido idêntico àquele anteriormente prestigiado na Corte Especial*. Ora, conquanto se possa reputar ponderável o argumento relativo ao número de votos que, nos dois precedentes, haviam composto a corrente majoritária – inexpressivo, ao ver do Ministro Pádua Ribeiro, para justificar a irrestrita adoção de suas conclusões –, certo é que, ao menos naquele momento da trajetória do STJ, *não havia divergência relevante em torno da questão*, pois era extremamente *acanhado* o número de acórdãos destoantes da corrente majoritária (dois deles, como se viu, haviam sido justamente *reformados* nos julgamentos da Corte Especial, ainda que por decisões majoritárias). Divergência, quando muito, era de *votos* (em alguns precedentes); não, porém, de *julgados*.²⁹

²⁸ Cf., *supra*, nota nº 11.

²⁹ Oportuno recordar que, pouco menos de um ano antes do julgamento do REsp. nº 476.665-SP, a Corte Especial deixara de admitir embargos de divergência sobre idêntica questão, enfatizando que eles “pressupõem a dissonância de entendimento entre órgãos fracionários distintos, o que não tem se verificado na presente hipótese”, pois o

Entre os que, no julgamento do REsp. nº 476.665-SP, votaram em sentido contrário ao do Ministro Pádua Ribeiro (e que, naquela oportunidade, ficaram vencidos), coube ao Ministro Nilson Naves o voto mais elaborado, com a reedição de argumentos apresentados em julgamentos anteriores de que participara, inclusive na Corte Especial, não limitados a aspectos estritamente técnicos,³⁰ mas também fundados em juízos de conveniência – inclusive sobre possíveis repercussões que a abertura de “algumas das janelas do Superior” poderia produzir sobre o volume de processos distribuídos a seus integrantes.

O acórdão majoritário, como dito, passou a orientar alguns setores do STJ,³¹ sem, todavia, alcançar unanimidade: não faltaram, nos anos subsequentes, pronunciamentos fiéis à antiga jurisprudência,³² inclusive da

ponto de vista então sustentado pelo embargante (favorável ao cabimento, nas circunstâncias, do recurso especial) se encontrava “há muito superado” (voto do Ministro Relator no AgRg REsp. nº 331.047-SP, j. 19.11.2003).

30 Certamente merece reflexão o seguinte argumento (técnico) lançado no voto do Ministro Nilson Naves: “Notem o seguinte *imbroglio*. Suponhamos uma sentença fundada exclusivamente em normas constitucionais, cuja ação rescisória, obviamente fundada em idênticas normas, é julgada improcedente, donde a interposição dos recursos especial e extraordinário. Entre nós, o recurso especial, indago, teria cabimento, ainda que nele se invocasse a violação do art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil? Vejam que, no julgamento do especial, o Superior, se cabível o recurso, isto é, desde que ultrapassada a preliminar de conhecimento, terá que examinar a matéria constitucional; então, poderá fazê-lo, se em princípio não lhe assiste, no julgamento do especial, o contencioso constitucional? E o Supremo poderá julgar o extraordinário. Vejam que, para julgá-lo, o Supremo terá, preliminarmente, que verificar se ofendido o art. 485, V, mas ele não tem o contencioso infraconstitucional. Digamos que o Superior julgue o recurso especial. Com isso, estará abrindo campo ao recurso extraordinário. Sucede que o recurso extraordinário irá cuidar dos fundamentos da sentença rescindenda – fundamentos de ordem constitucional –, mas deles o Supremo não poderá cuidar, de acordo com a sua antiga jurisprudência...”. A propósito, a jurisprudência do STJ tem rejeitado a possibilidade de conhecimento do recurso especial, se a questão de mérito da ação rescisória for de natureza *constitucional*: REsp. nº 758.383-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.05.2007; REsp. nº 1.000.750, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 26.05.2009; AgRg REsp. nº 1.213.576-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.03.2011; REsp. nº 1.259.313-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.04.2013; REsp. nº 1.350.270-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.05.2013. O problema (como bem diagnosticado pelo Ministro Nilson Naves) está em que o STJ hoje reputa incabível o recurso especial, porque “a possível ofensa à norma infraconstitucional (CF, art. 105, III, a), relativa aos pressupostos da ação (art. 485, V, do CPC), seria apenas indireta e reflexa” (trecho da ementa do REsp. nº 758.383-PR); mas o STF, a seu turno, mantendo-se fiel à sua jurisprudência de muitos anos (*supra*, nota nº 3), considera também “indireta ou reflexa” a violação ao dispositivo constitucional apontada como causa de pedir no *iudicium rescindens*, motivo por que não conhece de recurso extraordinário interposto do julgado de improcedência da ação rescisória (v.g., AgRg Ag nº 835.145-MT, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.12.2012).

31 Cf., *supra*, notas nºs 26 e 27.

32 REsp. nº 758.924-SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 01.09.2005; AgRg REsp. nº 739.758-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 04.10.2005; REsp. nº 782.529-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 18.04.2006; AgRg Ag nº 581.700, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12.06.2006; AgRg Ag nº 820.624-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24.04.2007; AgRg REsp. nº 548.394, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 10.03.2009; REsp. nº 1.021.862-AM, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.03.2010; AgRg Ag nº 1.168.579-SE, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 06.05.2010; AgRg Ag nº 1.317.024-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 26.10.2010; REsp. nº 1.249.815-CE, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.06.2011; AgRg Ag nº 939.507-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco della Giustina, j. 16.06.2011; AgRg REsp. nº 1.210.473-ES, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15.12.2011; AgRg Ag nº 1.402.751-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.02.2012; AgRg Ag nº 1.105.271-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 10.04.2012; AgRg EDcl REsp. nº 1.220.679-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 11.09.2012; AgRg AREsp. nº 232.964-BA, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 20.11.2012; AgRg REsp. nº 1.225.082-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 26.02.2013.

Corte Especial.³³ Mas é certo que nem sequer as decisões desta, num ou noutro sentido, puseram fim à controvérsia.

3. “UNÍSSONO”, “PACÍFICO”, “FIRME”, “FIRMOU ENTENDIMENTO” (?)

O exame de expressiva quantidade de decisões do STJ inevitavelmente põe em xeque a afirmação, lançada no voto condutor do acórdão a que nos referimos ao início deste estudo (*supra*, nº 1), segundo a qual “esta Corte Superior já firmou entendimento no sentido de que o objeto do recurso especial interposto contra acórdão em ação rescisória deve ficar restrito ao exame de eventual afronta à lei ocorrida neste e não aos fundamentos do julgado rescindendo”. Se se considerar que, oito meses antes, a Corte Especial, por ampla maioria, adotara tese contrária,³⁴ e que, em anos recentes, outros órgãos fracionários também haviam preferido seguir a orientação traçada no REsp. nº 476.665-SP,³⁵ aquela afirmação inevitavelmente soa inexacta. Aliás, em datas anteriores, mas não muito remotas, a própria 3ª Turma se filiara à corrente oposta.³⁶

A despeito dessas oscilações jurisprudenciais, não constitui raridade observar, nas ementas e votos analisados, expressões como “unísson”,³⁷ “pacífico”³⁸ ou “firme”³⁹ para qualificar o entendimento acolhido em cada caso, embora dificilmente se possa aceitar, sem as devidas e necessárias ressalvas, o emprego de qualquer delas, em se tratando de tema em tor-

33 No julgamento do AgRg EREsp. nº 935.733-RS (em 17.03.2010), a Corte Especial, *por unanimidade*, manifestou preferência pela corrente tradicional (“O recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos dessa ação, e não aos fundamentos do julgado rescindendo”, reza a ementa do acórdão). Na ocasião, rejeitou-se a divergência sustentada pelo embargante, porque “o precedente invocado, o REsp. nº 476.665-SP, não obstante, em princípio parecer divergente, o faz tendo em conta peculiaridades do caso concreto, (...)”. Curiosamente, invocou-se ali, para obstar seguimento aos embargos de divergência, o verbete nº 168 da *Súmula* do STJ, embora dificilmente se pudesse afirmar, àquela altura, que a jurisprudência da Corte de fato “se firmara” num sentido ou noutro ...

34 EREsp. nº 517.220-RN, Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrichi, j. 29.08.2012 (vencidos os Ministros Paulo Gallotti e Francisco Falcão). O julgamento fora iniciado em 03.12.2008, mas apenas se concluiu alguns anos depois em razão de sucessivos pedidos de vista.

35 Cf., *supra*, nota nº 26.

36 REsp. nº 933.988-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.05.2011; REsp. nº 1.197.415-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi (vencida a Relatora quanto à admissibilidade do recurso), j. 07.08.2012.

37 Sirva-nos de exemplo a ementa do acórdão da 3ª Turma no AgRg Ag nº 1.402.751-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.02.2012: “Entendimento *unísson* desta Corte no sentido de que o recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta demanda, não aos fundamentos do julgado rescindendo” (destacamos).

38 V.g., REsp. nº 1.191.544-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.10.2010.

39 V.g., REsp. nº 1.249.815-CE, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.06.2011.

no do qual se prestigiaram, contemporaneamente, posições antagônicas. E se “firmar” significa “tornar firme, estável, definitivo”,⁴⁰ então haverá bons motivos para pôr em dúvida a afirmação peremptória de que, no ponto, a jurisprudência do STJ “se firmou” em qualquer dos dois sentidos, ao menos desde o julgamento, em 2004, do REsp. nº 476.665-SP.⁴¹

Em matérias como a de que cuida este trabalho, nas quais correntes opostas disputam, por tanto tempo, a preferência dos julgadores, talvez não constitua ousadia dizer que expressões como aquelas deixaram de ser meramente *descritivas* (do modo como o STJ decide uma questão, em determinado momento de sua história), passando a desempenhar (até preponderantemente) uma outra função: *convencer* o observador de que a almejada pacificação jurisprudencial efetivamente já foi alcançada (ainda que de fato isso não tenha ocorrido), e assim *desestimular* novas investidas (novos embargos de divergência!) tendentes a reabrir o debate em torno da questão “pacificada”.⁴²

4. POST SCRIPTUM

Iniciado em maio de 2013, este estudo, por vários motivos, somente pôde ser concluído alguns meses após. Ocorreu-nos, então, atualizar os dados de nossa pesquisa e descobrir qual a orientação predominante no STJ, desde o julgamento de sua 3ª Turma, realizado em abril de 2013 e noticiado na abertura de nosso trabalho.

40 HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed., 13ª. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

41 Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto do Ministro Hamilton Carvalhido, em 04.05.2011 (retificação de voto): “Ocorre, contudo, que outro foi o sentido em que *se firmou* a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, já agora *consolidada* no sentido do cabimento do recurso especial em que se impugnam exclusivamente os fundamentos do acórdão rescindendo, ...” (EResp. nº 517.220-RN, Corte Especial, destacamos). Difícil conciliar essa afirmação com os muitos julgados em sentido contrário, proferidos no mesmo período (cf., *supra*, notas nºs 32 e 33)

42 Outro assunto em torno do qual foram proferidas, contemporaneamente, decisões divergentes reside na interpretação do art. 406 do Código Civil de 2002. Em 08.09.2008, a Corte Especial, por *unanimidade*, decidiu que a taxa de juros, a que o dispositivo se refere, correspondia à SELIC (EResp nº 727.842-SP). Mas vários acórdãos posteriores, de 2009 e 2010 (e até de datas bem mais recentes), adotaram entendimento diverso, sustentando que a taxa de juros de mora era a do art. 161, § 1º, do CTN, de um por cento ao mês (AgRg Ag nº 807.324-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.03.2009; EDcl REsp. nº 671.964-BA, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.08.2009; REsp. nº 1.129.538-PA, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 01.12.2009; EDcl REsp. nº 285.618-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 17.12.2009; AgRg EREsp. nº 871.925-MG, 2ª Seção, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 28.04.2010; EDcl REsp. nº 922.510-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 06.05.2010; AgRg REsp. nº 1.040.784-RO, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.05.2010). Nesse panorama, soava certamente exagerado afirmar, em 20.05.2010, que o Tribunal “sedimentou” o entendimento oposto (favorável à aplicação da SELIC), como se lê na ementa do acórdão dos EDcl REsp. nº 1.142.070, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira.

Essa nova investigação nos levou a concluir, sem dificuldade, que, a despeito do último pronunciamento da Corte Especial sobre a matéria,⁴³ a tese do cabimento do recurso especial para revisão dos fundamentos da decisão *rescindenda* tem sido rejeitada: em julgados recentes,⁴⁴ algumas Turmas deram inequívoca preferência ao entendimento tradicional, acolhido, em passado mais distante, nos EREsp's nºs 20.542-RJ e 28.565-RJ. Porém, o que mais nos surpreendeu foi a ausência, em qualquer dos novos julgados, de menção, ainda que ligeira, àquele acórdão da Corte Especial, proferido há pouco mais de um ano, publicado alguns meses depois (em dezembro de 2012) e que adotara orientação diversa – o que, uma vez mais, nos permite duvidar da utilidade *prática* dos embargos de divergência como instrumento de efetiva definição e pacificação da jurisprudência do STJ. ❖

43 “É cabível o recurso especial, interposto em sede de rescisória baseada no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em que se impugnam os fundamentos do acórdão rescindendo” (EREsp. nº 517.220-RN, j. 29.08.2012, excerto da ementa).

44 AgRg AREsp. nº 245.789-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.05.2013; AgRg AREsp. nº 320.775-SE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.05.2013; AgRg Ag nº 1.391.047-PR, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 04.06.2013; AgRg REsp. nº 1.366.969-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 06.06.2013; AgRg REsp. nº 1.125.451-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 25.06.2013; AgRg REsp. nº 1.379.182-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.08.2013.

Prudentia e Prudens em Cícero: Religião, Jurisprudência e os Poderes do Magistrado¹

Claudia Beltrão da Rosa

História Romana Antiga.

*Escola de História/Programa de Pós-Graduação em
História. Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro (UNIRIO)*

*Nós, romanos, somos superiores em religio, pela qual enten-
do o culto dos deuses (cultus deorum)*

Cícero, *De natura deorum* II. 8

*Não há lugar em nossa cidade que não esteja preenchido por
um sentimento religioso (religiones) e pelos deuses. Há mui-
tos dias fixados para os rituais assim como há lugares nos
quais estes podem ser realizados*

Tito Lívio, *Ab urbe condita* V. 52

Quem se dedica ao estudo da História depara-se constantemente com dificuldades para compreender e transpor noções e conceitos característicos da cultura que estuda para seu próprio idioma e seu próprio universo cultural. Todo idioma organiza, delimita e, em parte, deforma nossa visão de mundo. A passagem de um conceito, de uma noção, de uma ideia de um idioma a outro traz sempre um risco de deformação ou de incompreensão. Por isso, um dos aspectos essenciais do ofício do historiador é o cuidado com o vocabulário. Esta palestra tem como título frases nas

1 Palestra proferida no 6ª Reunião do Fórum Permanente de História do Direito, "Roma e o Direito", em 6 de dezembro de 2013, na EMERJ. Agradeço ao convite do Dr. Carlos Gustavo Vianna Direito pela oportunidade do diálogo interdisciplinar que me foi proporcionada. Esta palestra é fruto das atividades de pesquisa do projeto *Religio romana: uma análise das instituições religiosas romanas em discursos tardo-republicanos*, que conta com o auxílio financeiro do CNPq.

quais os termos nos parecem de ‘óbvia’ compreensão, pois são conceitos que utilizamos em nossa linguagem cotidiana. Mas, *nota bene*, falarei desses conceitos e de sua inter-relação na Roma antiga, e então, as coisas se tornarão visivelmente mais complexas.

São comuns, na modernidade, afirmações de que o Direito na Roma antiga distinguiu-se dos demais sistemas legais da antiguidade por ter atingido, em períodos bastante recuados no tempo, altos níveis de secularização. Contudo, minhas pesquisas me permitem dizer que há motivos e dados que sustentam a declaração de que, durante o período tradicionalmente chamado ‘republicano’ (i.e. de cerca do século V ao século I a.C.), a lei romana não pode ser definida como um sistema secularizado. Ao contrário, suas conexões com a religião são notáveis. Mais ainda, a lide com a documentação romana (literária, arqueológica, epigráfica e imagética) me leva a declarar, com alguma segurança, que as conexões religião-direito em Roma jamais foram rompidas. Apresento, em linhas gerais, alguns dados preliminares a sustentar tais afirmações.

Em primeiro lugar, foi um colégio sacerdotal, o colégio dos pontífices, que desenvolveu tanto a lei sagrada (*ius sacrum*) como a lei civil (*ius ciuile*) em Roma. É certo que no século I a.C. alguns *experts* em questões de lei não eram, em sua totalidade, pontífices. Ressalto, contudo, que os especialistas em lei que não eram pontífices eram membros de outros colégios sacerdotais romanos (esp. eram membros dos colégios dos áugures, dos *XVviri sacris faciundis*² e dos *VIIviri epulones*³). Outro dado é que, em pleno século II d.C., leis religiosas sobre enterros, testamentos, adoções e heranças estavam em pleno vigor, fazendo com que a lei religiosa se encontrasse com a lei civil constantemente. Mais um exemplo: entre os séculos IV a.C. e III d.C., ou seja, durante pelo menos sete séculos, além de os postos sacerdotais e os postos de magistratura serem ocupados pelas mesmas pessoas, estavam conectados em matéria de governo e de lei. Além disso, são recorrentes as afirmações sobre o caráter religioso dos romanos em escritores republicanos (e.g. Cícero. *De haruspicum responso* 9.19; *De Natura Deorum* 2.8).

2 Os *quindecimviri sacris faciundis* eram os quinze sacerdotes responsáveis pelos Livros Sibilinos, bem como por emitir pareceres em processos de introdução de novos cultos e divindades em Roma.

3 Colégio composto por, após Sila, sete sacerdotes responsáveis pela supervisão dos Jogos (*Ludi*) regulares e banquetes públicos em Roma.

Meu tema nos leva a um mundo no qual o direito e a religião não são aspectos separados da experiência humana. E um dos principais obstáculos para a compreensão dessa inter-relação radica em nossas próprias concepções – especialmente os preconceitos acadêmicos, fundados em premissas racionalistas, i.e., uma cosmovisão secularizante e racionalista que é, exclusivamente, moderna – em relação à observação dos sistemas religiosos em geral. A maior dificuldade talvez seja reconhecer que nossas ideias e atitudes são histórica e culturalmente determinadas, e não um dado natural. Em geral, termos e crenças religiosas romanas são tratados com base em nossos termos e crenças, o que leva, invariavelmente, a uma incompreensão dos primeiros.

Uma grande dificuldade, no que tange à compreensão das relações entre religião e direito na Roma antiga, portanto, é que os historiadores do direito tendem a marginalizar as questões e os dados religiosos em suas pesquisas, bem como os historiadores da religião tendem a ter uma visão muito estreita, senão equivocada, da história do direito. O resultado é que um diálogo entre essas duas áreas da história torna-se difícil, ou mesmo inexistente. Com isso, há pouca produção acadêmica e científica sobre as relações entre religião e direito na Roma antiga, seja no Brasil, seja no exterior. No primeiro caso, um dos raros exemplos de historiadores do direito que lidam com questões religiosas é o escocês Alan Watson, e chamo a atenção para um de seus livros, **The State, Law and Religion: Pagan Rome**, publicado em 1996, no qual analisou o papel dos pontífices como conselheiros dos magistrados na sistematização da *lex priuata*, base do *ius ciuile* romano⁴. Sua exaustiva análise tem muitos méritos, mas radica na premissa, não demonstrada, de que, ao sistematizarem o *ius sacrum*, os pontífices teriam criado um sistema autônomo de lei civil. Trata-se de uma ‘tirania do modelo’⁵ do qual Watson parte, que exige que Roma tenha criado um sistema autônomo de direito (leia-se, independente da religião) durante o período republicano.

Dois bons exemplos de tentativas de superar tal dificuldade foram, em primeiro lugar, a publicação, relativamente recente, de uma coletânea reunindo as atas de um congresso dedicado ao tema: **Religion and Law in**

4 WATSON, Alan. **The State, Law, and Religion: Pagan Rome**. The University of Georgia Press, 1996.

5 Minha referência aqui é o título de um excelente artigo de T. Cornell, CORNELL, Tim. “The tyranny of the evidence: a discussion of the possibility of literacy in Etruria and Latium in the archaic age”. **Journal of Roman Archaeology**, Supp. 3. 1991, p. 7-34, no qual o *leitmotiv* são as limitações interpretativas trazidas à pesquisa por uma documentação escassa e fragmentária. No caso de A. Watson, uma ‘tirania dos modelos’ parece ser mais determinante.

Classical and Christian Rome, organizada por Clifford Ando e Jörg Rüpke⁶, e a publicação de **Law and Religion in the Roman Republic**, em 2012, organizado por Olga Tellegen-Couperus, que considero uma das mais importantes especialistas em direito romano em atividade⁷. Os resultados foram muito interessantes, apontando diferentes vieses possíveis para a pesquisa das relações entre religião e lei, e citarei apenas três, pois me interessam diretamente:

a) A análise dos fundamentos (compartilhados) da religião e da lei como meios de se lidar com questões presentes e se antever o futuro;

b) A análise das relações entre lei, religião e governo, destacando a base religiosa das magistraturas e as obrigações legais de vários sacerdócios;

c) A análise das interações entre religião e a lei privada, a partir de estudos de casos, como as questões relativas ao direito funerário romano (i.e., questões relativas tanto aos funerais e aos túmulos, quanto a adoções, testamentos e heranças).

O primeiro viés liga-se ao problema (humaníssimo) do *como lidar com as incertezas da vida*. Seja na Roma do século I a.C., seja no Rio de Janeiro do século XXI d.C., este problema tem mantido muito ocupadas várias pessoas e várias instituições. Em termos sociais, tentativas de solução deste problema geralmente levaram ao desenvolvimento de regras comuns que, acredita-se, se corretamente cumpridas, permitem uma vida relativamente bem protegida de perigos e danos. Estou dizendo o óbvio, mas complicamos e tornamos tão complexo o nosso pensamento que, muitas vezes, esquecemo-nos de pensar o óbvio. Voltemos à Roma republicana: naquele mundo, a religião permeava todos os aspectos sociais, incluindo a lei (e não há tempo hábil para demonstrá-lo neste momento...). E a lei romana republicana tem um caráter notadamente casuístico. Um bom exemplo republicano é a penalidade do *sacer esto*, a penalidade máxima. Pois bem, esta *formula* ocorre, na documentação supérstite, tanto no contexto religioso quanto no que poderíamos chamar ‘secular’ – e essas distinções são problemas de classificação nossos, e não dos romanos antigos. Um bom exemplo é o *Lapis Niger*, uma pedra negra com uma inscrição do período romano arcaico que marca um lugar sagrado, no *forum romanum*. Acreditava-se que o local abrigava o túmulo de Rômulo, ou de seu pai adotivo, Fáustulo, e que a inscrição prevenia os romanos

6 ANDO, Clifford; RÜPKE, Jörg (ed.). **Religion and Law in Classical and Christian Rome**. Stuttgart, Franz Verlag-PawB, 2006.

7 TELLEGEN-COUPERUS, Olga (ed.). **Law and Religion in the Roman Republic**. Leiden, Brill, 2012.

de que mantivessem aquele local sagrado limpo e seguro, protegido por sanções religiosas. A penalidade do *sacer esto* aparece, também, nas XII Tábuas, naquilo que consideramos serem contextos ‘seculares’, e nas *leges regiae*. As cláusulas que citam tal penalidade máxima se referem a danos causados a pessoas por quebra da *fides*⁸. Arrisco dizer que tais danos eram vistos possivelmente como ameaças à sociedade romana como um todo, sendo punidos, portanto, com a máxima pena religiosa.

Essa conexão entre lei e religião provavelmente teve uma importância considerável no que tange ao funcionamento institucional da *urbs*, particularmente sobre os magistrados e os sacerdotes – que, recorde, eram geralmente as mesmas pessoas. Rigorosamente falando, as magistraturas romanas tinham como objetivo central a manutenção das relações apropriadas (e pacíficas) com as divindades, e qualquer distúrbio nessas relações podia levar a desastres e derrotas muito graves para a *urbs*, como todo leitor de Cícero e de Tito Lívio, para citar apenas dois autores romanos, sabe. Desse modo, ao se estudar seja o que for na Roma republicana, há de se ter em mente, quase como um *primeiro princípio*, que a religião romana era um elemento constituinte da vida pública romana. Reuniões do senado, assembleias do *populus romanus*, eleições, declarações de guerra, de paz, tratados, etc., não podiam sequer ter início sem que os rituais religiosos apropriados fossem *corretamente* executados. Devemos lembrar, contudo, que a realização desses rituais não era monopólio dos sacerdotes, mas dos magistrados. Mesmo que o magistrado geralmente fosse um sacerdote (um pontífice, um áugure, um fecial⁹ etc.), ele realizava o ritual *qua* magistrado, e não como um sacerdote. Do mesmo modo, o magistrado era o oficiante e o executor dos juramentos do senado, ou o dedicante e construtor de templos na República romana. Por outro lado, os sacerdotes eram responsáveis pelo controle e realização do que hoje chamaríamos de serviços públicos de natureza legal, como o controle do calendário e a supervisão dos tribunais, da instauração de processos, das fórmulas e procedimentos das declarações de guerra, de paz etc. Sacerdotes e magistrados, então, agiam *juntos* na condução

8 Os textos (tardios) que nos apresentam a centralidade da *fides* para os romanos são o *De Officiis*, de Cícero, e o *Ab urbe condita*, de T. Lívio. *Dea Fides* era a deusa da boa-fé que devia presidir aos *foedera* entre povos e às transações privadas entre os cidadãos romanos, cf. BELTRÃO, Claudia. "Guerra, Direito e Religião na Roma tardo-republicana: o *ius fetiale*". In: CARVALHO, M. M.; FUNARI, P. P. A. et al. (org.) *História Militar do Mundo Antigo*. v. 2: Guerras e Representações. São Paulo: Annablume, 2012.

9 Colégio sacerdotal composto por vinte membros, liderados pelo *pater patratus*, encarregado dos ritos de declaração de guerra e paz e de tratados (*foedera*) entre Roma e outros povos, cf. nota anterior.

dos negócios públicos romanos. É preciso, portanto, ter em mente o fato de que havia uma grande interação, senão uma verdadeira identificação, entre liderança jurídico-política e liderança religiosa, o que é expresso por Cícero, no século I a.C.:

"Entre as muitas instituições, membros do colégio dos pontífices, criadas e estabelecidas por nossos antepassados sob a inspiração dos deuses, nada é mais sábio do que sua decisão de atribuir aos mesmos homens o culto dos deuses e o cuidado dos interesses do Estado; o resultado é que os mais ilustres cidadãos podem assegurar a manutenção da religião pela administração apropriada do Estado, e a manutenção do Estado pela cuidadosa interpretação da religião" (Cícero, **De domo sua. 1**).

Magistrados, sacerdotes e senadores, muitas vezes os mesmos indivíduos, eram as figuras centrais da vida pública romana¹⁰, e esta afirmação pode ser estendida, sem riscos de generalização abusiva, a todo o período republicano romano. Essas figuras controlavam as fronteiras entre os âmbitos humano e divino, entre as esferas pública e privada, entre o exterior e o interior etc. A religião e a lei pública na República romana definiam classes de atores (e, por conseguinte, de espectadores), cada qual com responsabilidades, poderes e procedimentos apropriados¹¹. Em tempos e situações diferentes, um mesmo indivíduo desempenhava o papel de magistrado, de senador ou de sacerdote, além de também agir como *priuatus*, e muitas dificuldades da historiografia moderna advêm do descuido na compreensão das interações entre esses papéis. A ação religiosa e governamental propriamente dita concentrava-se na figura do magistrado, o que implicava todo um programa religioso

10 Cf. SCHEID, John. "Le prêtre et le magistrat. Réflexions sur les sacerdoces et le droit public à la fin de la République". In : NICOLET, C. (org.). **Des ordres à Rome**. Paris: Publications de la Sorbonne, 13, 1984, p. 243-81.

11 Ulpiano (*Dig.* 1.1.1.2), e.g., divide a lei pública em leis concernentes aos sacerdotes, aos magistrados e às assembleias, seguindo uma divisão apresentada por Cícero (*Rep.* 1.25.39; 1.27.43; 1.32.48), que define o termo *res publica* como a propriedade do *populus* e tudo o que concernia a ela, e tratando as leis referentes aos magistrados após as leis relativas aos sacerdócios e aos *sacra* (*Leg.* 2.27.69 ss).

para as magistraturas, incluindo a realização de sacrifícios, jogos, procissões etc., em tempos fixos ou em situações excepcionais, e precisamos estar atentos para o fato de que ações governamentais que na modernidade são consideradas “seculares” (como os julgamentos em tribunais, a presidência de assembleias populares e as ações de guerra), incluíam elementos religiosos como, *e.g.*, os ritos divinatórios que as precediam (cf. Cícero, *N.D.*, 2,4,11; *Diu.* 1.17.33; Varrão. *L.L.*6, 90-92). Para o nosso modo de ver as coisas, as várias esferas do governo parecem entremescladas na Roma republicana.

As ações governamentais na República romana nos surgem, portanto, centradas e expressas em ritos religiosos e/ou em cerimoniais públicos – e a distinção entre essas categorias é altamente discutível –, e os magistrados, atores principais desses ritos, eram seus principais oficiantes, o que pode parecer surpreendente hoje em dia. Mas é preciso lembrar que somente a lei civil romana foi objeto de codificação e, segundo André Magdelain, apenas no que concernia a situações nas quais o cidadão particular deveria utilizar a linguagem da lei, geralmente restrita ao magistrado e ao sacerdote; o *ius publicum* e o *ius sacrum* (parte do primeiro) nunca foram submetidos à codificação¹². Assim, os ritos e cerimônias eram ocasiões nas quais se organizava o corpo cívico, se instituía e consolidava a liderança, se comunicavam as demandas e decisões e se movia o corpo cívico às ações desejadas, ao passo que orientavam e limitavam o tempo, o lugar e a forma das atividades dos representantes e líderes do corpo cívico, com padrões, procedimentos e regras bem definidos.

Meu objetivo neste Fórum é apresentar algumas observações sobre as relações entre um conceito religioso vinculado às práticas de adivinhação do colégio dos áugures, a *prudentia* – que está na base do conceito de jurisprudência –, e os poderes do magistrado, poderes que são derivados de suas funções religiosas que, por sua vez, têm como fundamento a ligação da *urbs* com seus deuses, destacando-se *Iuppiter Optimus Maximus* e, aqui, refiro-me especialmente à famosa *lex curiata*. Na literatura moderna, a *lex curiata* é tradicionalmente associada ao poder imperial (*lex curiata de imperio*), i.e., o poder do cônsul de comandar as legiões e de agir em nome do Senado e do povo romano, incluindo poderes de vida

12 Cf. MAGDELAIN, André. *Ius imperium auctoritas. Études de droit romain*. Rome: École Française de Rome, 1990. Ver também SCHEID, John. "Oral Tradition, Written Tradition. The Formation of Sacred Law in Rome". In: ANDO, C.; RÜPKE, J. *Religion and Law in Classical and Christian Rome*. München: Franz Steiner Verlag, 2006, p. 14-33.

e morte sobre seus subordinados. Essa interpretação é correta, porém limitada. A bem observarmos, a *lex curiata* não se restringia ao conceito de *imperium* – um conceito supervalorizado na modernidade – mas, rigorosamente falando, ela era usada para todas as magistraturas – com ou sem *imperium* – eleitas por uma das assembleias (comitia) do *populus romanus*. A *lex curiata* definia as competências dos magistrados (*potestas*, para todos, acrescida do *imperium* para as magistraturas maiores) e, rigorosamente falando, essas competências eram subsumidas no direito à tomada dos auspícios.

No tratado *De Natura Deorum*, I, 122, Cícero define a religião romana como sendo constituída de *sacra et auspicia*, que podemos traduzir, *grosso modo*, como os rituais e a adivinhação. Em linhas gerais, os *sacra* eram competência dos pontífices; os *auspicia* estavam, por sua vez, sob a jurisdição dos áugures. No *De haruspicum responso*, 14, Cícero atribui o cuidado dos *sacra* ao colégio dos pontífices e, às funções relativas aos *sacra*, acrescenta competências públicas e privadas que nos pareceriam pertinentes à esfera secular¹³, fazendo também alusão a atos religiosos que podiam ser realizados por outras pessoas – magistrados, por exemplo –, sobre as quais, contudo, os pontífices detinham algum tipo de controle. E Cícero acrescenta, no § 18, que os pontífices teriam competência geral em rituais solenes. O adjetivo *sollemnis* significa: “que se repetem anualmente”, o que pode ser um indício de que o que estava sob a competência do colégio eram as cerimônias públicas regulares¹⁴. Os *auspicia*, por sua vez, são apresentados como competência dos áugures, e Cícero acrescenta um terceiro termo, as previsões dos sacerdotes da Sibila – *haruspices* e, especialmente, os *XVviri sacris faciundis*. E, no *De legibus*, vemos uma apresentação mais detalhada das funções dos sacerdócios, certamente derivada de seus ideais religiosos, filosóficos e políticos¹⁵. Nas *leges de religione*, Cícero fala da organização dos sacerdotes e de suas funções, além de dissertar sobre a fixação do calendário, ou seja, do ciclo anual das festas (*De Legibus* II. 19-20).

13 Pontífices (...) quorum auctoritati fidei, prudentiae maiores nostri sacra religionesque et priuatas et publicas commendarunt (*Har. resp.* 14).

14 Ego uero primum habeo auctores ac magistros religionum calendarum maiores nostros (...) qui statas sollemnisque caerimonias pontificatu, rerum bene gerendarum auctoritates augurio, fatorum ueteris praedictiones Apollinis uatum libris, portentorum expiationes Etruscorum disciplina contineri putauerunt (*Har. resp.* 18).

15 Cf. BELTRÃO, Claudia. "O uir bonus e a prudentia ciuilis em Marco Túlio Cícero". In: ARAÚJO, Sônia Rebel; BELTRÃO, Claudia; JOLY, Fábio. **Intelectuais, poder e política na Roma antiga**. Rio de Janeiro: NAU, 2010.

Tito Lívio, por sua vez, dedica quase a metade de sua descrição dos sacerdócios romanos ao pontificado, afirmando que o rei Numa Pompílio estabelecera o colégio pontifical “para que nenhuma parte do direito divino fosse perturbada ao se negligenciar os ritos dos ancestrais ou ao adotar-se ritos estrangeiros” (*AVC* I. 20. 5-7)¹⁶. E, nas *Res Gestae* de Augusto, o pontificado, o augurato e o quindécenvirato são mencionados como os três primeiros entre os quatro maiores colégios sacerdotais do principado (*RG* 7.3), seguido pelos *Vluir* *epulones*. Pontífices e áugures, portanto, surgem nos textos dividindo competências relativas aos dois principais campos da religião romana, os *auspicia* – criados por Rômulo, segundo a tradição (e.g. Cícero, *Rep* II) – e os *sacra* – criados por Numa (e.g. Cícero. *ND* III. 5). Observe-se que o primeiro campo relaciona-se com os sinais enviados por Júpiter (no sentido seres divinos/seres humanos), e o segundo, em sentido inverso, com os sinais enviados pelos seres humanos às divindades.

O colégio dos áugures era, então, um dos mais importantes colégios sacerdotais republicanos, e tinha como tarefa, especialmente, a definição e manutenção das fronteiras entre o divino e o humano. Os áugures se endereçavam às divindades nos eixos dessas fronteiras, mediante questões que eram respondidas por sinais que precisavam ser decifrados (*sententia et responsa*), e o sistema augural ocupava um lugar destacado no governo republicano. Em outras palavras, esse colégio, vinculado a Júpiter e às ações dos magistrados nas quais pessoas e lugares eram inaugurados, tinha um papel central na categorização e na definição do espaço para fins políticos e religiosos¹⁷. Não é possível agora dissertar sobre os rituais dos áugures, que se concentravam na *inauguratio*, em particular do *pomerium*, separando a zona augural da *urbs* de outras zonas¹⁸. Tais zonas eram definidas, em princípio, por gestos e palavras rituais¹⁹. Os áugures também preservavam ritualmente as linhas que separavam tipos de terras, segundo Cícero “liberando e desobstruindo a cidade, os campos e os *templum*” (*Leg.* 2.8.21). O colégio dos áugures, que criava o *templum* e

16 [Numa] *Cetera quoque omnia publica priuataque sacra pontificis scitis subiecti (...) ne quid diuini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur* (I, 20, 5-7).

17 LINDERSKI, J., “*The augural law*”. *ANRW* II. 16.3 (1986): 2146-2312.

18 O *pomerium* era um tipo particular de *templum*. Segundo a tradição literária, o primeiro *pomerium* de Roma situava-se aos pés do Palatino, e as pesquisas arqueológicas de Andrea Carandini, nos anos 1990, abriram a possibilidade de que um *pomerium* palatino existisse no século VIII a.C: cf. CARANDINI, A. *Palatino e sacra via I. Prima delle mura, l'età delle mura, l'età case arcaiche*. Roma: Istituto Poligrafo, 1995.

19 Os procedimentos augurais provavelmente não são criações romanas, mas o colégio propriamente dito, com seu *auguraculum* no Arx é, possivelmente, uma das criações institucionais da *urbs*.

supervisionava a tomada dos auspícios, atuava ao lado dos magistrados romanos, e havia diversas situações nas quais os magistrados tinham de tomar os auspícios, a começar pelo momento em que eram investidos em seus cargos (os auspícios de investidura). Somente após os auspícios de investidura serem bem-sucedidos – ou seja, no momento em que Júpiter enviava sinais de aprovação da investidura de poderes àquela pessoa –, esta passava a ser *inaugurada*, ou seja, considerada um legítimo magistrado do povo romano. No caso de cônsules e pretores, era neste momento que seus direitos de *imperium* passavam a existir, bem como o *iuris dictio* (o poder de ‘dizer o direito’, que gerou o termo moderno “jurisdição”) lhes era conferido. Havia também auspícios de partida para a guerra, que davam aos magistrados superiores o *imperium militiae*. Desse modo, os poderes militares e judiciais dos magistrados romanos derivavam de sua eleição pelo *populus romanus*, necessariamente ratificada pelos auspícios de Júpiter.

As magistraturas romanas não estavam, contudo, exclusivamente ligadas ao colégio dos áugures – mesmo que eu destaque hoje este colégio, do qual Cícero fazia parte. Vejamos sua ligação ao colégio dos pontífices: uma das atribuições do colégio dos pontífices, vinculadas por Cícero aos *sacra*, era o controle do calendário. Supervisionar o calendário significava, dentre outras coisas, determinar os dias em que poderiam ocorrer assembleias, tribunais, a instauração de processos legais, feiras, festivais etc. As pesquisas recentes de Jörg Rüpke foram fundamentais para a compreensão do controle pontifical do tempo romano, especialmente no que tange a uma inovação pontifical ocorrida em fins do século IV a.C.: a transição do calendário lunar para o calendário solar²⁰. Rüpke demonstrou que essa grande reforma do calendário, operada pelo colégio dos pontífices, implicou a criação de especialistas para a determinação do ciclo solar, menos óbvio do que o lunar, e a uma institucionalização da memória romana, sob o controle do colégio deste colégio sacerdotal. Mais importante para nós, aqui, é perceber que tal inovação levou a alterações rituais da lei romana. Até o século III a.C., os pontífices eram os responsáveis por ditar as fórmulas jurídicas aos magistrados, mas, a partir de então – e a data mais segura para tal inovação parece ter sido 249 a.C., com o início da redação das *tabulae pontificae* por Tibério Coruncânio – as fórmulas jurídicas foram

20 RÜPKE, Jörg. "The Roman Calendar from Numa to Constantine": **Time, History and the Fasti**. London: Wiley-Blackwell, 2011 (tradução inglesa do original alemão publicado em 1995).

compiladas, fixadas em *tabulae* e publicadas²¹. Essa publicação faz parte da lógica da alteração do calendário, e Rüpke é taxativo ao demonstrar que tais inovações não podem ser vistas nem como laicização, tampouco como secularização dos procedimentos legais romanos, e sim como uma *racionalização instrumental* da religião e, conseqüentemente, da lei romana.

