

**Revista do Curso de
Direito da Faciplac**

ISSN 2179-2097



Ano 6 - nº 6

2013



Faciplac

SUMÁRIO

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR	02
<i>Prof. Dr. Héctor Valverde Santana</i>	
2. OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL.....	11
<i>Profª. MSc. Izabela Guimarães Cunha e Silva</i>	
3. A RETIRADA DE MARCOS E O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	48
<i>Profª. Esp. Ana Carolina Borges de Oliveira</i>	
4. PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES REGRESSIVAS ACIDENTÁRIAS.....	61
<i>Prof. Esp. Nilson Rodrigues Barbosa Filho</i>	
5. PRODUÇÃO DO CORPO DISCENTE DO CURSO DE DIREITO DAS FACULDADES INTEGRADAS DO PLANALTO CENTRAL – FACIPLAC:	
5.1. LEI Nº11.340/2006: REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NOS CASOS DE LESÃO CORPORAL LEVE	75
<i>Poliane Rocha Fialho</i>	
5.2. O INSTITUTO DA FIANÇA NA VISÃO DA LEI 12.403/2011 E OS PRINCÍPIOS BALIZADORES DE SUA FIXAÇÃO.....	101
<i>Aluno: Eduardo de Assunção Gonçalves</i>	
<i>Orientador: Prof. Esp. José Carlos Pinto Ferreira Júnior.</i>	
5.3. O CONFLITO ENTRE A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: REFLEXOS NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	127
<i>Daniel Fernandes Silva Félix</i>	
5.4. O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	157
<i>Célio Oliveira</i>	
5.5. O DIVÓRCIO NO DIREITO COMPARADO: ASPECTOS RELEVANTES NA MACROCOMPARAÇÃO E MICROCOMPARAÇÃO.....	182
<i>Nielma Marques Batista e Ruan de Oliveira</i>	

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR.

Prof. Dr. Héctor Valverde Santana¹

O sistema de produção foi substancialmente alterado pela Revolução Industrial iniciada em meados do século XIX na Inglaterra. Gradativamente foi superada a técnica medieval de produção individualista, passando-se à produção massificada ou em série.

A nova realidade de produção em massa possibilitou a implantação da economia de mercado, baseada na livre iniciativa. Porém, dificuldades foram identificadas, especialmente a concentração do capital nas mãos dos detentores dos meios de produção, a exploração do trabalhador e a vulnerabilidade do consumidor.

Neste panorama mundial, a defesa do consumidor foi eleita, primeiramente pelos países desenvolvidos, como providência necessária à sustentação do próprio mercado, pois se sabe que quem sustenta o funcionamento de uma economia capitalista é o consumidor, e não somente o Estado, o empresário ou o trabalhador.

Afirma-se que o direito do consumidor é fruto das alterações verificadas no quadro socioeconômico a partir da Revolução Industrial. Caracteriza-se como subsistema autônomo da ciência jurídica, voltado preferencialmente para a tutela coletiva de direitos.

O direito do consumidor está inserido dentro da temática maior relativa aos Direitos Humanos. Não obstante as diversas classificações encontradas na Doutrina², a mais aceita é aquela que prevê três gerações de Direitos Humanos: a primeira geração refere-se aos direitos civis e políticos; a segunda geração engloba os direitos econômicos, sociais e culturais; a terceira geração compreende os direitos de solidariedade, dentre eles o direito ao desenvolvimento, direito ambiental, direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito do consumidor.³

¹ Juiz da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Brasília/DF. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais - Direito do Consumidor - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) nos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito, nas áreas de Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil das Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central (FACIPLAC). Professor de Direito do Consumidor da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil do Curso de Especialização da Escola da Magistratura do Distrito Federal.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou, pela primeira vez, o direito das relações de consumo como subsistema jurídico autônomo. Vários artigos da Lei Maior dão os contornos deste novo e importante ramo do direito.

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil são tratados no título I da Constituição Federal e considerados como parâmetros para todas as atividades estatais. Com efeito, a produção legislativa, a atividade executiva e a aplicação das leis estão vinculadas à observância incondicional dos princípios fundamentais inscritos na Constituição Federal de 1988.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 é extremamente importante na medida em que revela a opção do povo brasileiro pelo regime democrático. A República Federativa do Brasil é, na dicção constitucional, um Estado Democrático de Direito, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

A soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político são os princípios fundamentais explicitados nos incisos I a V, do artigo inaugural da Constituição Federal de 1988. Esses princípios fundamentais foram democraticamente acolhidos pelo povo e estão vinculados à existência da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Como princípio fundamental. Trata-se do mais importante princípio explicitado na Lei Maior. Vale dizer que a dignidade da pessoa humana sobreleva a todos os demais princípios constitucionais⁴. É o fundamento primeiro de nosso ordenamento jurídico e tem dupla função: a) orienta toda a interpretação do direito positivo; b) serve como meio de integração de lacunas do ordenamento jurídico.

Levando em conta a proeminência do princípio da dignidade da pessoa humana, não há que se falar em colisão deste com os demais princípios alinhados na lei maior. O princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e não relativo⁵. Todos os demais princípios constitucionais têm que encontrar uma forma de harmonização com o princípio da dignidade da pessoa humana. Inadmissível qualquer tentativa de superá-lo.