A documentação que chegou até nós indica um aumento significativo de casos judiciais após a reforma pontifical, levando à necessidade de ampliação do colégio pontifical, o que foi feito com a *lex Ogúnia*, que ampliou o número de pontífices, a fim de permitir, digamos, ‘desafogar’ a grande quantidade de processos de que há evidências no início do século III a.C. Voltemos, então, a um tópico que delineei há pouco: as pessoas que lidavam com processos judiciais entre cidadãos romanos, diríamos com o direito civil, eram as mesmas pessoas que cuidavam das relações entre cidadãos e seus deuses. As mesmas pessoas, então, lidavam com o *ius ciuile* e com o *ius sacrum* – e, conseqüentemente, com o *ius publicum*. Foi apenas no século I a.C. que surgiu um novo tipo de *expert* jurídico, ou seja, uma pessoa que não necessariamente fazia parte do colégio dos pontífices ou do colégio dos áugures (lembro, contudo, que faziam parte de outros *collegia*, ou se tornaram pontífices ou áugures, como é o caso do áugure Cícero). Mas esses juristas não eram *profissionais*, como hoje em dia. Eram membros da elite romana que atuavam como sacerdotes e magistrados, bem como atuavam como advogados e forneciam aconselhamento jurídico, coletando e compilando suas opiniões. Alguns deles se tornaram *experts* em *ius sacrum* e em *ius ciuile*, e podemos dizer que foram os responsáveis pela racionalização da lei romana, ao passo que eram, igualmente, os guardiões de suas bases religiosas. A lei civil romana é relativamente bem documentada na compilação de Justiniano, do século VI d.C., mas não há nenhuma compilação do direito sagrado, e nos últimos dois séculos houve várias tentativas de reconstituição do direito sagrado romano, sem que se possa ter qualquer segurança em relação aos seus resultados. No caso do direito civil, contudo, é possível acompanhar as compilações das *responsa* dos juristas, que permitiram a criação de um *corpus* da lei civil, mas isso não ocorreu em relação ao *ius sacrum*.

Observemos, agora, um desses *experts*, o áugure Marco Túlio Cícero. Cícero teve uma vasta produção escrita e a própria diversidade de opiniões emitidas sobre ele e sobre sua produção é imensa. É um vasto

21 Cf. BELTRÃO, Claudia. “Religião, Escrita e Sistematização: Reflexões em torno dos *Annales Maximi*”. *Tempo*, Revista de História da UFF, v. 19, n. 35, 2013, disponível em: <http://www.historia.uff.br/tempo/site/>.

corpus, apesar de fragmentário, e cada momento da tradição intelectual do Ocidente criou o seu próprio Cícero: a Idade Média criou um Cícero paladino dos deveres, com seu apelo à lei e às virtudes. O Renascimento viu em Cícero seu ideal humanista e cético, recriando seu estilo e sua cortesia. No século XVII europeu, as obras de pensadores tão diversos quanto Grócio, Hobbes, Bossuet, Locke, Kant e outros, fundamentaram-se na releitura do orador. Nos séculos XVIII e XIX, o ceticismo francês e escocês, os *whigs* britânicos, os idealistas alemães, os “pais fundadores” norte-americanos retomaram e reinterpretaram Cícero, bem como utilitaristas, comunistas e socialistas recriaram o *seu* orador romano.

Creio ser importante a retomada de seu pensamento e ação, buscando o fio desse labirinto que é sua obra, dada a sua relevância não apenas para a história do direito, visando a uma compreensão das questões que apresento aqui. Cícero nos legou um vasto *corpus* documental, e é através dele que pretendo caminhar, para discernir o seu sentido, um caminho onde há muitas incertezas e as hipóteses são mais numerosas do que as conclusões possíveis. Cícero foi pupilo de Quinto Múcio Cévola, áugure e cônsul de 117 a.C., o mais famoso jurista romano, e de Quinto Múcio Cévola, pontífice e cônsul de 95. Cícero foi o cônsul de 63 a.C., e tornou-se áugure em 53 a.C., coroando seu *cursus honorum*, apesar de as análises modernas de sua obra geralmente descuidarem de seu cargo sacerdotal. Para fundamentar minha interpretação, terei como guia alguns tratados de Cícero – orador, cônsul, filósofo e, ressalto, áugure – especialmente, o *De haruspicum responso*, *De Divinatione* e *De Legibus*. Esta seleção de textos de Cícero pode parecer (para nós, modernos) inusitada, pois une textos sobre a adivinhação e um tratado sobre as leis, pois, na modernidade, o tratado *De legibus* é tradicionalmente associado ao *De re publica*²², mas esta ligação do tratado sobre as leis e os textos sobre a adivinhação me parece mais coerente com o pensamento ciceroniano do que assoma à primeira vista, e declaro, neste ponto, meu débito para com as ideias de Federico Santangelo, um especialista no estudo dos sacerdotios romanos²³.

Chego, então, ao tema principal desta palestra, *prudentia e prudens* em Cícero, e começo pela pergunta: o que a adivinhação tem a ver com a *prudentia ciuilis* do *prudens*, adjetivo que define no vocabulário cicer-

²² Como eu mesma fiz no capítulo “*O uir bonus e a prudentia ciuilis em Marco Túlio Cícero*”, cf. nota 15.

²³ Especialmente em SANTANGELO, Federico. *Divination, Prediction and the end of the Roman Republic*. Cambridge University Press, 2013.

niano, o *uir bonus*, o “bom cidadão”, o político versado nas leis, capaz de proferir boas sentenças e de ‘dizer o direito’ (*iuris dictio*)? Em outras palavras, o que a adivinhação tem a ver com a jurisprudência, termo derivado da união de *ius* e *prudencia*?

Em primeiro lugar, chamo a atenção para o fato, pouco observado, de que o vocabulário utilizado nos rituais de adivinhação era o mesmo utilizado na vida jurídica romana. E adivinhos e advogados, além disso, utilizavam a mesma metodologia em sua ação: perguntas e respostas (*sententia et responsa*), uma forma de aconselhamento técnico tipicamente romana. Bons exemplos são as *formulae*: *precor venerorque e veniumque a vobis peto*, fórmulas religiosas muito utilizadas nos textos jurídicos romanos de todo o tipo. *Precor* – *precari* significa *demandar/solicitar*. É um termo recorrente em contextos religiosos no século III a.C, e jurídicos no século I a.C., especialmente em contratos que apelam para a *fides* entre seres humanos e seres divinos e *inter homini* (*precatio* – prece). A distinção entre os dois planos – o religioso e o jurídico – não se aplica a Roma. E *veneror/venicum* que a *vobis peto*, que derivou no atual *data vênia*, era uma súplica aos deuses. A forma *veneror/veneram* tendeu, após o século VI de nossa era, a ser aplicada apenas aos deuses, enquanto a forma *venia* (de *venus*), que significava a resposta da divindade a um esforço persuasivo e súplica religiosa de um ser humano, tendeu, ao longo do tempo, a ser aplicada em contextos judiciais. Desse modo, atualmente não é incomum que uma pessoa peça a ‘vênia’ a outra, mas se alguém disser, hoje, que um advogado ‘venerou’ um juiz, provavelmente a frase parecerá muito estranha...

Em segundo lugar, a adivinhação e a lei eram elementos constituintes da vida institucional romana, e ambas passaram por um grande desenvolvimento técnico e intelectual nos séculos II e I a.C.. Lei e adivinhação devem ser observadas em conjunto, pois sua associação era um dos principais fundamentos da prática e do exercício do poder na República romana. Ambas lidavam com questões do poder, influenciavam e direcionavam as escolhas da elite dirigente romana e estavam profundamente ligadas às mudanças institucionais ocorridas na República tardia. Isso porque ambas foram afetadas pelo surgimento de discursos profissionais que competiam entre si, incrementando o debate intelectual e político romano, o que derivou no surgimento da jurisprudência.

Finalmente, mas não menos importante, a adivinhação e a lei eram, ambas, formas de controle do futuro ou, ao menos, tentativas de assegurar esse controle. Ambas eram formas especializadas de predição, como declara Cícero:

"Então, acredita-se que a lei é o mesmo que a prudência, cuja função é comandar a ação correta (*recte facere iubere*) e proibir a ação errada (*vetet delinquere*). Acredita-se que esta qualidade derivou seu nome, em grego, da ideia de garantir a cada um o que é seu e, em nossa língua, foi nomeada segundo nossa ideia do saber escolher. Pois assim como eles atribuíram a ideia de justiça à lei do mundo, nós atribuímos à justiça a ideia de escolha, apesar de ambas as noções pertencerem à lei. Então, se isso é correto, como penso que é, a origem da justiça deve ser encontrada na lei, pois a lei é uma força natural (*naturae vis*); ela é a mente e a razão do prudente (*ea mens ratioque prudentis*), a medida da justiça e da injustiça (*ea iuris atque iniuriae regula*)" (**De legibus I. 19**).

Atualmente, prudência não é percebida como um termo do vocabulário técnico religioso, por isso, a proximidade das palavras – entre a nossa ‘prudência’ e a *prudencia* latina – costuma dificultar a compreensão de passagens como essa. É preciso, então, observar o sentido e o significado dos termos *prudens* e *prudencia*. *Prudencia*, no sentido ciceroniano, é apresentada como a arte que deve reger a condução da vida, provendo seu possuidor com o conhecimento do que é bom ou mau ou, em outras palavras, o conhecimento daquilo que deve ser buscado e daquilo que deve ser evitado. Cícero faz derivar este sentido de *providere* e *providencia*, prever e “pre-vidência”, formas arcaicas de *prudencia*, ou seja, a habilidade de prever o que acontecerá antes que, de fato, aconteça, como um de seus sentidos principais. É neste ponto que o áugure Cícero – que se refere especificamente ao conhecimento do áugure, e não do advogado, como se costuma supor ao se ler a passagem – pode nos ajudar a tentar compreender as relações estreitas entre a esfera legal e a esfera religiosa romana.

O uso do termo *prudencia* é recorrente em Cícero. Numa contagem simples nos textos que citamos até agora, a *prudencia* aparece 126

vezes. No tratado sobre a adivinhação (*De divinatione*), *prudencia* é mais frequente do que *diuinatio*. Como acredito que as palavras dizem alguma coisa, creio que é importante buscar compreender os usos do termo. É coerente dizer que a *prudencia* tornou-se um vocábulo técnico da filosofia, tornando-se sinônimo de *phronesis* (*grosso modo*, sabedoria prática), mas não se pode esquecer que à época de Cícero, *prudencia* é uma contração de *providencia*, a capacidade do áugure de, a partir de suas técnicas rituais, ver adiante, ou seja, prever o futuro.

Outras passagens de Cícero nos revelam que esta capacidade do “ver adiante” é o que o autor tinha em vista, e cito agora uma passagem significativa do discurso **De haruspicum responso**, 18:

"Tenho, em primeiro lugar, nossos ancestrais como líderes e mentores ao demonstrar o respeito apropriado à religião – homens cuja sabedoria é para mim tão grande, homens que eram suficientemente, e mais do que suficientemente, **prudentes**, considerando-me, portanto, apto para, não digo igualar sua **prudência**, mas para estar totalmente ciente de quão grande era tal prudência, pois penso que as cerimônias regulares foram estabelecidas pelo pontificado, que a autoridade devida para a realização de todas as ações do Estado deriva do augurato, que as antigas previsões sobre nossos destinos estão contidas nos livros dos profetas de Apolo e as expiações dos prodígios estão contidas nos livros da doutrina dos etruscos, e esses últimos são tão relevantes que, citando apenas nossa própria memória individual, previram para nós, em sua língua obscura, em primeiro lugar o início da funesta Guerra Itálica [Guerra dos Aliados], e depois o perigo extremo e a quase destruição do Estado no tempo de Sulla e Cina e, finalmente, essa recente conspiração [Conspiração de Catilina] para incendiar a cidade e destruir o império."

Não é difícil perceber o quanto Cícero evoca as ideias de pre-dição e de adivinhação. Os ancestrais eram *prudentes* porque sabiam utilizar com perícia as artes divinatórias, os livros da doutrina

dos etruscos, especialmente, e os livros das profecias de Apolo (Livros Sibílicos), chamados *fatorum ueteres praedictiones*.

O adjetivo *prudens* era usado também no que podemos chamar de sentido legal, e fazia parte do vocabulário da nascente jurisprudência. Uma das mais famosas respostas do jurista e pontífice Q. Múcio Cévola (cos. 95) tem como fundamento uma importante questão religiosa: tratava-se de definir se um pretor que iniciasse uma ação (judicial) em um *dies nefastus* deveria ser condenado por crime religioso. A ideia era a de que uma violação religiosa poderia ser expiada por um sacrifício se o pretor tivesse violado a proibição sem intenção (*imprudens*); contudo, se a violação fosse considerada intencional (*si prudens dixit*), a ofensa não era expiável (cf. Varrão, *De Lingua Latina* 6.4.30). O termo *prudens* era muito adequado para subsumir o conceito da ação deliberada, pois indica a conduta de quem está ciente das implicações de suas ações, e pode prever suas consequências. Cévola aplicava, então, um princípio geral, de grande importância para a formação de um discurso sistemático sobre temas legais, a partir de proposições gerais baseadas em alguns preceitos abstratos²⁴. Eis a emergência de um novo método que permitia a tomada de decisões religiosas e políticas mais fáceis e menos passíveis de controvérsias, instrumentalizando senadores e magistrados com o que podemos denominar, *stricto sensu*, uma ‘jurisprudência’.

Antes de Q. Múcio Cévola, vemos o uso de *prudens* no teatro de Plauto, em cujas peças o uso de *prudens* se refere a um conhecimento religioso de tipo prático tão seguro que permite prever o que ocorrerá (e.g. *Captiva*, 45 – em que *prudens* surge como antônimo de *insciens*). E este uso se manteve depois de Cévola, surgindo, e.g., em Cícero, *Pro Quinctius*, 11, de 81 a.C., em que o orador defende Públio Quinctio alegando ser este um *paterfamilias ceterarum rerum et prudens et attentus*, e essas *ceterarum rerum* referem-se ao culto familiar. No período augustano, *prudens* era um vocábulo usado para se referir a formas de conhecimento relativas a questões

24 Cf. SCHEID, 2006, p. 14-33.

religiosas e judiciais, até que o adjetivo se torna um substantivo, e o *prudens* se torna um *expert*, alguém que detém um conhecimento especial da lei e da religião, mas a primeira forma atestada do uso de *prudens* como substantivo ocorre em Cícero, *Orator* 1.1, na frase *reprehensionem doctorum atque prudentium*. Esta definição de *prudens* como ‘aquele que sabe’ tornou-se parte do jargão jurídico romano, e vemos no século II d.C., nas *Institutiones* 1.7, de Gaio, o *prudens* como sinônimo de jurista, na declaração de que, se os *prudentes* chegassem a uma conclusão unânime, aquele que julga (o pretor, o cônsul, o juiz) deveria segui-la como se esta tivesse força de lei; se não houvesse consenso, aquele que julga deveria usar seu próprio discernimento para decidir.

Podemos traçar não apenas proximidades entre religião e lei no campo do vocabulário, mas também paralelos metodológicos entre a prática divinatória e a jurisprudência romana. Os precedentes, *e.g.*, se eram (e são) fundamentais na jurisprudência, eram um item fundamental nas práticas divinatórias. Os harúspices baseavam suas respostas numa *disciplina*, um conjunto de conhecimentos eivados de casos particulares e compilados em textos que eram utilizados sob a demanda e o controle do governo romano. Os Livros Sibílicos e os rituais realizados pelos *XVviri sacris faciundis* faziam parte dessa mesma categoria de *expertise* religiosa, e historiadores da religião costumam seguir John Scheid ao definir sua ação como “jurisprudência religiosa” ou “divinatória”²⁵. Rigorosamente falando, o método utilizado por harúspices e pelos sacerdotes da Sibila foi o mesmo método utilizado pela nascente jurisprudência romana. E *sacerdotes* e *prudentes*, nos primeiros séculos da nossa era, quando suas funções foram relativamente distinguidas, apesar de serem, ainda, as mesmas pessoas, forneciam uma base segura para a tomada de decisões dos magistrados, jurídicas ou políticas.

Concluindo, acredito que o estudo do direito romano continue a ser um elemento central da compreensão da nossa própria

25 SCHEID, John. “Les Livres Sibyllins et les archives des quindecimvirs.” In MOATTI, C. *La mémoire perdue. Recherches sur l’administration romaine*. Rome, 1998, 11-26, p. 18.

ideia de direito, mas não porque os romanos o tenham secularizado no período republicano. Ao longo dos séculos republicanos – e posso dizer o mesmo pelo menos para os dois primeiros séculos de nossa era – a religião romana permeava toda a vida social. Magistrados recebiam seus poderes por meio de rituais religiosos sancionados pelos sinais divinos, e penalidades religiosas eram impostas por crimes que diríamos tanto seculares como religiosos. E o fato de o *ius sacrum* (repito, conseqüentemente o *ius publicum*) não ter sido codificado, não significa que a religião tenha perdido sua relevância para a lei e para a sociedade romana. Ao contrário, tendo a supor que a congruência entre *ius sacrum* e *ius publicum* não gerou a necessidade da compilação do segundo. A meu ver, isso significa simplesmente que é, para nós, difícil entrever as relações entre a lei e a religião romana, herdeiros que somos dos séculos racionalistas modernos. Talvez b essa dificuldade possa ser minimizada quando historiadores da religião e historiadores do direito trabalharem juntos. Espero que esta apresentação possa inspirá-los a tal união. ❖

Delito Continuado e Concurso de Agentes

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

Doutorando em Direito Penal e Política Criminal - Universidad de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais - Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina; Professor de Direito e Processo Penal - Faculdades Integradas Libertas; Defensor Público.

RESUMO

Tema pouco explorado pela doutrina nacional é aquele referente ao delito continuado e à possibilidade de seu reconhecimento diante do concurso de agentes sob o prisma da dosimetria da pena, notadamente, quanto à chance de reprovação penal insuficiente ou emprego de analogia *in malam partem* na aplicação elevada da pena. O artigo objetiva auxiliar para dirimir outras questões problemáticas dentro da continuidade delitiva.

I.) INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade realizar uma breve análise sobre o delito continuado, mas, em especial, sobre a possibilidade ou não de aplicação do artigo 71 do Código Penal na hipótese de concurso de agentes.

Em havendo a caracterização dos requisitos do preceito legal acima citado, a indagação surge quando nos delitos ocorre a variação de agentes, tanto de pessoas quanto de grau de sua conduta dentro do esquadro

do artigo 29 do Código Penal que em um delito é coautor, noutro é partícipe ou instigador e, por fim, é autor mediato.

II.) PANORAMA GERAL SOBRE O DELITO CONTINUADO

O delito continuado é uma modalidade de concurso de delitos prevista no Código Penal ao lado do concurso material e formal que encontra-se no artigo 71 do Código Penal, que pode ser conceituado como “um complexo de delitos da mesma espécie, unidos pela lei”¹.

Na realidade, o delito continuado, que se subdivide em próprio e impróprio, é uma ficção jurídica², posto que ocorrem diversas condutas com resultados diversos (pluralidade de delitos), que, a rigor, seria caso de concurso material ou formal, mas por motivos de política-criminal encampados na lei é considerado ocorrido um único delito com uma majoração na pena em consonância com a quantidade de infrações penais levadas a efeito.

Considera-se um delito cometido em continuidade ao outro por deter as mesmas circunstâncias de modo de execução, de tempo, lugar e contra uma identidade comum de bem jurídico afetado.

O modo de execução significa que as condutas devem ter sido levadas a efeito com semelhantes mecanismos ou métodos de aperfeiçoamento do delito, ou seja, lançar mão do mesmo meio de realização do delito (*modus operandi*).

As circunstâncias de lugar revelam que o delito deve ter sido cometido em áreas próximas, preferencialmente dentro do mesmo bairro ou município, contudo, a doutrina e jurisprudência vêm admitindo a ocorrência de delitos em regiões metropolitanas como hábeis a, em tese, configurar o delito continuado³.

1 SZNICK, Valdir. **Delito continuado**. São Paulo: Max Limonad. 1994, p. 34.

2 São três as principais teorias que analisam a natureza jurídica do delito continuado, a saber, a teoria realista ou da unidade real, pela qual diversas condutas delitivas constituem um delito; teoria da ficção jurídica, onde a continuidade delitiva é uma mera criação legal, posto que, na realidade, ocorreram diversos delitos e somente uma ficção legal justificaria a consideração de essas condutas serem um delito com exasperação de pena e teoria da unidade jurídica ou mista, onde a continuidade é um terceiro delito - delito de concurso - que por força de lei é unido pelo elemento subjetivo (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I. 12ª Ed. São Paulo: RT. 2013, p. 593).

3 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I. p. 594; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niterói: Impetus. 2008, p. 259.

Em relação às circunstâncias de tempo, a lei penal, para que considere um delito como continuidade dos outros, demanda que eles sejam cometidos com um espaçamento curto entre uma conduta e outra. O Código Penal não apresenta nenhum marco limítrofe, sendo que há uma certo consenso sobre o sopesamento de as condutas ocorrerem em um espaço de 30 (trinta) dias. Contudo, não é algo rígido⁴, podendo variar de acordo com o delito para mais ou menos⁵.

Para a configuração do delito continuado, exige-se o cometimento de delitos da mesma espécie, e sobre isso há uma polêmica, posto que há quem considere infrações da mesma espécie somente a repetição do mesmo tipo penal na forma simples ou qualificada, consumado ou tentado⁶, enquanto alguns vislumbram-no como delitos com identidade objetiva e subjetiva⁷ e outros agregam ao requisito anterior a identidade de bens jurídicos-penais afetados⁸, que podem ser ou não do mesmo titular⁹.

O entendimento adequado aqui, a nosso sentir, seria aquele que considera a identidade objetiva e subjetiva do delito aliada ao bem jurídico de semelhante lesão em um liame de união entre os fatos, para que se evite a reiteração criminosa¹⁰.

4 Guilherme de Souza Nucci, com acerto, destaca a possibilidade de se reconhecer o delito continuado ainda que as infrações penais ocorram com um decurso maior de tempo entre uma e outra, desde que se verifique um ritmo preciso entre os delitos (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 9ª Ed. São Paulo: RT. 2013, p. 534). No mesmo sentido: SZNICK, Valdir. **Delito continuado...** p. 72.

5 Sustenta a doutrina que em alguns delitos há um menor espaçamento de tempo, como no homicídio, e noutros maior abertura desse critério como no furto (BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 149).

6 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal** - curso completo. São Paulo: Saraiva. 1999, p.182. Patricia Bezé frisa que: "A questão é problemática, porque o legislador - no concurso material e no concurso formal - utilizou a expressão 'crimes idênticos' e, no crime continuado, fez referência a 'crimes de mesma espécie'. Logo, tais expressões têm o mesmo significado? Sendo sinônimos, teria o legislador tratado do mesmo caso com fórmulas diferentes? Como, de hábito, a lei não contém expressões inúteis, é possível entender que crimes idênticos são aqueles que pertencem ao mesmo tipo, e crimes da mesma espécie admitem as formas qualificadas, privilegiadas, simples, consumadas e tentadas" (BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado...** p. 144). A nosso ver, a fundamentação da autora serve muito mais para justificar a corrente que sustenta ser o mesmo bem jurídico atacado, desde que subsistam os demais requisitos do artigo 71, do Código Penal.

7 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. 2ª Ed. São Paulo: RT. 1969, p. 145.

8 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I... p. 595; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 791; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado...**, p. 257.

9 BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, t. 2. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 302.

10 Patricia Mothé Glioche Bezé aponta: "O fundamento da exasperação da pena não visa com certeza, beneficiar o agente que, reiteradamente, pratica crimes parecidos entre si, como o estelionatário que vive da prática de 'golpes'. Fundamentando-se no critério da menor periculosidade, da benignidade ou da utilidade prática, a razão de ser do instituto do crime continuado não se coaduna com a aplicação do benefício da exasperação de pena para aquele agente mais perigoso, que faz do crime profissão e deliberadamente à margem da lei. A habitualidade é, portanto, diferente da continuação. A culpabilidade na habitualidade é mais intensa do que na continuação, não podendo, portanto, ter tratamento idêntico" (BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado...** p. 155).

O delito continuado impróprio exige, além dos requisitos acima assinalados, que os delitos sejam dolosos, que haja emprego de violência ou grave ameaça e que os bens jurídicos sejam personalíssimos. No caso o julgador se aterá as circunstâncias do artigo 71, parágrafo único para aumentar a pena ou triplicá-la.

III.) A PROBLEMÁTICA DO DELITO CONTINUADO E DO CONCURSO DE AGENTES

Vencidas essas considerações preambulares, chegamos ao epicentro do trabalho, qual seja, a possibilidade ou não de variantes de concurso de agentes nos delitos perpetrados gerarem o concurso de delitos dos artigos 69 ou 70, do Código Penal ou se aplicaremos a regra do delito continuado.

Inicialmente, há dois posicionamentos sobre a possibilidade ou não de reconhecer o delito continuado dentro do concurso de agentes: a variabilidade de agentes ou os graus de sua conduta.

O primeiro posicionamento é contrário ao delito continuado, o que é assente perante penalistas italianos segundo os quais é necessário “que o agente participe de todos os delitos”¹¹. Anota essa linha de pensamento que se no concurso de delitos dentro do delito continuado há diferenciação entre a participação de um e outro (por exemplo, um sujeito comete oito furtos e em três dele conta com ajuda de terceiro), teremos quebra do ideário de justiça, beneficiando um agente em detrimento do outro¹², posto que um responderá pelo delito continuado e outro, pelo concurso material de infrações penais.

Em adendo, há quem sustente que, em ocorrendo variação no *modus operandi* empregado, quebra-se a necessidade legal de semelhante modo de execução da infração penal.

Patrícia Mothé Glioche Bezé ilustra que: “O agente deve, na continuidade delitiva, se aproveitar das mesmas oportunidades e da mesma situação”¹³, pugnando pela impossibilidade de continuidade delitiva entre furto mediante fraude e furto qualificado mediante arrombamento. Avança, ao fim, para sustentar que, se em alguns delitos houver concu-

¹¹ SZNICK, Valdir. **Delito continuado**... p. 104

¹² SZNICK, Valdir. **Delito continuado**... p. 104.

¹³ BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado**... p. 151.

so de agentes e noutros não, emprego de arma ou não, teremos diferente forma de execução, impossibilitando o reconhecimento do artigo 71 do Código Penal¹⁴.

Valdir Sznick aponta que somente na coautoria reconhece-se o delito continuado: “É o caso do agente que, para cada infração, usa um cúmplice diferente; tal fato não quebra a unidade de desígnio do agente, desde que os demais requisitos se achem satisfeitos”¹⁵.

O fundamento atinente à necessidade de identidade de comparsas em todos os delitos não merece guarida no Direito Penal brasileiro, porque a lei penal silencia-se quanto a esse requisito. Logo, a sua admissão permitiria a *analogia in malam partem*, vedada na dogmática penal nacional.

Guilherme de Souza Nucci, ao contrário da primeira corrente, sustenta que a variação de comparsas não impede o reconhecimento do delito continuado e que a variação entre autoria e participação é igualmente irrelevante em função de o Código Penal ter adotado a teoria monista no concurso de agentes, com todos respondendo pelo mesmo crime¹⁶.

Manoel Pedro Pimentel, em fórmula simples, assinala que “Basta que os crimes sejam da mesma natureza, satisfeitos os demais requisitos, para que se reconheça a continuação em relação aos agentes que tenham participado de dois ou mais delitos da série”¹⁷ e, do mesmo modo, não vislumbra impossibilidade da continuidade delitiva quando o agente praticar o delito sozinho e quando agir com outras pessoas.

A alteração da quantidade de sujeitos ativos envolvidos, ou seja, em algumas infrações penais há mais ou menos envolvidos atuando com funções diferentes ou em alguns casos a atuação solitária de um agente não gera uma modificação profunda nas circunstâncias de execução porque todos responderão pela mesma figura delitiva, desde que se infira que os delitos ocorreram com um liame de conectividade entre eles havendo modificações sutis no *iter criminis*.

O problema incide no instante da quantificação da dosimetria da pena, posto que se em uns ele foi autor e noutros foi partícipe, como

14 BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado**... p. 151.

15 SZNICK, Valdir. **Delito continuado**... p. 104. A expressão cúmplice foi empregada equivocadamente, uma vez que a doutrina distingue a cumplicidade e o cúmplice como modalidade de participação mediante instigação ou induzimento conquanto o partícipe fornecesse auxílio material ao desenvolvimento da empreitada delitiva (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I... p. 576; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**... p. 131.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral... p. 535.

17 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**... p. 168.

dosar adequadamente o artigo 29, § 1º ou 2º, do Código Penal se ele em algumas infrações penais atuou como autor, levando em consideração que estamos diante de delito único por ficção jurídica?

Considerando que a CRFB traz por elemento central os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, em não havendo delito continuado, ficaria significativamente simplificada a dosimetria da pena por realizar para cada delito o critério trifásico, aplicando ao fim as regras dos artigos 69 ou 70 do Código Penal.

Dependendo da linha eleita teremos uma punição exagerada ou excessivamente branda, em descompasso com a realidade.

Se a lei penal considerasse o delito continuado como delito único, teríamos a impossibilidade de considerar as variantes do concurso de agentes para fins de aplicação da agravante do artigo 62, I, do Código Penal, porque se em um caso ele foi autor, noutro partícipe ou cúmplice, ele o fez em uma ação típica e não em todas.

Pela outra mão, teremos a dificuldade na incidência da minorante da participação de menor importância ou participação em delito menos gravoso, caso tais hipóteses ocorressem em uma ou mais ações típicas, mas não em todas, porque a dosimetria da pena é levada a efeito como se fosse delito único, sem as peculiaridades de cada uma das ações delitivas.

IV.) CONCLUSÕES

Assim sendo, há razões que fundamentam a adoção do delito continuado em diversos modos de execução e ou variação de agentes dentro do *iter criminis* e ou de sua atuação dentro das possibilidades do concurso de pessoas.

Contudo, há um problema de ordem fática na dosimetria da pena, porque corre-se o risco de termos um indevido abrandamento no cálculo da reprimenda ou um agravamento com risco de analogia *in malam partem*, decorrentes das variações de comportamento no delito.

Firmamos posicionamento no sentido de admitir o delito continuado no concurso de agentes na situação em que não há variação nos papéis desenvolvidos no curso das infrações penais pelo risco na dosimetria da pena. ❖

V.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, t. 2. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niteroi: Impetus. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 9ª Ed. São Paulo: RT. 2013.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. 2ª Ed. São Paulo: RT. 1969.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I. 12ª Ed. São Paulo: RT. 2013.

SZNICK, Valdir. **Delito continuado**. São Paulo: Max Limonad. 1994.

Análise do Instituto da Assunção de Competência Dentro dos Escopos da Reforma do CPC

João Pedro Almeida Viveiros de Castro

*Especialista em Direito Processual Civil - PUC-Rio.
Advogado.*

1. INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva analisar, de forma detida, a modificação inserida na legislação processual brasileira, em momento histórico recente, por meio da Lei 10.352/01¹, que se insere na terceira onda renovatória do processo, ou terceira “onda de acesso à justiça”², notadamente por meio do instituto denominado de “assunção de competência”³, previsto no artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC).

Conforme pode ser depreendido das razões do Projeto de Lei (PL) 3.474/01⁴, que deu origem ao dispositivo processual em análise, a modificação buscou atacar o problema da “*morosidade processual e propor soluções objetivando a simplificação do Código de Processo Civil*”⁵.

1 Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – **Código de Processo Civil**, referentes a recursos e ao reexame necessário.

2 Termo cunhado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti.

3 “Uniformização de Jurisprudência Preventiva”, para Cássio Scarpinella Bueno. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 5, p. 413; “incidente de relevante questão de direito” e “afetação do julgamento”, para Araken de Assis, in ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 332; “prevenção de infringência”, para PORTO, Sérgio Gilberto e USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 200; bem como “incidente de deslocamento para julgamento do recurso”, segundo DIDIER JR., Fredi; e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Curso de direito processual civil”. 7 ed. Salvador: **JusPodium**, 2009, v. 3, p. 568; “mini incidente de uniformização” para MARINHO FILHO, Luciano. “Breves Comentários aos Embargos de Divergência e aos Incidentes de Uniformização de Jurisprudência no Direito Processual Brasileiro”. **Revista Dialética do Direito Processual**. Ed. Dialética: São Paulo: nº 74, p. 54.

4 Em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23AGO2000.pdf#page=94>, acessado em 16/04/2012 às 15:30 hs.

5 Idem.

Articulado em comissão liderada pelos juristas Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, o mencionado projeto, especificamente no que se refere ao dispositivo em comento, apresenta a seguinte justificativa:

“O § 1º é proposto a fim de permitir, em tais recursos, o uso da técnica consagrada no RISTJ, art. 14, inciso II, e art. 12, parágrafo único, inciso II- remessa do recurso a um colegiado maior, buscando compor ou prevenir divergência entre Turmas ou Câmaras em relevante questão de direito. Tal colegiado julgará plenamente o recurso, e a decisão, em consequência, irá impor-se como precedente jurisprudencial a ser tomado em conta pelo tribunal nos subsequentes julgamentos sobre a mesma matéria. Esta sistemática, supera com grande vantagem técnica e operacional, a do instituto da uniformização de jurisprudência, de limitadíssimo emprego em nossa prática forense. Diga-se que igualmente o RISTF prevê, nesses casos, possa a Turma transferir ao Plenário a competência para o julgamento do feito - art. 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b”. Nada mais adequado, destarte, que permitir também no âmbito dos tribunais de segundo grau o uso dessa faculdade, com manifesto proveito ao superior interesse dos jurisdicionados na estabilidade jurídica que uma jurisprudência uniformizada propicia.”⁶

É de se enfatizar a menção à busca por uma uniformidade procedimental a ser adotada em todas as instâncias e tribunais do país, provendo-os de um similar mecanismo posto à disposição, em favor do alegado *“proveito ao superior interesse dos jurisdicionados na estabilidade jurídica que uma jurisprudência uniformizada propicia”*, conforme ressaltado na justificativa já mencionada.

Nesta breve introdução destaca-se ser importante ressaltar que a medida vem ao encontro com o previamente instituído incidente de uniformização de jurisprudência⁷ (IUJ) previsto nos artigos 476 a 479 do CPC,

⁶ Ibidem.

⁷ Segundo ALEXANDRE CÂMARA, *Direito Processual Civil*. V. 7, 4. ed., p. 43, trata-se de um incidente que visa minimizar as divergências jurisprudenciais fazendo com que num determinado tribunal se adote sempre a mesma interpretação da lei. Para se evitar diversas interpretações pela mesma norma, acarretando a possibilidade de duas pessoas, com situações idênticas, tenham suas demandas julgadas de forma diversa.

bem como afina-se com os embargos de divergência⁸, adotados pelos órgãos de cúpula do Judiciário, conforme identificado nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora, como se verá no momento próprio, os institutos em cotejo não se confundam uns com os outros.

O instituto objeto deste estudo ganha relevo para a compreensão do atual momento da dogmática processualista, em que se pretende a construção de um processo civil que valorize a busca da efetivação dos valores de segurança e eficiência e em que o conceito de estabilidade jurídica opera em proveito ao “*superior interesse dos jurisdicionados*”.

No desenvolvimento desta temática a seguir, serão abordadas as semelhanças e diferenças do instituto em análise com a uniformização de jurisprudência e os embargos de divergência, para, então, caracterizar a assunção de competência, delimitando os seus contornos dogmáticos.

Sempre que possível será proposta a análise de decisões pertinentes, muito embora os tribunais pátrios ainda não tenham conferido o devido destaque à prática desse instituto.

2. HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO INSTITUTO

Torna-se necessário, primeiramente, para melhor entender a figura processual em comento, traçar um breve histórico sobre as fases evolutivas da ciência processual, com subsequente apoio no pensamento desenvolvido pelo jurista Mauro Cappelletti a respeito das “*ondas de acesso à justiça*”.⁹

Em breves linhas, inicialmente, o processo não era tido como ramo autônomo do direito, sendo visto como desdobramento ínsito ao direito material. A essa fase, que vigorou até a primeira metade do século XIX, dá-se o nome de sincretismo (ou praxismo).

8 De acordo com CÂNDIDO DINAMARCO, **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5ª edição. Malheiros: São Paulo 2001, os embargos de divergência incluem-se entre os remédios destinados a minorar os males e riscos inerentes à divergência de interpretações jurídicas. Entretanto, não se trata de comparar acórdãos de dois ou mais tribunais, como no recuso especial por exemplo. Os embargos de divergência se distinguem pelo fato de buscar eliminar divergências no seio do mesmo tribunal.

9 CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Chamou a atenção para as dificuldades de acesso à Justiça e possíveis soluções, identificadas como ondas, a saber: primeira foi a assistência Judiciária para os pobres; a segunda foi representação dos interesses difusos; e a terceira foi um novo enfoque de acesso à Justiça.

Posteriormente, a partir da obra **Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias**, de Oskar Von Bulow, adentrou-se na fase processualista (ou autonomista, ou “fase científica”), de autonomia científica do estudo processual. Nesse momento, que perdurou até a metade do século XX, os principais institutos do direito processual (sobretudo, as noções de *ação*, *processo*, *pressupostos processuais* e *condições da ação*) foram delineados.

Entretanto, a dissociação por completo entre processo e o direito material objeto de tutela findou por produzir uma distorção do método estritamente científico, a redundar na *fetichização* do processo, de modo a dificultar a necessária interface com o direito em concreto.

Em sucessão, na forma de síntese a equacionar a relação dialética que opunha os dois momentos antecedentes, desenvolveu-se o período instrumentalista do processo, que tem como um de seus principais expoentes no Brasil o professor Cândido Rangel Dinamarco, o qual registra em sua doutrina:

“O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”¹⁰

O processo civil contemporâneo, portanto, não pode ser dissociado de seu tempo e de seu ambiente, onde as relações jurídicas se desenvolvem. Com efeito, impossível desvincular o processo civil do direito material,¹¹ tendo em vista que, à luz da organização estatal, sob a égide do estado democrático de direito instalado pela ordem constitucional bra-

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 11ª Ed. São Paulo:Malheiros. 2003, p. 22-23.

11 Neste sentido a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Processo: Apelação Cível 449392320058070001 DF 0044939-23.2005.807.0001 Relator(a):FLAVIO ROSTIROLA. Julgamento:12/08/2010;Órgão Julgador:1ª Turma Cível.

Publicação:24/08/2010:” ao considerar a situação jurídica em exame, nota-se que o direito material deve prevalecer sobre o processual. Irrefutável, é bem verdade, que o processo, como meio de o estado desenvolver a sua atividade jurisdicional, deve obedecer a certas formalidades. Tal constatação, contudo, não significa que regra de procedimento deva ser aplicada de forma tão literal a ponto de enfraquecer, senão aniquilar, o direito substancial discutido em juízo. Do contrário, estar-se-ia admitindo o enfraquecimento da própria força normativa do artigo 5.º, xxxv, da *Constituição* da República, o qual assegura o direito à efetividade da tutela jurisdicional.”

sileira, o processo nada mais é do que o instrumento, por excelência, de realização do direito material¹².

De grande influência dogmática na análise do processo como instrumento de acesso à justiça é o estudo desenvolvido por Mauro Cappelletti, doutrinador italiano, a respeito das “ondas renovatórias”, identificadas a partir da segunda metade do século XX, para fins de caracterizar a forma com que se operou a dualidade criada entre normas processuais em função da realidade social e política.

Tal construção doutrinária se revela útil para fins do presente artigo, uma vez que possibilita a investigação quanto ao contexto em que se operou a alteração legislativa que trouxe à baila a norma contida no parágrafo primeiro do art. 555 do CPC.

Inicialmente, o legislador centrou suas atenções em proporcionar mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, voltados para as camadas menos favorecidas da população. Buscou-se, assim, garantir a universalização do serviço jurisdicional com a paradigmática instalação das Defensorias Públicas, como órgãos capazes de representar processualmente a população desprovida de condições financeiras para contratar advogado.

Em um segundo momento, a tutela dos interesses difusos e coletivos passou a constar como tema de destaque, tanto no plano material, quanto no processual, notadamente no que toca à proteção ao meio ambiente, às relações de consumo e a temas vinculados ao próprio Estado, como a moralidade administrativa e o abuso de poder.

Desenvolveram-se mecanismos adequados à representação judicial, em que o titular do direito não apresenta uma subjetividade determinada¹³. Nesse sentido, é de se notar o papel de destaque conferido pelo constituinte de 1988 ao Ministério Público, instituição que possui plena legitimidade no resguardo de tais interesses.

12 Em verdade, há quem identifique o atual momento por que passa a ciência processualista como uma nova fase, posterior ao instrumentalismo, cunhada pela expressão “neoprocessualismo”, em consonância com o “neoconstitucionalismo”, nos dizeres de Eduardo Cambi, em que a ciência processual deve ser exercida guardando observância aos valores constitucionalmente protegidos, com ênfase na proteção dos direitos e garantias fundamentais. CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. *Panóptica*, ano 1, n. 6. <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf> acessado em 10 de maio de 2012, aproximadamente às 15h20min.

13 A referência é aos direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos indeterminados, que em função da Constituição (artigos 127 e 129) ou da legislação extravagante (Lei 4.717/65 e Lei 7.347/85) cabe ao Ministério Público defender.

Finalmente, a denominada “terceira onda de acesso à justiça” veio tratar do desenvolvimento de mecanismos que visam a apurar a técnica processual como meio de efetivação da justiça. Segundo Cappelletti¹⁴:

(...) “esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.”

Nesse diapasão, sucessivas medidas foram criadas para conferir maior eficiência à árdua tarefa de dirimir litígios, seja pela adoção de métodos alternativos de solução de conflitos, como no caso da arbitragem¹⁵, seja por meio da criação de novos procedimentos em sede de prestação jurisdicional, como na hipótese da assunção de competência, como a seguir se verá.

Na verdade, a Lei 10.352/01 está no bojo de uma série de reformas por que passou o atual Código, as quais visam a conferir maior eficiência ao processo e aprimorar a prestação jurisdicional, objetivando atender ao clamor da sociedade por uma Justiça rápida, eficaz e razoável¹⁶.

O instituto denominado de assunção de competência está inserido, portanto, no contexto da terceira onda de renovação do acesso à justiça, na medida em que se revela um instrumento processual novo, que visa a conferir maior racionalidade à prestação jurisdicional ao aprimorar o procedimento anteriormente existente, conhecido como incidente de uniformização da jurisprudência, que lhe é diretamente correlato e que passa a ser analisado.

14 CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant, **Acesso à Justiça**, tradução de Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 71.

15 Não apenas a Lei 9.307/96, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a arbitragem, é relevante como alternativa à solução judicial de conflitos, mas também outros meios alternativos de solução de conflitos devem ser destacados, como a mediação e a conciliação, que são técnicas que permitem a redução do número dos processos, bem como a aceleração da solução do conflito.

16 O razoável, no bojo do processo, há de corresponder, *mutatis mutandis*, ao explicitado por Celso Antonio Bandeira de Melo em sua obra **Curso de Direito Administrativo** (Editora Malheiros, SP-SP, 2002, 14ª ed, p. 91-93) que remete o conceito à decisão racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas.

3. A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Regulado pelos artigos 476 a 479 do CPC¹⁷, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) foi desenvolvido como meio apto a unificar o entendimento jurisprudencial do tribunal, sobretudo quanto às consequências indesejadas de coexistência de divergências internas na interpretação e aplicação das leis, o que conflagraria situação de intolerável insegurança jurídica.

Ovídio Batista observa que o incidente de uniformização da jurisprudência, assim como os recursos extraordinário e especial (respectivamente, RE e RESP), é um instrumento que contempla a preservação do princípio da unidade do ordenamento jurídico¹⁸, distinguindo-os apenas no aspecto em que aquele deve ser suscitado quando a divergência na aplicação da mesma lei se der entre órgãos do mesmo tribunal, ao passo que o RE e o RESP são utilizados quando a dissensão ocorrer entre tribunais diferentes.¹⁹

Importa frisar que constitui a essência do direito processual a dialética que comporta a diversidade de entendimentos e interpretações a respeito de uma mesma situação base, sendo absolutamente natural, até mesmo, que o órgão responsável por dirimir dissensões, como é o caso dos Tribunais de Justiça, comporte diferentes posicionamentos quanto à solução jurídica a ser aplicada em casos que guardam relação de similitude.

17 Art. 476 - Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único - A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477 - Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juizes cópia do acórdão.

Art. 478 - O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único - Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479 - O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência

Parágrafo único - Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

18 Segundo MARINA GAENSLY (**Dicionário de Princípios Jurídicos**, Editora Campus - Elsevier, Organizadores Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, 2011) este princípio exprime a concepção do Direito como uma totalidade harmônica e não como um acervo de normas desconexas.

19 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7 ed. São Paulo, RT, 2006. V. 1. P. 448.

A variedade de percepções sobre o direito, com base na multiplicidade de subjetividades encontradas em um órgão colegiado, recomenda o debate e a coexistência de entendimentos díspares no desenvolvimento da atividade jurisdicional. Contudo, considerando o papel do Judiciário como promotor, por excelência, da pacificação dos conflitos inerentes à vida em sociedade, não se deve admitir como razoável, até mesmo à luz do princípio constitucional da isonomia²⁰, que persistam soluções distintas, quando a controvérsia a ser decidida opera em linha de identidade com outras já examinadas pelo mesmo Tribunal. Neste sentido, Jose Maria Tesheiner destaca: “*Se todos são iguais perante a lei (Constituição, art. 5º), não se concebe que o Tribunal trate uns diferentemente dos outros, em identidade de circunstâncias*”²¹.

Teresa Arruda de Alvim Wanbier²² é enfática ao afirmar que: “Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja pauta de conduta única para todos os jurisdicionados”. E acrescenta: “*Temos convicção de que o desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias 'leis' regendo a mesma conduta: um clima de instabilidade e ausência de previsibilidade*”.

O incidente de uniformização de jurisprudência, em verdade, sequer é um novo instrumento do Direito Processual Brasileiro. Sua origem remonta a outro instituto processual estabelecido no CPC de 1939, denominado de *prejulgado*. Regulamentado de forma vinculada ao extinto recurso de revista (hoje substituído pelos embargos de divergência), o art.861 do CPC/39 previa o instituto nos seguintes termos:

"Art 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas."²³

20 Art. 5º, *caput*, CRFB/88.

21 TESHEINER, José Maria Rosa. "Uniformização de jurisprudência". **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: AJURIS v. 50, p. 178-183. 1990.

22 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim "A uniformidade e a estabilidade da Jurisprudência e o estado de direito civil *law e common law*" - http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100510170148.pdf, acessado em 27 de maio de 2012.

23 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-946/Del1608.htm; último acesso em: 21/04/2010.

O *prejulgado* consistia no pronunciamento prévio sobre a interpretação de norma jurídica a respeito da qual pairava divergência jurisprudencial. Conforme lição de José Frederico Marques²⁴, o suprimido instrumento funcionava como um preventivo recurso de revista destinado a solucionar divergências de interpretações, mediante provocação iniciada pelo próprio órgão do Tribunal a que se encontrava afeto o julgamento da causa, na qual deveria ser aplicado o preceito jurídico controverso.

Assim sendo, o *prejulgado* era um incidente procedimental em sede de recurso, para que fosse solucionada questão prejudicial sobre uniformização de entendimentos a respeito de determinada norma jurídica.

O Incidente de Uniformização de Jurisprudência, entretanto, tem requisitos e procedimento distintos do *prejulgado*, como a seguir passa a ser exposto.

3.1 Caracterização, Finalidades e Requisitos

O código de processo vigente trouxe, nos artigos 476 a 479, a previsão do incidente de uniformização de jurisprudência. Na análise desses dispositivos insta afastar, inicialmente, qualquer caráter recursal à sua natureza jurídica. Tal tarefa se impõe diante da observação de que a uniformização da jurisprudência não atende ao pressuposto processual da voluntariedade. Ademais, a resolução do IUJ não implica a solução do recurso interposto sobre o qual versa a controvérsia objeto do procedimento ora tratado.

É de se perceber que a iniciativa para ensejar o incidente não é franqueada às partes, posto que tal compete, na forma do *caput* do art. 476 do CPC, ao magistrado.

As partes (bem como o Ministério Público, na condição de *custus legis*), podem, no máximo, conforme a dicção do parágrafo único do artigo 476 do CPC, requerer que o julgamento do recurso seja antecedido pelo IUJ. Todavia, essa solicitação não tem o condão de vincular a atuação do juiz, de modo que o atendimento a tal requerimento é ato discricionário, isto é, sujeito ao juízo de conveniência e oportunidade de todos os magistrados integrantes do órgão colegiado encarregado de decidir sobre a questão de fundo.

24 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. IV. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960; p. 311/313.

A denegação ao pedido para a instauração do IUJ não tem o potencial de gerar imediato prejuízo às partes, sendo, de todo, incabível a interposição de qualquer meio de impugnação ao requerimento não acatado.

O art. 476 do CPC ainda revela que o incidente é instaurado em caráter prévio ao julgamento da questão de direito controvertida, que foi deduzida em juízo, nas hipóteses enumeradas pelo dispositivo, com o fito de alcançar pronunciamento unificador da interpretação a ser aplicada.

Neste sentido, torna-se relevante destacar a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, que bem expressa o que aqui acabou de ser registrado:

*RMS 27570 / SP
RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
2008/0178776-4*

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Processo civil. Mandado de segurança originariamente impetrado perante o Tribunal a quo. Incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela parte após o julgamento de mandado de segurança, porém antes do julgamento de embargos de declaração opostos para esclarecimento do acórdão. Julgamento dos embargos de declaração, pelo Tribunal, sem prévia manifestação quanto ao incidente de uniformização de jurisprudência. Impugnação da negativa de instauração de tal medida por novo Mandado de Segurança, impetrado pela parte originariamente perante o Tribunal a quo. Improcedência do pedido. Recurso Ordinário.

- O mandado de segurança impetrado para impugnação da negativa de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado em 'writ' anterior tem escopo e objeto específicos, que não se confundem com os da primeira impetração. Rejeitar o segundo mandado de segurança, portanto, com fundamento no óbice da Súmula 267/STF, com esse fundamento, representa equívoco.

- Não há, propriamente, obrigatoriedade para o Tribunal de decidir, antes do julgamento de qualquer recurso, o pedido de instauração do Incidente de Uniformização de Jurisprudência. A instauração do incidente, ainda que requerida pela parte, deve ser decidida pelo Tribunal, não antes, mas durante o julgamento do recurso, do que decorre que não há uma decisão autônoma de indeferimento que seja passível de impugnação por recurso específico. Por esse fundamento, pode-se reputar inadmissível a impetração do 'writ' discutindo a matéria.

- A jurisprudência do STJ é pacífica em não reputar obrigatória, para o Tribunal, a instauração do Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Precedentes.

É de se reconhecer que o objetivo primordial do IUJ é o de harmonizar correntes jurisprudenciais divergentes dentro de um mesmo tribunal. Este desiderato acaba, em tese, por tornar coesa e coerente a jurisprudência, de modo a se revelar possível ao jurisdicionado antever, com grau de segurança, qual deve ser o entendimento adotado pelo órgão colegiado integrante do tribunal na hipótese de se ter caso idêntico a outro anteriormente submetido ao procedimento do IUJ.

O incidente pode ser suscitado em sede de recurso ordinário (apelação, agravo, embargos infringentes) bem como na hipótese de remessa obrigatória ou nos processos de competência originária do Tribunal.

Avançando na análise do art. 476 do CPC, extraem-se dois requisitos para a admissão da instauração do IUJ: existência e julgamento em andamento perante a câmara, turma, grupo de câmaras ou seção do tribunal²⁵; e coexistência de decisões díspares a respeito da mesma questão de direito.

Cássio Scarpinella Bueno trata da possibilidade de instauração do incidente após a realização do julgamento do recurso, quando interpostos

25 Araken de Assis aponta que: "o julgamento em andamento refere-se a qualquer recurso (v.g., apelação, agravos e embargos infringentes), a causas de competência originária (v.g., rescisória, mandado de segurança) e a sucedâneos recursais (v.g., reexame necessário). É verdade que o art. 476, II, alude a 'julgamento recorrido', induzindo tratar-se de recurso; no entanto, argumenta-se em prol da extensão do instituto às causas de competência originária do tribunal, nas quais bem pode ocorrer a divergência. E, de fato, óbvias razões de afinidade e conveniência chancelam tal interpretação. No tocante aos embargos de declaração, o princípio do *venire contra factum proprium* obsta a suscitação nele do incidente relativamente à divergência preexistente ao julgamento do recurso ou da causa, cujo acolhimento, nesses termos, implicaria mal explicada desconstituição do julgado." ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 326.

embargos declaratórios, motivado por omissão, ou seja, pelo silêncio do órgão julgador. Tal possibilidade é aventada com base no *“inegável interesse público que existe na uniformização de jurisprudência dos Tribunais e na criação de seus precedentes, até mesmo para viabilizar um verdadeiro “exaurimento de instância” para fins do recurso extraordinário e do recurso especial”*²⁶.

Observa-se silêncio eloquente do legislador ao não prever a possibilidade de IUJ perante o tribunal pleno ou o seu órgão especial, posto que, por razão lógica, tendo em vista que esses são os órgãos máximos na hierarquia do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, o julgamento neles realizado terá por efeito gerar, necessariamente, uma uniformidade, sendo despendienciada qualquer previsão quanto ao expediente da IUJ²⁷.

A divergência necessária a respeito da interpretação do direito entre dois órgãos constituintes de um mesmo tribunal²⁸ pode existir antes de iniciado o julgamento,²⁹ bem como pode ocorrer durante o curso da votação, hipótese em que, mesmo que o julgamento não tenha terminado, seja possível perceber a vantagem necessária a garantir a prevalência de determinado entendimento, contrário a outro consagrado em julgamento distinto³⁰ 31.

26 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 5, p. 413.

27 Em sentido contrário, José Marcelo Menezes Vigliar, para quem a “uniformização deve ocorrer em qualquer hipótese de conflito de interpretação de tese jurídica em determinado tribunal, mesmo que a competência, no caso específico debatido, esteja afeta ao pelo do tribunal, embora não mencionado pelo Código, diante dos valores que a uniformização de jurisprudência pretende preservar (principalmente a segurança jurídica)”. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. In: MARCATTO, Antônio Carlos (coord.) **Código de Processo Civil Interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.1635.

28 Para Luciano Marinho Filho, é necessário que o incidente provenha do próprio colegiado que pretende instaurar e unificar o posicionamento jurídico, “Afinal de contas, pareceria algo desconexo cogitar de unificar aquilo que não se lhe repercute. (...) A não ser que se presuma um ideia de prevenção (pró-futuro) a justificar a antecipação da discussão e composição de tese sequer existente dentro do corpo fracionário suscitante de unificação, conquanto em certo aspecto, tal opção configure, ao menos em termos quantitativos, certo grau de imaturidade substancial na discussão proposta”. FILHO, Luciano Marinho “Paralelo Analítico entre Mecanismos de Uniformização da Jurisprudência no Direito Processual Pátrio”. **Revista Dialética do Direito Processual**. Ed. Dialética: São Paulo: nº 90, p. 58.

29 Neste sentido: Nos termos do art. 118 e seguintes do RISTJ, o incidente de uniformização de jurisprudência possui caráter preventivo, podendo ser suscitado nas razões recursais, nas contrarrazões ou até o respectivo julgamento, pelo que deveria ter sido eventualmente suscitado em período anterior ao pronunciamento de mérito do *habeas corpus* aqui impetrado. In SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 28/02/2012 AgRg no HC 200219 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

30 Nesse sentido, o art. 476, II do CPC.

31 Todavia, em sentido contrário há posicionamento; observa-se o posicionamento fixado pelo STJ: “1 - uniformização da jurisprudência. Poderá a parte requerer a instauração do incidente, se preexistir divergência entre órgãos do tribunal. Não pela simples possibilidade de que isso ocorra, em face do julgamento a ser proferido.”

2 - renovatória - soma de prazos de contratos escritos possibilidade obrigação de realizar seguro demonstrado que essa obrigação foi adimplida, nos dois últimos anos, e não constando tenha havido qualquer reclamação ou protesto da locadora, relativamente a períodos anteriores, havendo mesmo sido firmado

Todavia, é necessário que os juízos discrepantes advenham de órgãos constituintes do mesmo tribunal. Portanto, não comporta a possibilidade de instauração do incidente a existência de votos individuais discordantes entre julgadores membros do mesmo tribunal³². Um dos traços marcantes do IUJ é o seu escopo de apaziguar a jurisprudência dentro do tribunal³³, não servindo, portanto, para dirimir conflitos entre entendimentos adotados por tribunais distintos.

Conforme determina o artigo 105, III, “c” da Constituição Federal, o remédio cabível para julgar decisão que tenha por objeto interpretação diversa de lei federal com relação ao entendimento alcançado acerca do mesmo texto legal por outro tribunal é o Recurso Especial, ajuizado perante o Superior Tribunal de Justiça.

A questão atinente à discricionariedade na implantação do incidente é um tópico que enseja discussão. A esse respeito, é possível identificar dois grupos: o dos que entendem que estando presentes os requisitos supramencionados, é imperiosa a instauração do incidente, sob pena de autorizar a interposição, perante o STJ, de recurso especial³⁴; e a doutrina que defende o filtro da discricionariedade, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, para que seja estabelecida o IUJ³⁵

A despeito dessa dissensão, a jurisprudência não diverge, como já exemplificado neste texto, entendendo pela discricionariedade na instauração do instituto processual que se analisa. Exemplifica-se este posicionamento com os seguintes julgados do STJ:

Processual Civil. Administrativo. Danos Ambientais. Ação Civil Pública. Responsabilidade do adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas. Incidente de uniformização de jurisprudência. Art. 476 do CPC. Faculdade do órgão julgador.

outro contrato, não se reconhece motivo suficiente para negar a renovação.” (Resp 14.836-SP - Relator: min. Eduardo Ribeiro. Terceira Turma; julgado em 09 de dezembro de 1991).

32 Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aludem à possibilidade do IUJ quando ocorrer divergência interna (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 606).

33 Por óbvio, exclui a hipótese do uso do incidente para a uniformização de sentenças de primeiro grau, o que é feito em sede do efeito devolutivo inerente aos recursos para o Tribunal.

34 Filiados a este entendimento: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. In: MARCATTO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1636. BUENO, Cassio Scarpinella. **Processo Civil Interpretado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5, p. 369; DIDIDER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, 7 ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. 3. p. 567.

35 Neste sentido, GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 363. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 448.

(...)

8. *O pedido de uniformização de jurisprudência revela caráter eminentemente preventivo e, consoante cediço, não vincula o órgão julgador, ao qual a iniciativa do incidente é mera faculdade, consoante a ratio essendi do art. 476 do CPC.*

9. *Sob esse ângulo, cumpre destacar, o mencionado incidente não ostenta natureza recursal, razão pela qual não se admite a sua promíscua utilização com nítida feição recursal, especialmente porque o instituto sub examine não é servil à apreciação do caso concreto, ao revés, revela meio hábil à discussão de teses jurídicas antagônicas, objetivando a pacificação da jurisprudência interna de determinado tribunal.³⁶*

E ainda:

Direitos processual civil e comercial. Incidente de uniformização de jurisprudência. Suscitação. Comprovação da divergência. Discricionariedade do tribunal. Conveniência e oportunidade. Falência. Ação revocatória. Decadência. Termo inicial. Fato objetivo da publicação do aviso. Art. 56, par. 1. E 114 da Lei de Falências (Del. 7.661/1945). Recurso desprovido.

i - Como decidiu esta corte no REsp 3.835/PR (rstj 17/452), “a suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto”.

ii - O prazo decadencial para o ajuizamento da ação revocatória pelos credores tem como termo inicial a efetiva publicação do aviso a que se refere o art. 114 da Lei de Falências.³⁷

A seguir, passam a ser analisadas as duas etapas que caracterizam o procedimento do incidente em análise.

³⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp 745363. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira turma. Julgado em 20 de setembro de 2007.

³⁷ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1255-PR. Relator. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ, 24.02.1997.

3.2 Procedimento do IUJ

O procedimento do IUJ tem início com a manifestação do interessado, por seu patrono, ou então solicitado de ofício por um dos membros do colegiado julgador³⁸ no âmbito do órgão competente, reque-rendo-se o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito. O requerimento de instauração do IUJ, posteriormente, será submetido à deliberação.

Nesse momento, o órgão colegiado se atém à análise dos requisitos necessários para o estabelecimento do incidente, os quais já foram referidos neste texto, e se adstringem à percepção de circunstância que implica i) divergência de entendimento entre ii) órgãos do tribunal com relação à interpretação para aplicação do direito em determinada questão contida na ação a ser julgada pelo órgão perante o qual o incidente é manifestado.

Caso o requerimento para a abertura do incidente seja rejeitado, o julgamento do caso concreto em que foi aventada a possibilidade, frustra-da, de aplicação do instituto seguirá seu curso normal.

Sendo admitido o incidente, haverá de imediato a suspensão do julgamento da causa³⁹ e lavratura de acórdão, na forma do art. 477 do CPC, de modo que os autos serão encaminhados ao presidente do tri-bunal, que designará a sessão que apreciará o incidente, com cópias do acórdão a todos os julgadores⁴⁰.

Em seguida, o órgão competente do tribunal para decidir a respei-to do IUJ, em geral disposto no regimento interno⁴¹, procederá à sessão

38 Para José Maria Rosa Tesheiner, em interpretação contrária ao texto da lei, o incidente deva ser suscitado apenas pelas partes, uma vez que “nenhum juiz deve ter interesse em que a decisão seja neste ou naquele sentido, favo-recendo esta ou aquela parte”. TESHEINER, José Maria Rosa. “Uniformização de Jurisprudência”. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre: AJURIS, v. 50, p. 178-183, 1990.

39 Conforme lição de Cássio Scarpinella Bueno: “Embora sejam silentes a respeito os arts. 476 a 479, o recurso em que instaurado o incidente fica sustado, isto é, não tem qualquer andamento, até que o órgão competente se manifeste sobre a interpretação que deverá ser dada à questão sobre a qual há divergência no Tribunal”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 411.

40 Entre a data de publicação da pauta de julgamento do IUJ perante o órgão oficial de imprensa e a efetiva ocorrên-cia do julgamento, observa-se o prazo de 48 horas, conforme disposto no art. 552 § 1º do CPC.

41 Em regra, cabe ao Tribunal Pleno, ou ao seu órgão especial. Contudo, para Eduardo Chemale Selistre Peña, com fulcro no art.101, *caput* § 4º da LC 35/79, adota-se a divisão dos tribunais em órgãos fracionários como câmaras, turmas e seções, de modo que cada um desses órgãos pode potencialmente funcionar como o próprio Tribunal. “Destarte, quando a lei fala em Tribunal, está se referindo a qualquer de seus órgãos, não necessariamente, ao seu tribunal pleno ou órgão especial. Aliás, em diversos dispositivos legal (sic) há a referência a *tribunal*, sem que com isso se queira designar exclusivamente o tribunal pleno ou seu órgão especial, mas qualquer de seus órgãos. Veja-se, v.g., o art. 553 que preceitua que “nos embargos infringentes e na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem

de julgamento a respeito da uniformização de jurisprudência. O incidente será iniciado, via de regra, pelo voto do relator, em que pese esta questão eminentemente procedimental estar franqueada à disciplina pelos regimentos internos dos tribunais.

Não se faz necessária a atuação de um juiz revisor, conquanto Araken de Assis considere necessária a designação de revisor quando cabível no recurso em que se provocou a uniformização⁴², o que deve ser sopesado, em contraposição, com o princípio da instrumentalidade das formas⁴³.

Em razão do conteúdo do parágrafo único do art. 478 do CPC, é imperiosa a atuação do *parquet*, na função de fiscal da lei e garantidor da ordem jurídica, com fulcro no art. 127 da CRFB. A manifestação do membro do Ministério Público é medida que, ademais, opera ao encontro da produção de uma construção jurídica colaborativa, a fixar tese em observância ao que Fredie Didier Jr. denomina de “*princípio da cooperação*”⁴⁴, fundado na lógica *comp participativa*⁴⁵ do processo, com base no diálogo processual⁴⁶.

No entanto, este entendimento não é uniforme, como se extrai da decisão infra:

REsp 175288 / SP
RECURSO ESPECIAL
1998/0038390-5

Relator(a): Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
(1108) T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 26/03/2002.

Data da Publicação/Fonte DJ 18/11/2002 p. 209
LEXSTJ vol. 160 p. 51.

o tribunal competente para o julgamento”. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. “Incidentes no Curso dos Julgamentos nos Tribunais”. *Rev. Forense* - V. 403 - mai-jun. 2009, p. 165.

42 ASSIS, Araken de, *Manual dos recursos*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 330.

43 Mandado de otimização que guarda amparo com o preceituado no art. 244 do CPC: “Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

44 DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Bahia: Ed. Podium, 2009, p. 77.

45 Termo cunhado por Dierle José Coelho Nunes, em *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

46 “Colaboração essa, acentua-se, vivificada por permanente diálogo com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles (sujeitos processuais): juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Poderes do juiz e a visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, p. 27).

Ação civil pública. IDEC. Interesses individuais homogêneos. Cadernetas de poupança. Janeiro de 1989. Uniformização de jurisprudência.

1. O art. 476 do Código de Processo Civil não vincula o colegiado perante o qual foi suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência, que fica subordinado aos aspectos de conveniência e oportunidade. Precedentes da Corte.

2. Intimado o Ministério Público na instância ordinária, que entendeu não ser caso de manifestação específica ante a ausência de relação de consumo, não há falar em nulidade decorrente da não intervenção do parquet.

Scarpinella Bueno ressalta que a participação do membro do Ministério Público se mostra relevante, na medida em que, caso o incidente seja decidido com o quórum da maioria absoluta dos componentes do órgão julgador presente, a decisão acerca da interpretação a ser fixada, nos dizeres do *caput* do artigo 479 do CPC, “*será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência*”.

Tal desdobramento importa a admissão, para a sessão de julgamento do IUJ, da intervenção de terceiro (denominada de atípica), objeto de estudo do processualista da PUC-SP, na forma da figura do *Amicus Curiae*⁴⁷:

“É irrecusável que terceiros possam requerer sua intervenção no incidente (“intervenção espontânea”), desde que já instaurado, ou, até mesmo, que sejam convocados para dele participar (“intervenção provocada”) ofertando a sua própria opinião sobre a melhor interpretação da tese jurídica que, uma vez definida, transformar-se-á em súmula do Tribunal. São terceiros que não se confundem e não podem confundir-se com as figuras idealizadas pelo direito processual civil porque sua intervenção não busca a tutela, direta ou indireta, de um direito próprio, mas, bem diferentemente, de um interesse por ele suficientemente representado e que será afetado, em alguma medida, com a fixação de um precedente sobre uma dada tese jurídica, esta sim, que lhe diz respeito diretamente.”

47 BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 412.

A súmula a que faz menção o art. 479 do CPC, e aqui reside o que pode ser tido como um capital elemento de debilidade do instituto, não é dotada de efeitos vinculantes.⁴⁸ Ainda assim, indubitável a força persuasiva do entendimento sumulado, a ensejar até mesmo a aplicação de técnica processual de abreviação do processo na forma da atuação monocrática do relator a denegar provimento a recurso, forte no disposto no *caput* do art. 557 do CPC⁴⁹.

No mesmo sentido, a demonstrar a relevância do entendimento que venha a ser sumulado pelo tribunal em sede de julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, percebe-se a proeminência conferida pelo legislador às súmulas no § 1º do art. 518⁵⁰ do CPC, que trata da hipótese de exercício do controle negativo de admissibilidade perante a primeira instância, com base em entendimentos sumulados.

Assim, mesmo que desprovidas de força cogente, as súmulas advindas do disposto no art. 479 do CPC são adotadas sistematicamente por todos os órgãos de jurisdição, como elemento a abreviar o julgamento de casos que se repetem⁵¹.

Conforme assinala Scarpinella Bueno⁵², tendo em vista a forma como as súmulas operam na dinâmica de resolução dos conflitos, é de se observar que seus efeitos transcendem a regulação apenas das pretensões em oposição no caso concreto, que tenha servido de base para iniciar o incidente de uniformização de jurisprudência.

48 Neste sentido: Já se decidiu que a decisão prolatada em *UNIFORMIZAÇÃO de JURISPRUDÊNCIA* não tem caráter vinculante, não obrigando as demais Câmaras Julgadoras deste Egrégio Tribunal a seguir compulsoriamente o mesmo entendimento. TJMG 10000.08.471382-5/000. Relator Des. Roney Oliveira, Julgamento 22/10/2008.

49 "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

50 "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".

51 Neste ponto, importa registrar a crítica feita por Luiz Guilherme Marinoni a respeito da forma como o instituto da súmula é encarado no direito brasileiro, distinguindo-o do conceito de precedente obrigatório: "Como as súmulas foram utilizadas de modo a apenas facilitar as decisões, estas foram pensadas como normas com pretensões universalizantes, ou melhor, como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos. Note-se, entretanto, que as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram. (...) Ademais, as súmulas quando vistas como enunciados gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem esquecer que a sua origem está nos casos concretos, ou melhor, nos precedentes, e que, por isso, devem ser analisadas dentro do contexto em que estes estão situados". MARINONI, Luiz Guilherme. "Precedentes Obrigatórios". São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2011, 2ª ed, p. 483.

52 BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 412.

O doutrinador afirma que, a exemplo do que ocorre com as súmulas vinculantes, dá-se no julgamento do instituto regulado pelos artigos. 476 a 479 do CPC uma objetivação, em contraposição à postura dominante, tradicional, de restringir o escopo do julgamento a situações estritamente individuais e subjetivas.

Conforme determina o artigo 477 do CPC, é recomendável, embora não imprescindível, o envio prévio aos julgadores do conteúdo do incidente, com o intuito de preveni-los acerca da matéria a ser tratada, possibilitando o devido conhecimento e estudo da situação a ser enfrentada, o que, todavia, pode ser contornado com o pedido de vista dos autos daquele julgador que não se sentir apto a proferir seu voto durante a sessão de julgamento, conforme a dicção do art. 555 § 2º do CPC⁵³.

Antes de iniciada a sessão de julgamento do IUJ, de acordo com a primeira parte do art. 478, cabe o reexame quanto ao cabimento do incidente, uma vez mais submetida à análise do pressuposto de admissibilidade que concerne a existência de dissidência jurisprudencial.

Novamente, vale frisar o que já foi disposto neste estudo, no que tange à hipótese de rejeição de instauração do incidente por ausência de seu requisito, agora em sede do órgão competente para decidir a respeito especificamente do incidente em si. Em tal situação, igualmente, caberá o reenvio dos autos ao órgão colegiado de origem, para que seja procedido o julgamento da questão de fundo, sem restrição de parâmetros interpretativos a serem adotados.

Caso seja reconhecida a necessidade de produção de consenso jurisprudencial a respeito da aplicação do direito para uma determinada situação jurídica, a produzir o consequente apaziguamento de posições díspares, o incidente será admitido, cabendo ao órgão competente sobre ele deliberar.

Esta deliberação ocorre em sessão pública e terá como único objeto a escolha a respeito da adoção, entre as duas teses conflitantes detectadas pelo Tribunal, de um único entendimento prevalente. Cabe a cada julgador proferir seu voto, que deve necessariamente observar

53 “Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª-(primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.”

o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, em conformidade com o art. 93, IX da CRFB⁵⁴.

A decisão alcançada nessa sessão não é passível de recorribilidade⁵⁵. Há de se perceber que o entendimento uniformizado se deu com relação a teses jurídicas irreconciliáveis, não tendo o condão de produzir efeitos sobre o caso concreto, que tinha tão somente servido de pano de fundo para despertar a aplicação do instituto que ora se analisa.

Assim, importa notar que inexistirá prejuízo concreto às partes, findo o julgado do IJU. Analogamente, é possível utilizar-se do entendimento desenvolvido pelo STF que exprime, em igual sentido, a irrecorribilidade da decisão do plenário do Tribunal que decide a respeito do incidente de inconstitucionalidade, suscitado em meio a uma ação ordinária, plasmado na Súmula nº 13: *“A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”*.

Consagrada uma tese vencedora, os autos da ação que suscitaram o incidente retornarão ao órgão de origem, que, necessariamente, terá de adotar a interpretação reinante para o deslinde do caso concreto. Nesse sentido, este órgão originário estará limitado no exercício da faceta criativa da função jurisdicional⁵⁶, pois terá tão somente que fazer uso da técnica subsuntiva, ao determinar a aplicação da tese exitosa no órgão superior ao julgamento do caso concreto. Nas palavras de Sérgio Gilberto Porto⁵⁷:

“Uma vez fixada a tese jurídica pelo tribunal, a decisão que apreciou o incidente tem efeito vinculante em relação à demanda na qual o incidente foi provocado, não podendo, portanto, a Câmara, Turma, Grupo de Câmaras ou Câmaras Reu-

54 “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

55 Tirante os embargos de declaração, oponíveis a todo e qualquer decisão jurisdicional que se revele obscura, contraditória, ou que tenha omitido questão sobre a qual o magistrado deveria ter se pronunciado.

56 “Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distintos delas (é algo novo). Ao decidir, repita-se, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta”. DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Bahia: Ed. Podium, 2009, p. 86.

57 PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. V. 6. p. 247.

nidas deixar de considerar a tese jurídica vencedora naquele caso concreto ensejador do incidente. Não fora assim, não teria sentido o incidente de uniformização."

Apesar disso, os demais órgãos do tribunal que não aquele de onde partiu a questão de direito que ensejou o incidente, não ficarão submetidos aos limites do entendimento alcançado pelo órgão superior do tribunal na solução daquele incidente.

O resultado obtido do incidente, portanto, para além da definição da tese jurídica aplicável ao caso concreto, resulte ou não em súmula (na forma do art. 479), opera no sentido de demarcar um posicionamento institucional do tribunal em determinado sentido, relativamente a certa questão de direito. Assim, inegavelmente haverá um alvissareiro realce no que tange a previsibilidade dos julgamentos, embora, efetivamente, pouco além desse aspecto seja proveitoso para a gestão jurisdicional do processo, à luz de uma visão constitucionalizada que clama pela eficiência na prestação jurisdicional, forte no art. 5º LXXVIII da CRFB⁵⁸.

Em razão da limitada eficiência, por todo o já exposto, e dispendioso envide de esforços para a produção de entendimento sumulado pelo tribunal, em sede do incidente de uniformização de jurisprudência, é de todo compreensível a reduzida aplicabilidade do instituto.

A esse respeito, registra Araken de Assis⁵⁹:

"Entre nós, ressalva feita às decisões do STF (art. 103-A), os enunciados jurisprudenciais insertos na súmula não exibem força de lei – são apenas prejudgados ou precedentes, sem nenhuma eficácia especial, inclusive para os membros do tribunal, apesar das disposições regimentais em contrário, simples exortação para os juizes em casos similares. Dir-se-á que os corpos julgadores do tribunal empreenderam um esforço descomunal, causa de elastério do processo, recolheram numerosos sufrágios em favor de uma das teses, para produzirem efeitos frágeis e parcos. A isso se resume, na realidade, a súmula: simples enunciado visando encerrar as vacilações da jurisprudência e,

58 "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

59 ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 332.

sob determinadas circunstâncias, prestimoso auxílio no julgamento de recursos e causas (v.g., art. 557, caput) porque a respectiva invocação isenta o relator do dever de maiores fundamentações. Explica-se, assim, a relutância em usar mecanismo tão dispendioso, quanto frágil nos efeitos. Firma-se precedente, mas a ser observado pela lei do menor esforço.”

Como visto anteriormente, o limitado emprego na prática forense do Incidente de Uniformização de Jurisprudência é justificativa utilizada pelo legislador para a criação do instituto de Assunção de Competência, que passa a ser analisado no próximo ponto do presente texto.

4. O INSTITUTO DA ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

4.1 Caracterização e Finalidade

Como afirmado, a assunção de competência é afim ao instituto da uniformização de jurisprudência, visto que também foi criado com o objetivo de criar parâmetros de decisão em determinada questão controversa levada aos tribunais, encontrando-se exposto no art. 555 § 1º do CPC⁶⁰, pretendendo ser um mecanismo mais eficiente que seu antecessor.

À primeira vista, trata-se de incidente⁶¹ que se destina a “*prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*” sobre “*relevante questão de direito*” a ser resolvida no curso de um julgamento.

Para que seja admitida a instauração do incidente, caberá ao relator propor que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, após o reconhecimento, por tal órgão, de interesse público na assunção de competência .

Diferentemente do que ocorre com o instituto previsto nos artigos 476 a 479 do CPC, na assunção de competência é um único e mesmo órgão do tribunal que fica encarregado de resolver o incidente e a questão

60 Artigo 555

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

61 Pelas mesmas razões vistas com relação ao incidente de uniformização de jurisprudência, não se trata de espécie de recurso autônomo, vide fl. 8.

de fundo, o direito material controvertido no caso concreto, que ensejou a assunção. Isto significa que o “*órgão colegiado que o regimento indicar*” não devolverá os autos ao órgão de origem, o que confere inegável dinamismo e coerência à atividade jurisdicional.

Ainda assim, é de se notar que, em regra, distintamente do que ocorre com o incidente de uniformização de jurisprudência, conforme consagrado pela jurisprudência⁶², na assunção de competência há efetiva modificação superveniente da competência para julgamento da causa, de modo que o julgamento do recurso será feito, em sua totalidade, pelo órgão indicado regimentalmente ao qual tiver sido remetido o feito.

A previsão introduzida mediante a Lei 10.352/2001, na verdade, confere a todos os Tribunais a possibilidade da prática da “*uniformização de jurisprudência preventiva*”⁶³. Isto é, a partir da própria denominação do instituto, podemos perceber outro diferencial notável com relação ao IUJ, na medida em que este último exige o reconhecimento de prévia existência de divergência sobre a interpretação de determinada questão de direito no âmbito de um mesmo tribunal, ao passo que a assunção de competência contém o fito de resolver tanto a divergência já estabelecida quanto aquela ainda *in fieri*, isto é, uma divergência jurisprudencial que está a ponto de sobrevir, mas que não está deflagrada.

De todo modo, inegável a semelhança com o Incidente de Uniformização de Jurisprudência no que tange ao desiderato com ele partilhado, no sentido de harmonizar correntes jurisprudenciais dentro dos tribunais, dotando de congruência, previsibilidade e maior dinamismo os julgamentos de causas que se repetem.

Por mais que a inovação buscada pelo legislador esteja imbuída com o intuito de aprimorar a técnica de julgamento de causas que, em razão do irrefreável movimento de ampliação do acesso ao Poder Judiciário, se multiplicam e se repetem, é necessário apontar os traços marcantes do novo instituto que são alvo de críticas pela doutrina⁶⁴.

No que tange ao *caput* do art. 555 do CPC, que, em sua redação anterior à Lei 10.352/01, abarcava todo e qualquer julgamento de turma ou câmara, restou modificado de forma a adotar redação em que, manifestamente, observa-se a aplicação do dispositivo somente aos recursos

⁶² Em que pese a discordância doutrinária, conforme identificado neste texto à fl. 10, vide notas 20 e 21.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 413.

⁶⁴ Por todos, MAURO FILHO, Luciano. “Paralelo Analítico entre Mecanismos de Uniformização da Jurisprudência no Direito Processual Pátrio”. *Revista Dialética do Direito Processual*. Ed. Dialética: São Paulo: n° 90, p. 58.

de apelação e agravo. Ainda, restou omitida a referência à ordem de votação, respectivamente, entre relator, revisor e vogal, no julgamento pelos tribunais, o que era previsto no texto do dispositivo anteriormente.

Esta mudança foi feita no sentido de aperfeiçoar a técnica processual, uma vez que no recurso de agravo o revisor não atua. Entretanto, o dispositivo deixou de contemplar expressamente as demais matérias que o tribunal é dotado de competência para julgar, como mandados de segurança, ação rescisória, habeas corpus, conflitos de competência e outras a ele atribuídas pelo regimento interno⁶⁵.

Apesar da falta de previsão expressa, para todos os demais recursos e procedimentos, o disposto no *caput* do artigo 555 do CPC é aplicável, considerando-se, topograficamente a previsão do artigo em capítulo que trata da “*ordem dos processos no tribunal*”, extrai-se sentido lato, a envolver toda atividade judicante exercida em sede de segundo grau de jurisdição⁶⁶. É oportuno citar José Carlos Barbosa Moreira a respeito da redação adotada pelo §1º do art.555 do CPC ⁶⁷:

Sua colocação sugere que o incidente só terá cabimento quando se estiver julgando apelação ou agravo. Iguais razões, contudo, militam em favor da respectiva utilização no julgamento de outros recursos, ou de causa obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Não é apenas quando se julga apelação ou agravo que surge questão de direito relevante, a cujo respeito seja conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários de um tribunal.