A dignidade da pessoa humana não encontra definição no direito positivo. É um conceito aberto, porém com um conteúdo prévia e relativamente determinado pelo próprio sistema constitucional. Sujeita-se à integração diante de cada caso concreto, observados os métodos disponíveis de interpretação e concretização da Constituição Federal de 1988. ⁶

A dignidade da pessoa humana deve ser associada ao ser humano como uma entidade real e presente. Não é um valor vinculado ao homem como entidade virtual ou hipotética. O ordenamento jurídico está estruturado para tutelar o ser humano em sua

existência atual, enunciando-lhe direitos fundamentais e disponibilizando-lhe garantias para a sua plena realização.⁷

A dignidade da não se refere ao homem como um integrante do grupo social. Ao contrário, reafirma a importância da pessoa humana enquanto individual sobre a coletividade. Nessa linha de raciocínio, nenhum ordenamento jurídico pode legitimamente priorizar o aspecto coletivo e colocar em segundo plano o ser humano – admitido como entidade individual e concreta. Nenhum ser humano pode dispor, mesmo que conscientemente, de sua dignidade em prol do grupo social ou qualquer outro destinatário. Afirma-se que à sociedade não basta a garantia da existência do ser humano, mas que essa existência seja qualificada pela dignidade inerente ao homem, pelo fato de ser um valor incondicionado que decorre de sua própria essência.

A justiça francesa, por intermédio do Conselho de Estado, posicionou-se corretamente sobre o conteúdo e alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o prefeito da cidade de Orsang-Sur-Orge interditou um espetáculo realizado na discoteca “L’Embassy Club”, que consistia no lançamento de um anão de um lado para o outro das dependências do estabelecimento pelos próprios frequentadores.

Assim, o prefeito entendeu que estava investido no poder de polícia e que tal “espetáculo” atentava contra a ordem pública. O Tribunal Administrativo de Versailles anulou a interdição do prefeito de Orsang-Sur-Orge, determinando prosseguimento do espetáculo de lançamento de anão. Foi argumentado pelo próprio anão o direito ao trabalho e, também, pela discoteca, o direito ao livre exercício da atividade comercial.

Entretanto, o Conselho de Estado reformou o acórdão do Tribunal Administrativo de Versailles e manteve a interdição do espetáculo, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez é uma manifestação do conceito de ordem pública.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada por resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia-Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, reconheceu a importância da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, ao consignar que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

O ser humano, enquanto integrante de um grupo social, é objeto de disciplina pelo artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos humanos, que considera a segurança social e a satisfação dos direitos econômico, sociais e culturais como indispensáveis à dignidade do ser humano.

Após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diversos países acolheram, em suas constituições, o princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo da Alemanha (artigo 1º), de Angola (artigo 17), da Bulgária (artigo 4º), da Coreia d

Sula (artigo 10), da Espanha (artigo 10, n. 1), da Grécia (artigo 2º), da Índia (preâmbulo), de Portugal (artigo 1º) e do Peru (preâmbulo).

Assentada a posição de que a dignidade da pessoa humana e o fundamento maior da República Federativa do Brasil e orientadora de todo o nosso ordenamento jurídico, seguindo essa linha de raciocínio, afirma-se que a matéria consumerista, tanto no campo da elaboração legislativa quanto na efetiva prestação jurisdicional, somente será legítima quando considerar a pessoa humana como núcleo da fundamentada existência do Estado e condição primária para a vida em sociedade.

No âmbito infraconstitucional, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor traça as diretrizes da política nacional de relações de consumo, cujo objetivo é criar condições para o atendimento das necessidades dos consumidores. Essa norma-objetivo⁸ traz como dado fundamental da questão o respeito à dignidade dos consumidores, revelando perfeita harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana acolhido pelo artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Os direitos e garantias fundamentais são tratados no título II da Constituição Federal de 1988. O capítulo I ocupa-se dos direitos e deveres individuais e coletivos. O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 estabelece o dever do Estado em promover a defesa do consumidor.

A defesa do consumidor é um direito constitucional fundamental, eleita cláusula pétreia de nosso ordenamento jurídico-constitucional, conforme artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Portanto, o dever estatal de defender o consumidor constitui-se em matéria que jamais será objeto de modificações na Constituição, uma verdadeira limitação material perpétua ao exercício do poder de reforma constitucional.⁹

A defesa do consumidor é um direito constitucional fundamental que depende de regulamentação, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988 é claro quando indica a expressão na forma da lei para disciplinar a matéria. Nesse passo, surgiu o Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, adotando princípios próprios, estabelecendo um verdadeiro subsistema jurídico. Vale dizer que as demais leis infraconstitucionais relativas à matéria de consumo devem ser harmonizadas com os princípios fixados no Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988 fez uma opção pelo sistema econômico capitalista, dedicando o capítulo VII para a disciplina básica da ordem econômica e financeira. De forma coerente com o sistema capitalista, a livre iniciativa foi consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV) e da ordem econômica (artigo 170, caput).