Outra opinião de escol pela interpretação ampliativa quanto ao cabimento do incidente da assunção de competência não limitada à apelação e ao agravo, e nem mesmo restrita aos recursos, mas também

65 Conforme dispõe o art. 96, I, “a” da CRFB: “Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”.

66 Ainda que, com mais frequência, o disposto no *caput* do art. 555 do CPC recaia sobre o julgamento do recursos, conforme identifica Barbosa Moreira, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 339.

67 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ed. Forense: Rio de Janeiro. 15ª edição. 2009, p. 676.

extensível às ações de competência originária do tribunal é adotada por Cândido Dinamarco⁶⁸, pois:

“Ainda que assim tenha sido a deliberada intenção do legislador, a ela não está adstrito o intérprete porque, como é elementar em boa hermenêutica, nem sempre a mens legislatoris é reveladora fiel da autêntica mens legis. Interprete-se o § 1º do art. 555 segundo seus objetivos (interpretação teleológica) e inserido entre as demais técnicas contidas no Código de Processo Civil (interpretação sistemática) e ver-se-á que essa é uma regra de amplitude geral, pertinente a todos os recursos da competência dos tribunais locais e também às causas de sua competência originária” .

Em sentido contrário, todavia, há o posicionamento de Sergio Sahione Fadel, para quem *“a norma (...) é restrita aos recursos, não sendo aplicável em ações de competência originária do tribunal.”*⁶⁹

É de se ressaltar aquilo que, à semelhança do que ocorre no incidente de uniformização de jurisprudência, pode ser identificado como o calcanhar de Aquiles do incidente de assunção de competência e que concerne ao campo relativo à eficácia da decisão tomada com base no art. 555 § 1º do CPC.

A decisão adotada no *mini-incidente* de uniformização de jurisprudência tem o condão de gerar efeitos apenas inter partes, ou seja, será de aplicação adstrita ao caso concreto.

Contudo, não é pelo fato de não possuir efeito vinculante, que o entendimento consagrado no julgamento do incidente não poderá se tornar um relevante referencial de posicionamento a ser seguido em casos posteriores, análogos, que venham a ser julgados pelo mesmo tribunal.

Nesse viés, o entendimento jurídico prevalecente no órgão do tribunal que assumiu a competência para findar com a divergência poderá ensejar a edição de súmula pelo tribunal de justiça, conforme dispuser o seu regimento interno. Conforme definição de Scarpinella Bueno⁷⁰:

68 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 137.

69 FADEL, Sergio Sahione. "Breves anotações à Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001 e à Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001". Encarte da **Revista Verbis** nº 24 – ano 7, p. 344.

70 BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* p. 415.

“As chamadas “súmulas” são a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos tribunais em certo espaço de tempo. A palavra quer indicar as decisões reiteradamente proferidas em determinado sentido pelos Tribunais. Não se trata de verificar a ocorrência de um ou de outro julgamento em um dado sentido mas, bem mais amplamente, de constatar objetivamente a tendência de que o tribunal ou, quando menos, seus órgãos fracionários, tendem a decidir certas questões de determinada forma. Súmula é indicativo de jurisprudência, e não de julgados.”

A súmula é a síntese do entendimento jurisprudencial de um tribunal, no intuito de tornar mais eficiente, seguro e isonômico o julgamento das causas, tendo em vista a previsibilidade que o tratamento de situações jurídicas similares passa a receber. Quando instituídas, na gestão do ministro Victor Nunes Leal na presidência do STF, as súmulas, segundo o professor Leonardo Greco⁷¹ *“visavam a coibir a chamada ‘loteria judiciária’, que eram decisões contraditórias sobre a mesma matéria adotadas pelo próprio Tribunal, com grande prejuízo para a eficácia do princípio da isonomia”*.

Ainda que ao Poder Judiciário não seja permitido imiscuir-se nas funções legislativas no que tange a possibilidade de desenvolvimento de normas jurídicas que emanam disposições de observância cogente em matéria processual, o que, no que atine ao tema das súmulas, só é logrado pelas súmulas vinculantes, na forma do art. 103-A da CRFB⁷², é inegável o potencial que tem o entendimento sumulado, em operar a favor da coesão das decisões dos juízes, sobretudo nos julgamentos de causas que se reproduzem, a serem proferidos no âmbito do tribunal onde tenham sido editados.

Além disso, como observa Scarpinella Bueno⁷³, o entendimento sumulado, no atual sistema processual, tem o condão de acionar *“flexibilizações procedimentais”* inovadoras, que permite a prestação jurisdicional de forma mais célere, entre os quais figuram: a possibilidade de atuação

71 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. V. I. 3ª Edição. P. 45.

72 “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem com proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

73 BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* p. 416.

monocrática do relator no âmbito dos tribunais (art. 557, *caput* e § 1º e art. 120, parágrafo único); a recusa ao recebimento de recurso nos moldes do art. 518 § 1º; a não sujeição de decisões contra a fazenda pública ao reexame necessário, na forma do art. 475 § 3º; a rejeição liminar e monocrática do agravo de instrumento; e o julgamento monocrático do recurso de agravo que tem por escopo permitir a admissão de recurso extraordinário e recurso especial, conforme art. 544 § 3º.

Destaca o professor da PUC-SP que os incidentes ora estudados podem e devem ser utilizados como mecanismos de revisão a respeito da atualidade e permanência quanto à aplicação de questões já outrora sumuladas⁷⁴.

No mais, a respeito da ordem de votação a ser observada no julgamento do processo pelo órgão do tribunal originariamente designado a realizar a prestação jurisdicional, não houve afetação decorrente da redação imposta ao art. 555 pela Lei 10.320/01, de modo que, primeiramente deve votar o relator do processo, que será sucedido pelos demais magistrados, de acordo com a ordem de antiguidade.

A técnica procedimental exposta por este dispositivo, vale salientar, como já visto nas razões expostas no projeto de lei que deu origem à Lei 10320/01, já era adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por força do disposto em seu regimento interno, que possibilita à Turma submeter à Seção ou à Corte Especial, e a Seção submeter à Corte Especial, feitos da respectiva competência.

Tal fenômeno se opera, nos domínios do STJ:

*(...) quando convier pronunciamento (...) em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção” (art. 14, II) ou “entre as Seções” (art. 16, IV). Em ambos os casos, a remessa independe da lavratura de acórdão, nos termos dos parágrafos únicos dos arts. 14, 16 e 100 e do § 1º do art. 127 do RISTJ*⁷⁵.

74 Idem.

75 Art. 14 - As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

Parágrafo único - A remessa do feito à Seção far-se-á independentemente de acórdão, salvo no caso do item III (art. 118, § 1º).

Art. 16 - As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial: IV - quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.

No que tange especificamente à redação assumida pelo § 1º do art. 555 do CPC, importa, para os fins deste texto, esmiuçar seus elementos determinantes, o que passa a ser examinado.

4.2 Procedimento

Compete ao relator do processo tomar a iniciativa de propor que o recurso seja remetido para submeter-se a julgamento perante outro órgão colegiado. Esta é a previsão literal do dispositivo, embora haja doutrina que entenda que a prerrogativa de remeter os autos para o órgão colegiado previsto no regimento interno do tribunal possa ser utilizada por qualquer outro magistrado colega de câmara ou turma do relator⁷⁶.

Igualmente não há previsão legal com relação à hipótese em que o relator manifestamente não entenda presentes os quesitos de relevância e urgência para ensejar o requerimento ao órgão colegiado indicado regimentalmente, e, em contraposição, os demais membros da turma ou câmara revelam intenção de instaurar o incidente.

Diante desta situação há de se ponderar, em que pese a dicção do § 1º do artigo 55 do CPC aludir expressamente quanto à iniciativa do relator, há de se privilegiar o princípio da instrumentalidade das formas em voga no processo civil contemporâneo, sopesado com a finalidade do instituto da assunção de competência e a falta de prejuízos (*"pas de nullité sans grief"*) a serem gerados, de modo a autorizar

Parágrafo único - A remessa do feito à Corte Especial far-se-á independentemente de acórdão, salvo nos casos dos itens I e III.

Art. 34 São atribuições do relator:

XII - propor à Seção ou à Turma seja o processo submetido à Corte Especial ou à Seção, conforme o caso;

Art. 100 - As conclusões da Corte Especial, da Seção e da Turma, em suas decisões, constarão de acórdão no qual o relator se reportará às notas taquigráficas do julgamento, que dele farão parte integrante.

Parágrafo único - Dispensam acórdão:

I - a remessa do feito à Seção ou à Corte Especial, em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas;

Art. 127 - Quando convier pronunciamento da Corte Especial ou da Seção, em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas, o relator, ou outro Ministro, no julgamento de qualquer recurso, poderá propor a remessa do feito à apreciação da Seção respectiva, ou da Corte Especial, se a matéria for comum às Seções.

§ 1º Acolhida a proposta, a Turma remeterá o feito ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, dispensada a lavratura do acórdão. Com as notas taquigráficas, os autos irão ao Presidente do órgão do Tribunal, para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias autenticadas do relatório e das notas taquigráficas e fará sua distribuição aos Ministros que compuserem o órgão competente para o julgamento.

§ 2º Proferido o julgamento, cópia do acórdão será, no prazo da sua publicação, remetida à Comissão de Jurisprudência, para elaboração de projeto de súmula, se for o caso.

76 JULIANI, Cristiano Reis. "A nova redação do art. 555 CPC, e a uniformização de jurisprudência". *Revista Forense*, v. 392, julho-agosto, 2007.

a possibilidade de a turma ou câmara decidir pela remessa do recurso, a despeito da posição do relator.

No mesmo sentido, é de se permitir a qualquer uma das partes, tenha sido a que interpôs o recurso ou não, na inércia do relator, de forma a se tomar emprestado o regramento disposto no parágrafo único do art. 476 do CPC, já visto, para o fito de requerer a uniformização de jurisprudência.

Em regra, a iniciativa das partes deve ser exercida antes de colhido o voto do relator, em sucedâneo à exposição da causa. Contudo, pode ocorrer que a percepção quanto à conveniência e relevância para instauração da assunção de competência advenha apenas após terem sido emitido(s) voto(s), durante a sessão de julgamento, tendo em vista, inclusive, a possibilidade de que algum(s) do(s) julgadore(s) ventilem elemento novo relevante.

Nessa situação, acolhido o incidente, os votos eventualmente já proferidos serão desconsiderados, posto que o processo será enviado e integralmente julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, dotado de competência plena para o julgamento da causa.

Ainda, ao *parquet* também deve se assegurar igual faculdade, no desempenho de sua função de fiscal da lei, sobretudo porque a questão a ser tratada envolve, necessariamente, “interesse público”. Scarpinella Bueno vai além e percebe a possibilidade de atuação do *amicus curiae* em interferir no julgamento para requerer a fixação de um precedente jurisprudencial, desde que demonstrado pelo terceiro, alheio à relação processual contida na lide, interesse institucional na resolução da questão⁷⁷.

Uma vez requerida a remessa do feito, é realizada deliberação, com o fito de decidir a respeito da adesão do colegiado à iniciativa. Se a proposta for rejeitada, a própria câmara ou turma do tribunal que repeliu a assunção de competência seguirá apta a proceder com o julgamento da causa.

Contra esta decisão que rejeita a instauração do incidente não cabe recurso, tendo em vista inexistir interesse direto e imediato sucumbente, que se traduza em legítima pretensão das partes em obter o pronunciamento do órgão colegiado indicado regimentalmente.

Os motivos da irrecorribilidade da decisão vinculam-se à natureza do instituto, que é medida prevista tão somente para aperfeiçoar a técnica

⁷⁷ “Acerca da intervenção do *amicus curiae*, é irrecusável (...) entender que sua participação, uma vez instaurado o incidente aqui examinado, para ampliar previamente a discussão em torno da fixação da melhor interpretação da “relevante questão de direito” é irrecusável.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* P. 414.

ca da prestação jurisdicional, em harmonia com o princípio da economia e da eficiência processuais, voltado, portanto, para estabilidade da jurisprudência do tribunal, não prejudicando o desfecho do caso concreto, que restará examinado pela turma ou câmara em que originalmente tiver sido distribuído o recurso.

A referência ao “órgão colegiado que o regimento indicar” pressupõe, por decorrência lógica, necessariamente, que este órgão deve apresentar composição mais ampla e grau hierárquico superior à câmara ou turma do tribunal julgadora originária.

Esta previsão repete padrão similar ao já estabelecido em outras hipóteses que concernem recursos destinados a solucionar divergências internas geradas no próprio tribunal julgador, notadamente nos casos dos julgamentos dos embargos infringentes (art. 530 CPC) e nos embargos de divergência (artigo 546 CPC).

No âmbito do STJ, o seu regimento interno, de onde o legislador obteve inspiração para elaborar a redação do § 1º do art. 555, prevê a possibilidade de remessa do feito à Seção ou à Corte Especial, conforme os artigos. 14; 16; 34, XII; 100 e 127 do RISTJ.

Em igual sentido, o regimento interno do STF dispõe que, para a resolução de divergências entre órgãos internos que compõem o próprio tribunal, o colegiado fracionário pode transferir ao plenário a competência para o julgamento do feito, na forma do art. 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b” do RISTF.

Na forma do § 1º do art. 555 do CPC, o envio dos autos ao órgão colegiado indicado pelo regimento não está pormenorizadamente disciplinado. Nada é disposto quanto à escolha do relator no novo órgão do tribunal que assume a competência para decidir sobre a interpretação a ser dada a respeito da divergência, e, simultaneamente, solucionar o caso concreto.

Essa omissão, conforme lição de Ernani Fidelis dos Santos⁷⁸ deve ser suprida pelo regimento interno do tribunal:

O regimento interno do tribunal é que deve indicar o órgão competente para a uniformização de julgamentos. A Lei Orgânica da Magistratura, todavia, ao tratar da uniformização da jurisprudência, estabelece a competência das chamadas Seções Especializadas, ou Seções agrupadas em razão de es-

78 SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 723.

pecialização específica, de acordo com a área de especialização para a uniformização de jurisprudência. Os tribunais, na área cível, poderão ter seções especializadas, uma ou várias, como de direito público, privado, de família, tributária, mas o comum é se formarem em área simplesmente cível e criminal, caso em que a seção cível comporta todas as câmaras, turmas ou grupos respectivos e, em consequência, no conjunto, terá competência para uniformização de jurisprudência, critério que, naturalmente, para a uniformização de julgamentos, deve ser seguido pelo regimento interno.

Os regimentos internos dos tribunais espalhados pelo Brasil, em geral, seguem a orientação da Lei Orgânica da Magistratura e elegem a competência de órgão ou seção especializada para o julgamento do incidente, embora também se perceba a eleição de turma (RITJRS⁷⁹), órgão especial (RITRF-1⁸⁰), ou, até mesmo, tribunal pleno (RITRF-3⁸¹).

Já o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da uniformização de jurisprudência, prevê, em seu art. 118, a competência da Corte Especial, sendo que, conforme dicção de seu § 3º, “o relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o ministro mais moderno”. Trata-se de previsão oportuna do ponto de vista da economicidade e eficiência da prestação jurisdicional, posto que o relator é autoridade qualificada para participar do julgamento, uma vez que já terá tomado prévio conhecimento a respeito da controvérsia a ser desatada, sendo, portanto, prestigiado o texto por ele desenvolvido previamente quanto à identificação dos elementos constituintes da divergência.

79 RITJRS, art. 13 “As Turmas de Julgamento compete: I – uniformizar a jurisprudência cível; II – julgar: a) os embargos declaratórios opostos aos seus acórdãos; b) os recursos dos feitos que, envolvendo relevante questão de direito se faça conveniente prevenir ou compor divergências entre Câmaras ou Grupos (...)”

80 RITRF-1, art. 17, IV: “As seções e as turmas poderão remeter os feitos de sua competência à Corte Especial: (...) IV – se convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as seções;”

81 RITRF-3, art. 17, III: “Art. 17 - As Seções e as Turmas poderão remeter os feitos de sua competência ao Plenário: I - quando algum dos Desembargadores Federais propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula, pelo Plenário, ou ainda em matéria constitucional; II - quando houver questão relevante sobre a qual diverjam as Seções entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; III - quando convier pronunciamento do Plenário em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.”

4.3 Requisitos

O dispositivo prevê como requisitos, primeiramente, *a ocorrência de questão relevante de direito*, que apresente necessariamente o atributo da conveniência para a instauração do instituto.

Por relevante questão de direito, compreende-se situação que envolva teses jurídicas com potencial de gerar o fenômeno da multiplicação de futuros recursos repetitivos, e, por tal razão, tornam oportuna e proveitosa a diligente manifestação do tribunal sobre o assunto objeto de controvérsia.

Percebe-se, em tal previsão, o intuito de prevenir o exercício da prestação jurisdicional contra a coexistência de possíveis entendimentos conflitantes, a produzir efeito negativo à prestação jurisdicional, sobretudo sob a égide do princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Conforme pertinente observação de Cândido Rangel Dinamarco⁸²:

O vocábulo “questão” é empregado no texto da lei (...) em seu puro significado carneluttiano, a designar toda dúvida surgida no espírito do juiz ou levada a ele pelas partes. Têm-se dúvidas quanto aos fatos, ou questões de fato; e dúvidas quanto à interpretação da lei ou à dimensão desta e sua pertinência ao caso, ou questões de direito. Como é arqui-notório, Carnelutti conceituou questões como “pontos duvidosos de fato ou de direito”.

É de se observar que os juízos de relevância e conveniência são formados no âmbito do mesmo órgão do tribunal que se depara com a questão, via de regra, apontada pelo juiz relator, a ser submetida ao procedimento de uniformização de jurisprudência preventiva. Trata-se de um juízo discricionário, mas que se filia a parâmetros objetivos para aferir o preenchimento dos pressupostos de relevância e conveniência.

Ato discricionário, portanto, não se confunde com ato subjetivo, arbitrário.⁸³ A discricionariedade do ato reside na faculdade do relator, com fulcro na previsão do texto legal, de proceder a uma avaliação sobre

82 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 136.

83 Conforme HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, SP: Editora Malheiros, 2007: “ato arbitrário e ato discricionário não se confundem. Discrção e arbtrio são conceitos inteiramente diversos. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbtrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e vlido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e invlido”.

qual conduta adotar, considerando a finalidade do instituto que está à sua disposição, sendo que, para tal, é de suma relevância a percepção quanto à existência de divergência entre órgãos fracionários do tribunal e a sensibilidade com relação ao interesse público no deslinde da controvérsia.

De acordo com Cândido Dinamarco, é relevante aquela questão cuja solução transcenda “os interesses dos sujeitos em litígio, projetando influência sobre a sociedade e como um todo ou sobre os valores inerentes à vida social, notadamente aqueles que a Constituição Federal abriga e resguarda”⁸⁴.

A relevância da questão a ser alvo da uniformização de jurisprudência está necessariamente ligada à conveniência para a utilização do instrumento trazido pelo art. 555, § 1º, do CPC.

Assim, a relevância e a conveniência são pressupostos cumulativos, uma vez que, mesmo que hipoteticamente desponte um tema como objeto de acirrado debate, de aguda relevância para os fins de estabelecer uma interpretação inequívoca a respeito de determinada norma em um determinado processo, caso não se observe a repercussão da solução desta questão, a afetar ulteriores julgamentos (como na hipótese de não se encontrarem outros feitos de igual natureza), não será preenchido o requisito da conveniência para determinar a modificação de competência nos moldes do dispositivo que se analisa.

Dessa forma, se requer aguçada sensibilidade do magistrado ao possibilitar sua atuação, requerendo que o órgão colegiado, indicado pelo regimento interno do tribunal, se manifeste sobre a interpretação a ser aplicada a uma hipótese em que não está sedimentada divergência jurisprudencial, mas que traga consigo uma plausível possibilidade de replicar-se, dando ensejo a uma pletera de interpretações e entendimentos.

Nesse sentido, é possível perceber que o legislador buscou incitar na conduta do magistrado maior perspicácia, uma vez que não se exige, diversamente do que ocorre com o incidente processual visto no item anterior a prévia divergência jurisprudencial configurada.

A iniciativa permitida ao relator, na forma do § 1º do art. 555 do CPC, decerto é diametralmente distinta da figura esquemática de um magistrado estático, que agiria sob o manto de um suposto ideal de neutralidade, sendo que, na atualidade, concebe-se a forma de atuação do juiz no

84 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**, São Paulo: Malheiros, 2002, cap. XIV, nº 91, p. 137.

sentido de buscar o aprimoramento tanto de seu *múnus público*, como o da prestação jurisdicional como um todo⁸⁵.

Outro fundamental requisito do instituto é a possibilidade de prevenção ou composição de divergência. Estas são as motivações que ensejam a utilização do instituto e que gravitam como decorrência da relevância da questão de direito, acima explanada.

A prevenção é um elemento marcante dessa técnica de uniformização de jurisprudência, visto que, inclusive, há doutrina que denomina o instituto tratado no art. 555, § 1º, do CPC como incidente de “uniformização de jurisprudência preventiva”⁸⁶.

O uso do instituto com fins preventivos permite ao magistrado, ante a inexistência prévia de decisões divergentes sobre determinado tema, antever que a relevante questão de direito se afigure um tema propenso a gerar forte dissídio jurisprudencial a ser largamente demandado pelos jurisdicionados.

Já a composição concerne à finalidade do instituto para, diante do quadro fático em que há disparidade de soluções firmadas por decisões anteriores do tribunal, encontrar uma decisão que acabe com a controvertida pluralidade de entendimentos.

O requisito do interesse público deve ser destacado. O colegiado competente para decidir o incidente deve realizar votação em caráter preliminar no sentido de decidir se aceita a incumbência, aferida a relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, bem como pode se recusar a instaurar o incidente da assunção de competência, por não reconhecer existência de interesse público, importando na devolução dos autos ao órgão de origem. Em qualquer dessas duas hipóteses, a decisão adotada será irrecorrível.

O interesse público surge como condição necessária para a aceitação da formação do incidente de assunção de competência. Percebe-se a carga polissêmica vinculada ao termo “interesse público” que, por isso, é denominado, eminentemente, como conceito jurídico em aberto, sobre o qual a doutrina já se deteve, de forma a fornecer elementos que permitem sua conceituação. Nas palavras de Arruda Alvim⁸⁷:

85 Ainda que, à luz do direito processual civil constitucional colaborativo se entenda cabível (em que pese o texto legal não prever expressamente) que o recorrente ou o recorrido possam tecer considerações sobre a conveniência do Tribunal manifestar-se para os fins do § 1º do art. 555 do CPC, conforme alude Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.* P. 414.

86 Por todos, Cássio Scarpinella Bueno. *Op. cit.* P. 414.

87 ALVIM, Arruda. “Notas sobre algumas das mutações verificadas com as Leis nº 10.352 e nº 10.358” de dezembro de 2001. in *Revista Forense*, v. 368, julho-agosto, 2003.

Esta previsão do art. 555 § 1º, se afeiçoa à diretriz de que, para casos mais importantes, ou que tenham uma “significação fundamental”, ou em que nos encontremos diante de uma demanda representativa de “gravidade institucional”, ou de ações que tenham “relevância” ou ainda que delas decorra “repercussão social”, merecem um tratamento especial, tanto quanto possível, produzindo decisões paradigmáticas (esses nomes, nessa ordem, são os utilizados no “certiorari” em diversos países, respectivamente, Alemanha, Argentina, Brasil.

Extraí-se da jurisprudência germânica e estadunidense, conforme desenvolve a doutrina de Arruda Alvim⁸⁸, critérios *positivos* (ou *indicativos*) da existência de uma questão com significação fundamental, ao lado de *indicadores negativos*, por meio dos quais se operacionaliza, com maior facilidade e nitidez, o ato de *caráter político*, na triagem dos recursos de revisão.

Transpostos para a assunção de competência, os indicadores positivos e negativos quanto à existência de interesse público servem de importante instrumento de parametricidade, para a valoração pelo órgão colegiado do tribunal apreciador, no tangente à admissibilidade da assunção de competência.

Sob o prisma da relevância, que se relaciona diretamente com a repercussão social imanente à questão de direito, seriam indicadores positivos, que, uma vez percebidos operam em favor da instauração da modalidade de uniformização da jurisprudência em virtude da existência de interesse público, as hipóteses a seguir discriminadas⁸⁹, contidas na decisão recorrida:

- a) A expressão de uma “construção encoberta do direito”;
- b) A interpretação difícil e largamente debatida do direito;
- c) Comportar diversas interpretações, dando azo à vasta abrangência, em função de sua forte carga de subjetividade;
- d) A percepção de “injustiça”, que a faz flertar com a noção de construção do direito *contra* ou *praeter legem*;
- e) O forte dissenso doutrinário e jurisprudencial a respeito de questão tratada na decisão;

88 Idem.

89 Idem.

- f) A presença do Estado como parte interessada;
- g) A *quaestio juris* deve apresentar uma carga semântica ampla, a denotar interesse público;
- h) A hipótese de a decisão original ter sido elaborada com densidade argumentativa deficitária, de forma a demandar esclarecimentos supervenientes no intuito de preservar a unidade do direito.

Em contraposição, figuram como indicadores negativos, isto é, elementos que, caso detectados, agem como subsídios dissuasivos, recomendando a recusa à assunção de competência:

- a) O completo ineditismo da situação jurídica, a revelar questão isolada, sem relevância para além dos autos em que se manifesta, de modo que não transcende as esferas jurídicas das partes envolvidas no recurso;
- b) Trata de questão que recebe entendimento pacificado pela jurisprudência e doutrina, sem comportar dissidências;
- c) A decisão contemplar previsão legal de escassa aplicação, restrita a poucas situações jurídicas.

Cândido Dinamarco elabora, a seu turno, cinco hipóteses exemplificativas que pautam a identificação do interesse público⁹⁰:

- a) A quantidade expressiva de causas em trâmite no Tribunal que versam sobre a mesma tese jurídica;
- b) A questão de direito tratar de direitos ou interesses transindividuais relativos a grupos de grande representatividade na sociedade;
- c) A tese jurídica tratar de direito ou preceito fundamental;
- d) A repercussão macroeconômica que pode advir do julgado;
- e) A questão de direito se consubstanciar em matéria processual bastante repetitiva.

Já para a doutrina de Nelson Nery Jr.⁹¹, o interesse público, a ensejar a assunção de competência nos moldes do § 1º do art. 555, se manifesta com o escopo de atingir as seguintes finalidades e elucidar as situações que seguem:

- “a) para prevenir divergência entre turmas (...) do tribunal;
- b) para dirimir essas mesmas divergências;
- c) quando algum juiz propuser a revisão da jurisprudência do tribunal (...);

90 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. São Paulo, Malheiros, 2002, cap. XIV, nº 91, p. 137.

91 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 927 e 928, nota 7.

d) quando algum juiz propuser a revisão de súmula do tribunal (...)”.

Com base na análise dos diferentes posicionamentos acima dispostos, adotados por três juristas da doutrina processual, percebe-se inevitável a fluidez a caracterizar de forma inerente o conceito de “interesse público”. Por mais que se busque desenvolver critérios determinados, a encerrar o termo disposto no dispositivo legal em apreço.

Pautado por quais parâmetros de percepção quanto à existência de “interesse público” considerar pertinentes, o órgão destinatário previsto regimentalmente aceitará (importando na suspensão do julgamento no órgão originário), ou rejeitará, a competência para assumir o julgamento da questão controvertida que se pretende dirimir, prevenindo ou compondo entendimento estável.

Nesse sentido, ao contrário do que ocorre, como já visto, no incidente de uniformização de jurisprudência, a devolução dos autos ao órgão colegiado de origem se dá apenas na hipótese em que o órgão destinatário refute a assunção de competência por não perceber existente o interesse público necessário para aplicação do instituto previsto no art. 555, § 1º, do CPC, visto que, uma vez estabelecida a assunção de competência, como o próprio nome do instituto indica, ocorre a transferência da competência ao órgão *ad quem* para o julgamento do caso concreto que despertou o incidente, uma vez decidida, por este mesmo órgão, a questão de direito objeto de divergência interna.

Há ainda a examinar os embargos de divergência, mecanismo existente na legislação processual, que tem o mesmo intuito de uniformizar jurisprudência, de forma a extinguir controvérsias existentes acerca de teses jurídicas, no âmbito de um mesmo tribunal, que passa a ser analisado.

5. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência são um recurso previsto no art. 546 do CPC, que tem por finalidade, à semelhança dos incidentes já tratados no presente texto, uniformizar a jurisprudência, na hipótese de divergências formadas interna⁹² e exclusivamente nas esferas dos tribunais de cúpula

92 Para o caso de divergências que se pretendam uniformizar que tenham origem entre tribunais diversos, utilizam-se o recurso especial e o recurso extraordinário.

do sistema judiciário brasileiro, notadamente o STF e o STJ⁹³, não sendo, portanto, adotados perante os demais tribunais do país. Nos dizeres de Luciano Marinho Filho⁹⁴:

Trata-se, pois, de espécime recursal pontuado na legislação processual. Oportuno contra decisão de turma do STJ que, em REsp, divergir do julgamento de outra turma, de seção ou do órgão especial – e contra decisão de turma que divergir do julgamento de outra turma ou do plenário do STF em RE.

Por ter natureza recursal, na forma do art. 496, VIII, do CPC, primeiro ponto que o distingue dos incidentes já tratados, os embargos de divergência observam disciplina própria, em conformidade com a teoria geral dos recursos, que foge ao escopo deste texto, mas que importa citar com o fito de distinguir sua natureza jurídica das demais técnicas de uniformização de jurisprudência já abordadas.

Outro aspecto que distingue os embargos de divergência da assunção de competência reside no fato de que o procedimento levado a cabo para a instauração do incidente de assunção de competência, acentuadamente, prescinde de qualquer iniciativa das partes, podendo, no mais das vezes, ser despertado pelo próprio relator do processo, ao passo que os embargos de divergência têm patente sua natureza recursal, não excepcionam o princípio da voluntariedade para ser admitido, o que implica em ônus à parte interessada de ajuizar a peça pertinente.

Ademais, a decisão que versar sobre a aceitação ou não da assunção de competência, observada a presença dos elementos de relevância, conveniência e interesse público para o estabelecimento do incidente, é irrecorrível, o que não se dá na hipótese de denegação dos embargos de divergência pelo relator, que desafia a interposição de agravo regimental, no intuito de submeter a decisão monocrática ao órgão colegiado.

A admissibilidade dos embargos de divergência é condicionada à demonstração pelo embargante quanto à “comprovação analítica”⁹⁵ per-

93 “Seu objetivo é, em última análise, eliminar uma divergência *intra muros*, ou seja, afastar um conflito de entendimento na jurisprudência *interna* do tribunal superior” conforme aponta DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Meios de Impugnação às Decisões judiciais e processo nos Tribunais**, 8 ed. Salvador: JusPodium, 2009, v. 3, p. 351.

94 MARINHO FILHO, Luciano. “Breves Comentários aos Embargos de Divergência e aos Incidentes de Uniformização de Jurisprudência no Direito Processual Brasileiro”. **Revista Dialética do Direito Processual**. Ed. Dialética: São Paulo: nº 74, p. 49.

95 BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* P. 349.

tinente à efetiva divergência de jurisprudência, que pode ser relativa tanto ao mérito quanto à admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, e em que o recorrente deve deixar clara a atualidade da divergência e a identidade entre os casos confrontados por receberem tratamentos distintos quando submetidos ao exame do mesmo tribunal.

No que é atinente à assunção de competência, objeto principal deste estudo, é de se perceber que o desenvolvimento deste instrumento processual está teleologicamente afinado com recurso próprio componente da organização das Cortes Superiores, que são institucionalmente responsáveis, eminentemente, pela fixação do entendimento jurisprudencial, quando do julgamento de teses jurídicas em confronto (em lugar de se voltar à prestação jurisdicional exercida em caráter devolutivo amplo pelos Tribunais de Justiça Estaduais ou Tribunais Regionais Federais⁹⁶), o que denota maior prestígio ao aspecto influente dos entendimentos a serem firmados pela jurisprudência, a conferir solidez ao sistema processual.

Assim, parece legítimo o questionamento a respeito da possibilidade de cumulação dos embargos de divergência com o incidente de assunção de competência, em uma mesma causa, em sede de recurso especial ou recurso extraordinário.

À primeira vista, aparenta ser redundante a admissão de embargos de divergência, considerando que o recurso partilha de finalidade semelhante à exposta pelo art. 555 § 1º, do CPC, alcançada a uniformização de jurisprudência, em semelhante dinâmica, na qual o tribunal estaria a compor sua divergência interna pelo órgão fracionário de maior composição.

Em contrapartida, a supressão ao direito de fazer uso da pretensão recursal pela via dos embargos de divergência, representaria ameaça indevida ao devido processo legal, impedindo a parte interessada de manifestar argumentação que lhe seja favorável.

Nesse sentido, pode ser proveitoso à parte discorrer autonomamente os argumentos que julgue pertinentes em sede dos embargos de divergência, como meio de influir em julgamento favorável, de modo que a fundamentação jurídica utilizada em sua decisão pode se revelar determinante para sustentar a *ratio decidendi* contida na decisão.

96 Conforme revela Cássio Scapinella Bueno, a função jurisdicional a ser desempenhada pelo STJ e STF é qualitativamente diversa da função desenvolvida pelos Tribunais de Justiça. “São órgãos que têm como função precípua a uniformização do direito federal (infraconstitucional ou constitucional, respectivamente) em todo o território nacional e, por isso, devem ser tratados, assim como algumas das formas de acesso a eles, distintamente. São Tribunais que desempenharão, isso não pode ser posto em dúvida, atividade jurisdicional “superior””. BUENO, Cássio Scapinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil**. Tomo I, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 296.

Sobretudo em razão de que na hipótese do incidente de assunção de competência o deslocamento de competência se opera, em regra, a despeito da vontade das partes, que, assim, interferem de forma menos acentuada na prestação jurisdicional uniformizadora de entendimento jurisprudencial. Considerando essas observações feitas, Cristiano Reis Juliani⁹⁷ se manifesta no seguinte sentido:

Sopesando as duas situações, não há irregularidade em conceder às partes prazo razoável para manifestar-se sobre a divergência considerada pelo órgão fracionário remetente, que lhes daria a oportunidade tão logo decidissem pela remessa da causa ao outro órgão.

Essa flexibilização procedimental seria de bom alvitre, uma vez que perante o órgão *ad quem*, estaria mantida a possibilidade de manifestação das partes quando do julgamento dos embargos, por meio da sustentação oral, hipótese em que, afirma Cristiano Juliani, “*poderiam elas argumentar sobre a prevalência ou não do “interesse público na assunção da competência”, além, por óbvio, das demais questões submetidas ao Colegiado*”⁹⁸.

A interposição dos embargos de divergência ainda é preservada na situação em que utilizada a assunção de competência com origem em entendimento divergente percebido em Turma julgadora do STJ, a remeter à seção deste tribunal superior, que, por conseguinte, irá dirimir o julgamento da causa, em sede de recurso especial, sobre o qual seriam oponíveis os embargos.

Contudo, em situação correlata não será cabível o recurso dos embargos de divergência se a dissidência ocorrer por desarmonia entre as turmas que compõem a seção julgadora, quando, a seu turno, será preservada a faculdade de se embargar, demonstrada a dissidência de posicionamentos com origem em Turma ou Seção diversa componente do tribunal superior, com o fito de provocar a sua Corte Especial a dirimir a questão.

97 JULIANI, Cristiano Reis. "A nova redação do art. 555 CPC, e a uniformização de jurisprudência". **Revista Forense**, v. 392, julho-agosto, 2007.

98 Idem.

6. CONCLUSÃO

A inovação legislativa que deu origem ao art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, implantou nova técnica de uniformização da jurisprudência, prevenção e composição da dissidência interna existente entre órgãos colegiados dos tribunais de instância ordinária, conhecida como “assunção de competência”.

A previsão do dispositivo em torno do qual se pautou este estudo traz como objetivo produzir efeitos na dinâmica dos julgamentos das causas que se acumulam à espera de uma solução pelo Judiciário guardando entre si identidade quanto à controvertida questão de direito que as ampara, que, nesse sentido, demonstra potencial de se tornar matéria controvertida ou até mesmo já apresenta entendimentos consolidados em sentidos divergentes dentro do mesmo tribunal.

Por concernir preocupações caras ao funcionamento da atividade jurisdicional, voltadas para a presteza na solução dos conflitos, é de se identificar que o incidente tratado está inserido na terceira onda de renovação do acesso à justiça, conforme classificação *capelettiana*.

Deve ser salientado, igualmente, o escopo do dispositivo em favor da consagração do valor “eficiência da prestação jurisdicional”, que, posteriormente à entrada em vigor da Lei 10.352/01, consta como direito fundamental, na forma do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional de Reforma do Poder Judiciário (EC 45/04), em concomitância com a pretensão de realçar o valor segurança jurídica no desempenho da prestação jurisdicional.

Mais uma vez, citando TERESA ARRUDA ALVIM WANBIER⁹⁹:

“O que se pretende aqui frisar é que é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir a mesma questão, assim como é inconveniente que os tribunais, surpreendentemente, mudem de posição. Uniformizar é necessário sempre, ...”

Diante da análise dos institutos processuais destinados a findar com entendimentos jurisprudenciais divergentes, insta exaltar o poten-

99 Ob. cit., p. 7.

cial que demonstra a assunção de competência como meio mais ágil para prevenir e compor divergências no âmbito de um mesmo tribunal ao não apenas destinar ao órgão colegiado indicado regimentalmente a função de resolver a pendência relativa à interpretação que deve prevalecer, mas também ao prever o acúmulo da função de decidir o caso concreto que serviu de base para a instauração do incidente, o que representa um notável ganho de celeridade processual.

Esse mecanismo de resolução de divergência, portanto, tendo em vista o dinamismo que o caracteriza, deveria se tornar de uso recorrente pelos tribunais, como forma de cristalização dos julgados, em que pese, todavia, a já identificada ausência de efeito vinculante para casos similares com que o tribunal se depare no futuro.

Ainda assim, não é de se desprezar que o entendimento consagrado no julgamento do incidente resta como preeminente indicador do posicionamento a ser adotado, ao fim e ao cabo, pelo tribunal em casos semelhantes, podendo inclusive servir de base para edição de súmula, com todas as implicações já encontradas na lei, e aqui já tratadas, relativas às flexibilizações procedimentais impulsionadas pelo posicionamento sumulado.

Vale citar, por fim, observação de Cândido Dinamarco¹⁰⁰ quanto a elemento imprescindível para fazer o instituto aqui analisado cair no gosto da prática forense, devendo para isso:

Haver razoável disposição dos juízes a se valer do que permite o novo dispositivo legal, sob pena de condená-lo a permanecer como letra-morta no sistema, a exemplo do que acontece com a uniformização da jurisprudência, que é menos praticada pelos tribunais do que seria desejável ❖

100 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 141.

O Papel do Judiciário na Garantia de um Ambiente de Negócio Seguro*

Maria Isabel Paes Gonçalves

Juíza de Direito do TJERJ

A meu ver, o tema proposto se mostra extremamente desafiador, porque vivemos em uma era de incertezas e mudanças constantes. É certo que, neste contexto, indagada-se quanto ao papel do Judiciário para proporcionar a necessária segurança na esfera negocial.

Todavia, devemos pensar em segurança convivendo diariamente com a certeza de que nada é absoluto e que a qualquer momento o novo nos surpreenderá, e o imprevisto nos instiga. Na era da nanotecnologia, a criatividade impera e a adversidade é fonte propulsora do crescimento e desenvolvimento humano.

Considerando alguns aspectos relativos ao tema e a nossa responsabilidade neste cenário globalizado, busquei dados e informações que ilustram o meio no qual estamos inseridos, particularmente quanto à propriedade industrial, sem esquecer uma breve leitura da evolução da história, com o intuito de pensarmos quanto à complexidade da matéria e à necessidade da permanente investigação do assunto.

Os diferentes órgãos citados e estatísticas brevemente apresentadas nos dão conta de que a segurança de que falamos se sustenta na firme e crescente evolução do instituto.

Como veremos a seguir no cenário de investigação proposto, a propriedade industrial é tema de diferentes encontros políticos e econômicos, comprovando seu avanço a passos largos, porque representa fonte de riqueza, crescimento e desenvolvimento para povos e nações.

*Palestra proferida no Seminário Propriedade Industrial e Desenvolvimento: Papel do Poder Judiciário, realizado na EMERJ, em 14 de maio de 2012.

EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

O tema, no sentido amplo, propriedade intelectual, merece breve registro quanto à forma como foi abordado pelas nossas Constituições.

A Constituição do Império de 1824 fez a primeira menção, no ordenamento jurídico brasileiro, à proteção da propriedade industrial. O artigo 179 no inciso XXVI prescrevia que:

“os inventores terão propriedade de suas descobertas ou das produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo e temporário ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização”.

As Constituições da República de 1891 e 1934 mantiveram tal proteção, enquanto a Constituição de 1937 silenciou quanto aos direitos do inventor, que retornou ao texto constitucional em 1946 e em 1967.

Pontes de Miranda, ao comentar o artigo 141 § 17 da Constituição de 1946, afirmou que:

“O princípio do § 17, oriundo de 1824 e de 1891, tem duplo fito: reconhecer que os inventos industriais representam esforços, que merecem ser recompensados; salvaguardar o lado social da invenção, permitindo que o Estado vulgarize, mediante a paga de prêmio justo, isto é, de acordo com o valor do invento e dos gastos que forem de mister”.

Na atualidade, a norma está consagrada no artigo 5º, XXIX, da Constituição de 05 de outubro de 1988, com a seguinte redação:

“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

ABRANGÊNCIA DO INCISO XXIX DO ART. 5º SOB O ASPECTO DA IMPORTÂNCIA DA EFICAZ ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Da expressão “*tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”, empregada no enunciado do inciso XXIX do artigo 5º da Constituição, extrai-se que o direito de exploração exclusivo e temporário garantido ao inventor não é direito vinculado apenas ao ato inventivo, mas à combinação do ato inventivo com a expectativa de estímulo da concorrência e, conseqüentemente, de aumento de bem-estar social.

É indubitoso que o reconhecimento no texto constitucional de proteção exclusiva aos inventores pressupõe que o sistema de patentes seja um instrumento adequado e efetivo ao fomento de bem-estar social. Seria incoerente com os princípios que norteiam a ordem jurídica brasileira pensar que ao inventor teria sido reconhecido um direito exclusivo de exploração econômica sem que, em contrapartida, isso pudesse reverter de alguma forma em benefícios para a sociedade.

Dessa forma, um Poder Judiciário atuante e eficaz na proteção da propriedade intelectual exerce influência direta na economia nacional, resultando na obtenção do objetivo maior do Estado, o atendimento da dignidade humana.

A percepção de que o mau funcionamento do judiciário tem impacto significativo sobre o desempenho da economia é relativamente recente e reflete o crescente interesse do papel das instituições como determinante do desenvolvimento econômico e na garantia de um ambiente de negócio seguro.

Por outro lado, ao tratar da ordem econômica e financeira, a Constituição estabelece no artigo 170 que:

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

(...)

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

(...)

Valendo-me do comentário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, advogado, jurista, político e professor brasileiro.

“A menção expressa à livre concorrência significa a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição, e importa na igualdade de concorrência, com a exclusão de quaisquer práticas privilegiadoras de uns em detrimento de outros.”

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A legislação infraconstitucional, por sua vez, na esteira do texto constitucional, é clara no sentido de conferir proteção ampla aos bens protegidos pelo registro através, principalmente, das **Leis 9.279/96** (Marcas e Patentes), **9.456/97** (Cultivares), **9.609/98** (*Software*) e **9.610/98** (Direitos Autorais), além de tratados internacionais, como as Convenções de Berna, sobre Direitos Autorais, e de Paris, sobre Propriedade Industrial, além de outros acordos como o TRIPs (*Trade Related Intellectual Property Rights*).

O Brasil, ainda que de forma tímida, vem participando de eventos internacionais referentes à proteção da propriedade intelectual, tendo aderido à Convenção de Paris, primeiro acordo internacional relativo à propriedade industrial, assinado em 1883, que ingressou no nosso ordenamento jurídico em 1975, através do Decreto 75.572.

BRICS

BRIC trata-se de uma sigla que se refere aos países Brasil, Rússia, Índia e China, tratados em economia como países em desenvolvimento, sendo que em 2011 foi acrescido o “S” para indicar África do Sul.

Embora os referidos países não formem um bloco econômico ou político, é certo que tal movimento pode ser claramente percebido.

Todos sabemos do interesse e dos olhares do mundo sobre tais países, daí uma rápida referência do tratamento que referido grupo vem atribuindo à propriedade industrial.

Assim é que, recentemente, em dezembro de 2010, aconteceu, pela primeira vez no Brasil, o Fórum de Propriedade Intelectual dos países do BRIC, realizado no Rio de Janeiro, com o fim de discutir os desafios dos países emergentes na proteção da propriedade intelectual.

“Os desafios para obtenção de direitos de Propriedade Intelectual em mercados emergentes” foi o tema em discussão no *BRIC Intellectual Property Forum (BIPF)*.

No encontro, o Diretor Regional da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para a América Latina, no Brasil, Dr. José Graça Aranha, discorreu sobre o sistema internacional de proteção à propriedade intelectual, abordando os diversos Tratados e Acordos multilaterais, bilaterais e regionais administrados pela organização.

Curiosamente, os países que compõem o grupo BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) foram os piores colocados em pesquisa que, pela primeira vez, estabeleceu um *ranking* comparativo, separado por “fileiras”, com as 22 maiores economias do mundo.

O GIPI (*Global Intellectual Property Index*), divulgado pela empresa de advocacia Taylor Wessing, realizou comparação estatística entre as nações quanto ao que o relatório proveniente do estudo chama de “competitividade de propriedade intelectual”. As notas e classificações atribuídas aos países têm como base três facetas da propriedade intelectual: marcas, patentes e direitos autorais.

A conclusão foi de que Brasil, Rússia e Índia ainda são vistos como nações demasiadamente pobres para gerenciar todas as facetas da propriedade intelectual. Reino Unido, Estados Unidos e Alemanha são os países mais avançados quanto ao tema. Ainda segundo o estudo, nações que sabem gerenciar suas leis de proteção ao conhecimento são vistas como aquelas que apoiam o melhor gerenciamento da propriedade intelectual em uma escala global.

Acredito que o *ranking* apresentado não nos desmerece. Ao contrário. Demonstra que estamos caminhando e trabalhando para o desenvolvimento necessário em tema tão complexo.

LAS CUMBRES DE LAS AMERICAS (SUMMIT OF THE AMERICAS OU ENCONTRO DOS PAÍSES AMERICANOS)

No contexto das Américas a situação não se mostra diferente, porque o tema igualmente é tratado e observado pelos países da região.

No último encontro da Organização dos Países Americanos, que aconteceu em abril/2012, em Cartagena, Colômbia, a proteção à propriedade intelectual foi discutida como parte da agenda do presidente Obama.

Nos últimos encontros, os Estados Unidos vêm tentando estabelecer um acordo único com os países sul-americanos que reduza as barreiras de mercado e aumente a proteção à propriedade intelectual.

Para os Estados Unidos esta proteção é muito importante. Segundo o presidente Obama: *“a criatividade, engenho e inovação do povo americano é o patrimônio de maior valor”*.

Isso ocorre, evidentemente, porque há uma forte pressão política das grandes corporações americanas. Entretanto, essa proteção não é necessariamente do interesse de outros países. Políticos sul-americanos não veem como um fator positivo na arrecadação de votos a imposição de restrições às empresas locais.

OMPI-ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), uma das 16 agências especializadas da ONU, criada em 1967, com sede em Genebra, que se dedica à constante atualização e proposição de padrões internacionais de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial, igualmente atua e trabalha no estímulo e proteção ao crescimento da propriedade intelectual.

No Brasil, o Escritório da OMPI se estabeleceu em fevereiro de 2009, no Rio de Janeiro, com o objetivo de promover novos enfoques e formas de interação e vinculação entre o setor produtivo e os usuários do Sistema de Propriedade Intelectual. Entre as funções da Agência estão: (1) Proteger a Propriedade Intelectual em todo o mundo mediante a cooperação entre os Estados, (2) Estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover a atividade intelectual criadora e facilitar a transmissão de

tecnologia relativa à propriedade industrial e (3) Incentivar a negociação de novos tratados internacionais e a modernização das legislações nacionais sobre o assunto.

Em visita oficial aos Estados Unidos que aconteceu também em abril/2012, a presidenta Dilma Rousseff e o presidente norte-americano, Barack Obama, discutiram, entre outros temas, a conclusão do instrumento internacional na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que assegura acesso igualitário à informação, à cultura e à educação para as pessoas com deficiência visual e dificuldade de leitura.

Os presidentes confirmaram a intenção de concluir este instrumento efetivo na OMPI para garantir que pessoas com deficiência visual e/ou que tenham dificuldade no acesso à leitura acessem todas as obras literárias possíveis, criando assim uma nova cultura, a da acessibilidade.

A ATUAÇÃO/PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Conforme referido acima no estudo realizado pelo GIPI (*Global Intellectual Property Index*), nações que sabem gerenciar suas leis de proteção ao conhecimento são vistas como aquelas que apoiam o melhor gerenciamento da propriedade intelectual em uma escala global.

É inquestionável que sem proteção que ampare os altos investimentos realizados nos processos inventivos, não existe estímulo às empresas para investirem em novas tecnologias e pesquisas.

Para que o mecanismo de compensação inerente a qualquer sistema, em especial na área da propriedade intelectual, funcione, é imprescindível que a instituição jurídica também funcione.

A EXPERIÊNCIA DO RIO DE JANEIRO COM A ESPECIALIZAÇÃO DAS VARAS

É apropriado que neste fórum de exposição de ideias e conceitos seja colocada a experiência do Rio de Janeiro, ao deslocar para Varas Especializadas a competência e atribuição para solução dos conflitos pertinentes às questões empresariais, incluindo dentre elas a matéria concernente à propriedade industrial.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em dezembro de 2001, ampliou a competência das Varas de Falências e Concordatas existentes, para incluir as ações relativas a Direito Societário, Mercado de Capitais, Direito Marítimo e Propriedade Intelectual, transformando-as em Varas Empresariais, que atualmente julgam também as Ações Coletivas de Direito do Consumidor e aquelas relativas à Arbitragem.

Induvidosamente, a complexidade dos institutos jurídicos e das questões econômicas, bem como a carência de legislação qualificada e atualizada pertinentes à área empresarial tem exigido dos juízes, sobremaneira, estudo mais específico e apurado em temas que fogem à competência cível convencional.

A especialização possibilita ao profissional aprofundar-se na matéria em exame e, conseqüentemente, prestar a tutela mais condizente às necessidades do segmento tratado.

Merece registro o fato de que a riqueza dos temas, sua diversidade e a excelente qualificação dos advogados atuantes nos processos desafiam, instigam e incentivam os magistrados ao permanente aperfeiçoamento e atualização, com vistas à entrega da prestação da jurisdicional com maior rapidez e eficácia.

Por outro lado, a presença de um judiciário mais forte e comprometido com questões de ordem global, atento à evolução econômica e social, favorece ao aparecimento no cenário nacional de empresas mais seguras e confiantes na realização de investimentos no mercado brasileiro, beneficiando a economia e gerando empregos.

DA CONSCIÊNCIA DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO CONJUNTA E COOPERAÇÃO ENTRE AS INSTITUIÇÕES.

As autoridades brasileiras têm cada vez mais apreendido produtos que violam marcas, direitos autorais e outras espécies de bens protegidos pela propriedade intelectual. E o Judiciário do Rio de Janeiro, de sua parte, vem atuando com rapidez e eficiência, através da concessão de liminares pelos juízes de primeiro grau e suas confirmações pelo segundo grau de jurisdição.

Podem ser citadas as seguintes operações, que mostram o atuar conjunto de instituições pertencentes a diferentes esferas do Poder Estatal:

Dez/2010 – RJ – apreensão produtos contrafeitos de diferentes marcas por meio de medida liminar concedida e cumprida pela Justiça estadual, em ação concomitante da Polícia Civil e da Receita Federal.

Foz do Iguaçu – Operação Comboio – Receita Federal do Brasil com o apoio das Polícias Federal e Rodoviária Federal, contando ainda com o auxílio da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e outras entidades de governo, na qual foi apreendida grande quantidade de ônibus montados para transportar produtos ilegais, restando atingidas quadrilhas especializadas em “importar” pirataria, além de drogas e armas para o país.

Estudo da UNICAMP revelou que, em virtude das práticas de pirataria, descaminho e contrabando, deixam de ser gerados no país algo em torno de 2 milhões de empregos formais por ano, enquanto a perda de arrecadação federal foi estimada em R\$ 30 bilhões/ano.

Tal situação afeta a economia do País, estabelece prejuízos ao público e ao particular, e provoca desestímulo à indústria nacional, queda da arrecadação tributária, evasão de divisas, facilitação à lavagem de dinheiro, sem contar com as pressões internacionais e os prejuízos causados aos consumidores.

GLOBALIZAÇÃO

A globalização é fenômeno que vem mudando a forma e o modo de ver o mundo. No campo econômico, tem realizado profundas modificações na maioria dos países. E, como registrou o Exmo. Desembargador Antônio Esteves: **“A propriedade industrial é ciência globalizada desde sempre”**. Fenômeno que, sem dúvida, exige integração cada vez maior entre o Judiciário, o Direito e a Economia dos diversos Estados, seja por força dos contratos, dos negócios, das parcerias ou de atos similares firmados entre os países.

CONCLUSÃO

O tema possibilita discussão rica em variadas vertentes, bastando um olhar um pouco mais atento à sua diversidade para compreender-se que seu alcance transcende a dimensão dos autos do processo. Todavia, através dele se pode evitar ou, ao menos, minimizar efeitos mais danosos aos titulares de direitos protegidos pelo ordenamento especial.

Dessa forma, todos nós, advogados, juízes, auxiliares, envolvidos no processo judicial, de diferentes maneiras, devemos ter a consciência da importância do debate, da atenção que a questão impõe e da necessidade de atuação rápida e eficaz para que se obtenha a tão esperada justiça. ❖

O *Judicial Review* na Perspectiva da “Geração Fundadora” e a Afirmação da Supremacia Judicial nos Estados Unidos

Marianna Montebello Willeman

Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora de Jurisdição Constitucional na PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo resgatar historicamente o *judicial review* a partir de marco distinto daquele que usualmente se adota. Ao invés de examinar o célebre julgado *Marbury v. Madison*, serão abordados a teoria federalista que o precedeu e o pensamento de dois influentes “fundadores”: James Madison e Thomas Jefferson. Em seguida, o trabalho buscará identificar se os caminhos trilhados inicialmente fornecem, de fato, arcabouço teórico que justifica a trajetória norte-americana de adesão à supremacia judicial.

INTRODUÇÃO

A recuperação histórica usualmente realizada quando se estuda a temática do controle de constitucionalidade remonta ao emblemático precedente *Marbury v. Madison*¹, decisão na qual, por meio da argumentação desenvolvida pelo *Chief Justice* Marshall, a Suprema Corte

1 5 U.S 137 (1803).

norte-americana teria afirmado a sua própria autoridade para invalidar leis que conflitem com a Constituição². De fato, especialmente ao longo do século XX, difundiu-se a concepção de que aquele precedente, ao asseverar ser “enfaticamente competência e dever do Poder Judiciário definir o sentido das leis”³, teria reconhecido a Corte como a suprema guardiã da Constituição⁴, fixando as bases fundamentais para aquilo que hoje se conhece como supremacia judicial.

Embora esse precedente seja consensualmente identificado como o mais famoso caso constitucional de todos os tempos, e se atribua ao *Chief Justice* Marshall a construção prática do *judicial review*, há um dado histórico relevante que tem sido comparativamente pouco explorado: em *Marbury v. Madison*, Marshall simplesmente reproduziu a tese hamiltoniana a respeito do Poder Judiciário e de sua atribuição para velar pela superioridade da Constituição.

Com efeito, a elaboração teórica subjacente à formulação de *Marshall* a respeito do *judicial review* encontra-se integralmente delineada no Federalista n. 78, em artigo de autoria de Alexander Hamilton. E, em verdade, não apenas Hamilton, mas vários integrantes da chamada “geração fundadora” dos Estados Unidos preocuparam-se com o tema e a ele dedicaram seu pensamento, com especial destaque para Thomas Jefferson e James Madison.

Ao longo desses mais de duzentos anos desde sua exposição original, o *judicial review* nos Estados Unidos acabou-se convertendo em uma teoria que reconhece a supremacia judicial na interpretação constitucional, identificando o Poder Judiciário como aquele que dita a “última palavra”. Ou seja, reconhece-se uma autoridade exclusiva e final do Judiciário em matéria constitucional, gerando a perplexidade democrática bem condensada na chamada “dificuldade contramajoritária” cunhada por Alexander Bickel⁵.

2 Atualmente, existe uma literatura bastante importante nos Estados Unidos que questiona o conhecimento convencionalmente aceito de que *Marbury v. Madison* seria a pedra fundadora do *judicial review*. Para uma análise mais aprofundada da tese revisionista, confira-se, por todos: KLARMAN, Michael J. “How great were the ‘great’ Marshall court decisions?” *Virginia Law Review*, v. 87, n. 06, oct./2011, p. 1.111 - 1.184. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/107390>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

3 5 U.S 137 (1803). Tradução livre da autora para um dos trechos mais citados e controvertidos da decisão adotada em *Marbury v. Madison*. No original: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”.

4 Esse (auto)reconhecimento foi explicitado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1958, ao decidir o caso *Cooper v. Aaron* (358 U.S. 1).

5 Segundo Bickel, “(...) when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of here and now; it exercises control, not in be-

Como se sabe, essa anomalia democrática do *judicial review* tem resultado na elaboração de diversas teorias que ora justificam e sustentam a primazia do Poder Judiciário como autoridade interpretativa, ora desafiam essa concepção e propõem alternativas como a supremacia parlamentar⁶. Há, ainda, teorias intermediárias, as quais não chegam a recusar o *judicial review*, mas buscam mecanismos para suavizá-lo ou para minimizar a centralidade das instâncias judiciais, destacando-se, nesse contexto, (i) o constitucionalismo popular; (ii) o *weak judicial review*; e (iii) o departamentalismo.

O objetivo do presente trabalho não é revisitar tais teorias. O que se pretende realizar neste ensaio é, em um primeiro momento, o resgate histórico da fundação do *judicial review* a partir de marco distinto daquele que usualmente se adota: ao invés de examinar o célebre julgado, serão expostas a teoria federalista que o precedeu e o pensamento de dois líderes políticos da época, James Madison e Thomas Jefferson. Em seguida, buscar-se-á identificar se os caminhos trilhados pelos “fundadores” de fato forneceram o arcabouço teórico que justifica uma trajetória de adesão à supremacia judicial.

A esse respeito, cabe antecipar que a resposta parece ser negativa. Na verdade, o exame da abordagem realizada pelos grandes pensadores da “geração fundadora” dos Estados Unidos sugere adoção de posturas que são muito mais próximas das teorias intermediárias do que da aceitação de uma supremacia judicial. Essa hipótese tem sido defendida por alguns importantes nomes do constitucionalismo contemporâneo norte-americano, cabendo destacar, nesse cenário, as obras de Larry Kramer e de Keith Whittington.

Após traçar muito brevemente o panorama geral do debate contemporâneo em torno das teorias intermediárias sobre o *judicial review* – o que será feito de maneira tangencial, sem pretensão exaustiva –, o ensaio buscará salientar os pontos de contato entre as formulações dos *Founding Fathers* e as denominadas teorias intermediárias. Ao final, o artigo tentará identificar como uma teoria inicialmente conciliadora – e,

half of the prevailing majority, but against it. That, mystic overtones, is what actually happens. (...) and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.” (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986, p. 16/17).

⁶ Em defesa da supremacia parlamentar, confira-se a obra de Jeremy Waldron e sua tese central no sentido de que o *judicial review* é inapropriado em uma sociedade livre e democrática. (WALDRON, Jeremy. “A Essência da Oposição ao *Judicial Review*”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-157).

nesse ponto, plenamente coerente com a premissa da divisão de poderes departamentais concebida pelos federalistas – acabou culminando, especialmente ao longo do século XX, com o reconhecimento de uma autoridade suprema, exclusiva e final dos órgãos judiciais para a definição do sentido e do alcance da Constituição.

I. TEORIAS INTERMEDIÁRIAS SOBRE A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO: CONSTITUCIONALISMO POPULAR, *WEAK JUDICIAL REVIEW* E DEPARTAMENTALISMO

A temática da guarda da Constituição e de quem tem ou deve ter a “última palavra” a respeito do seu sentido e alcance é tradicionalmente abordada a partir de dois eixos contrapostos: (i) ou aceita-se a supremacia judicial e, com isso, reconhece-se a autoridade suprema e final do Judiciário em matéria constitucional; (ii) ou perfilha-se ao sistema britânico de supremacia legislativa, recusando-se ao Poder Judiciário competência para apreciar a validade das leis e demais atos do poder público em face da Constituição.

Essa aproximação binária ao tema tem recebido, contemporaneamente, a interlocução de teorias intermediárias que desafiam a concepção predominante de supremacia judicial, sem, contudo, rejeitar o *judicial review*. São teorias que recusam a ideia de que *judicial review* significa, necessariamente, supremacia das Cortes de Justiça e, nesse sentido, atribuem ao Poder Judiciário um papel privilegiado na interpretação constitucional, mas não um papel supremo, infalível e conclusivo.

Essas teorias intermediárias compartilham preocupação com a função privilegiada exercida pelo Judiciário em questões constitucionais e buscam caminhos para recuperar o espaço das instâncias políticas. São concepções que se preocupam fortemente com a proeminência da atuação judicial em detrimento dos demais poderes orgânicos e que, portanto, oferecem alternativas que não pretendem a eliminação da revisão judicial, mas que aspiram assegurar a outras instâncias decisórias posição mais relevante do que a ocupada atualmente.

Com a finalidade de melhor sistematizar o assunto, essas teorias intermediárias serão abordadas a partir da seguinte categorização: (i) constitucionalismo popular; (ii) *weak judicial review*; e (iii) departamentalismo.

O constitucionalismo popular norte-americano tem se apresentado na última década como o grande oponente da doutrina da supremacia judicial, desafiando a concepção de que os juízes são os intérpretes últimos e definitivos da Constituição. Embora existam especificidades no pensamento dos diversos autores que se filiam a esse movimento, o traço comum de sua doutrina reside na desconfiança dirigida à interpretação elitista e expertocrata dos juízes e, portanto, no desejo de diminuir o papel do Judiciário na interpretação constitucional.

As duas versões mais influentes do constitucionalismo popular foram oferecidas por Mark Tushnet e Larry Kramer, cujos trabalhos expressam claramente a preocupação de se minimizar a intervenção das instâncias judiciais na definição do significado constitucional.

Mark Tushnet chegou a considerar, inicialmente, a necessidade de se “retirar a Constituição das mãos das Cortes Judiciais”, uma vez que o intérprete mais autorizado e legitimado do sentido constitucional é o próprio povo, que realiza essa tarefa por meio de suas instâncias de representação. Assim, o autor sustentou a própria eliminação do *judicial review* a partir do desenvolvimento de argumentos segundo os quais o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público seria desnecessário e indesejado, produzindo malefícios para a democracia norte-americana⁷.

Essa posição bastante extrema e radical veio a sofrer, posteriormente, alguns temperamentos, dedicando-se Tushnet, em trabalhos mais recentes, a marcar uma posição a favor de fórmulas alternativas e moderadas para o exercício da jurisdição constitucional. Assim, ao invés de reforçar sua aversão ao *judicial review*, Tushnet passou a enfatizar a possibilidade de exercício de controle judicial de constitucionalidade sem que isso importe adesão à supremacia judicial. Daí a sua famosa proposta no sentido do desenvolvimento de um *weak judicial review*, que parte da ideia central de fornecer mecanismos mais ágeis e eficazes para que os diversos atores sociais e políticos possam responder a decisões judiciais que considerem equivocadas.

Larry D. Kramer é outro autor que se junta a Tushnet em defesa de um constitucionalismo popular, reservando papel central à interpretação extrajudicial da Constituição, protagonizada, em especial, pela cidadania.

⁷ Nessa linha de raciocínio, Mark Tushnet enfatiza que a Suprema Corte frequentemente produz decisões equivocadas e que, quando tais equívocos incidem em matéria constitucional, a sua reversão é praticamente impossível (*Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999).

O autor opõe-se à supremacia judicial por meio da construção de uma teoria que pretende que o *the people themselves* seja o árbitro final dos conflitos constitucionais. Nessa linha de pensamento:

*A suposição de que a autoridade final interpretativa deve ser exercida por alguma esfera de poder pertence à cultura da legislação ordinária, não à cultura do constitucionalismo popular. No mundo do constitucionalismo popular, oficiais do governo são regulados, e não os reguladores, e a autoridade final interpretativa repousa no **the people themselves**. Logo, Madison, Jefferson e seus seguidores não tinham qualquer dificuldade em explicar como os conflitos constitucionais seriam finalmente resolvidos: eles seriam decididos pelo povo*⁸.

A rica e profunda análise histórica empreendida por Kramer em sua obra visa a demonstrar que a formação constitucional norte-americana, em sua construção teórica inicial, não fornece suporte para uma trajetória de adesão à supremacia judicial. Ao abordar o Federalista n. 78, Kramer até reconhece que Hamilton valeu-se de expressões bastante enfáticas para a época, como, por exemplo, quando assenta que os limites constitucionais não poderiam ser preservados *senão* por intermédio das Cortes de Justiça. Mas, mesmo consentindo que Hamilton atribuía aos juízes e tribunais papel de relevo, Kramer argumenta com veemência que seus escritos são absolutamente compatíveis com o constitucionalismo popular e que, em verdade, Hamilton pretendia tão somente integrar o Poder Judiciário no processo de interpretação constitucional (integração esta que, conforme o próprio Kramer reconhece, estaria muito próxima da posição departamentalista amplamente difundida à época)⁹.

8 Tradução livre da autora. No original: “*The assumption that final interpretative authority must rest with some branch of the government belongs to the culture of ordinary law, not to the culture of popular constitutionalism. In a world of popular constitutionalism, government officials are the regulated, not the regulators, and final interpretive authority rests with the people themselves. Hence, Madison, Jefferson, and their supporters had no difficulty whatsoever explaining how constitutional conflicts would finally be resolved: they would be decided by the people*”. (**The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004, p. 107).

9 KRAMER, Larry D. Obra citada, p. 78-80. O autor sublinha que Hamilton realmente desenhou o argumento para o *judicial review*, mas lembra que o Federalista n. 78 não pode ser lido de forma dissociada de seu objetivo, que era refutar as acusações feitas pelos Antifederalistas (*Brutu's Papers*) quanto à amplitude e a profundidade dos poderes que a Constituição estaria atribuindo ao Poder Judiciário.

É importante registrar, porém, que, à semelhança dos escritos mais recentes de Tushnet, Kramer não advoga a necessidade de eliminação dos mecanismos de controle de constitucionalidade. O autor não rejeita a revisão judicial em si, mas sim a exclusividade e a definitividade da interpretação judicial. Tanto assim que a sua principal obra, no epílogo, anuncia o que pode ser compreendido como a conclusão do seu projeto: *judicial review* sem supremacia judicial. E, mais do que isso: o autor chega a identificar a fórmula europeia de estabelecimento de Tribunais Constitucionais politicamente responsáveis como um mecanismo “sensato” para o manejo dos problemas decorrentes do controle de constitucionalidade¹⁰.

Como se pode imaginar, o constitucionalismo popular gera grandes perplexidades e suscita reações das mais variadas intensidades. Uma crítica fortemente dirigida à linha teórica, por exemplo, salienta a ausência de clareza em relação às propostas efetivamente endossadas pelo movimento. Demais disso, opositores do constitucionalismo popular identificam um certo romantismo que, em sua concepção, estaria a permear a doutrina popular e que partiria da premissa de que se deve confiar no povo (por meio de suas instâncias representativas) para se avançar em matéria de valores constitucionais. Essa concepção, porém, desconsidera que a proteção das minorias e de seus direitos não pode ficar na dependência das majorias. Por fim, estima-se que os constitucionalistas populares supervalorizam as potencialidades de adesão voluntária à interpretação popular por parte das demais instâncias de poder e, ao mesmo tempo, negligenciam os benefícios e os progressos decorrentes da revisão judicial¹¹.

10 Segundo o autor: “*The nations of modern Europe have found more sensible ways to handle this problem of control. Recognizing that constitutional enforcement is not and never could be like ordinary legal interpretation, the post-World War II constitutions of Europe established special courts, not part of the ordinary legal system, whose sole function is to review constitutional questions. Given the high political station these courts occupy, additional safeguards were added to ensure appropriate level of political accountability without needlessly compromising judicial independence. Appointment to the bench thus typically requires a supermajority in one or both houses of the legislature, guaranteeing that constitutional courts have a mainstream ideology, while judges serve terms that are limited and staggered to ensure a regular turnover. In addition, the constitutions themselves are more easily amendable than ours. The combined effect of these innovations is to relieve the pressure a doctrine of supremacy creates by reducing the likelihood of serious breaches between the constitutional court and the other branches of government, and by making political correctives easier to implement when breaches occur. Partly as a result, constitutional courts in Europe have managed successfully to mimic American activism without the same controversy, though recent developments suggest that European judges, too, may be approaching the limits of their authority.*” (Obra citada, p. 249).

11 Para uma visão bastante crítica do constitucionalismo popular, confira-se: CHEMERINSKY, Erwin. In **Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer**. 92 Cal. L. Rev. 1013 (2004). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/california-law-review/vol92/iss4/2>. Acesso em 09 de abril de 2013.

É quase intuitivo que, em decorrência das próprias dificuldades operacionais para sua implementação, associado a uma trajetória de supremacia judicial bastante arraigada na comunidade norte-americana, o constitucionalismo popular, embora teoricamente bastante atrativo, tenha pouca ressonância prática. Não surpreende, portanto, que suas premissas teóricas tenham impulsionado o desenvolvimento de elaborações institucionalmente mais sofisticadas e, ao mesmo tempo, menos audaciosas do ponto de vista prático.

Assim, Mark Tushnet, que inicialmente liderou um movimento de eliminação do *judicial review*, revisitou o tema e reconsiderou sua posição, assumindo postura de defesa de sistemas que ele próprio veio a denominar de *weak judicial review*, em oposição ao sistema norte-americano de *strong judicial review*. Eis a diferença principal entre os modelos forte e fraco de revisão judicial, nos termos identificados pelo autor:

*No sistema **strong-form** como aquele adotado pelos Estados Unidos, a distinção entre a execução judicial das limitações constitucionais e o autogoverno democrático é óbvia. O povo tem poucos recursos quando as cortes interpretam a Constituição de forma razoável, mas que, na visão alternativa também razoável da maioria, é equivocada. Nós podemos emendar a Constituição ou esperar que juízes se aposentem ou que venham a falecer e substituí-los por juízes que tenham uma visão melhor daquilo que a Constituição significa. Sistemas **weak-form** prometem reduzir a tensão entre o controle de constitucionalidade e o autogoverno democrático. A ideia básica é simples: providenciar mecanismos para que o povo possa responder a decisões que ele razoavelmente considera equivocadas de forma mais ágil do que o processo de emenda ou de substituição de magistrados. (...) Nos sistemas **weak-form**, a interpretação judicial das previsões constitucionais pode ser revisada em relativo curto prazo pela legislatura por meio de processo decisório que não se diferencia muito daquele utilizado no processo legislativo rotineiro¹².*

12 Tradução livre da autora. No original: "Under a strong-form system like that emerging from the U. S. Supreme Court's decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-government is obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in the

À semelhança do constitucionalismo popular, sistemas de *weak judicial review* oferecem resistência à supremacia judicial, mas não rejeitam o controle judicial de constitucionalidade. Além disso, trazem um avanço importante, na medida em que formulam arranjos institucionais que podem efetivamente contribuir para que essa resistência seja operacionalizada na prática. Em outras palavras, de acordo com o sistema do *weak judicial review*, a interpretação constitucional empreendida pelas Cortes de Justiça merece elevado respeito e ostenta inegável relevância, mas pode eventualmente ser superada ou rejeitada pelo Legislativo. Assim, o eixo central dos denominados modelos “fracos” de revisão judicial repousa na confiança de que as limitações constitucionais podem ser observadas sem que uma instância de poder detenha a palavra final e exclusiva a respeito do sentido constitucional¹³.

Por fim, como terceira teoria intermediária entre os modelos de supremacia legislativa e supremacia judicial, pode-se resgatar o departamentalismo, elaboração teórica que muito se identifica com o pensamen-

reasonable alternative view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution mean. Weak-systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than constitutional amendment or judicial appointment processes.

(...) in weak-forms systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short-term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process”.

(Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 22-24).

13 A etiqueta *weak judicial review* tem sido utilizada para identificar sistemas de revisão judicial da produção legislativa adotados por diversos ordenamentos jurídicos em claro distanciamento da fórmula juriscêntrica norte-americana. Nesse contexto, o modelo adotado em 1982 pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é usualmente apontado como construção que vislumbra a possibilidade de o parlamento impor-se perante o judiciário em matéria de interpretação de direitos fundamentais com *status* de lei suprema. Trata-se da disposição contida na Seção 33 da Carta Canadense – conhecida como *notwithstanding clause* ou “cláusula não obstante” – que expressamente rejeita a característica peculiar dos modelos inspirados no constitucionalismo norte-americano de que a decisão do Poder Judiciário é final e não tem como ser revertida ordinariamente pelo Legislativo. De acordo com a mencionada cláusula “não obstante”, o Parlamento ou o Legislativo de uma província pode simplesmente recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial, imunizando-a pelo prazo inicial de cinco anos, passível de renovação pelas legislaturas subsequentes. Além disso, em conjugação com a Seção 1 da Carta, cria-se uma espécie de “válvula de escape constitucional” considerada importante para se superar o déficit democrático da revisão judicial, permitindo que o Poder Legislativo corrija decisões emanadas das cortes judiciais com as quais não esteja de acordo. Além do modelo canadense – que já se encontra bem difundido no pensamento constitucional contemporâneo – notícia Stephen Gardbaum que também “a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um pólo para o outro. De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra”. (“O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.159-221).

to constitucional predominante dentre os “Pais Fundadores”.

Embora o departamentalismo tenha sido fortemente associado ao constitucionalismo popular¹⁴, existe uma diferença fundamental que distancia as duas concepções: o departamentalismo não atribui ao “*the people themselves*” a autoridade interpretativa final da Constituição, mas, inversamente, reconhece que todos os departamentos governamentais – ou seja, os três Poderes orgânicos do Estado – possuem igual autoridade decisória sobre matéria constitucional, cada um ditando a “palavra final” dentro da sua própria esfera de competência¹⁵. Ou seja, na linha da observação feita por James Bradley Thayer em 1893, para o departamentalismo, cada uma das três instâncias de poder possui autoridade independente e coordenada para interpretar a Constituição¹⁶.

Dessa forma, diante de cada questão que seja colocada à apreciação do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, a cada um desses “departamentos” caberá proceder de acordo com a sua própria interpretação da Constituição, de maneira independente da posição assumida pelos demais poderes. A *ratio* subjacente ao departamentalismo é precisamente a igualdade e a independência entre as instâncias de poder orgânico, de forma que cada uma delas encontra-se vinculada pela Constituição (ou por sua própria visão da Constituição), mas não pela interpretação constitucional realizada pelos demais poderes¹⁷.

14 Nesse sentido: POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy**. Faculty Scholarship Series, paper 178, 2004. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178. Acesso em 07 de junho de 2013. Segundo os autores, “*If Congress and the President are equated in this way with popular sovereignty, popular constitutionalism can be understood to entail a stringent form of departmentalism, which is the view that each of the three branches of the federal government possesses independent and co-ordinate authority to interpret the Constitution*”.

15 Uma visão departamentalista pode ser reconhecida na obra de Keith Whittington, especialmente quando adverte que, em uma democracia, a Constituição é importante demais para ser deixada nas mãos apenas do Judiciário e, exatamente por isso, parte em defesa de uma opção que promova a distribuição da autoridade interpretativa por entre várias instituições (referindo-se aos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo), cada uma “suprema” na sua própria esfera e nenhuma “suprema” em sua integralidade. Segundo o autor, “*If the voice of the judiciary is often primary in our dialogue over constitutional meaning, it is not the only voice that speaks in the name of the Constitution and sometimes not the best*”. WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 27.

16 “*The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*”. **Harvard Law Review**, v. 07, n. 03, 1893, p. 129-156. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1322284>. Acesso em 17 de setembro de 2012. Nesse texto histórico, o autor deixa bem claro o receio de que o *judicial review* encoraje o Legislativo a prestar deferência às decisões judiciais em matéria de direitos constitucionais ao invés de se engajar na sua própria tarefa de interpretá-los. Em última análise, essa postura sinaliza o enfraquecimento do processo democrático.

17 HAREL, Alon; SHINAR, Adam. **Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1760963>. Acesso em 06 de junho de 2013.

O departamentalismo preconiza que cada esfera de poder tenha e possa expressar sua própria visão da Constituição, sendo que nenhuma dessas visões é conclusiva ou obrigatória para os demais “poderes”. Na verdade, a sua autoridade final ou vinculante fica a depender da própria forma como os demais poderes se comportam diante de uma determinada interpretação constitucional adotada por outra instituição, cabendo, pois, a cada um dos “poderes” independentes avaliar a extensão da deferência que será prestada ao sentido constitucional fixado por outro “poder”.

Keith Whittington é um dos autores contemporâneos que mais tem se dedicado à teoria departamentalista, identificando-a nos seguintes termos:

(...) departamentalismo, a ideia jeffersoniana segundo a qual cada esfera de poder tem igual autoridade e responsabilidade para interpretar a Constituição enquanto no exercício das suas competências. Histórica e conceitualmente, o departamentalismo tem sido a principal alternativa para a supremacia judicial. Para o departamentalista, a interpretação judicial da Constituição pode ser convincente ou adequada, mas a Corte não tem nenhuma autoridade institucional especial para definir o significado da Constituição. O Judiciário é uma instituição dentre muitas que tenta interpretar a Constituição de forma correta, mas as demais instâncias de poder não têm nenhuma obrigação de considerar que a leitura judicial da Constituição realmente equivale à própria Constituição¹⁸.

A teoria departamentalista, como se vê, enfrenta questões bastante delicadas em matéria de interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na medida em que reconhece o direito de cada um realizar a sua própria interpretação constitucional e, por vezes, fazê-lo sem considerar as decisões já adotadas pelas demais instâncias. De forma

18 WHITTINGTON, Keith. Obra citada, *kindle edition*, posição 40. A passagem foi livremente traduzida pela autora. No original: “(...) departmentalism, the jeffersonian idea that each branch of government has an equal authority and responsibility to interpret the Constitution when performing its own duties. Conceptually and historically, departmentalism has been the primary alternative to judicial supremacy. For the departmentalist, the Court’s interpretation of the Constitution might be persuasive or adequate, but the Court has no special institutional authority to say what the Constitution means. The Judiciary is one institution among many that is trying to get the Constitution right, but the other branches of government have no responsibility to take the Court’s reading of the Constitution as being the same as the Constitution itself”.

geral, o departamentalismo admite que o Presidente da República recuse aplicação a uma lei aprovada pelo Poder Legislativo por entendê-la inconstitucional independente de pronúncia judicial nesse sentido. Também considera absolutamente natural que o Congresso reedite uma lei que já tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. E, por fim, o ponto mais polêmico de todos à luz de uma experiência constitucional pautada pela supremacia judicial: admite que o Poder Executivo, de boa-fé, recuse-se a observar o sentido constitucional fixado judicialmente, considerando legítima a postura de negativa de observância a uma decisão judicial tida por equivocada¹⁹.

Como se percebe, a visão departamentalista pode ser facilmente criticada por conta de sua natureza anárquica e difusa²⁰. Afinal, se cada uma das esferas estatais pode simplesmente ignorar a interpretação constitucional empreendida pelas demais e se, mais do que isso, não há nenhuma autoridade que possa de maneira definitiva resolver as disputas constitucionais, surge claramente um cenário de incerteza jurídica e de entropia interpretativa. Em outras palavras, o reconhecimento de autoridade interpretativa em múltiplos atores constitucionais coloca claramente o problema da definição dos limites para o compartilhamento desse poder; e, se esse ponto não é enfrentado, a teoria acaba perdendo-se em sua incompletude, por não especificar como a tarefa interpretativa deve ser distribuída.

Tais inconsistências, que de certa forma marcam tanto o constitucionalismo popular, como o departamentalismo, revelam as deficiências dessas teorias intermediárias e as dificuldades para sua aceitação diante do consenso que se formou em torno da necessidade de se definir um árbitro final dos conflitos constitucionais, cabendo às demais instâncias prestar deferência ao exercício de sua autoridade.