Não obstante o reconhecimento da importância da livre iniciativa, o nosso sistema constitucional admite duas formas de intervenção do Estado na economia. A principal forma de atuação do Estado na economia ocorre mediante a mera regulação do mercado, especialmente na repressão ao aumento abusivo de lucros, concorrência desleal e formado de cartéis.¹⁰

A forma secundária ou excepcional é manifestada por uma exploração direta de determinada atividade econômica pelo Estado, desde que esta atividade estatal direta seja necessária à segurança nacional ou relevante ao interesse coletivo nos termos do artigo 173, caput, da Constituição Federal de 1988. Nesse caso, o Estado atua como agente produtor e não apenas regulador da atividade econômica.

O artigo 170, inciso V. da Constituição Federal de 1988 elege a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica. Além da proteção ao consumidor, a ordem econômica delineada pela Constituição Federal de 1988 ainda conta com outros princípios da mesma natureza, a exemplo da soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Desta forma, a proteção do consumidor é compatível com a livre iniciativa e seu consectário lógico da livre concorrência. A ordem econômica constitucional impõe a harmonização dos direitos do consumidor e dos fornecedores de produtos e serviços, que são livres para atuarem no mercado, observados os limites indicados pelos princípios constitucionais.

O mercado não pertence aos fornecedores e nem aos consumidores. É uma realidade que se mostra necessária ao sistema capitalista adotado constitucionalmente, uma evidente expressão da vontade do povo brasileiro. A completa exclusão do Estado da atividade econômica não é recomendável, do mesmo modo como o intervencionismo exagerado mostrou-se historicamente um manifesto fracasso.

A intervenção mínima para regular o mercado, ou agir em caso de segurança nacional, ou relevante para o interesse coletivo é forma ponderada de garantir um adequado desenvolvimento do setor econômico. Deve ser fortalecido pela conjugação dos diversos interesses e direitos em jogo. O mercado com regras claras e firmes tem como princípio a defesa do consumidor, que deve harmonizar-se com a livre iniciativa.

Ordinariamente, os serviços públicos são prestados diretamente pelo Poder Público. Entretanto, mediante lei, a exploração dos serviços públicos poderá ser concedida ou

permitida a empresas particulares, conforme disciplina o artigo 175, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

Os direitos dos consumidores-usuários de serviços públicos são garantidos pela Constituição Federal de 1988. Veda-se à lei dispor no sentido de limitar ou suprimir o direito constitucional fundamental de proteção do consumidor, não havendo qualquer distinção entre serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, ou por intermédio de empresas privadas concessionárias ou permissionárias.

Ao cuidar do tema referente às limitações do poder de tributar (seção II, título VI, da Constituição Federal), o artigo 150, §5º dispõe que a lei determinará medidas para o esclarecimento dos consumidores sobre a carga tributária incidente sobre produtos e serviços.

E fato notório que o referido dispositivo constitucional não é cumprido pelo Estado. O sistema tributário nacional é merecedor das mais severas críticas em todos os seus aspectos, principalmente quanto à excessiva carga tributária imposta aos assalariados, bem como pela ampla possibilidade e real situação de sonegação pelos mais favorecidos economicamente.

O complexo sistema tributário nacional é matéria assimilável por pouquíssimos especialistas. A norma constitucional em questão não encontra plena efetividade, porquanto quase nenhum consumidor tem ciência ao menos razoável dos impostos e respectivas alíquotas que incidem sobre produtos e serviços. Essas parcelas, certamente, influenciam no preço final do bem colocado no mercado de consumo. Apesar do bom propósito constitucional, falta, pois, o direito básico à efetiva informação sobre a carga tributária incidente sobre produtos e serviços.

A União, os Estados e o Distrito Federal têm competência legislativa concorrente sobre consumo e responsabilidade por dano ao consumidor, conforme artigo 24, incisos V e VIII, respectivamente da Constituição Federal de 1988. A competência concorrente não significa que a União, os Estados e o Distrito Federal legislem em igualdade de condições.¹¹

As normas gerais sobre as matérias indicadas são elaboradas pela União. Os Estados e o Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena em face da completa ausência de norma editada pela União. Entretanto, havendo lei federal sobre consumo e responsabilidade por dano ao consumidor, os Estados e o Distrito Federal apenas legislam em caráter suplementar, observadas as normas gerais traçadas pela União.

O capítulo relativo à comunicação social estabelece limites à publicidade de tabaco, bebidas alcólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, nos termos do artigo 220, §4º da Constituição Federal de 1988. É tema vinculado essencialmente, no âmbito

infraconstitucional, ao direito das relações de consumo, especialmente quanto à dignidade, à saúde, à segurança, aos interesses econômicos e à qualidade de vida dos consumidores. 12

O artigo 221 da Constituição Federal de 1988 versa sobre a produção e a programação de rádio e televisão, inclusive firmando princípios gerais a serem observados. Sustenta-se que o conteúdo difundido pelos meios de comunicação social interessa ao subsistema jurídico das relações de consumo, especialmente quanto à publicidade, vedando-se as modalidades enganosa ou abusiva.

O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece um prazo de cento e vinte dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor. A complexa tramitação legislativa e os antagônicos interesses representados no Congresso Nacional inviabilizaram o cumprimento do prazo constitucional. Apesar da mora legislativa, o Código de Defesa do Consumidor foi editado em 11 de setembro de 1990, com *vacatio legis* de cento e oitenta dias.