E, como se passará a argumentar, na medida em que a tese defendida por Hamilton no Federalista n. 78 e por outros influentes “fundado-

19 Veja-se, nesse ponto: PAULSEN, Michael Stokes. **Lincoln and Judicial Authority**. 83 *Notre Dame Law Review* 1227 (2008). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=1260996>, Acesso em 19 de junho de 2013. Segundo o autor: “(...) the President, and other nonjudicial political actors swearing an oath to the Constitution and acting within their own spheres of their separate constitutional powers, are not constitutionally bound by erroneous decisions of the Supreme Court that they in good faith conclude are antithetical to the Constitution and harmful to the nation. (...) But if, with Lincoln, we think this notion of judicial supremacy wrong, then there is nothing wrong with resistance, through all available means, to Supreme Court decisions that one in good faith believes improper. The Constitution is not the exclusive province of the Supreme Court. The Court’s decisions are not the Constitution. And neither the Supreme Court nor any other authority properly may declare resistance to judicial decisions to be illegitimate. Quite the reverse: the assertion of judicial supremacy is fundamentally incompatible with the American Constitutional order”.

20 HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Artigo citado, p. 10.

res”, especialmente por James Madison e Thomas Jefferson, compartilha as mesmas premissas dessas teorias intermediárias, resulta claro que sua elaboração permaneceu, ao menos em certos aspectos, carecedora de uma definição mais clara e direta quanto à distribuição da tarefa de interpretação constitucional por entre os vários poderes do Estado. E, portanto, não surpreende o fato de que dessa construção original se tenha deduzido, especialmente ao longo do século XX, uma adesão à supremacia judicial.

II. O JUDICIAL REVIEW DA “GERAÇÃO FUNDADORA” NÃO IMPLICAVA SUPREMACIA JUDICIAL

Nos escritos para a campanha da ratificação da Constituição dos Estados Unidos, os argumentos em torno da supremacia constitucional e do *judicial review* foram articulados especialmente por Alexander Hamilton, em seu conhecido Federalista n. 78. Como já se anotou, foi precisamente essa estrutura teórica que inspirou a decisão do *Chief Justice* Marshall no caso *Marbury v. Madison*, fixando as bases para o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

O Federalista n. 78 é dedicado ao “departamento judicial” e endereça três questões fundamentais: (i) o modelo de indicação dos magistrados; (ii) o vínculo pelo qual titularizam seus cargos (vínculo temporário ou vitalício e as precauções necessárias para assegurar a sua responsabilidade); e, finalmente, (iii) a distribuição da competência jurisdicional por entre as diversas instâncias do Poder Judiciário.

Antes, porém, de desenvolver esses três temas, Hamilton expõe as fragilidades do Poder Judiciário²¹ em comparação com os demais poderes como forma de justificar a necessidade de se assegurar a completa independência das Cortes de Justiça em um sistema de constituição escrita e limitada. Segundo o autor:

Quem quer que considere atentamente os diferentes departamentos do poder perceberá que, em um governo em que eles sejam separados uns dos outros, o judiciário, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os

21 Segundo Hamilton, “the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks.” (*The Federalist Papers*, n. 78). Ao fazer tal afirmação, Hamilton, em nota de rodapé, invoca Montesquieu e sua célebre percepção de que “dentre os três poderes, o judiciário é próximo a nada”.

*direitos políticos da Constituição; porque ele sempre estará em menor posição de perturbar ou de violar tais direitos. O executivo não apenas exerce as honrarias, mas segura a espada da comunidade. O legislativo não apenas comanda o tesouro, mas prescreve as regras pelas quais os direitos e os deveres dos cidadãos devem ser regulados. O judiciário, ao contrário, não exerce qualquer influência quer sobre a espada, quer sobre o tesouro; nenhuma direção exerce sobre a força ou sobre a riqueza de uma sociedade; e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Ele verdadeiramente não exerce nenhuma FORÇA ou VONTADE, mas mero julgamento; e depende, de qualquer forma, da ajuda do executivo para dar eficácia aos seus julgamentos*²².

Após destacar as debilidades inerentes ao Poder Judiciário, Hamilton dedica-se a delinear uma doutrina de total oposição à supremacia legislativa. Suas colocações no Federalista n. 78 evidenciam claramente postura de absoluta rejeição à configuração de um Legislativo ilimitado, concebendo o Poder Judiciário como “um corpo intermediário entre o povo e o legislativo com vistas a, dentre outras coisas, manter o último dentro dos limites impostos ao exercício de sua autoridade”. É exatamente nesse ambiente de rejeição à supremacia legislativa que Hamilton delinea o *judicial review*, asseverando ser a “interpretação das leis a competência própria das Cortes de Justiça”. Nesse sentido, “as limitações constitucionais somente podem ser preservadas, na prática, por intermédio das Cortes de Justiça, cujo dever é declarar inválidos todos os atos contrários à Constituição”²³.

22 Hamilton, Alexander. **The Federalist Papers**, n. 78. A passagem foi livremente traduzida pela autora. No original: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”.

23 HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**, n. 78. Passagens livremente traduzidas pela autora. No original: “It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of

Como se vê, o Federalista n. 78 assenta, de maneira bastante cristalina, a supremacia constitucional e a competência do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade, cabendo-lhe, em caso de conflito entre uma lei e a Constituição, “aderir à última e desconsiderar a primeira”²⁴. Hamilton reconhece os juízes como os “fiéis guardiões da Constituição”, como os “baluartes de uma Constituição limitada contra usurpações legislativas”²⁵.

Nada obstante isso, Hamilton adverte que o reconhecimento da competência dos juízes para o exercício do controle de constitucionalidade não importa, em absoluto, assumir qualquer superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. A revisão judicial, nesse sentido, apenas restaura o poder do povo em hipóteses de usurpações legislativas; e isso porque não se poderia admitir que o Legislativo fosse o árbitro dos seus próprios poderes. Assim, o *judicial review* não conduz a uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo; apenas reconhece que o poder do povo é superior a ambos e que, portanto, quando a vontade do Legislativo, declarada nas leis, colide com a vontade do povo, descrita na Constituição, é esta última que deve prevalecer. Confira-se, por relevante, a passagem em que Hamilton afasta qualquer pretensão de supremacia de uma esfera de poder sobre a outra:

Alguma perplexidade tem sido observada diante da competência das cortes para declarar nulos atos contrários à Constituição, partindo do falso pressuposto de que isso implicaria uma superioridade do judiciário sobre o legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a ela. (...).

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a

their agents”.

24 HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**, n. 78. Passagem livremente traduzida pela autora. No original: “(...) whenever a particular statute contravenes the Constitution, it Will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.”

25 HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**, n. 78. Passagem livremente traduzida pela autora. No original: “If, then, the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing Will contribute so much as this to that independent spirit in the judges which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty.”

de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Conseqüentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo está acima do senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impedidos de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem. Se for dito que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que vierem a dar de tais poderes será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em quaisquer dispositivos específicos da Constituição. Por outro lado, não se deve supor que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a sua vontade à de seus constituintes²⁶.

Percebe-se, portanto, que o Federalista n. 78 estrutura a teoria do *judicial review*, mas o faz claramente com o objetivo de refutar qualquer onipotência do Legislativo, vale dizer, como forma de se rejeitar a tradição britânica da supremacia parlamentar. Com efeito, embora alguns termos empregados na narrativa de Hamilton possam induzir a uma compreensão contrária, não parece que decorra logicamente do Federalista n. 78 a aceitação da supremacia judicial.

Não se extrai daquela formulação teórica qualquer defesa no sentido de reconhecer ao Poder Judiciário a autoridade para ditar a palavra

26 HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**, n. 78. Passagem livremente traduzida pela autora. No original: *“Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. (...) There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents.”*

final e conclusiva quanto ao significado constitucional, o que implicaria reconhecer, ao menos em certa medida, uma superioridade sua em relação aos demais poderes. Não há, igualmente, referência ao caráter vinculante da interpretação judicial em relação aos demais ramos de poder. Aliás, muito pelo contrário, o Judiciário é identificado como o mais fraco dos poderes, exatamente como aquele que não exerce nem força, nem vontade. O Federalista n. 78 encerra, inquestionavelmente, uma teoria de recusa à supremacia legislativa; mas, como já se viu, rejeitar a supremacia legislativa não significa, necessariamente, endossar a supremacia judicial.

De outro lado, a articulação da defesa do *judicial review* empreendida no Federalista n. 78 com o pensamento de outros autores da época indica que o controle judicial representava apenas uma das formas de escrutínio sobre as atuações indevidas do Legislativo. Nesse contexto, no Federalista n. 49, quando Madison endereça os métodos de guarda contra usurpações de competências, é enfatizado que os “diversos departamentos são perfeitamente coordenados (...) e nenhum deles, é evidente, pode pretender uma prerrogativa exclusiva ou superior para estabelecer os limites para o exercício dos seus respectivos poderes”²⁷. Em outros escritos, Madison sustenta que divergências interpretativas do sentido constitucional não são necessariamente algo a ser evitado, e que elas resultam da prerrogativa *concorrente* que se reconhece aos “departamentos independentes” para a exposição constitucional²⁸.

Essa visão foi contemporaneamente desenvolvida por Larry D. Kramer em ensaio bastante influente que relaciona o pensamento madisoniano com a democracia deliberativa e o constitucionalismo popular²⁹. Segundo o autor, Madison reconhecia o *judicial review* em uma forma limitada, simplesmente acolhendo o Judiciário como uma voz adicional

27 MADISON, James. **The Federalist Papers**, n. 49. Trecho livremente traduzido pela autora. No original: “*The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers.*”

28 Nesse sentido, veja-se: POLLOCK, Earl E. **Who has the last word? Three theories of judicial review**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2257509>. Acesso em 10 de junho de 2013.

29 “Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘Interesse do Homem’”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. De acordo com Kramer, os juízes teriam ficado, na maior parte, de fora do esquema original de Madison para interpretar e aplicar a Constituição. Em suas palavras: “Madison apoiava um judiciário independente, é claro, como a maioria das pessoas da época. Mas, também como a maioria, ele o fazia por razões que não se relacionavam à aplicação da Constituição. Em vez disso, ele via a necessidade de independência principalmente pelas lentes da experiência britânica e colonial, que não tinham qualquer teoria do *judicial review*, mas que ensinavam que juízes precisavam de proteção aos seus mandatos e salários para imunizá-los da influência de poderes políticos mais poderosos em ações ordinárias cíveis e criminais”.

em matéria constitucional, agregando os tribunais ao processo de deliberação pública, mas sem reconhecer que qualquer dos “departamentos independentes tenha mais direitos do que um outro para declarar seus sentimentos em relação a tal questão”³⁰. Confira-se a articulação de Kramer, em trecho que sintetiza sua leitura sobre o pensamento de Madison em relação à temática aqui enfrentada:

*Esse modo de pensar sobre o papel dos tribunais admite um sistema de **judicial review**, mas um sistema sem qualquer noção ou ideia de supremacia judicial. O que não é nada surpreendente, tendo em vista o que sabemos sobre o pensamento de Madison.*

Atribuir aos tribunais supremacia quanto à interpretação da Constituição teria sido claramente antirepublicano, porque teria privado a comunidade da palavra final quanto ao significado de sua Constituição ao conceder esta a mero agente do povo – pior, a um agente estruturado e projetado para ser o menos responsável possível perante o povo. Isso é algo que Madison nunca poderia aceitar³¹.

Também no início da trajetória constitucional norte-americana, a visão departamentalista é explicitamente defendida por Thomas Jefferson, que, inclusive, a invoca, ao assumir a Presidência da República, para justificar sua decisão de conceder o perdão a dois condenados (James Callender e David Brown) e negar cumprimento à execução da sentença condenatória por entender que a lei em que se baseava estaria em con-

30 Citado por KRAMER, Larry D. “Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘Interesse do Homem’”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

31 KRAMER, Larry. Artigo citado, p. 125. No mesmo sentido, explica David Tyler: “Best characterized as “departmental theory of government,” this idea best reflects the Framers’ support for a system that empowered the executive and the judiciary to each make its own constitutional determinations. (...) Because Madison desired to give a veto to both the judiciary and the executive, his proposal shows that he implicitly viewed the executive veto and the judicial interpretive power on similar grounds. When coupled with Hamilton’s notes about the necessity of presidential review to preserve constitutional integrity and the historical understanding of judicial review at the time of the Founding, it becomes clear that the Framers viewed constitutional review by the executive and judicial branches as departmental measures that combined to check improper congressional actions. The inherent strength of the legislature, in other words, created the need for two branches to harness its potentially abusive power.” (“Clarifying Departmentalism: How the Framers’ Vision of Judicial and Presidential Review Makes the Case for Deductive Judicial Supremacy.” **William & Mary Law Review**, v. 50, N. 6, 2009, p. 2248. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1351982>. Acesso em 22 de junho de 2013).

tradição com a Constituição³². Além disso, em conhecido documento encaminhado ao Juiz Spencer Roane, Jefferson detalha sua teoria departamentalista, elucidando que sua construção constitucional é no sentido de que “cada departamento é verdadeiramente independente dos demais e possui igual direito de decidir, por si próprio, o significado constitucional nos casos submetidos à sua atuação, especialmente nas hipóteses em que deva atuar de maneira definitiva e irrecorrível”³³.

Com efeito, de acordo com a leitura jeffersoniana, afigurava-se muito perigosa a doutrina segundo a qual os juízes seriam os árbitros finais de todas as questões constitucionais, uma vez que colocaria a democracia americana sob o despotismo de uma oligarquia³⁴. Jefferson admitia a tarefa interpretativa do Judiciário apenas se limitada à própria esfera judicial, sem obrigatoriedade ou vinculação para os demais atores políticos. E, como Presidente dos Estados Unidos, efetivamente colocou em prática sua concepção, desafiando a autoridade judicial nos casos em que interpretou a Constituição de maneira diversa daquela definida pelas Cortes de Justiça.

À luz do breve e seletivo resgate histórico compreendido nas linhas antecedentes, pretendeu-se demonstrar que a concepção original do *judicial review* negava qualquer caráter “supremo” à interpretação constitucional realizada pelas Cortes de Justiça e que suas premissas são consistentes com as teorias intermediárias que têm sido contemporaneamente reavivadas a respeito do tema.

Como se explica, então, que o “mais fraco dos poderes”, exatamente aquele que não “carrega a espada e que não influencia o tesouro”, tenha se convertido no árbitro final do sentido constitucional? O próximo tópico deste trabalho buscará sinalizar algumas possíveis respostas, partindo de hipóteses trabalhadas pela doutrina norte-americana atual.

32 O conflito constitucional em questão recaía sobre o *Alien and Sedition Act*, considerado inconstitucional por Jefferson e aplicado de maneira recorrente pelo Judiciário. Na qualidade de Chefe do Executivo, Jefferson afirmou que o *Sedition Act* não podia ser reputado lei, porque em oposição à Constituição; afirmou, ainda, que sempre que fosse chamado a decidir alguma questão envolvendo o referido *act*, o trataria como uma nulidade, o que justificou que retirasse as acusações contra todos aqueles que respondiam por sua violação. Ver, a propósito: WHITTINGTON, Keith. Obra citada, p. 31.

33 **The Founders' Constitution**. Volume 3, Article 1, Section 8, Clause 18, Document 16. Disponível em: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_18s16.html. Acesso em 10 de junho de 2013. O trecho foi livremente traduzido pela autora. Os termos originais são: “My construction of the constitution is very different from that you quote. It is that each department is truly independent of the others, and has an equal right to decide for itself what is the meaning of the constitution in the cases submitted to its action; and especially, where it is to act ultimately and without appeal.”

34 WHITTINGTON, Keith. Obra citada, p. 32.

III. A TRAJETÓRIA DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA JUDICIAL: ALGUMAS POSSÍVEIS COMPREENSÕES

Identificar os fatores que, ao longo da trajetória constitucional norte-americana, contribuíram para a afirmação da supremacia judicial é tarefa extremamente ambiciosa e, portanto, incompatível com o limitado escopo deste trabalho. Daí porque é importante frisar, de início, que o objetivo das linhas que se seguem é bastante modesto, na medida em que visam apenas a sistematizar alguns argumentos que têm sido encadeados por autores de relevo no constitucionalismo contemporâneo³⁵.

Inicialmente, existe um fator cronológico que não pode ser desconsiderado: normalmente, o pronunciamento do Poder Judiciário nas disputas constitucionais ocorre após a intervenção dos demais poderes, o que sugere que a palavra dos juízes seja a última e tenha caráter conclusivo. Essa sugestão, por óbvio, encontra ressonância na compreensão por muitos partilhada segundo a qual a resolução definitiva de desacordos morais é componente crucial do constitucionalismo³⁶, o que torna imprescindível que se identifique um único intérprete autorizado da Constituição.

Esse autorreconhecimento foi feito, expressamente, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Cooper v. Aaron*³⁷, julgamento ocorrido em 1958, oportunidade em que a instância máxima do Poder Judiciário norte-americano realizou uma leitura bastante contestada do caso *Marbury v. Madison* e proclamou a obrigatoriedade de as demais esferas do poder público e outros atores políticos aderirem ao sentido e alcance da Constituição tal como por ela enunciado.

A indagação que se formula, diante desse autorreconhecimento, é: por que essa concepção foi, ao longo da experiência constitucional, tão raramente desafiada³⁸? Quais as motivações que conduzem à aceitação

35 A sistematização proposta inspira-se no trabalho desenvolvido por POLLOCK, Earl E.. *Who has the last word? Three theories of judicial review*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2257509>.

36 Nesse sentido, veja-se, por todos: ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. "On extrajudicial constitutional interpretation". *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, 1997, p. 1359-1387.

37 358 U.S. 1 (1958)

38 Dizer que a supremacia judicial foi *raramente* contestada significa reconhecer que o tema já foi, em poucas oportunidades, disputado. A concepção foi desafiada por alguns Presidentes da República, dentre os quais se destacam o próprio Thomas Jefferson no episódio em que concedeu o perdão a condenados por violação ao *Sedition Act*. Também Andrew Jackson, Abrahan Lincoln e Franklin Roosevelt adotaram posturas que contestavam a supremacia judicial. Sobre o tema, confira-se: WHITTINGTON. Keith. Obra citada, p.31- 39.

convencional da interpretação judicial como vinculante e obrigatória para os demais poderes orgânicos e segmentos políticos?

Em um primeiro plano, há uma argumentação teórica que encontra razoável aceitação doutrinária segundo a qual o Poder Judiciário seria, efetivamente, uma instância privilegiada de razão pública, que exerce a tarefa interpretativa por meio de processos deliberativos e argumentativos, pautados por neutralidade e desinteresse político. Nesse sentido, o Poder Judiciário se legitima no exercício da jurisdição constitucional em razão de sua *expertise*, e não por um critério populista. Os seus julgamentos são adotados a partir de conhecimentos largamente especializados e não acessíveis à população em geral³⁹.

Essa percepção “positiva” do Judiciário, por outro lado, é reforçada com a visão amplamente compartilhada de desconfiança e descrédito das demais esferas de poder, as quais seriam dominadas por expedientes e rotinas políticas e por suas próprias preferências pessoais. Além disso, agrega-se o fato de que o próprio Poder Legislativo acabou se rendendo ao “imperialismo judicial”, renunciando uma posição de maior relevo dentre os demais poderes.

Mas não só o Poder Legislativo rendeu-se à supremacia judicial. Conforme demonstra Keith Whittington em estudo sobre os fundamentos políticos do *judicial review*, também líderes do Poder Executivo beneficiam-se com o deslocamento do poder decisório sobre o sentido constitucional para o Judiciário. Nesse contexto, o Judiciário americano conquistou a autoridade para interpretar definitivamente a Constituição porque esse reconhecimento foi benéfico para outros atores políticos, que se viram eximidos de enfrentar diversos dilemas que se deslocaram para as Cortes. Como observa Whittington, “o judiciário tem conseguido manter sua predominância interpretativa porque, e quando, outros atores políticos tem as suas próprias razões para reconhecer tal autoridade”⁴⁰.

Por fim, a afirmação da supremacia judicial também soube aproveitar o vácuo deixado pela construção incompleta dos *Founding Fathers*, que conceberam um sistema constitucional cuja premissa era o exercício da autoridade constitucional de maneira equilibrada e compartilhada,

39 Para uma aproximação bem detalhada e sistematizada a respeito dos argumentos a favor e contra às “alternativas” supremacia judicial e supremacia legislativa, veja-se os capítulos 2 e 3 da tese de doutorado defendida por Conrado Hubner Mendes intitulada “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”. (MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em 02 de julho de 2012).

40 Obra citada, p. 26.

mas não definiram como seriam resolvidos os conflitos interpretativos surgidos entre os “departamentos iguais e coordenados”.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu investigar se o pensamento formulado pela chamada “geração fundadora” dos Estados Unidos – especialmente a partir de Hamilton, Madison e Jefferson – fornece arcabouço teórico que justifique uma trajetória de adesão à supremacia judicial. Viu-se que abordagem realizada por aqueles grandes pensadores sugere a adoção de posturas que são muito mais próximas das chamadas teorias intermediárias que, contemporaneamente, desafiam o reconhecimento de uma autoridade suprema, exclusiva e final dos órgãos judiciais para a definição do sentido e do alcance da Constituição. Dentre tais teorias, destacaram-se o constitucionalismo popular e o reavivamento do departamentalismo, formulações que contestam a concepção predominante de supremacia judicial, sem, contudo, rejeitar o *judicial review*.

Essa reflexão, embora espacialmente limitada aos Estados Unidos, pode ser produtiva para o constitucionalismo brasileiro. Em tempos de “demonização” da PEC n. 33/2011⁴¹ e de diversas tentativas de incorporação de mecanismos de juscentralização da interpretação constitucional⁴², o resgate histórico que se empreendeu parece importante para lembrar que a autoridade interpretativa constitucional é dinâmica e politicamente contestável. O Judiciário, como pensavam os “fundadores”, é um jogador

41 Tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº. 33/2011) – cuja admissibilidade foi reconhecida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 24 de abril do corrente ano – que pretende introduzir significativas mudanças no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente com vistas à redução do protagonismo das instâncias judiciais nessa tarefa. Uma das alterações mais controvertidas preconizadas pela PEC caminha no sentido da instauração de mecanismo de revisão parlamentar das decisões adotadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. De acordo com a proposta, o Poder Legislativo assumiria papel de destaque no processo de definição de súmula vinculante, tendo o prazo de noventa dias para deliberar, em sessão conjunta e por maioria, sobre o efeito vinculante de enunciado aprovado pelo STF. Além disso, as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de emendas à Constituição passariam a se sujeitar à apreciação do Congresso Nacional, o qual, divergindo da decisão judicial, submeteria o conflito constitucional à consulta popular. Para o exame da íntegra dos termos da PEC e da movimentação do processo legislativo, consulte-se: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 28 de abril de 2013.

42 Dentre os mecanismos centralizadores, podem ser lembradas, a título meramente exemplificativo: (i) a tentativa de reconhecimento de uma mutação constitucional que tornaria praticamente insignificante a intervenção do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade (artigo 52, inciso X, da CRFB), tema que se encontra em debate no STF nos autos da Reclamação n. 4.335/AC e que, se vier a prosperar, acabará por reconhecer efeito vinculante às decisões definitivas adotadas pelo STF em controle difuso, independente da intervenção do Senado Federal; e (ii) a teoria da “transcendência dos fundamentos determinantes”, segundo a qual não apenas a parte dispositiva das decisões do STF em controle concentrado ostentariam efeito vinculante, mas também a sua *ratio decidendi*, ensejando o cabimento de reclamação para fins de garantia da autoridade da decisão da Corte.

importante no processo constitucional, mas não é o único. Questionar e pretender repensar a supremacia judicial não significa endossar a anarquia constitucional; significa simplesmente aceitar a tarefa interpretativa como algo vivo e perseverante e, fundamentalmente, negar que a voz do Judiciário seja a única que fala em nome da Constituição. ❖

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. "On extrajudicial constitutional interpretation." *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, may/1997, p. 1359-1387.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics**. Binghampton: Vail-Ballou Press, 1986.

CHEMERINSKY, Erwin. **In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer**. 92 Cal. L. Rev. 1013 (2004).

GARDBAUM, Stephen. "O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica." In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-221.

KLARMAN, Michael J. "How great were the "great" Marshall court decisions?" *Virginia Law Review*, v. 87, n. 06, oct./2011, p. 1.111 - 1.184

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. "Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o 'Interesse do Homem'". In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. 1788. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>.

HAREL, Alon; SHINAR, Adam. **Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1760963>.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Po-

lítica da Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>.

PAULSEN, Michael Stokes. **Lincoln and Judicial Authority**. 83 *Notre Dame Law Review* 1227 (2008). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=1260996>.

POLLOCK, Earl E. **Who has the last word? Three theories of judicial review**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2257509>.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy**. *Faculty Scholarship Series*, paper 178, 2004. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/178.

WALDRON, Jeremy. "A Essência da Oposição ao *Judicial Review*". In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

THAYER, James Bradley. "*The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*". **Harvard Law Review**, v. 07, n. 03, 1893, p. 129-156.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

A Administração da Justiça e a Independência dos Juízes

Siro Darlan

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Membro da Associação Juízes para a Democracia.

No limiar de um novo século, a sociedade requer que seus juízes se sintam menos funcionários do Estado e que estejam atentos ao respeito aos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Juízes devem estar mais conscientes de seu papel na sociedade e por isso cada vez mais comprometidos com os efeitos de suas decisões no conjunto da sociedade.

Numa única palavra, o que se requer dos juízes é que, independente de sua origem ou formação, não se prendam a decisões personalíssimas ou preconceituosas, mas aos critérios objetivos prévia e expressamente contidos na Constituição e nas leis. Os juízes devem-se pautar por seus méritos e não por favores devidos aos que os promovem, e devem-se desempenhar de forma independente, só se deixando corrigir, quando necessário, dentro do devido processo legal e através dos recursos legais.

Os juízes são aqueles que, com base em seus conhecimento, preparação intelectual e independência não devem estar expostos a receber qualquer tipo de pressão, sejam elas internas ou através dos grupos de pressão externos. O conceito de independência não significa que os juízes estejam livres para decidir as controvérsias de acordo com suas predileções pessoais, já que um juiz independente não deve significar um Poder Judiciário irresponsável, mas que os juízes realmente decidam de acordo com seus próprios conceitos, levando em conta as provas, o Direito e a Justiça, livres de toda coerção, castigo, interferências, adulações ou ameaças, sejam elas provenientes de autoridades ou de particulares.

A independência judicial deve merecer uma atenção direta e imediata para que se obtenha a necessária transparência, ligeireza e qualidade nas decisões judiciais perante uma demanda social, sendo obrigatório que se reflita acerca da dignidade que deve rodear a administração da Justiça

não picada pela mosca da vaidade - mas que tenha por rumo cumprir cabalmente seu papel social, especialmente o papel do juiz de primeiro grau, que está diariamente cara a cara com a população sofrida e faminta de justiça de qualidade e que passa por muitas e insondáveis dificuldades.

Especialmente esses devem estar protegidos de qualquer forma de interferência interna, como, por exemplo, a que se dá por meio dos critérios pouco republicanos de promoção dos juízes, que os obriga a intermináveis e repetidas procissões de bajulação aos seus julgadores visando a obter suas promoções.

Igual ingerência deve ser condenada quando os juízes de primeiro grau, enfrentando originariamente questões de interesses governamentais, sofrem agressões da Presidência dos Tribunais, sob o pretexto da advocatória, medida excepcional que só se justifica quando há fundado prejuízo para a sociedade ou para a ordem jurídica. Havendo abusos por parte da administração, o sagrado princípio do juiz natural é desrespeitado, a independência dos juízes sofre indevida e condenável interferência.

Inclusive os juízes de segundo grau devem se somar e compreender que é hora de mudanças, para superar rapidamente a etapa de desconfiança e suspeitas que pairam sobre o judiciário, garantindo sua independência com bases constitucionais e através do respeito aos ditames da carreira judicial. Há que se respeitar os critérios objetivos de remoção e promoção dos juízes, colocando por terra os conceitos de apadrinhamentos, nepotismos e troca de favores, cercando de total transparência o processo de ascensão profissional.

Por isso, hoje, mais do que nunca, se exige que seja garantida a independência dos juízes; se efetivamente se deseja fortalecer o estado de direito, deve-se dar mostras de vitalidade, de flexibilidade, de adaptação aos novos tempos, caso não se queira que a justiça tenha como destino o triste final que se atribuiu aos dinossauros.

A independência dos juízes não é um privilégio, mas uma garantia para os cidadãos, e é própria da função judicante e da democracia, ainda que, devo admitir, fazer justiça é a mais delicada das tarefas humanas. Os conflitos sociais têm suas raízes na desigualdade econômica, jurídica e cultural de um amplo setor da população. A mediação é uma das armas de resolução dos conflitos, indicada para uma mudança necessária do *status quo* imperante no Brasil. O poder econômico e os interesses dos monopólios midiáticos geraram uma estrutura estatal baseada nas

desigualdades raciais, sociais e na doutrina da segurança pública em detrimento da segurança dos cidadãos.

O caráter excludente do Estado está caracterizado pelo fosso econômico criado pelas grandes desigualdades sociais, o que coloca os trabalhadores sociais, como os professores, educadores e profissionais de saúde em plano de inferioridade, desqualificando-os com baixos salários e uma carga de trabalho que impede a democratização do acesso à educação, à saúde e à justiça.

O alto custo das tarifas processuais, impede o acesso à justiça da maioria dos cidadãos que tem seus direitos ofendidos, o que deveria ser um serviço público gratuito e o Ministério Público, que tem a tarefa constitucional de defender os interesses da sociedade, não dá conta dessa missão.

O caráter racista dessa política está visível na população carcerária que, além de privada de sua liberdade, fica também excluída de seus direitos fundamentais, e submetida a todas as formas de maus-tratos e torturas pessoais e institucionais. Ademais, embora o Brasil seja signatário de acordos internacionais de garantia dos direitos humanos, a violação desses direitos tem sido uma prática corriqueira executada não apenas pelo aparato policial, mas jungido pela omissão do Ministério Público, e muitas vezes abençoado por decisões judiciais.

Daí porque a democratização do judiciário é uma conquista desejável para que sejam removidos os obstáculos de acesso a uma tutela judicial efetiva. É necessário que se promova o respeito às garantias constitucionais de defesa gratuita a todos aqueles que tiverem seus direitos violados, através de uma defesa técnica eficiente, a uma justiça sem dilações indevidas, rápida e imparcial. As garantias constitucionais e aquelas oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos não podem ficar à mercê de conferências interpretativas, mas devem ser imediatamente exigidas por todo e qualquer cidadão.

O Poder Judiciário deve estar livre de toda e qualquer técnica repressiva, e de intimidação ou ameaças que passem pela manipulação da opinião pública às pressões dos setores econômicos que adulam ou a ameaçam juízes, visando a influenciar o julgamento das causas, sobretudo aquelas que envolvem graves violações dos direitos humanos.

O cartel de importantes escritórios de advocacia, muitas vezes reforçados em seus quadros por juízes e desembargadores aposentados, tem sido uma ameaça palpável à independência dos juízes em todos os tribunais, mormente nos tribunais superiores, em que não ficam impedi-

dos de funcionar ministros e políticos que nomearam ou laboraram para lá chegar magistrados dessas cortes.

É preciso ainda zelar para que o Conselho Nacional de Justiça tenha uma representação popular que democratize suas decisões e iniba práticas antirrepublicanas como o nepotismo e o favorecimento nas remoções ou promoções dos juízes. Desse modo, a garantia da independência dos juízes se livra da intimidação de decisões administrativas eivadas de interesses políticos e intimidatórios, bem como da manipulação pelos administradores dos Tribunais.

Urge ainda que seja disponibilizada à sociedade brasileira uma nova Lei Orgânica da Magistratura, contendo regras modernas de garantia do exercício da função judicante, com normas disciplinadoras dos concursos de acesso, carreira, remoção e promoção dos juízes. E que revise a necessidade da existência, na composição dos tribunais, do quinto constitucional, tendo em vista os mecanismos de controle e oxigenação da justiça, mais modernos e isentos das influências políticas, que vinculam a escolha dos magistrados oriundos de outras carreiras.

Tal reestruturação deverá envolver também a escolha dos membros dos tribunais superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal, para evitar que os escolhidos fiquem atrelados aos favores recebidos da classe política e administrativa quando do acesso aos cargos pretendidos. ❖

O Comércio Eletrônico e o Direito do Consumidor

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Professor da EMERJ. Membro associado da Academia Brasileira de Direito Civil. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O crescimento e expansão da *internet* são fatos inexoráveis. O avanço da tecnologia e o anseio da sociedade pelo acesso rápido aos mais variados serviços e bens materiais levam os fornecedores a expandir os seus horizontes, ingressando no mar da rede mundial de computadores pelo qual navegam milhões de internautas.

Os navegantes, incentivados pelo acesso fácil aos mais variados bens de consumo, e pelas inúmeras ofertas disponibilizadas com pagamentos facilitados, concretizam os negócios sem o mínimo de cautela, o que os leva a se deparar, muitas vezes, não com a calma de uma baía, mas com tsunamis de mares revoltos.

Ocorre que, por conta da celeridade desse assombroso crescimento das relações virtuais, o Poder Legislativo brasileiro não logrou êxito em acompanhar o mesmo ritmo de desenvolvimento, deixando descobertos os milhares de consumidores que, no afã de contratar, acabam lesados pelos fornecedores que, ante a omissão da lei, não se cansam de praticar condutas abusivas.

E essas práticas são as mais variadas. Desde a existência de empresários fantasmas, que anunciam *imperdíveis* promoções em *sites* de compras coletivas, que não adotam qualquer cautela ao admitir a oferta, sequer para aferir se, de fato, aquele comerciante existe, até a não entrega de produtos cujos pagamentos são feitos antecipadamente por cartão de crédito, débito em conta ou boleto bancário.

Sentem-se os consumidores, diante dessas situações, vilipendiados em suas esferas material e moral. Mas, o legislador, representante do povo e, conseqüentemente, desses mesmos consumidores, mantém-se inerte e não busca uma solução rápida e eficaz para esses problemas.

Por conta desse cenário, sentiu o Poder Executivo a necessidade de intervir, visando a colocar os cidadãos debaixo da cobertura da lei. E isso ocorreu em 15 de março de 2013 quando a Presidenta da República editou o Decreto nº 7.962, que veio dirimir algumas das tormentosas controvérsias que envolvem a celebração de contratos de consumo no meio eletrônico, as quais serão examinadas a partir agora.

2. O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico, *e-commerce*, ou comércio-e pode ser conceituado como o conjunto de relações travadas entre fornecedor e consumidor, realizada em um estabelecimento empresarial virtual, através, ou não, da *internet*.

Então, o estudo do comércio eletrônico trata das relações travadas entre o fornecedor e o consumidor, mais precisamente da compra e venda de produtos ou da prestação de serviços, no âmbito de um estabelecimento empresarial virtual, que pode, ou não, ocorrer dentro do ambiente da *internet*.

Isso porque, toda e qualquer relação travada virtualmente entre o fornecedor e consumidor, através da transmissão eletrônica de dados por computador ou outro veículo de comunicação em que não há o contato físico entre as partes, pode ser conceituada como atividade de comércio eletrônico.

Se as relações se travarem, por exemplo, mediante conexão direta de um computador com o outro, fora da *internet*, ainda assim se tratará de comércio eletrônico.

Vê-se, pois, que caracteriza o comércio eletrônico o ambiente em que as relações são travadas. Se a oferta e a aceitação ocorrerem através da transmissão eletrônica de dados, no ambiente de um estabelecimento empresarial virtual, temos comércio eletrônico.

É por essa razão que a natureza do bem ou serviço objeto do negócio não é relevante para qualificar a atividade comercial como eletrônica ou não. Não importa se o bem é material ou imaterial, se é físico – como um CD – ou virtual – como uma música em *mp3* adquirida no *website* de uma gravadora. Se a relação for travada através da transmissão eletrônica de dados, no ambiente de um estabelecimento virtual, tem-se, aí, uma relação comercial eletrônica.

Outro conceito relevante para a caracterização do comércio eletrônico é de estabelecimento virtual.

Uma vez que o comércio eletrônico também se caracteriza pelo ambiente em que as relações são travadas, isto é, se a caracterização de uma relação como de comércio eletrônico decorre de uma oferta e aceitação feitas através da transmissão eletrônica de dados no ambiente de um estabelecimento empresarial virtual, é imperioso definir o que é esse fundo empresarial virtual.

O estabelecimento empresarial *lato sensu* pode ser conceituado como o complexo de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua atividade. O fundo empresarial, então, não é concretamente visualizável; ao contrário, deve ele ser compreendido abstratamente, como uma universalidade de fato.

Disso se infere que o estabelecimento não se confunde com o local físico em que o empresário ou sociedade empresária exerce a empresa. A esse espaço físico dá-se o nome de loja, ou casa comercial, enquanto que no âmbito virtual, especificamente na *internet*, leva-se o nome de *website*, sítio eletrônico, portal, ou página de acesso. Por essa razão, o fato de ser virtual o fundo de empresa não o desqualifica como estabelecimento.

Então, o que qualifica uma atividade de comércio eletrônico é a celebração do vínculo através da transmissão eletrônica de dados e a existência de um estabelecimento empresarial virtual.

Essa relação virtual pode ser travada tanto no âmbito do Direito Civil/Empresarial, bem como no do Direito do Consumidor, sendo que, nessa última hipótese, uma das partes ostentará a condição de consumidor e a outra de fornecedor, de acordo com as definições estabelecidas pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. E é essa última relação, cuja incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é imperiosa, que será examinada a partir de agora.

3. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS VIRTUAIS

Hodiernamente é crescente o número de transações comerciais celebradas entre fornecedor e consumidor no meio eletrônico. O ordenamento brasileiro não tem, todavia, nenhuma lei que regule especificamente essas relações virtuais.

Assim, outra não é a solução do que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor que, não obstante se revelar eficaz na regulação dessas relações travadas *fisicamente*, não contém regras específicas para solucionar os tormentosos conflitos que decorrem das relações travadas no meio eletrônico.

Há ainda que se ressaltar que, pela facilidade de comunicação decorrente do acesso universal à rede mundial de computadores, inúmeras são as compras efetuadas entre consumidores e fornecedores de diversos países. Entretanto, nesses casos em que consumidores localizados no Brasil mantêm vínculos com fornecedores estrangeiros, cujo estabelecimento virtual esteja localizado no exterior, isto é, registrado no exterior, com domínio não vinculado aos órgãos nacionais, será aplicável a lei do domicílio do proponente¹, nos termos do art. 9º, § 2º da LINDB.

Mas, celebrados os contratos no âmbito interno, aplicável será o diploma consumerista, com as limitações decorrentes da sua idade, uma vez que editado em 1990, antes da difusão da *internet* e de quase todos os meios de contato eletrônico existentes.

Dessa forma, o fornecedor sediado no Brasil deve, ao expor seus produtos em seu *website*, observar a legislação consumerista, especialmente os arts. 30 a 47 do CDC.

A oferta, nos termos do art. 31 do CDC, deve ser correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa, devendo conter informações sobre as características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, devendo os fabricantes dos produtos estar identificados pelo nome e endereço, na forma do art. 33 do CDC.

1 No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho: "Note-se que o contrato de consumo eletrônico *internacional* rege-se pelas cláusulas propostas pelo fornecedor estrangeiro, e às quais adere o consumidor brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica a essa relação de consumo, porque a lei de regência da obrigações resultantes de contrato, segundo o direito positivo nacional, é a do domicílio do proponente (LICC, art. 9º, § 2º)". (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de empresa.** Contratos/Recuperação de empresas. V. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 42)

Algumas consequências advêm da não observância desses requisitos. Se as informações estiverem incompletas, contraditórias ou obscuras, prevalece a condição mais benéfica ao consumidor, na forma do art. 47 do CDC; se as informações prestadas no *website* forem inverídicas, configurado está o vício do produto, nos termos do art. 18 do CDC, ou do serviço, nos termos do art. 20 do CDC, que autoriza o consumidor a exercer uma das faculdades previstas no § 1º do art. 18, quais sejam, a substituição do produto, o desfazimento do negócio com a devolução do preço pago sem prejuízo das perdas e danos, ou o abatimento proporcional do preço; se o sítio eletrônico não contiver informações claras e em destaque, especialmente no que tange a cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, não permitindo que delas tenha pleno conhecimento, consideram-se elas como não escritas, como dispõe o art. 46 do CDC.