A questão constitucional-consumidor tem evidentes reflexos práticos. Algumas empresas que atuam no mercado financeiro nacional, muitas delas corporações multinacionais, não se conformam com os avanços conseguidos pelo Código de Defesa do Consumidor, lei democrática e representativa da cidadania brasileira, e procuram, a qualquer preço, boicotá-la. O fato causa espécie porque nos países do chamado "primeiro mundo" a defesa do consumidor é estimulada pelos governantes empresários, trabalhadores e sociedade em geral.

Portanto, vale lembrar que a defesa do consumidor no Brasil não é generosidade de qualquer autoridade, mas direito constitucional fundamental do cidadão brasileiro e dever do Estado!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO. Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR. Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992
- BONAVIDES. Paulo. Curso de direito constitucional. 1ed. São Paulo: Milheiros. 1997.
- CANOTILHO. J. J. Gomes e MOREIRA. Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARVALHO. Júlio Marino de. Os direitos humanos no tempo e no espaço. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- COELHO. Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- FARIAS. Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.
- GRAU. Eros Roberto. Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 5. jan./mar ., 1993.

MIRANDA. Jorge. Manual de direito constitucional - direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra. 1988. t. 4.

OLIVEIRA. Almir de. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

NOTAS

1. Texto baseado na dissertação de mestrado do autor: Prescrição e decadência no direito das relações de consumo.
2. Almir de Oliveira. Curso de Direitos Humanos, p. 55, esclarece que a dificuldade de definir “direitos humanos”, manifestando-se da seguinte forma: raramente, as definições satisfazem, mesmo em ramos do conhecimento em que elas parecem mais tranquilas. Para um novo ramo da Ciência Jurídica, como de que se trata aqui, sobre cuja denominação divergem os autores, a busca da definição de mias ampla aceitação haverá de perdurar muito tempo. E se tivermos em conta as posições filosóficas que necessariamente afetam a conceituação dos direitos humanos fundamentais, compreenderemos que uma definição tranquilamente aceita por todos será, a bem dizer, impossível.
3. Júlio Marino de Carvalho. Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço, p. 47.
4. Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação Constitucional, p. 84, reconhece a inexistência de hierarquia entre os diversos valores constitucionais. PoRÉM, de forma coerente coloca em destaque o valor da dignidade da pessoa humana como fonte axiológica do ordenamento jurídico.
5. Edilson Pereira de Farias. Colisão de Direitos, p. 32, sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto. Conclui que a dignidade da pessoa humana está sujeita à lei de colisão, podendo não prevalecer sobre outros princípios em terminados casos concretos.
6. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, p. 54, advertem que “alguns dos problemas fundamentais que a interpretação e concretização da lei constitucional tem suscitado, sobretudo na jurisprudência e na práxis político-legislativa dizem respeito à determinação do âmbito conceitual: compreensão, conotação, sentido, espaço semântico das indiscriminadamente chamadas ‘normas vagas’.
7. Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 170. O autor português ainda esclarece o mesmo ao falar em direitos do homem e direitos humanos, não é exatamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual e esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba ou ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa baseada na dignidade da pessoa humana, a Constituição

afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos. Todavia a expressão dignidade humana ainda aparece no art. 26, n.2, ao passo que no art. 211 “se fala em dignidade das pessoas”.

8. Cf. Eros Roberto Grau, Interpretando o Código de Defesa do Consumidor, algumas notas, p. 185-189 (Revista de Direito do Consumidor, n.5, jan/mar., 1993)

9. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 177, esclarece a extensão das limitações materiais do poder de reforma constitucional da seguinte forma: “Há, finalmente, uma limitação expressa de ordem material, tocante ao objeto da reforma. Assim é que várias Constituições fazem imutável uma determinada matéria de seu conteúdo. As Constituições Brasileiras desde 1891, por exemplo, interditavam toda reforma constitucional que viesse abolir a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. A Constituição vigente retirou, porém, do âmbito de sua cláusula pétrea a forma republicana e, até, instituiu, no tocante à monarquia, a consulta plebiscitária do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Todo o §4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma.”

10. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. Curso de direito constitucional, p. 350-352.

11. Celso Ribeiro Bastos. Curso de direito constitucional, p. 263.

12. A Lei Federal nº 9.294 de 15 de julho de 1996, com alterações introduzidas pela Lei Federal nº 10.167, de 27 de dezembro de 200, dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcóolicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do §40 do artigo 220 da Constituição Federal de 1988.

OS CONTRATOS INTERNACIONAIS E A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL

Prof^ª. MSc. Izabela Guimarães Cunha e Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo da relação existente entre o Direito Internacional Privado e o Direito Processual Civil Internacional, tendo por pano de fundo os Contratos Comerciais Internacionais. Para tanto, buscaremos revisar os conceitos basilares para o desenvolvimento do tema, traçando a relação entre a competência internacional (e aqui analisaremos as regras para a determinação e distribuição da competência pelo ordenamento jurídico brasileiro), objeto de estudo do Direito Processual Civil Internacional e a lei aplicável, matéria de Direito Internacional Privado.

Palavras-chave: Contratos Internacionais, Direito Internacional Privado, Direito Processual Civil Internacional.

INTRODUÇÃO

Com o incremento do comércio mundial, o aumento das trocas internacionais, principalmente após os processos integracionistas da Comunidade Europeia, do Mercosul e do Nafta, o estudo dos contratos internacionais toma cada dia mais vulto, já que este é o instrumento por excelência da viabilização desses negócios jurídicos internacionais, pertencendo, assim, à parte especial do Direito Internacional Privado - DIPr. Esses contratos são caracterizados por conter um elemento de estraneidade, que pode ser o domicílio, a nacionalidade, a constituição ou a execução. Enfim, algo que os ligue ao ordenamento jurídico de mais de um Estado, o que acaba por remeter ao problema central do DIPr, o

¹Doutoranda e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (Revalidação pela UFPR). Especialista em Direito Público e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Professora de graduação e pós-graduação das disciplinas de 1)Direito Internacional Público e Privado, 2) Direito Constitucional, 2) Direito Administrativo e 3)Direito Civil (Teoria Geral, Obrigações e Contratos). Atualmente é Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Atividades Complementares das Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central (FACIPLAC). Advogada.

conflito de leis: a discussão sobre a lei aplicável para reger as obrigações que nascem desse contrato multiconectado.

No entanto, outra questão surge dos litígios que envolvem contratos transnacionais: em que jurisdição estadual deve a ação ser proposta. De modo que, paralelamente à questão da escolha da lei aplicável, é relevante o tema da eleição de foro em contratos internacionais. E isto porque, a um passo atrás da questão do direito aplicável, está a definição do Estado, ou melhor, do tribunal competente para a solução do litígio e, somente após a fixação da competência do mesmo, é que se segue a escolha do direito aplicável à questão emergente, pois “é à regra de conflitos do foro que caberá sempre a designação da lei aplicável (...) qualquer exceção a este princípio só da própria *lexfori* poderá derivar”².

Assim, é que o presente estudo se insere no campo de estudo dos contratos internacionais e sua regulamentação pelo Direito, razão pela qual se faz necessário, num primeiro momento, elucidar a que contratos nos referimos, o que se tem entendido por contrato internacional e quais são as especificidades de seu conceito. Para tanto, devemos percorrer os conceitos fundamentais para o desenvolvimento do tema em questão, especialmente relembrar a interdisciplinaridade a que ele nos remete, isto é, a intersecção entre o Direito Processual Civil, campo dos institutos da competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras, com o Direito Internacional Privado, que estuda os conflitos de lei no espaço.³

Assim, por ser o contrato internacional expressão por excelência do comércio global, o instrumento que visa a conferir às partes segurança nos negócios entre fronteiras, juntamente com o cenário atual em que se intensificam, cada vez mais, as trocas em âmbito mundial, o estudo da contratação internacional torna-se uma necessidade inadiável.

1. SOBRE O CONCEITO DE CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

O fenômeno da internacionalização da economia⁴, com o aumento crescente do

² CORREIA, A. Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 363.

³ Para tanto recorreremos por vezes à doutrina internacional sobre o tema, especialmente a portuguesa, com o auxílio dos doutores Ferrer Correr, Rui Moura Ramos, Dário Moura Vicente, Luís de Lima Pinheiro, respectivamente os dois primeiros da Universidade de Coimbra e os dois últimos da Universidade de Lisboa. Como também das lições do grande mestre alemão da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme.

⁴ Consequência do processo de globalização que, como explica Paulo Henrique Gonçalves Portela tem uma noção polêmica tanto no Direito como para outros ramos do conhecimento. Para o autor, globalização é “um processo de progressivo aprofundamento da integração entre as várias partes do mundo, especialmente nos campos políticos, econômico, social e cultural, com vistas a formar um espaço internacional comum, dentro do qual bens, serviços e pessoas circulem da maneira mais desimpedida possível”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 36.

fluxo das transações comerciais internacionais, traz implicações tanto no âmbito da economia e da política interna dos Estados, quanto no âmbito internacional e, conseqüentemente, para o Direito, enquanto instrumento regulador dessas práticas comerciais. De tal modo que, em sendo os contratos internacionais o meio viabilizador dessas relações⁵, será através da pesquisa das normas e dos princípios que os regem que toma lugar o presente estudo.

Ao tratar sobre a definição de contrato, Caio Mário relata que:

Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue em conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral. Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se ajustam, num dado momento.

Aqui é que se situa a noção estrita de contrato. É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, (...), podemos definir contrato como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.⁶

Assim, partindo da premissa que contrato, em termos gerais, é uma fonte de obrigações, um acordo de vontades de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos⁷, o que vai caracterizar o contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade, que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais⁸.

Porém, há que se ter claramente a diferença existente entre o contrato interno do contrato de natureza internacional⁹, justamente porque é somente em relação a este último que surgem os problemas relativos à determinação da lei aplicável e o foro internacional competente.¹⁰

Assim, Irineu Strenger relata que essa distinção entre contratos internos e

⁵ Pois como nos fala Irineu Strenger “os contratos internacionais são o motor, no sentido estrito, do comércio internacional, e, no sentido amplo, das relações internacionais, em todos os seus matizes”. STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 36.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 07.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações*. Tomo I, 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, p.4

⁸ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p.441, quer devido à diversidade de nacionalidade das partes, quer devido à localização dos bens que são o seu objeto.