Outra questão interessante diz respeito à propaganda nos *websites*, sejam elas feitas pelo próprio anunciante em seu sítio eletrônico, ou propaganda feita em outros *sites*, como é comum em portais de notícia, por exemplo.

Nesses casos, é o anunciante que responde por propagandas enganosas ou abusivas, nos termos do art. 36 e 37 do CDC. Frise-se: a responsabilidade é exclusiva do anunciante. Então, caso a propaganda tenha sido veiculada em outro *site*, que não o do fornecedor-anunciante, aquele que hospedou a propaganda não responde pelo seu conteúdo, haja vista que ele é apenas o veículo, e não o fornecedor do produto. Aplica-se, aqui, o mesmo entendimento no caso de responsabilidade de emissoras de rádio e televisão por propagandas de anunciantes².

2 CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI. I. **A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda** por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco". II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório" (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido. REsp 1157228 / RS. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. T4 – Quarta Turma. DJe 27/04/2011. (grifo não presente no original)

Não obstante, se a propaganda violadora dos direitos do consumidor estiver no próprio sítio eletrônico do fornecedor-anunciante, dúvidas não há de que ele responderá pelo vício ou fato do produto ou serviço decorrente da sua propaganda abusiva ou enganosa.

Por fim, é preciso ressaltar que o provedor de acesso à internet não responde por eventual propaganda enganosa ou abusiva, e tampouco por vícios dos produtos ou serviços adquiridos nos *websites*.

O provedor apenas presta serviços instrumentais, e não tem nenhuma relação com aquelas propagandas ou produtos ou serviços alienados pelos fornecedores. Responderá, contudo, por vício na prestação de seu serviço de viabilizar a interconexão entre os equipamentos do consumidor e do fornecedor, ou por propaganda enganosa ou abusiva de seus próprios produtos ou serviços.

Apesar desses casos expostos, aos quais o CDC é aplicável em sua inteireza, não é ele capaz de elucidar todas as questões que envolvem as modernas relações virtuais. O desenvolvimento das tecnologias não é acompanhado pela velocidade e interesse do legislador.

Por isso, diz-se que, em boa hora, veio a lume regulamentação acerca da contratação no comércio eletrônico no âmbito do Direito do Consumidor, o que se deu através do Decreto nº 7.962/2013, editado com o fim de regulamentar a contratação no comércio eletrônico.

Note-se que o aludido decreto não promoveu mudanças no texto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A Presidenta da República, no uso das atribuições conferidas pelo constituinte originário no art. 84, *caput* e inciso IV da Magna Carta, editou o presente decreto e, assim, sanou inúmeras controvérsias até então existentes, tornando inequívoca a plena aplicação do CDC a essas modernas relações.

Dispõe o art. 1º do Decreto em exame que a contratação no comércio eletrônico deve abranger os seguintes aspectos: informações claras a respeito do produto e serviço do fornecedor; atendimento facilitado ao consumidor; e respeito ao direito de arrependimento.

Vê-se, de plano, que o legislador consagrou, como pedra de toque dessas modernas relações, a observância aos princípios da transparência e do dever de informar, previstos nos arts. 6º, III e 31 do diploma consumerista, os quais consistem em deveres anexos da boa-fé.

Tal exigência decorre, obviamente, do fato de que as contratações no comércio eletrônico são feitas a distância, sem que o consumidor tenha contato direto com o produto ou serviço oferecido.

Por essa razão, imperioso é que o fornecedor, na loja virtual em que é feita a oferta, disponibilize ao consumidor todas as informações necessárias do produto ou serviço ofertado para que ele possa exercer livremente o seu direito de escolha, bem como possa discernir sobre a verdadeira necessidade ou utilidade do bem posto à sua disposição.

Consagrou o legislador, também como pedra fundamental, o respeito ao direito de arrependimento, o que é fundamental nas compras feitas a distância.

Esse direito é uma garantia contra práticas abusivas e propagandas enganosas, de modo que o consumidor que não tem contato direto com o produto ou serviço, e o adquire por meio eletrônico, incentivado e estimulado pela propaganda formulada no *site* do fornecedor, tem o direito de devolvê-lo, no prazo de 07 dias a contar da data do recebimento do produto ou serviço, nos termos do art. 49 do diploma consumerista, fazendo ainda jus à devolução de todo e qualquer valor pago.

Tal direito será exercido na forma do art. 5º do próprio Decreto, que impõe ao fornecedor o dever de informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do arrependimento.

Assegura-se, dessa forma, que o consumidor não seja surpreendido e vilipendiado por um produto ou serviço que não corresponda ao que ele efetivamente desejava. Ademais, é possível que o consumidor, diante de uma propaganda agressiva e predatória, acabe por adquirir aquilo de que, em verdade, não necessitava. Assim, tem ele um prazo de reflexão, após o recebimento do bem, para decidir por permanecer, ou não, com a coisa, independentemente da existência de vício.

Tal direito, todavia, não é absoluto, especialmente quando se fala em bens *virtuais*. É cada vez mais comum a venda de produtos e serviços digitais, que ingressam diretamente no computador do consumidor sendo consumidos imediatamente.

É o caso dos arquivos de músicas e livros eletrônicos e, também, cursos *online*. Nesses casos, o bem ingressa no computador do consumidor que, inclusive, pode fazer cópias do conteúdo. Ademais, uma vez transferidos os arquivos, exaurido está o contrato, e tem-se como consumido o produto.

No caso específico das músicas digitais e livros eletrônicos, não é possível o consumidor devolver os arquivos ao fornecedor. Ainda que ele *restitua* o arquivo, permanecerá com uma cópia em seu computador.

Já nos cada vez mais difundidos cursos *online*, caso autorizada a visualização dos vídeos terá o consumidor auferido a vantagem que lhe cabia receber, isto é, já terá obtido a prestação do fornecedor dentro dos parâmetros de um contrato bilateral, oneroso e sinalagmático. Não é possível, nesse caso, devolver o conteúdo ao fornecedor, que já poderá ter sido integralmente consumido.

Vê-se que, nessas hipóteses, a solução não tão é simples, pois não está pré-pronta na lei, sendo impossível a sua resolução pela mera devolução integral do preço, sob pena de enriquecimento sem causa do consumidor.

O ideal é que nesses contratos haja cláusula expressa prevendo a possibilidade de devolução da quantia ao consumidor com um abatimento, que corresponderá a uma indenização em favor do fornecedor – cláusula penal – que entregou legitimamente o produto, mantendo-se, assim, o equilíbrio financeiro da relação.

No caso específico dos cursos, nos quais há a possibilidade de identificar-se a quantidade de visualizações feitas pelo consumidor, acredita-se que a melhor solução seja a devolução do preço proporcionalmente ao número de aulas assistidas.

Ainda no que toca à regulamentação das relações de consumo pelo Decreto nº 7.962/2013, exige o art. 2º que os fornecedores disponibilizem todas as informações necessárias à sua identificação, como nome empresarial e o número de cadastro no CNPJ, além de obrigatoriamente indicar o endereço físico para sua localização e contato pelo consumidor.

Trata-se de medida salutar que assegura ao consumidor a fácil identificação do fornecedor, garantindo-lhe o contato físico com este quando necessário para a solução de imbróglios envolvendo a contratação eletrônica.

Já no art. 3º o Decreto regulamenta a questão dos já muito difundidos *sites* de compras coletivas, através dos quais os consumidores logram obter melhores preços e condições de pagamento, desde que aquele mesmo produto ou serviço seja adquirido por um número mínimo de pessoas.

Esses contratos têm atraído cada vez mais consumidores, não obstante terem possibilitado um sem número de fraudes, que vão desde a insuficiência de estrutura dos fornecedores para prestar os serviços oferecidos ao consumidores, até a própria inexistência do fornecedor que, em verdade, se revela ser um fantasma.

Para tentar amenizar essas situações, prevê o mencionado dispositivo que, além de tais sítios eletrônicos deverem conter, obrigato-

riamente, as informações previstas no artigo anterior, deverão, ainda, informar a quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado.

Objetiva-se, ainda uma vez, proteger o consumidor mediante o fácil acesso aos dados dos fornecedores, conferindo ao adquirente do produto ou serviço meios eficazes para contatar o fornecedor, bem como de satisfazer a sua pretensão reparatória no caso de dano. Ademais, prestigiou-se, novamente, o dever de informar o consumidor, dever esse corolário dos princípios da transparência e boa-fé.

Por fim, traz o art. 4º do Decreto regras acerca da própria contratação, assegurando ao consumidor o amplo acesso aos termos do contrato, antes mesmo da efetivação do vínculo, assegurando-lhe, assim, toda segurança, desde o conhecimento dos termos do instrumento contratual, até as formas possíveis e seguras de se efetivar o pagamento do preço.

É essa mais uma medida que visa a permitir ao consumidor ter a plena consciência e certeza daquilo que se está para contratar, possibilitando-lhe, inclusive, desistir da contratação mesmo antes da celebração do vínculo, evitando-se, assim, o posterior, e muitas vezes tormentoso, exercício do direito de arrependimento, o qual é disciplinado, como já se expôs anteriormente, no art. 5º do próprio Decreto.

4. CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto é possível perceber que os avanços da sociedade e da tecnologia não são capazes de ser acompanhados pelo Legislativo. Inúmeras relações humanas acabam, ainda hoje, por não ter um suporte legal que as regule, protegendo os sujeitos nelas envolvidos.

Um dos exemplos é o próprio Código de Defesa do Consumidor. Foi ele editado em 1990 com o objetivo de coibir os desmandos nas relações travadas entre os fornecedores, mais poderosos técnica e economicamente, e os vulneráveis e hipossuficientes consumidores.

Mas, não é ele suficientemente eficaz no tratamento das modernas relações virtuais, as quais recebem, a cada dia, maior adesão.

Nessa esteira é possível perceber que o Decreto nº 7.962/2013, embora com um pouco de atraso, ante o assombroso crescimento do comércio eletrônico, tem nítido objetivo de proteger o consumidor, assegurando-lhe o amplo acesso à informação, bem como compelindo os fornecedores a agir com maior transparência.

Foi, portanto, salutar a medida, tendo em vista os inúmeros conflitos que exurgem dessa relação, a qual é travada sem o contato físico das partes, o que traz, ainda para um grande número de pessoas, um sentimento de insegurança, o qual deve ser superado, uma vez que o futuro já se faz presente, e a ninguém se permite fugir dos inexoráveis avanços da tecnologia. ❖

Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados

Vlamiir Costa Magalhães

Juiz Federal. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Regulação e Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal.

“A democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem. Maldita seria a democracia liberal, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinquência.”¹

1 - RELATO HISTÓRICO

A ciência penal enfrenta atualmente uma nova era da criminalidade marcada pela organização, internacionalidade e poderio econômico². As tendências do sistema punitivo são, mais do que nunca, pautadas pelas nuances econômico-sociais. Neste contexto, a camuflagem do patrimônio de origem ilícita tem se revelado como instrumento de perpetuação do ciclo vicioso de refinanciamento da delinquência moderna, motivo pelo qual significativa parcela da doutrina vem contrariando o já corriqueiro discurso de crítica ao alargamento temático do ordenamento criminal,

1 Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**, v. I, tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 67.

2 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 80.

uma vez que se reconhece no combate à lavagem de dinheiro um claro exemplo de expansão razoável³ do Direito Penal.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o encobrimento do produto patrimonial de infrações penais resume a essência do que se convencionou chamar de lavagem de dinheiro e a tipificação penal desta conduta não representou a simples adição de um delito ao catálogo legal, mas sim a implementação de inédita política de enfrentamento das graves e incisivas manifestações criminosas que, de regra, precedem ou envolvem a lavagem de dinheiro⁴.

Há milênios, o Código de Hamurabi já punia, com a pena de morte, aquele que se encontrasse na posse ou fruição de bens da Corte, da Igreja ou de escravos de terceiros, sem a devida comprovação da licitude da aquisição⁵. Há, no entanto, quem aponte que a incriminação mais assemelhada à lavagem teve origem na China, onde, há cerca de três mil anos, era previsto o sancionamento penal de mercadores que transferissem a terceiros bens sonogados perante o Estado⁶.

Se por um lado, perdem-se no tempo as tentativas de fazer valer o ditado segundo o qual o crime não compensa - ou não deve compensar -, por outro lado, é recente o processo de sofisticação da reciclagem patrimonial. Na interessante dicção de AMBOS⁷, a mentalidade reitora da vigente política criminal pretende que o criminoso seja obrigado a permanecer sentado em seu capital sujo, o que deve se dar, segundo a complementação de MORO⁸, até que o Estado lhe tome o assento.

3 Pela pertinência do trecho, vale a transcrição: *"O que interessa ressaltar neste momento é tão-somente que existe, seguramente, um espaço de 'expansão razoável' do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da 'expansão desarrazoada'.* A título puramente orientativo: *a entrada maciça de capitais procedentes de atividades delitivas (singularmente, do narcotráfico) em um determinado setor de economia provoca uma profunda desestabilização desse setor, com importantes repercussões lesivas. É, pois, provavelmente razoável que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro negro em um determinado setor da economia sejam sancionados penalmente pela comissão de um delito contra a ordem econômica. Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante)."* Cf. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María, *Op. cit.*, p. 28.

4 MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

5 GIORDANI, Mário Curtis. **História do Direito Penal entre os povos antigos do oriente próximo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12/17.

6 Neste sentido: MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. "O crime de lavagem de dinheiro – algumas reflexões." **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AJURIS, março/2008, p. 10.

7 AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 63.

8 MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 16.

É extensa a variedade de denominações aplicadas à dissimulação de bens decorrentes da prática de infrações penais, sendo colacionadas pela doutrina especializada as seguintes: *blanchiment d'argent* (França e Bélgica); *blanchissage* (Suíça); *gelwäsche* (Alemanha); *blanqueo de capitales* (Espanha); *riciclaggio di denaro sporco* (Itália); *lavado de dinero* (Argentina); *money laundering* (EUA e Reino Unido) e branqueamento de capitais (Portugal). Desta exposição, constata-se que a preocupação em torno do tema está longe de ser exclusiva de determinado país ou região, sendo, ao revés, compartilhada universalmente.

Acolheu-se no Brasil a expressão “lavagem de dinheiro”, o que, segundo a exposição de motivos da Lei n. 9.613/98⁹, ocorreu com base em duas justificativas: (1) a tentativa de uniformização mediante acolhimento da linguagem usualmente empregada em tratados internacionais sobre a matéria e (2) a intenção de afastar possíveis conotações racistas decorrentes do termo “branqueamento”. Entretanto, subsiste crítica doutrinária que vislumbra a opção do legislador como atécnica e desafortunada¹⁰, seja pelo indevido emprego de linguagem figurada, seja porque, segundo a própria dicção legal, o comportamento incriminado abrange como possível objeto material não apenas dinheiro em espécie, mas quaisquer bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática de infração penal.

Etimologicamente, costuma-se atribuir o surgimento da expressão “*money laundering*” (lavagem de dinheiro, em tradução literal) ao fato de Alphonsus Gabriel Capone, criminoso ítalo-americano conhecido como Al Capone ou *Scarface*, ter utilizado lavanderias de roupas e automóveis para mascarar sua ilícita evolução patrimonial. Vale lembrar que, apenas em 1931, Capone veio a ser condenado por sonegação de imposto de renda, sendo certo que jamais foi responsabilizado pelo crime que o notabilizou, qual seja o contrabando de bebidas alcoólicas durante a vigência da Lei Seca nos EUA¹¹.

9 O texto integral consta do seguinte endereço eletrônico: <https://www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em 21.06.2013.

10 Há quem proponha a denominação “lavagem de ativos”. Neste sentido: CALLEGARI, André Luís; Scheid, Carlos Eduardo e Andrade, Roberta Lofrano. “Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro.” In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 92. São Paulo: RT, setembro/2011, p. 247. Embora seja correta a crítica doutrinária, serão indistintamente utilizadas neste trabalho as expressões lavagem de dinheiro e de capitais, haja vista a corriqueira utilização de ambas no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

11 Sobre o tema, segue a interessante impressão de FROSSARD: “Desde a famosa condenação de Al Capone por sonegação de imposto de renda, sabemos que o aspecto financeiro é o ponto muitas vezes vulnerável de organizações criminosas. No entanto, não somos apenas nós, autoridades públicas, que aprendemos com a experiência. O crime organizado também aprende sua lição e sabe que é preciso ocultar, cada vez melhor, os rendimentos obtidos com

No interessante relato de MORRIS¹² consta que os agentes públicos responsáveis pela captura de Capone não eram policiais fortemente armados, conforme retratado no premiada produção hollywoodiana intitulada **Os Intocáveis**, mas sim contadores da agência de tributos dos EUA (atualmente Secretaria da Receita Federal), então chefiados pelo economista Eliot Ness. Este dado enfatiza a realidade típica de uma criminalidade inteligente, requintada e que foge do estereótipo predominantemente violento ao qual o sistema penal está acostumado. Tanto é assim que o insucesso de Capone no encobrimento da raiz criminosa de sua renda estimulou outros criminosos a contratarem profissionais do campo jurídico-financeiro visando à criação de métodos que os livressem do mesmo destino, o que deu origem, por exemplo, à ideia de investimento em cassinos de Las Vegas e Cuba.

Inicia-se, então, a tendência de terceirização e especialização da lavagem fazendo com que, a cada ação repressiva das autoridades estatais, novas metamorfoses sejam notadas no tocante ao aperfeiçoamento técnico e expansão mercadológica da lavagem de dinheiro. Estudos recentes apontam, por exemplo, que, sobretudo na Itália e na Inglaterra, clubes de futebol vêm servindo como veículos para reciclagem de recursos ilícitos¹³. Talvez por mera coincidência (talvez não), clubes brasileiros remeteram, entre os anos de 2002 e 2012, cerca de cento e noventa milhões de dólares para países considerados paraísos fiscais (dentre eles, Ilhas Virgens e Bahamas) em negociações de direitos federativos sobre atletas¹⁴.

Por todas as vicissitudes demonstradas, a lavagem de dinheiro tem se desenhado como viva expressão de teoria criminológica da aprendizagem social, também denominada associação diferencial¹⁵, o que importa

a prática de delitos. Essa realidade exige de nós a atualização permanente." Cf. FROSSARD, Denise. "A Lavagem de Dinheiro e a Lei Brasileira". In: **Revista de Direito Penal** n. 01. Porto Alegre: Editora Magister, agosto/2004, p. 30.

12 MORRIS, Stanley E. "Ações de combate à lavagem de dinheiro em outros – experiência americana". In: **Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 37.

13 Neste sentido: GREER, Charlie. "*Money laundering in football*." Texto em idioma inglês disponível em: <http://www.proximalconsulting.com/>. Acesso em 01.05.2013.

14 Conforme matéria publicada, no dia 14.07.2013, pelo jornal **Folha de São Paulo** (p. D1) baseada em dados do Banco Central. Também alertando sobre o tema: DE SANCTIS, Fausto Martin. **Lavagem de dinheiro: jogos de azar e futebol – análise e proposições**. Curitiba: Juruá, 2010.

15 Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. "Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem." In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 172. A teoria da associação diferencial ou da aprendizagem social foi vislumbrada por Edwin H. Sutherland na década de 30 e prega que a atuação criminosa é difundida por meio de um processo de convivência e comunicação denominado interacionismo simbólico. Assim, a verdadeira origem da delinquência econômica moderna estaria ligada à transmissão de informações, racionalizações e motivos

em reafirmar o equívoco de não se enxergar que organizações criminosas têm tirado lições de suas próprias falhas de modo a estarem sempre um passo à frente do Estado, tarefa na qual, infelizmente, têm logrado êxito.

O marco normativo internacional acerca da incriminação da lavagem de capitais somente adveio em 20.12.1988¹⁶, com a celebração da Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes¹⁷, na qual se determinou (art. 3) aos Estados signatários a tipificação penal da dissimulação de bens oriundos da exploração do narcotráfico, o que é compreensível, haja vista ser este, ainda hoje, o delito mais lucrativo que se conhece¹⁸. Assim, reconhecida a independência do interesse jurídico tutelado por meio da incriminação da lavagem de dinheiro em relação ao delito antecedente¹⁹, os ordenamentos nacionais passaram a incriminar a lavagem de capitais e não mais considerá-la como mera fase de exaurimento do crime antecedente.

Paralelamente, foram envidados esforços no sentido de criar entidades e instrumentos internacionais antilavagem, destacando-se, neste particular, a criação do GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional, organismo intergovernamental criado em dezembro de 1998 e que tem o objetivo de colher dados e editar recomendações²⁰ sobre medidas de

favoráveis ao caminho criminoso. Em suma, o crime não seria um fato hereditário, fortuito ou irracional: o crime se aprende e a transmissão deste ensinamento provoca uma reação em cadeia (efeito resaca ou espiral). Sobre o tema: SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Introdução à Criminologia**. 1a ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 202; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 275 e HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

16 A Itália foi o primeiro país a criminalizar a lavagem de capitais, o que se deu em 1978. Os EUA o fizeram em 1986, por meio da edição do *Money Laundering Control Act*.

17 No Brasil, o Decreto n. 154, de 26.06.1991, promulgou a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

18 A Conferência das Nações Unidas sobre o crime organizado global de 1994 estimou que o tráfico mundial de drogas auferia em torno de 500 milhões de dólares anualmente, ou seja, um volume lucrativo maior que o do comércio mundial de petróleo. Cf. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal**. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 3.

19 Embora haja divergência quanto ao interesse jurídico tutelado por meio da incriminação da lavagem de dinheiro, reconhece-se maciçamente a autonomia deste em relação ao crime antecedente e, por conseguinte, a não aplicação do princípio da consunção à hipótese e o não cabimento da alegação de dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*). Neste sentido: CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo e ANDRADE, Roberta Lofrano. "Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro." In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 92. São Paulo: RT, setembro/2011, p. 244. Registre-se, porém, que GRECO FILHO defende isoladamente que o crime de lavagem de dinheiro não tem autonomia, eis que tutelaria exclusivamente um bem jurídico "satélite" ou "periférico" já protegido pelo crime antecedente. Neste sentido: FILHO, Vicente Greco. "Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais". In: **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira**. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 454.

20 As 40 recomendações do GAFI foram prolatadas em 1990 e revistas pela primeira vez em 1996. Nesta última versão, foram adotadas por mais de 130 países, passando a constituir o padrão internacional de combate à lavagem de dinheiro. Este histórico e o teor de todas as recomendações mencionadas encontram-se disponíveis, em idioma inglês, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.fatf-gafi.org>. Acesso em 05.01.2013.

combate à lavagem de dinheiro, bem como avaliar o cumprimento destas mediante listagem de países não cooperantes.

É imperativo esclarecer que as eufemísticas alcunhas de paraíso fiscal, *tax haven* ou país não cooperante podem induzir à falsa noção de mera caracterização de imunidade tributária. Em verdade, a denominação é aplicável a Estados que, com o intuito de atrair capitais de qualquer procedência, promovem a profunda desregulamentação de seus sistemas bancários e financeiros, abdicando ou fazendo vistas grossas em relação à diretriz *know your customer*, isto é, a política de identificação dos titulares dos investimentos e manutenção de registros das respectivas operações²¹.

Após longo período de certa condescendência²² com o crime de lavagem de dinheiro, o Brasil começa a dar sinais de que pretende alinhar-se ao movimento internacional a fim de não se tornar mais um refúgio seguro para capitais de origem ilícita. Fato é que, ao menos por ora, as normas antilavagem têm escassa aplicação no Brasil e somente em casos pontuais o assunto toma a atenção da sociedade, o que se dá, sobretudo, por impulso de manchetes jornalísticas.

2 - A CONTEXTUALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO CENÁRIO JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÂNEO

Costuma-se atribuir ao movimento iluminista a formação do Direito Penal chamado doutrinariamente de liberal, tradicional ou clássico e que teria se constituído a partir da segunda metade do século XVIII. Tratava-se

21 Cite-se o exemplo das Ilhas Cayman que possuíam, no ano 2000, cerca de 36 mil habitantes e uma taxa de 1,25 empresas por habitante, além de um total de 596 bancos e 1.800 fundos de investimentos, nos quais encontravam-se alocados cerca de 500 bilhões de dólares, o que tornava este pequeno país no quinto centro financeiro do mundo. Ocorre que, do total citado, apenas 110 bancos mantinham sede física no país e os demais estariam situados em “coqueirinhos”, sendo assim chamadas as caixas postais do local. Um estudo do FMI datado de 1997 já retratava o crescimento do montante em dinheiro depositado em paraísos fiscais, de um total de 3,5 trilhões e meio de dólares em 1992 para 4,8 trilhões de dólares em 1997, sendo que 1/3 deste valor estaria em paraísos caribenhos. Curiosamente, o ciclo histórico denota que, no passado, os piratas medievais teriam escondido naquelas ilhas seus tesouros surrupiadados ao passo que, no presente, são os piratas econômico-financeiros da modernidade que voltam a fazer o mesmo, mas de maneira muito mais sofisticada e sorradeira. Cf. MORAES, Deomar de. “Paraísos fiscais, centros *offshore* e lavagem de dinheiro.” *Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 95/103.

22 Em entrevista publicada no jornal **Folha de São Paulo**, em 28.10.2005, p. A-7, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, afirmou o seguinte: “*Existe hoje no Brasil, solidamente estabelecida, uma cultura de condescendência com a lavagem de dinheiro.*” Ainda segundo o então Ministro, a luta contra a lavagem de dinheiro precisaria prosseguir por vários motivos e arrematou que: “*(...) o principal deles é que (a lavagem) atrapalha a luta contra o crime organizado, porque essa massa de dinheiro acaba se misturando com o dinheiro do traficante de drogas, do traficante de seres humanos, de armas, que, esses sim, estão condenados ao caixa dois e têm de ser combatidos fortemente pelo poder público.*”

do esboço de um sistema de garantias voltado a albergar liberdades individuais em face das arbitrariedades típicas da era feudal. Neste contexto, desenvolveu-se um conjunto de ideias que funcionou como plataforma de resistência ao sistema punitivo do Estado Absolutista. Nota-se, entretanto, que a pauta de discussões penais gravita atualmente sobre delitos distintos do paradigma clássico e, neste aspecto, perde força o protagonismo dos crimes violentos (ou de sangue) e da delinquência patrimonial em sentido estrito, tópicos dominantes no século XIX e em boa parte do século XX.

Há décadas, BARATTA já assinalava que os interesses que pertencem ao âmbito da incolumidade física e patrimonial individual são historicamente privilegiados em relação aos interesses difusos ou coletivos (também do ponto de vista jurídico-processual), ainda que estes últimos não sejam menos importantes para a qualidade de vida dos indivíduos e afetem a um número maior deles. Logo, o Direito Penal não pode se furtrar ao cumprimento de sua missão fundamental concernente à proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade de sua época. Neste aspecto, para além da liberdade e do patrimônio meramente individual, o ordenamento penal deve proteger também as circunstâncias econômico-sociais necessárias à convivência pacífica e ao desenvolvimento da cidadania, bem como o funcionamento do aparato estatal destinado ao atendimento destes objetivos.

Sob risco de injustificável ucronismo²³, já não se mostra viável a centralização do debate jurídico-penal na criminalidade das ruas (patrimonial e violenta), com seus métodos explícitos, além de autores e vítimas bem identificados individualmente. Há que se atentar para o fato de que as mais fortes expressões da macrocriminalidade moderna (v.g.: tráfico de armas, pessoas e entorpecentes; crimes econômico-empresariais; fraudes fiscais, dentre outros) atingem interesses não diretamente individuais, mas sim de toda a coletividade. No mesmo diapasão, a impressão de FELDENS dá conta de que, na era da sociedade em rede, a criminalidade violenta vê-se substituída pela astúcia, pelo enleio, pelo ardid, pela fraude e pelo artifício num contexto em que as ruas cedem espaço às infovias, fazendo do computador e da tecnologia instrumentos do crime.

Na dinâmica do planejamento da delinquência moderna, observa-se

23 SILVA-SÁNCHEZ emprega a expressão “ucronismo” para expressar a mescla entre utopia e história, uma espécie de exercício mental de imaginar a história da forma como ela poderia ter sido e não como realmente transcorreu. Neste sentido, o aludido autor chama de ucronismo a resistência de parcela da doutrina quanto à modernização do Direito Penal e tentativa de retorno ao modelo centrado na proteção exclusiva de interesses individuais. Cf. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op. cit.*, p. 136.

que a dissimulação do patrimônio de procedência ilícita tem funcionado como mola propulsora de grupos criminosos estruturados que, desta forma, garantem a preservação e, não raramente, o incremento de seu poder econômico. Não há dúvidas de que a reciclagem de dinheiro sujo propicia também amplas possibilidades de inserção de delinquentes no tecido social, em especial por meio do exercício de atividades aparentemente inofensivas. Desta forma, a um só tempo, logra-se a dissimulação do patrimônio de origem ilegal e, de quebra, aufere-se prestígio junto à sociedade.

Com amparo em ampla convergência doutrinária, reconhece-se que a lavagem de capitais e as organizações criminosas mantêm ligação não só antiga, mas, acima de tudo, umbilical²⁴. No bojo do processo sócio-econômico da lavagem de capitais ganha ênfase a crescente associação negocial entre a macrodelinquência e os colarinhos brancos, sendo estes personificados por profissionais que dominam as estratégias de escamoteamento e movimentação de ativos, com destaque para a robusta utilização de artifícios cibernéticos. Esta sintonia fina denota o perfeito enquadramento da criminalidade hodierna nas características primordiais da delinquência do colarinho branco²⁵, sendo este também um dos fatores que sinalizam a inserção da lavagem de dinheiro no contexto do Direito Penal Econômico²⁶, em quaisquer de suas acepções²⁷.

Em meio ao declínio da noção tradicional de soberania, o mundo passou a assistir, a partir do final do século XX, a profundas mudanças nas mais variadas searas da atuação e do conhecimento, sendo estas alavancadas pelo avanço tecnológico sem precedentes. Na visão ostentada por BECK²⁸, aliada à revolução dos meios de comunicação e informação, a crescente interação do comércio internacional e conexão dos mercados finan-

24 GODINHO Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31.

25 MAIA, Rodolfo Tigre. "Algumas reflexões sobre o crime organizado e a lavagem de dinheiro". In: **Revista da AJURIS**. Ed. Especial. Porto Alegre: AJURIS, julho/1999, p. 191/192.

26 Sobre o enquadramento da criminalidade organizada moderna nas características típicas da criminalidade do colarinho branco: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. "Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal". In: **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 106. No mesmo sentido: CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

27 O Direito Penal Econômico em sentido estrito representaria o conjunto de infrações penais que protegem a ordem econômica, isto é, a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Já sob o prisma amplo, o Direito Penal Econômico seria constituído pelo conjunto de normas jurídico-penais que protegem as relações de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Neste sentido: BAJO FERNANDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 2001, p. 11 e 15.

28 BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999, p. 30/31.

ceiros são as marcas fundamentais do irreversível processo de globalização.

A extrema volatilidade dos fluxos financeiros internacionais tornou difícil a identificação da procedência dos recursos, bem como a aferição das intenções dos que os manipulam à distância. Os atores do mercado se converteram em uma nova classe de legisladores virtuais²⁹ sem pátria que controlam a capacidade financeira dos governos, o que influi não apenas no desempenho da macroeconomia, mas também nas opções internas da política educacional, ambiental, de seguridade social e de emprego, afetando, decisivamente, os valores e a vida dos cidadãos.

Com efeito, a utilização de empresas, instituições financeiras e profissionais especializados tornou-se ferramenta imprescindível ao sucesso das grandes operações de lavagem de capitais, sendo esta a razão pela qual, já há algum tempo, a tendência de terceirização das atividades de lavagem de capitais chama a atenção das autoridades³⁰. Segundo as estimativas mais recentes, são movimentados, diariamente, mais de dois trilhões de dólares no fluxo financeiro mundial, o que embasa a advertência de LILLEY³¹ no sentido de que a velha imagem do traficante de drogas carregando uma mala abarrotada de dinheiro já não é comum ou necessária e, portanto, não deve ser esperada.

A lavagem de capitais veio a ser facilitada e potencializada como paradoxo perverso³² decorrente do citado processo de interatividade econômica. Destarte, na pujança de sua complexidade, a globalização legou ao mundo a “empresarialização”³³ da delinquência que, a título de ilustração,

29 CASTILHO, Ela Wiecko V. De. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7492, de 16 de junho de 1986)**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 90.

30 GOMES, Luiz Flávio. "Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado". Texto disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 01.05.2013, p. 2.

31 LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. Trad. Eduardo Lasserre São Paulo: Futura, 2001, p. 15.

32 Sobre a internacionalização da criminalidade propiciada pela integração financeira e comunicativa dos países: FERRAJOLI, Luigi. "Criminalità e Globalizzazione". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 42. São Paulo: RT, janeiro/2003, p. 79.

33 DE SANCTIS, Fausto. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008, p. 5. No mesmo sentido é a preleção de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, in verbis: "La criminalidad organizada se ha convertido en una verdadera 'empresa del crimen'. En los últimos tiempos del desarrollo de la globalización y la supremacía de las relaciones de producción capitalistas, monopólicas y financieras, la criminalidad organizada ha extendido sus tentáculos a las empresas legales y al mundo financiero formal, con un efecto 'contaminación'. La criminalidad organizada ha pasado de realizar sus actividades tradicionales, a participar en actividades no tradicionales como es la creación de empresas, conglomerados financieros, inversiones en empresas y en la bolsa, para reciclar el dinero negro. De esta manera, ha logrado corromper las actividades legales de bancos, empresas constructoras, fundaciones, etc., asumiendo un rol empresarial y aprovechando las estructuras económicas y empresariales de la economía formal para reciclar el dinero obtenido ilícitamente. También ha creado empresas ficticias o contratado administradores de paja para dominar empresas ya constituidas legalmente. El blanqueo de dinero se ha mostrado como el gran

pode, por meio da rede mundial de computadores, fazer com que divisas de valor estratosférico circulem de um extremo ao outro do planeta em uma fração de segundo. Tais fatores são as causas do desenvolvimento da lavagem de dinheiro como espécie criminosa³⁴, o que ganha relevo no peculiar momento em que investimentos do mundo inteiro serão concentrados no Brasil dada a iminência da realização de eventos internacionais importantes (Copa do Mundo de Futebol e Jogos Olímpicos, principalmente).

Por todo o exposto, na condição de importante expressão moderna da criminalidade econômica³⁵, a lavagem de capitais afigura-se como tema de relevância indubitável.

3 - A REALIDADE ATUAL DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Estima-se que, anualmente, são lavados ao redor do mundo algo entre oitocentos milhões e dois bilhões de euros, ou seja, o equivalente ao montante entre 2 e 5 % da produção econômica global, o que é aproximável, por exemplo, ao produto interno bruto da Alemanha, maior economia da Europa na atualidade³⁶. Ainda assim, é extremamente pequeno o número de obras científicas, investigações e decisões judiciais sobre o crime de lavagem de capitais, não sendo outra a razão pela qual, já há algum tempo, os autores têm chamado a atenção para a necessidade de fomentar, no Brasil³⁷ e no exterior³⁸, o estabelecimento uma autêntica cultura de investigação e perseguição quanto ao crime de lavagem de capitais.

corruptor de toda la actividade económica legal." ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal**. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 143.

34 PRADO, Luiz Regis. "O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)." In: **Revista dos Tribunais** v. 926. São Paulo: RT, dezembro/2012, p. 403/404.

35 Sobre a atualidade das importantes repercussões do tema, esta é a preleção de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE: "A criminalidade econômica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada actualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governamentais, judiciais, policiais, etc., de todos os países." Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manoel da. "Problemática geral das infrações contra a economia nacional". In **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 319/320.

36 CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 8.

37 MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 98/99.

38 Por exemplo, CANAS relata que a escassez de dados estatísticos fiáveis é um dos fatores que impedem a maior efetividade da legislação penal antilavagem em Portugal. CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 07.

Na esteira deste raciocínio, a ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, comissão multidisciplinar constituída no âmbito do Ministério da Justiça, reconhece a carência brasileira quanto ao aprofundamento teórico-acadêmico nesta seara e, por conseguinte, estabeleceu, como meta específica³⁹, a propositura da inclusão do estudo da lavagem de dinheiro nos currículos universitários de graduação e pós-graduação.

Paradoxalmente, propaga-se, como dito, a percepção equivocada de que somente os crimes de sangue ou contra o patrimônio individual teriam relevância e, por consequência, os tipos penais que tutelam interesses difusos são tradicionalmente tidos como crimes menores, sem vítimas ou consequências dignas de consideração. Esta visão é absolutamente insustentável no presente estágio de desenvolvimento da humanidade em que a agilização e internacionalização dos efeitos de determinadas condutas delitivas demonstram que até mesmo localidades aparentemente beneficiadas com a captação de recursos ilícitos podem ser repentinamente atiradas em situação de grave desequilíbrio financeiro.

Cite-se, como exemplo, o caso do Chipre, país europeu que recentemente vivenciou o colapso de seu sistema econômico-financeiro pela repentina fuga de capitais de titularidade e origem desconhecidas. Vale dizer que este país tem presença constante na listagem de Estados não cooperantes do GAFI e chegou a possuir setor bancário com volume de recursos cerca de oito vezes maior que seu produto interno bruto. O resultado da política de afrouxamento das medidas antilavagem foi a necessidade de contrair empréstimos recentes no valor bruto aproximado de 10 bilhões de euros. Outros países europeus tradicionalmente classificados como paraísos fiscais, tais como Luxemburgo, Estônia e Malta, também estariam na iminência de colapso de seus sistemas financeiros⁴⁰.

Desta maneira, o enorme volume de recursos gerado pelo branqueamento de capitais no âmbito do ordenamento financeiro global acaba, em última ponta, vulnerando economias nacionais e afetando a estabili-

39 A ENCCLA foi criada em 2003 e atualmente congrega representantes de cerca de sessenta órgãos e entidades. A redação da Meta n. 26, no ano de 2004, da ENCCLA foi a seguinte: *"Promover a inclusão nos currículos acadêmicos de graduação e pós-graduação do estudo da criminalidade transnacional e, especialmente, do combate à lavagem de dinheiro e da cooperação jurídica internacional."* Texto integral disponível em: www.portal.mj.gov.br/enccla. Acesso em 01.01.2013.

40 Conforme matéria publicada no jornal **Folha de São Paulo**, em 26.03.2013, p. A-10. Em meio a uma ofensiva global contra a lavagem de capitais, vem sendo observado o recuo de tradicionais paraísos fiscais (Luxemburgo, Áustria e Ilhas Cayman) quanto ao absolutismo do sigilo bancário. Neste sentido: HIGGINS, Andrew. "Paraísos fiscais europeus abandonam o antigo sigilo". Artigo publicado no Jornal **The New York Times**, em 03.06.2013, p. 2.

dade da economia mundial ao sabor de decisões explicáveis apenas sob o ponto de vista da racionalidade criminoso. No plano microeconômico, os investimentos com dinheiro reciclado degeneram a concorrência licitamente feita por empresas conduzidas com recursos lícitos. No prisma macroeconômico, as nações e instituições financeiras utilizadas como instrumentos de lavagem de capitais perdem, numa espécie de efeito buerangue⁴¹, a credibilidade e a capacidade de gerir seu próprio destino⁴².

Outrossim, a crise econômica iniciada no ano de 2008 por conta da quebra do sistema hipotecário norte-americano fez com que, na busca pelas escassas divisas, diversas instituições financeiras multinacionais passassem a flexibilizar os controles sobre a origem dos capitais investidos⁴³. Aliás, a atratividade exercida pelas divisas de origem infracional ou de duvidosa legalidade tem conformado próximos e perigosos exemplos de ressurreição do vetusto adágio *pecunia non olet*,⁴⁴ ainda que a ingestão prolongada desta fórmula tenha representado para alguns povos a exclusão da igualdade de oportunidades, da livre concorrência, quando não a corrosão do próprio Estado Democrático de Direito⁴⁵.

Em relação ao Brasil, no mais recente relatório de avaliação do GAFI⁴⁶ sobre o sistema nacional antilavagem, foram apontados avanços pontuais (v.g.: a especialização de órgãos jurisdicionais em matéria de lavagem de capitais⁴⁷), mas também muitas deficiências persistentes (v.g.: baixo número de investigações e sentenças proferidas sobre o crime de

41 PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64.

42 CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

43 Este fato foi denunciado, em entrevista publicada no jornal *El País*, em 22.02.2009, por Antonio Maria Costa, ex-Diretor Executivo da Agência das Nações Unidas contra as Drogas e o Crime. Segundo o mesmo, as instituições financeiras se viram atraídas pelos ganhos anuais das organizações criminosas transnacionais, que teriam auferido, somente com o narcotráfico em 2005, entre 300 e 350 milhões de dólares, segundo dados da ONU. Texto disponível no site: <http://elpais.com/elpais>. Acesso em 10.07.2013.