⁹ Em primeiro lugar, não podemos olvidar que os contratos a que fazemos menção são os de caráter comercial, são excluídos da análise, portanto, os contratos de consumo e de trabalho, por abarcarem uma relação de desigualdade entre as partes que reclama uma proteção e regulamentação específicas.

¹⁰ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. Almedina, Coimbra, 2005, p. 67. O autor ainda ressalta que somente esses contratos são objeto do “direito material especial criado por convenções internacional e do Direito Transnacional, uma vez que os contratos internos estão diretamente submetidos ao direito material vigente na ordem interna.”

contratos internacionais não depende somente de fatores geográficos ou espaciais, pois que, na verdade, a contratação internacional vai além e se insere no próprio intercâmbio entre os Estados e as pessoas. De modo que essa vivência tem características, praxe e consequências completamente diversas daquelas a que estão acostumados “os comerciantes circunscritos a um único território”.¹¹

Contudo, essas formas contratuais não são de todo antagônicas, na verdade, como bem destaca o eminente internacionalista, estes tipos são semelhantes na medida em que tem por base jurídica a dogmática das obrigações em geral e os princípios gerais dos negócios jurídicos, caminhando, portanto, paralelamente.¹²

Assim resta saber, então, onde se encontra a diferença entre esses tipos contratuais – interno e internacional. Para tanto, José Luís Siqueiros¹³ nos diz que, a partir do momento que qualquer dos elementos constitutivos do contrato, sejam as partes, o objeto, o lugar da celebração ou da sua execução “se realizam dentro dos limites geográfico-políticos de um único país”, o contrato será de natureza interna. Porém, quando estes mesmos elementos estejam ou devam ser prestados “além-fronteiras”, estaremos diante dos contratos Internacionais.¹⁴

Diante dessa premissa, os autores identificam a principal consequência dessa diferenciação – uma vez que essa é a razão de ser das distinções – alertando que, sobre os contratos ditos internos, será apenas o Direito Interno do país onde se forma e situa que regulará todas os aspectos relativos à contratação, inclusive nos momentos anterior e posterior à mesma. Porém, no caso específico dos contratos internacionais, “existe a possibilidade de que diversas legislações pretendam exercer controle, tal como a lei nacional das partes

¹¹ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 31

¹² “As vertentes apontadas permitem verificação adequada do paralelismo entre contratos internos e internacionais, com a mesma configuração do conceito geométrico das linhas paralelas, isto é, no seu desenvolvimento marcham lado a lado, em inúmeras situações, sem haver, entretanto, qualquer intersecção (...)Paralelamente, os contratos internacionais, como nessa hipótese, os internos, estão sujeitos a uma força motriz, que reside indefectivelmente na vontade humana, liberada por obra do princípio da autonomia da vontade” STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 34.

¹³ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 74.

¹⁴ Interessante também ressaltar o posicionamento de José Maria Espinar Vicente, citado por Irineu Strenger, para quem na definição de contrato econômico internacional, devem ser ressaltados os seguintes pontos: “a) “são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países”; b) “são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, no que concerne a matéria objeto do acordo”; c) “são contratos que - devido à concentração oligopolista dos bens e à atual estrutura do comércio mundial - não só afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos c países que integram a área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem”; d) “são contratos que - em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados - põem em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividades em que se inclua a operação”; e) “normalmente, a forma desses contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam: a homogeneidade de suas disposições, a existência de cláusulas de submissão, a arbitragem e o emprego de terminologia unificadas”. Apud STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comércio*, 2a. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992, p. 41.

contratantes, a lei do domicílio, a lei de celebração do contrato, a lei do lugar de sua execução etc. Dito em outras palavras, o contrato escapa à regulação do Direito Interno”.¹⁵

Suplantados, portanto, os elementos “contrato” e “comercial” da definição que ora nos debruçamos, resta estabelecer a significação da expressão “internacional” do conceito. Para tanto, a doutrina dispõe que para esta conceituação devem ser levadas em consideração as situações as quais se ligam a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos.

Assim, podemos dizer que se classifica um contrato como internacional quando potencialmente incidem sobre ele dois ou mais ordenamentos jurídicos. Contudo, não há consenso sobre sua definição, existindo duas correntes a respeito: a primeira, minoritária, denominada corrente econômica, condiciona o caráter internacional do contrato à transposição na fronteira dos Estados dos bens ou de seus valores correspondentes; a segunda, mais abrangente e mais aceita, denominada corrente jurídica, vincula o aspecto internacional à verificação de elemento ou fator de estraneidade, como a nacionalidade diversa das partes, seu domicílio em países diferentes, o local de execução em país diferente da celebração, a moeda estrangeira para pagamento, dentre outros.

Pelo ensinamento de Henri Batiffol, um contrato se reveste de caráter “internacional” quando, pelos atos concernentes à sua conclusão ou execução, ou a situação das partes quanto a sua nacionalidade ou a seu domicílio, ou a localização de seu objeto têm ligação com mais um de um sistema jurídico, de tal modo que a presença de um único “elemento de estraneidade” parece bastar para que essa condição seja satisfeita.¹⁶

Assim, é conceito de contrato internacional para Irineu Strenger¹⁷:

são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprime um liame indicativo do Direito aplicável.

Luís de Lima Pinheiro¹⁸, por sua vez, ressalta que há vários critérios para a determinação da internacionalidade de um contrato comercial. São eles: critérios “jurídicos” e “econômicos”, subjetivos (quando se baseiam em elementos de conexão pessoais, como a

¹⁵ Nesta direção explica Irineu Strenger que “Não se pode, entretanto, ir ao exagero de admitir a desvinculação dos contratos internacionais de qualquer Direito estatal. Mesmo a França, que se mostra a mais liberal dentre os sistemas existentes, tem ressaltado, nas decisões conhecidas, que *“tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat”*. (Tradução livre: “Todo contrato internacional está necessariamente unido à lei de um Estado.”) STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais de Comércio, 2a. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992, p. 93

¹⁶ Apud STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais de Comércio, 2ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992, p. 80.

¹⁷ STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais de Comércio, 2ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992, p. 81

¹⁸ PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Comercial Internacional. Almedina, Coimbra, 2005, p. 72.

nacionalidade, o domicílio, a sede ou o centro organizado das atividades das partes) e objetivos (quando se reportem a objetos ou fatos, como o lugar da celebração, o lugar da execução e o lugar da situação de internacionalidade do contrato). De tal sorte, que, numa mesma ordem jurídica, podem haver diferentes conceitos de internacionalidade do contrato que são relevantes para diversos domínios jurídicos.

Assim, por exemplo, para o direito dos conflitos geral do ordenamento jurídico da Comunidade Européia, é o conceito contido na Convenção de Roma¹⁹ que vai determinar o caráter internacional do contrato. Como esta se aplica, nos moldes do que estabelece o seu artigo 1º, “nas situações que impliquem um conflito de leis”, estará dentro de seu âmbito de aplicação as situações que contiverem uma ou mais elementos de estraneidade.

Então, pelo exposto, o que se pode concluir é que, dentre os critérios subjetivos, é o critério da nacionalidade o que menor peso tem em matéria de contratos, sendo relevante o domicílio e a sede social em Estados diferentes, já que vão ser nesses locais que a atividade comercial se desenvolverá por excelência. Nesse sentido são as definições da internacionalidade do contrato que constam das Convenções das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980) e sobre a Representação (Genebra, 1983), bem como a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986), baseiam-se no estabelecimento das partes em Estados contratantes diferentes.²⁰

No âmbito das definições normativas de contrato internacional, a Convenção Interamericana sobre Lei aplicável aos contratos internacionais traz importante conceito ao expressar, em seu artigo 1º, que “*um contrato é internacional se as partes do mesmo têm a sua residência habitual ou o seu estabelecimento em Estados partes diferentes, ou se o contrato tem contatos objetivos com mais de um Estado-parte*”. Desse modo, a Convenção estabelece dois critérios para a definição legal de Contrato Internacional: um geográfico, quando a residência habitual ou estabelecimento comercial das partes for localizado em países-membros distintos; e o segundo quando o contrato tiver pontos de contato objetivos²¹ com mais de um Estado-parte.²²

¹⁹ O autor explica que isto é assim, pois a Convenção de Roma sobre lei aplicável às Obrigações Contratuais é a principal fonte de Direito dos Conflitos geral da ordem jurídica europeia. PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Comercial Internacional. Almedina, Coimbra, 2005, p. 68.

²⁰ PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Comercial Internacional. Almedina, Coimbra, 2005, p. 73.

²¹ Luís de Lima Pinheiro ressalta que a convenção não indica quais os laços relevantes para o efeito da caracterização da internacionalidade do contrato. PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Comercial Internacional. Almedina, Coimbra, 2005, p. 73.

²² ARAÚJO, Nádya de. Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p.192.

Assim, é inquestionável que os contratos internacionais são o instrumento jurídico fundamental do comércio internacional. Neste sentido, Eduardo dos Santos Júnior²³ destaca o caráter universal dos mesmos, seja por uma razão prática, psicológica ou econômica. Expõe o autor, então, que:

por uma razão prática, não há como a lei poder determinar todos os múltiplos interesses e modos de satisfação concreta dos interesses de cada um, já por uma razão psicológica, pois cada um aceita melhor aquilo a que se vincula voluntariamente do que aquilo que lhe é imposto (*volenti non fit injuria*), já por uma razão econômica, pois a troca de bens e serviços tende à otimização da iniciativa individual e é instrumento de liberdade.

Neste ponto convém ressaltar a diferença traçada, pela doutrina, no sentido de que os contratos do comércio internacional são contratos internacionais, porém estes são mais abrangentes do que aqueles, uma vez que para sua configuração basta o elemento da plurilocalidade. Assim, “os primeiros são celebrados entre empresas e são sempre onerosos (...), os segundos podem não ser onerosos (como sucede com uma doação internacional) ou serem-no, mas celebrados entre entidades não empresariais”.²⁴

Logo, o problema relativo a esses contratos, enquanto instrumentos por excelência do comércio internacional, surge quando da determinação das regras aplicáveis à sua regulamentação, pois a falta de uma lei uniforme e internacionalmente aplicável obriga às partes contratantes à aplicação de uma lei nacional que será determinada segundo as regras de conexão, oriundas do direito interno de cada Estado²⁵, que esteja de alguma forma conectado àquela relação jurídica emergente desses contratos multiconectado, razão pela qual o estudo dos problemas concernentes à competência internacional tomam lugar.