44 Ditado, segundo o qual, o dinheiro não tem cheiro, ou seja, não importa de onde o capital venha, desde que ele venha. Neste sentido, em norma vigente a partir de 01.07.2013, a Argentina anistiou, em termos penais e tributários, o regresso ao país de dólares não declarados eventualmente existentes em aplicações no exterior. Fonte: site do jornal **Valor Econômico**, matéria publicada em 01.07.2013, às 19:49 hs. Texto disponível em: www.valor.com.br/internacional. Acesso em 08.07.2013.

45 GOMES, Abel. "A obrigação de comunicar operações suspeitas". Brasília: **Revista da AJUFE** - Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 21, 2004, p. 45.

46 O relatório mais recente é datado de 25.06.2010. Texto em idioma inglês disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/destaques/relatorio-de-avaliacao-mutua-do-brasil>. Acesso em 01.01.2013.

47 Ainda assim, em 2001, uma pesquisa publicada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal apontou que 94 % dos magistrados federais jamais haviam participado efetivamente de qualquer curso ou atividade de especialização sobre lavagem de capitais e 63% dos membros do Ministério Público Federal afirmaram inexistir estrutura técnica especializada, o que inviabilizava a efetiva aplicação da legislação antilavagem. Cf. "Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro". Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 56.

lavagem de dinheiro⁴⁸; inexistência de estatísticas confiáveis; não submissão efetiva de empresas e profissionais autônomos às obrigações de colaboração com as autoridades, dentre outras).

É neste último aspecto que se destacam, respectivamente, o instituto da *compliance* e assuntos relacionados, tais como a teoria da cegueira deliberada e a teoria dos honorários maculados.

4 - COMPLIANCE: O DEVER DE COLABORAÇÃO ANTI-LAVAGEM

Em meados da década de 1990, a expressão “*compliance*”⁴⁹ surgiu no mercado financeiro como um mandamento ético de governança corporativa voltado à reorganização das rotinas operacionais de empresas. De modo geral, após sucessivos abalos gerados por comportamentos negociais obscuros, buscava-se preservar a reputação de grandes instituições privadas, disseminando-se o hábito de cumprimento dos deveres normativos pertinentes aos mais diversos ramos da economia. No entanto, o termo tem sido empregado em sentido mais restrito para espelhar não só o acatamento, mas o próprio conjunto de obrigações de colaboração anti-lavagem estabelecidas normativamente pelo Estado ou órgãos reguladores setoriais e que devem ser observadas por determinados profissionais e entidades, sob pena de responsabilização administrativa, cível e penal⁵⁰.

O marco regulatório inicial sobre a matéria deu-se na Conferência de Haia, realizada em 1930, que estabeleceu a fundação do *Bank for International Settlements* – BIS, com sede na Suíça e que tem por finalidade proporcionar a cooperação entre os bancos centrais. Posteriormente, em meados da década de 1960, a *Securities and Exchange Commission* fomentou a contratação de *compliance officers* visando à criação de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e o monitoramento e supervisão de atividades suspeitas. Ainda que considerados tais acontecimentos, o diploma legal precursor de determinações neste sentido foi a Lei Sarbanes-Oxley, de 2002, nos EUA⁵¹.

48 Em 2012, no âmbito de todas as Varas Federais do Brasil, havia em trâmite apenas 971 inquéritos policiais e 83 ações penais sobre lavagem de capitais, conforme matéria publicada no site do Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/noticias>. Acesso em 21.06.2013.

49 O termo advém do verbo “*to comply*”, que no idioma inglês significa, em tradução literal, cumprir. *Compliance* é, portanto, o ato de cumprir normas e agir dentro de seus limites.

50 Em agosto de 2003, com atualização em julho de 2009, A ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais e a FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos lançaram uma cartilha com regras básicas para exercício da *compliance*. Disponível no site: www.febraban.org.br. Acesso em 21.06.2013.

51 BERTONI, Felipe Faoro; CARVALHO, Diogo. “Criminal *compliance* e lavagem de dinheiro.” Texto disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anaais/cienciascriminais/IV/08.pdf>. Acesso em 01.01.2014.

O conceito de *criminal compliance* surgiu mais recentemente como reflexo da expansão do Direito Penal Econômico e da criminalidade empresarial⁵². A partir de então, tem sido comum nos EUA e em países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, o estabelecimento de departamentos internos que teriam a missão específica de avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir a conformidade de sua atuação com as exigências normativas, em especial quanto ao cumprimento das obrigações de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro⁵³.

É sabido que, a partir de seu art. 9º, a Lei n. 9.613, de 03.03.1998, com a redação dada pela Lei n. 12.683, de 09.07.2012, alargou consideravelmente o rol de colaboradores obrigatórios e detalhou seus respectivos deveres⁵⁴. Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁵ um tipo penal específico⁵⁶, não há razão para afastar, de plano, que o reconhecimento de que o descumprimento doloso e injustificado dos deveres de colaboração antilavagem configura omissão penalmente relevante nos termos do art. 13, p. 2º, 'a' do Código Penal⁵⁷, dentre outros fundamentos⁵⁸.

52 Neste sentido: SAAVEDRA, Giovanni Agostini. "Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro". In: **Revista Síntese** n. 75. Porto Alegre: Síntese, agosto/2012, p. 23. É sabido que, no Brasil, apenas a Lei n.º 9.605/1998 prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, ainda assim, somente nos casos de delitos contra o meio ambiente. Entretanto, vale mencionar o disposto no art. 41 do Projeto de Lei do Senado 236/2012, que amplia a responsabilização de pessoas jurídicas para casos de atos praticados "contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, ou interesse ou benefício de sua entidade".

53 SAAVEDRA, Giovanni Agostini. "Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance". In: **Boletim do IBCCRIM** n. 226. São Paulo: RT, setembro/2011, p. 13/14.

54 As principais obrigações de colaboração antilavagem podem ser assim resumidas: identificação do cliente; manutenção do registro das transações; atendimento às requisições das autoridades; comunicação das operações suspeitas e preservação do sigilo destas.

55 Ao revés, o art. 14.3 do Regulamento Modelo sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro, da Comissão Interamericana para Controle do Abuso de Drogas (CICAD), da OEA prevê o seguinte: "*Comete delito penal a instituição financeira, seus empregados, funcionários, diretores, proprietários ou outros representantes autorizados, que, atuando, como tal, deliberadamente não cumpram as obrigações estabelecidas nos artigos 10 a 13 do presente Regulamento, ou que falseiem ou adulterem os registros ou informações aludidos nos mencionados artigos.*"

56 DE SANCTIS propõe a criação de novo tipo penal incriminando o retardamento ou omissão da efetuação da comunicação de operações suspeitas, bem como a prestação de informação inexata ou revelação ao cliente da respectiva comunicação. Cf. DE SANCTIS, Fausto. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008, p. 42.

57 Ao inaugurar a disciplina da Teoria do Crime, o Título II do Código Penal dispõe sobre a relação de causalidade nos seguintes termos: "*Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.(...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*"

58 Considerando-se a já mencionada essencialidade da lavagem de dinheiro para subsistência e perpetuação das mais graves expressões da macrocriminalidade, lembre-se de que o art. 5º, XLII da CR/88 determina expressamente a punição daqueles que se omitirem, mesmo podendo evitar a prática do terrorismo, do narcotráfico e outros crimes hediondos.

Em outras palavras, havendo a previsão normativa específica do dever de agir⁵⁹; sendo tais obrigações claras, plenamente conhecidas e de cumprimento viável, torna-se evidente o dever de cuidado, proteção e vigilância a caracterizar a posição de garante. Logo, caso a consciente inobservância de algum dos deveres inerentes à *compliance* venha a viabilizar ou, de alguma forma, facilitar a ocultação de patrimônio de origem ilícita, deve o agente ser penalmente responsabilizado pelo crime de lavagem de dinheiro⁶⁰.

Quanto ao elemento volitivo, discute-se a possibilidade de que a punição do agente econômico-financeiro se dê com base em dolo eventual ou exclusivamente com base em dolo direto⁶¹, havendo ampla divergência doutrinária e parca produção jurisprudencial a respeito no direito brasileiro.

A corrente restritiva defende que o enquadramento penal do agente econômico-financeiro por lavagem de dinheiro exige prova cabal do dolo direto⁶², ou seja, a demonstração da ciência plena do mesmo acerca da origem ilícita dos recursos manejados, embora não se exija o conhecimento exato sobre a espécie de infração penal (crime ou contravenção) que proporcionou o ganho patrimonial, nem detalhes de seu cometimento.

Costuma-se alegar que os funcionários de bancos ou profissionais do sistema financeiro em geral não teriam o dever de averiguar a procedência ilícita dos fundos ou, mesmo que saibam ou desconfiem da origem ilícita, se não participam do grupo, associação ou escritório destinado à lavagem, não ocupariam a posição de garantidores da ordem legal e, portanto, incorreriam no crime de lavagem pela simples efetuação de operações econômicas normais e cotidianas⁶³. Diz-se também que o livre exercício profissional e a normal circulação de riquezas seriam dificultados com a ameaça de incidência da norma penal.

59 Refiro-me à obrigação positiva de colaborar com as autoridades nos termos dispostos pelo art. 9º e seguintes da Lei n. 9.613/98, com a redação dada pela Lei n. 12.683/2012.

60 O enquadramento do agente econômico-financeiro a título de coautor ou partícipe dependeria logicamente das circunstâncias do caso concreto que denotassem a relevância ou essencialidade da contribuição deste para a empreitada delitativa, nos termos do art. 29 do CP.

61 Ao contrário do que ocorre na Espanha (art. 301.3 do CP/1995), o ordenamento brasileiro não estabelece a punição da lavagem de dinheiro a título culposo, sendo aplicável, portanto, o disposto no art. 18, p. único do CP.

62 Neste sentido: CALLEGARI, André Luís. "Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro". In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 354; PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: RT, 2003, p. 136; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 54. Outubro/2011, p. 237 e BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. São Paulo: RT, 2008, p. 58.

63 Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. "O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)". In: **Revista dos Tribunais** v. 926. São Paulo: RT, dezembro/2012, p. 427.

A seu turno, a corrente ampliativa entende ser cabível a punibilidade por dolo eventual, sendo desnecessária uma previsão legal específica neste sentido. Logo, para fins de responsabilização por lavagem de dinheiro, pouco importaria se o agente quis efetivamente ocultar patrimônio ilícito (dolo direto) ou assumiu o risco de contribuir para esse resultado ao inobservar espontaneamente algum dos deveres expressos de colaboração (dolo eventual). Parece-me que a razão está com esta última corrente, haja vista a suficiência do disposto art. 18, I, *in fine* c/c art. 12, ambos do Código Penal⁶⁴. Acrescente-se também que a interpretação explicitada pelo próprio legislador reforça esta conclusão⁶⁵.

Sobre o tema, revela-se pertinente a teoria da cegueira deliberada, que será exposta a seguir.

5 - A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*) e doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento⁶⁶.

Desta forma, embora seja possível checar a natureza dos bens, o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex.: *compliance offi-*

64 Neste sentido: MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

65 A Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, no item 40, dispõe o seguinte: "40. Equipara o projeto, ainda, ao crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (art. 1o, § 1o, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do caput do artigo."

66 A origem histórica se dá no direito inglês, mais precisamente em 1861, no caso *Regina vs. Sleep*. Sleep era proprietário de uma ferragem e teria tentado remeter ao exterior parafusos de cobre desviados do patrimônio público. Nos EUA, o precedente teria se dado, em 1899, por ocasião do julgamento do caso *United States vs. Spurr* pela Suprema Corte norte-americana. Spurr era presidente do Commercial Bank of Nashville e teria certificado a existência de fundos em cheques emitidos por um cliente que não possuía recursos suficientes para cobri-los. No entanto, o precedente mais lembrado é o *United States vs. Jewell*, no qual este último teria alegado ignorar estar transportando entorpecentes e dinheiro, mesmo possuindo em seu carro particular um compartimento de fundo falso. Cf. BECK, Francis. "A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro". In: **Revista de Estudos Criminais** n. 41. São Paulo: ITEC, abril/2011, p. 49/50.

cer ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontre nesta posição faz "vista grossa" e "ouvidos de mercador", viabilizando, dessarte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual.

Ainda que considerada a origem inglesa e a norte-americana, a tese tem proliferado mesmo em países que adotam o sistema *civil law* e consagram textualmente a possibilidade de punição por dolo eventual, como é o caso da Espanha, na qual, a partir do ano 2000, foram prolatadas dezenas de decisões pelo Tribunal Supremo acolhendo a teoria da cegueira deliberada. Apesar de se tratar de assunto ainda pouco discutido no Brasil, não se vislumbra obstáculo que impeça o acolhimento da teoria da cegueira deliberada, sendo este, ao revés, um imperativo de cunho moral com base legal (art. 18, I, *in fine* do CP).

Quanto à aplicabilidade dos deveres inerentes à *compliance* aos advogados, em especial no tocante à obrigação de comunicação de operações suspeitas⁶⁷, o direito estrangeiro costuma distinguir a advocacia entre os ramos consultivo e contencioso.

No primeiro caso, uma vez envolvida tão somente a orientação sobre a condução negocial e patrimonial, é maciçamente reconhecido o dever do advogado de prestar informações às autoridades estatais sobre eventuais operações suspeitas de clientes⁶⁸. Neste diapasão, a Diretiva n. 91/308, de 10.06.1991 (itens 16 e 17), com a redação dada pela Diretiva n. 97, de 04.12.2001, ambas do Conselho da Comunidade Europeia, estabelece a obrigação de notificação de operações suspeitas para profissionais forenses, sobretudo notários e advogados, estes últimos expressamente alcançados quando da participação em atividades extrajudiciais (transações financeiras e empresariais) ou consultas jurídicas, excluído o dever de colaboração quando da atuação em processos judiciais.

67 O caráter inusitado e incomum de determinadas operações financeiras e sua desproporção para com o perfil sócio-econômico do interessado em realizá-las são alguns dos motivos que orientam a elaboração da listagem de operações suspeitas que devem ser comunicadas aos órgãos competentes. De modo a atualizar esta lista, o Banco Central edita regularmente cartas-circulares, como, por exemplo, a de n. 3.542, de 12.03.2012.

68 Segundo CANAS, a descoberta deve ocorrer no curso do exercício da atividade profissional. Se, por exemplo, surgir, num almoço social, a informação de que um cliente a quem assiste está envolvido em operações de branqueamento, não está o advogado obrigado a comunicar, não se exigindo também que o advogado abandone a colaboração com o cliente, apenas que realize a comunicação. Neste sentido: CANAS, Vitalino. *Op. cit.*, p. 61.

Neste caso, em havendo ocultação de patrimônio de origem ilícita, a consciente e espontânea inobservância de algum dos deveres de colaboração antilavagem enseja, em tese, a responsabilização do advogado por crime de lavagem de dinheiro, o que pode ocorrer, dependendo das circunstâncias do caso concreto, com base em dolo direto ou dolo eventual, este caracterizado por aplicação da já comentada teoria da cegueira deliberada.

No Reino Unido (*Satutory Instrument – The money Laundering Regulations/2003*) e nos EUA (*Sarbanes-Oxley Act/2002*) já vigoram normas específicas que determinam a responsabilidade do advogado pelos controles para a prevenção à lavagem de dinheiro no exercício de seu ofício. No Brasil, a nova redação da Lei n. 9.613/98 é bastante clara ao estabelecer uma série de hipóteses (em especial, o art. 9º, parágrafo único, XIV e XV) nas quais o advogado-consultor está enquadrado, assim como qualquer outro profissional. Isto se dá sem qualquer violação a prerrogativas profissionais ou direitos fundamentais, conclusão reforçada pelo próprio Estatuto da Advocacia⁶⁹. Aliás, defender o contrário importaria chancelamento do direito de orientação jurídica para práticas criminosas e socialmente perniciosas.

Com a devida vênia, não há razão na afirmação de que, mesmo na função de consultor, o advogado não deveria ser incluído na política de prevenção à lavagem, sob risco de comprometimento e flexibilização de direitos fundamentais. Vale lembrar que os direitos fundamentais são flexíveis por natureza face à necessidade de convivência aplicativa com a generalidade dos interesses igualmente merecedores de proteção constitucional. Ademais, o livre exercício de qualquer profissão, inclusive a de advogado, é sujeito à regulamentação legal (art. 5º, XII, CR/88), o que, no caso específico, já ocorre (vide o disposto no art. 34, XVII da Lei n. 8.906/94).

Já na hipótese de advocacia contenciosa, uma vez envolvido o exercício do direito de defesa em processos e investigações sancionatórias *lato sensu*⁷⁰, costuma-se afirmar o impedimento da exigência de colaboração do advogado sob o argumento de violação a direitos fundamentais e a prerrogativas profissionais (art. 34, VII da Lei n. 8.906/94)⁷¹, além de pos-

69 O art. 34, XVII e XVIII da Lei n. 8.906/94 veda ao advogado a prestação de concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la, bem como a solicitação ou recebimento de qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta.

70 A meu sentir, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa, a imunidade advocatícia contenciosa quanto aos deveres de colaboração antilavagem abrangeria a totalidade das informações recebidas por atuação profissional não só em ações e investigações penais, mas em qualquer ação judicial, procedimento administrativo ou pré-processual que possa acarretar sancionamento de toda espécie para pessoas físicas ou jurídicas.

71 Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. "Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado". Texto disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 01.05.2013.

sível incursão no crime previsto no art. 154 do CP (violação do segredo profissional)⁷². Neste caso, a imunidade profissional teria também os seguintes fundamentos: liberdade e essencialidade da atividade advocatícia (art. 133 da CR/88); direito de escolha do defensor (art. 8º, 2, 'd' do Pacto de São José da Costa Rica – Decreto n. 678/92); impossibilidade de imputação objetiva do resultado (a atividade advocatícia nestes casos configuraria um risco permitido); vulneração da relação de confiança defensor-investigado e aplicação da teoria da adequação social (teoria da ação neutra⁷³).

6 - A TEORIA DOS HONORÁRIOS MACULADOS

É possível a responsabilização penal do advogado que recebe honorários pagos com recursos sabidamente oriundos da prática de infrações penais? A resposta a esta indagação demanda inicialmente uma singela distinção. De plano, não há dúvida de que a aceitação de honorários “fingidos”⁷⁴ provocam a incursão do advogado na prática do crime de lavagem de dinheiro⁷⁵. Já quanto ao recebimento de honorários reais, ou seja, sem qualquer falsidade entre o valor contratado e efetivamente recebido, há fundada controvérsia quanto à repercussão penal deste comportamento.

De um lado, há países que reconhecem a plena viabilidade da punição nestes casos, como ocorre em terras germânicas desde o início da década passada⁷⁶, quando se iniciou a tendência de que o recebimento

72 Em comentário aplicável ao histórico brasileiro, CANAS ressalta o especial valor do dever-direito de sigilo dos profissionais do foro, particularmente dos advogados, em países onde permanece ainda viva a memória de um regime autoritário em que o segredo profissional era uma das poucas barreiras à lesão de direitos fundamentais dos cidadãos. Cf. CANAS, Vitalino. *Op. cit.*, p. 49.

73 As chamadas ações neutras, socialmente adequadas ou *standards* seriam, em tese, atípicas por serem normalmente aceitas e praticadas no cotidiano da coletividade.

74 Por exemplo, no caso do advogado que aceite prestar declaração ou assinar contrato relatando falsa informação sobre o valor dos honorários efetivamente recebidos de modo a legitimar o patrimônio ilícitamente obtido por seu cliente.

75 Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

76 Neste sentido: AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 58. Em 04.07.2001, o Tribunal Constitucional da Alemanha manteve a condenação de um casal de advogados por lavagem de capitais (art. 261, II, 1 do CP), haja vista terem recebido honorários antecipados mesmo cientes da origem ilícita. No mesmo sentido, em 30.03.2004, o mesmo órgão jurisdicional manteve a condenação desses advogados por lavagem de capitais, configurada esta a partir do recebimento de honorários oriundos de fraudes no mercado de investimentos financeiros. Em 14.01.2005, o mesmo Tribunal reconheceu a validade da busca e apreensão em escritório e residência de advogados diante de indícios da participação destes em atividades de lavagem de capitais. Em todos estes casos, o Tribunal considerou, para fins de configuração da aceitação dolosa de honorários maculados, a desproporcionalidade do valor dos honorários, bem como a forma de

de honorários conscientemente oriundos de atividades ilícitas acarrete a condenação do advogado pela prática de lavagem de dinheiro.

Nos EUA, visando à preservação do direito de assistência jurídico-criminal previsto na 6ª Emenda Constitucional, diversos órgãos e entidades advocatícias têm defendido a prerrogativa de exoneração da responsabilidade penal ao menos no tocante à atividade contenciosa, intenção que obteve êxito na regulamentação do diploma legal norte-americano antilavagem (*Money Laundering Prosecution Improvements Acts, de 1988*)⁷⁷.

No Brasil, não há tipo penal específico neste sentido e, por esta razão, em obediência ao princípio da legalidade, inexistindo prova da intenção de ocultação de patrimônio ilícito por meio do recebimento de honorários, não é viável o sancionamento penal do advogado na hipótese, mesmo ante a ciência deste sobre a origem ilícita dos recursos utilizados no pagamento. Porém, o conhecimento (real ou possível) sobre a maculação dos honorários não é desprovido de efeitos.

Primeiramente, há que se dizer que a caracterização da ciência sobre a origem maculada dos honorários pode perfeitamente ser extraída das circunstâncias que envolvem a (des)proporcionalidade entre o valor pago e o perfil sócio-econômico do cliente, bem como por uso de meios incomuns de pagamento (ex.: depósitos em paraísos fiscais, vultosos valores em espécie, etc.), nos mesmos moldes definidos pela teoria da cegueira deliberada, acolhida pela jurisprudência alemã e norte-americana. A exigência de um mínimo de cautela neste aspecto não faz necessariamente do advogado um investigador da vida pregressa de seu cliente e se mostra razoável, desde que real ou robustamente possível o acesso a este conhecimento.

Dessarte, caso comprovada a ciência inequívoca ou mesmo a alta probabilidade de que os valores recebidos provinham de ilícitos penais, torna-se legítima a perseguição, pelo Estado, dos bens e recursos que serviram para o pagamento da verba honorária, sujeitando-se o advogado aos efeitos das medidas patrimoniais assecuratórias legalmente previstas (busca e apreensão, sequestro, arresto e hipoteca legal), bem como à futura perda do montante auferido⁷⁸.

pagamento (em espécie). Cf. SCHORSCER, Vivian C. "A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações". In: *Revista dos Tribunais* v. 863. São Paulo: RT, setembro/2007, p. 441.

77 AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 85.

78 Cf. SCHORSCER, Vivian C. *Op. cit.*, p. 445.

A outra consequência refere-se à afirmação de que, também seguindo a linha já definida pela jurisprudência alemã e pela norte-americana, o direito de escolha do defensor não é absoluto, assim como não o é nenhum outro direito fundamental. Logo, a possibilidade de eleição do advogado pelo investigado está condicionada à possibilidade deste de pagar os respectivos honorários com recursos de origem comprovadamente lícita, salvo aceitação de atuação gratuita pelo causídico escolhido. Caso contrário, deve ser o investigado equiparado ao hipossuficiente, sendo-lhe nomeado defensor público ou advogado dativo para atuar em seu favor⁷⁹.

Interpretação distinta resultaria na institucionalização do direito de pagar e receber honorários maculados ou, com exclusão do eufemismo, custeados com dinheiro sujo. Ademais, a independência e a liberdade do exercício advocatício também deixariam de existir se admitido o pagamento de honorários maculados, haja vista que o advogado se tornaria dependente do crime organizado. Aliás, a proibição de receber recursos de origem ilícita recai sobre todos e não apenas sobre o advogado⁸⁰.

Na jurisprudência norte-americana, registram-se há décadas louváveis reafirmações do descabimento de exceção quanto ao adágio segundo o qual o crime não deve compensar, nem mesmo para pagar o serviço de advogados⁸¹. Sendo assim, *de lege ferenda*⁸², não se vislumbra empecilho⁸³ ao estabelecimento da exigência legal de declaração do valor recebido a

79 SCHORSER, Vivian C. *Op. cit.*, p. 442/443.

80 Já se ouviu, com indistigável excesso irônico, a indagação sobre o eventual enquadramento de um vendedor ambulante que recebe pagamento por um picolé vendido a, por exemplo, um conhecido narcotraficante ou explorador de jogo ilegal. Logicamente, o princípio da insignificância afastaria o enquadramento citado, o que não se aplica ao advogado e profissionais do mercado financeiro, cujo custo dos serviços e possibilidade de informação sobre a origem dos bens são evidentemente diferenciados.

81 Do precedente da Suprema Corte norte-americana (*US v. Peter Monsanto*, julgado em 22.06.1989), extrai-se o seguinte trecho: *"We conclude that there is no exemption from § 853's forfeiture or pretrial restraining order provisions for assets which a defendant wishes to use to retain an attorney. In enacting § 853, Congress decided to give force to the old adage that 'crime does not pay.' We find no evidence that Congress intended to modify that nostrum to read, 'crime does not pay, except for attorney's fees'. If, as respondent and supporting amici so vigorously assert, we are mistaken as to Congress' intent, that body can amend this statute to otherwise provide. But the statute, as presently written, cannot be read any other way."* Grifou-se.

82 A proposta é feita a despeito da ciência de tentativas anteriores. A respeito do tema, registrem-se os seguintes projetos de lei: (1) o PL n. 6.413/2000, de autoria do falecido Senador Antônio Carlos Magalhães, pretendia alterar a redação do art. 261-A do CPP para estabelecer a imposição de defensor público ao acusado por lavagem; (2) o PL n. 577/2003 pretendia estabelecer a obrigação de comprovação da origem ilícita dos valores pagos a título de honorários; (3) o PL n. 5562/2005 pretendia obrigar o acusado da prática de crime hediondo a comprovar o valor e a origem dos honorários despendidos e (4) o PL n. 712/2003 pretendia alterar o Estatuto da OAB para incluir como infração o recebimento de importância proveniente de atividades criminosas. Todos os referidos projetos de lei foram arquivados pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 22.05.2007.

83 Em sentido contrário: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

título de honorários (bem como comprovação da origem destes recursos) ou afirmação de atuação gratuita, o que poderia ser feito em autos apartados sob sigilo de justiça, mas sempre sob pena de responsabilização por eventual falsidade das informações⁸⁴.

7 – CONCLUSÃO

“O criminoso do colarinho branco goza de um cinturão de impunidade (...) No Brasil, criam-se, replicam-se e aplicam-se teses convenientemente desenvolvidas para a faixa de delitos onde preponderam o alto empresariado, banqueiros e os homens de negócios.”⁸⁵

São incontáveis os casos diariamente noticiados nos quais delinquentes contumazes ou de alto poder político-econômico, mesmo desprovidos muitas das vezes de profissão ou fonte de renda lícita, investem o patrimônio obtido ilegalmente em grandes instituições financeiras e, quando investigados, contratam os mais renomados advogados e escritórios de advocacia sob valores de montante e origem convenientemente acobertados por manto argumentativo de suposto viés constitucional. O mesmo se diga em relação a alguns agentes públicos que, quando investigados pelos mais rumorosos escândalos de corrupção e desvio de recursos do erário, conseguem, sabe-se lá como, idêntica proeza financeira, mesmo tendo limitada remuneração de conhecimento coletivo⁸⁶ e insípido patrimônio declarado ao fisco.

Ainda não se conseguiu explicar no que exatamente estaria o direito de defesa cerceado com a mera explicitação da origem do custeio do serviço advocatício ou onde a livre circulação de riqueza (lícita) seria impedida pela simples imposição de cautelas e deveres aos agentes econômico-financeiros.

84 Ao fim da palestra proferida por ocasião do Seminário Internacional de Direito Penal, realizado no dia 03.10.2013, Isidoro Blanco Cordero, Professor da Universidade de Alicante/Espanha, afirmou que as informações prestadas sobre os honorários podem ser, inclusive, confrontadas com a declaração anual de imposto de renda, o que ocorreria comumente na Europa.

85 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. "Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal". In: **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 139.

86 A Lei n. 12.527/2011 possibilita o amplo acesso à informação sobre a renda mensal de agentes públicos de quaisquer dos Poderes da República.

A verdade é que, em que pesem as indiscutíveis repercussões contemporâneas, as teoria da cegueira deliberada e dos honorários maculados têm sido praticamente ignoradas no Brasil, ao contrário do que ocorre em países desenvolvidos. Cabe deixar claro que não se defende a acrítica importação da disciplina e interpretação destes tópicos para o cenário jurídico nacional, mas é indubitável que o premente enfrentamento do tema demanda desapego em relação a argumentos impertinentes, já exauridos e indignos de credibilidade. O escorreito exercício de atividades profissionais tão significativas para a sociedade, como a advocacia e a atividade financeira em geral, deve estar acima do corporativismo inócuo, quando não nocivo, bem como de interesses escusos impublicáveis, para que o Brasil possa enfim alcançar uma regulamentação justa e adequada para este assunto de singular importância. ❖

Formatura da 1ª Turma de Pós-Graduação em Direito Administrativo da EMERJ

Discurso do patrono, prof. Jessé Torres Pereira Junior (31.01.2014)

1 - Cumprimentos à mesa, aos formandos, seus familiares e amigos. Cumprimentos, na pessoa dos professores homenageados pela Turma, Alexandra Amaral e Rafael Carvalho, aos 32 mestres de direito e conferencistas que, inclusive vindos de outros estados, ministraram as 87 aulas do curso, além das oito aulas de metodologia, estas com professor específico, no total de 380 horas/aula.

2 - Especial homenagem é devida à direção da Escola, à anterior (Des. Leila Mariano) e à atual (Des. Sérgio Verani), bem como aos servidores Elaine Fortes Machado Souza e Rosângela Macedo, que, respectivamente, instituíram e mantiveram o curso com agudo senso de oportunidade e visão estratégica, bem como lhe coordenaram a parte administrativa com perfeita eficiência.

3 – O curso, bem espelhando o desafio da pós-modernidade na gestão pública comprometida com resultados, mal se encerra e já apresenta resultados: Guilherme Moreira não está hoje aqui porque obrigado a frequentar curso de qualificação para assumir o cargo de especialista em regulação, da Agência Nacional de Petróleo, importante autarquia especial para cujos quadros acaba de ser aprovado em concurso público; nossa colega magistrada Margarete Olivaes já aceitou o convite para integrar-se no corpo docente dos professores dos primeiros cursos de pós-graduação em direito administrativo recém-iniciados na ESAJ; Luana Aita, que já emprestava os seus conhecimentos como docente de cursos regulares da EMERJ, também passará a regente de módulos nos cursos de pós-graduação de direito administrativo da Escola de Administração Judiciária.

4 – Queridos ex-alunos: a empatia resultante de nosso convívio em 2013 responde pela escolha do professor-coordenador como patrono da turma do 1º curso de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura do ERJ.

5 – Honrado pela escolha, entreguei-me a meditar sobre o encargo que dela adviria. A começar pela etimologia da palavra: do latim *patronus*, protetor, aquele que protege. Portanto, estou por vocês escolhido para protegê-los. Mas contra quem e do quê?

6 – Meditei sobre isto antes como pai e avô que, em 2014, completa 50 anos de atividade profissional ininterrupta e 30 anos de magistratura de carreira. Permitam-me que lhes revele o resultado desse pensar, temperado pelas muitas experiências de vitórias e derrotas, sucessos e fracassos, conquistas e perdas pessoais ao longo de meio século.

7 - Penso que os devo proteger de si próprios: contra a **soberba**, que põe alicerces no telhado e o telhado nos alicerces da individualidade exacerbada, agora ornada pelo título da pós-graduação; contra o **egoísmo**, que separa os homens, ao invés de uni-los pela generosidade de quem adquiriu mais conhecimento; contra a **indiferença**, que, silenciosa, grave, quase benévola na aparência, traduz a morte de toda consideração sobre a importância do outro; contra o **preconceito**, que costuma fincar raízes mais fundas do que os princípios e deformar nossos desejos e aspirações; contra o erro de acreditar que a ciência tudo supre, inadvertidos de que o homem faz uso indevido dela sempre que a maneja sem a virtude e a identificação de seus próprios limites.

8 – Devo mesmo protegê-los e, ao fazê-lo, lembrar a mim mesmo das armadilhas desses desvios. Estaria exagerando? Penso que não. Em dezembro de 2013, completamos 65 anos da aprovação, pela assembleia geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim os proclamou em reconhecimento à dignidade inerente a cada ser humano.

9 – Decorridos esses 65 anos, “não é pela sua forma que ainda se luta para a conquista por muitos e a garantia, para todos, dos direitos hu-

manos. É que a injustiça não se resolve fácil: A democracia não prospera sem cuidados. Os direitos humanos, a garantir a democracia tenra e frágil, como é próprio do humano trato da vida, demandam mimos e atenções que ao menor descuido podem muito sofrer.

A fome agride a dignidade dos homens, e não são poucos os famintos, não apenas de pão, mas de justiça e solidariedade, que peregrinam mundo a fora, mesmo quando não podem sair do seu canto.

A tortura vocifera em calabouços, que trancam segredos de Estado ou de seus agentes, algozes dos irmãos e vítimas de sua própria tirania. Estádios continuam guardando presos políticos, a censura fala mais alto em parte enorme do mundo e as guerras, mercenárias, continuam a matar e mutilar milhares de homens, mulheres, idosos e crianças, que nem sabem se a luz que surge, de repente, é uma estrela ou a lavra candente de uma super arma a lhes queimar entranhas e sonhos.

Frustraram-se os direitos humanos? Não! Continua o homem a sua trilha incessante de berços e esquifes, a produzir a sua vida e a sua morte, buscando afastar as dores e afagar os amores que são todos de uma trajetória que não aprendeu a caminhar a única trilha da fraternidade que lhe seria possível e desejável. Os passos não são únicos e os caminhos da humanidade pluralizam realizações e destruições. Mas se as trilhas ainda são perversamente inversas e contraditórias em detrimento da humanidade, às vezes, já se vislumbra um céu mais claro a guiar o homem por novas possibilidades. Essa estrela guia pode não ser seguida, mas segue o homem mostrando-lhe direitos que pode clarear, em muito, o seu trajeto com o outro” (Carmen Lucia Antunes Rocha, **Direitos de e para Todos**, Ed. Fórum, 2004, p. 11-12).

10 – Vimos, nas 380 horas do curso, que o Direito Administrativo, nascido, como ramo autônomo das ciências jurídicas, na França de 1873, recebeu os influxos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e se vem constitucionalizando nos últimos cinquenta anos, passando de patrono do estado, se necessário até contra os administrados, como no emblemático acórdão proferido pelo Tribunal de Conflitos francês no caso Agnès Blanco, a patrono da gestão pública democrática, comprometida com resultados definidos pelas sociedades em cartas fundamentais, que pretendem garantir a concretização daqueles direitos, individuais e sociais, para todos, sem exclusão.

11– Examinamos os novos paradigmas da nossa ciência: a **supremacia da Constituição**, que traça políticas públicas delimitadoras das escolhas e ações administrativas dos governantes; a **efetividade dos princípios**, alçados a normas jurídicas norteadoras do sistema e providas de sanção para o caso de descumprimento; a **motivação obrigatória**, que expõe as razões de fato e de direito que devem justificar e legitimar as decisões dos agentes públicos; o **controle da discricionariedade**, que a lei defere a esses agentes, não para preencher espaços segundo opções personalistas, mas no exercício de alternativas tecnicamente consistentes para a produção de planejados resultados de interesse público; a **processualização da atividade administrativa estatal**, de sorte a que, em todos os poderes e esferas, os autos testemunhem e façam transparecer os fundamentos das decisões; a **consensualidade** como técnica de identificação e adoção dos caminhos que os destinatários da ação governamental reconheçam como legítimos e harmônicos com suas necessidades e prioridades, por isto que também balizadores das decisões administrativas; a **sustentabilidade** das políticas e das medidas de sua execução, de molde a integrar o econômico, o social e o ambiental aptos a promover o desenvolvimento das atuais e futuras gerações; a **responsabilidade** objetiva do estado e a subjetiva de seus agentes por todo e qualquer ato que implique dano, material ou moral, que a sociedade houver de suportar como consequência de suas ações ou omissões.

12 – Além dos paradigmas do direito administrativo em evolução, descortinados por mestres reconhecidos, essa turma poderá desfrutar, porque com eles conviveu no plano histórico, dos exemplos de paradigmas pessoais contemporâneos. Como o de Nelson Mandela, também profissional do direito e cuja jornada terrena se encerrou em dezembro de 2013, deixando-nos legado que a todos e a qualquer um de nós se aplica. Um ano antes de falecer, fez publicar *Conversations with myself*, no qual advertia para os erros que cometeu e recusava o altar em que quase todos o colocavam, ponderando: “O problema, naturalmente, é que muitos homens de sucesso se dobram a algumas formas de vaidade. Chega um momento de suas vidas em que consideram aceitável serem egoístas e vangloriam-se de suas realizações diante do público em geral como se fossem únicas” (p. 6). Tentam “impressionar as multidões, em vez de começar pela simples e calma exposição de ideias e princípios cuja verdade

universal se faz evidente pela experiência pessoal e o estudo profundo” (p. 41). Admite que “fui vítima das fraquezas de minha geração, não uma, mas centenas de vezes. Devo ser franco e dizer-lhes que, ao olhar para o passado e ver meus primeiros escritos e discursos, fico chocado por seu pedantismo, artificialidade e falta de originalidade. A urgência de impressionar e de propagandear é claramente perceptível neles” (p. 45). Na maturidade, declarava: “Eu não desejo incitar as multidões. Desejo que elas entendam o que estamos fazendo; desejo incutir-lhes o espírito da reconciliação” (p. 326).

13 – Para concluir, evoco o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Leio, para que se aninhe na consciência e no coração, magnífico comentário que sobre ele escreveu a profa. Carmen Lúcia Antunes Rocha, em 2004, antes de tornar-se Ministra do Supremo Tribunal Federal:

“Gente é igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença, Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com agonias e as alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

Filhos da terra, iguais em sua semente de liberdade e esperança. Filhos da mesma mãe terra. Filhos iguais das mães.

Iguais as mães. Todas dignas. Não se vergam, não se entregam e dão a todos os filhos do mundo o exemplo de que a pessoa humana é feita de vértebras na alma. Não é feita para se curvar. Nem para deixar de lutar.

O filho espera com fome e a mãe apressa-se. Do rico ou do pobre, o filho é da mãe o próprio amor que acode a tempo e a hora.

Todas solidárias as mães. Solidariedade pura deixada para os filhos de todas as mulheres, que a fraternidade faz-se pelo sangue da humanidade que dança nas veias do mundo, não se liquefaz em tipo sanguíneo.

Igual o amor das mães. E, sabe-se, o amor não vê tipos. Mas há tipos diferentes de amor. O amor não tem medo, porque existe em si, produz-se na humanidade, que lhe garante a existência, mesmo depois de ter parado o coração do amado. Porque o amor é livre e próprio dos homens, como dignidade é própria do amor. O homem tem consciência disso mesmo na inconsciência do que se vive no amor.

Homem é ser que não desiste. Liberta-se de sua individualidade pelo amor que o faz único ao outro.

Homem é ser que não enuncia a si. A sua dignidade impõe que continue, mesmo quando parece cessada toda esperança. Esta também teima em persistir, em nome da humanidade, em nome do amor que virá, em nome do anseio de se libertar.

É esse anseio que acorda a cada dia, ainda que apenas para deixar claro que a noite já se foi e para lembrar que ela voltará ao final de cada entardecer.

Homem não tarda; faz-se seu tempo. E todo tempo é de liberdade e de esperança." (*op. cit.*, p 13-14).

14 – Assim crendo e agindo, estaremos sempre protegidos, ao menos no íntimo de nossas intenções e nos desígnios de nosso espírito. Tomara que nossos caminhos continuem a cruzar-se. Contem com o seu patrono, como o seu patrono contará com vocês, todos a serviço da dignidade das pessoas, da sociedade e do país.

15 – Agradeço-lhes a escolha como patrono, que enterneceu meu coração, rejuvenesceu minha alma e renovou minha disposição de sempre compartilhar. ❖