Somado a isso, o fato de imperar, nesse campo, a autonomia da vontade, as partes devem, sempre que possível, determinar, prever as situações futuras, estabelecendo regras de direito substantivo no bojo do contrato. Ou seja, ainda que o contrato esteja revestido da natureza internacional, não é possível fugir de todo a uma lei nacional aplicável a esses

²³JÚNIOR, Eduardo dos Santos. Sobre o conceito de Contrato Internacional in PINHEIRO, Luis de Lima; VICENTE, Dário de Moura. Estudos em homenagem ao professor doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, p. 176.

²⁴JÚNIOR, Eduardo dos Santos. Sobre o conceito de Contrato Internacional in PINHEIRO, Luis de Lima; VICENTE, Dário de Moura. Estudos em homenagem ao professor doutor António Marques dos Santos. Coimbra, Almedina, 2005, p. 191.

²⁵ Assim, torna-se necessário novamente revolver as lições de Irineu Strenger que afirma que “o contrato internacional depende, forçosamente, de um reconhecimento que pode advir de uma decisão judicial ou de ordenamentos jurídicos, e, para citar exemplo da última hipótese, menciona-se a recente modificação do Code de Procédure francês, que, taxativamente, estabelece, no seu art. 1.492: ‘*Est internationale l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*’ (Tradução livre: “É internacional arbitragem que põe em causa interesses do comércio internacional”). De maneira explícita ou menos explícita, o Direito de cada país encerra regras que possibilitam determinar as condições de reconhecimento da força obrigatória de um contrato internacional.” STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais de Comércio, 2ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992, p. 44.

contratos²⁶ e, como dito, essa lei será, via de regra, determinada pelo DIPr do Estado onde a questão estiver sendo apreciada, sendo que na hipótese de escolha da lei pelas partes contratantes, será a *lexforique* determinará a sua validade e eficácia. Daí porque é recomendável que as partes envolvidas numa contratação internacional devam procurar determinar previamente, através de cláusulas de foro e de arbitragem, onde e como o litígio, que porventura surja dessa situação, será julgado.

Não existe, na legislação brasileira, norma que defina expressamente o contrato internacional. Contudo, pode-se chegar a uma definição negativa com base no artigo 2º do Decreto-Lei 857, de 11 de setembro de 1969:

Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;

III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade a registro prévio no Banco Central do Brasil.

Diante do conceito doutrinário e da disposição legal, pode-se concluir que, quando se estiver diante de um contrato no qual, por exemplo, as partes têm domicílios em países diferentes, ou há trânsito de mercadorias entre fronteiras ou ainda, o contrato foi celebrado num Estado, mas sua execução se dará em outro, se está diante de um contrato internacional. Configurada essa hipótese, um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros são teoricamente aplicáveis ao contrato. Durante a execução do avençado ou havendo um litígio

²⁶Nas palavras de Luís de Lima Pinheiro: “Tradicionalmente, os contratos internacionais são sempre regulados na esfera de uma ordem jurídica estadual. Uma ordem jurídica tem, entre outras, uma dimensão normativa e uma dimensão institucional. Do ponto de vista normativo, os contratos internacionais são regulados numa ordem jurídica estadual quando vigoram nesta ordem jurídica. Do ponto de vista institucional, os contratos internacionais são regulados numa ordem jurídica estadual quando os órgãos competentes para a aplicação do Direito a estes contratos pertencem ao respectivo Estado. Em termos práticos, isto significa que as partes dos contratos internacionais devem orientar-se exclusivamente pelas normas e princípios vigentes nas ordens jurídicas estaduais conectadas com o contrato, em especial pelas normas e princípios aplicáveis pelos tribunais estaduais que forem internacionalmente competentes. Na verdade, em caso de litígio, o Direito aplicável ao contrato será determinado pelos tribunais estaduais que forem internacionalmente competentes.”. PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Comercial Internacional. Editora Almedina, Coimbra, 2005, p. 50.

entre as partes, demandar-se-á qual o foro competente e a lei aplicável ao caso. Assim como ocorre com as demais hipóteses de conflitos de leis, caberá ao Direito Internacional Privado indicar qual será o foro competente para solucionar a controvérsia obrigacional.

2. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A DETERMINAÇÃO DO FORO COMPETENTE²⁷

A presença do elemento de estraneidade nos contratos internacionais faz com que dois ou mais ordenamentos jurídicos possam estar relacionados com a tutela sobre os interesses conflitantes entre as partes. E, então, faz-se necessário indagar qual sistema jurídico resolverá a questão? Qual será o direito material aplicável? Antes disso, qual será o foro competente?

Para responder a essas questões, devemos utilizar os sistemas, métodos, fontes e princípios do Direito Internacional Privado, o ramo do Direito que lida especificamente com as questões relacionadas aos conflitos de lei no espaço.

Assim, a razão de ser do Direito Internacional Privado está no caráter cosmopolita do homem, no fato de o homem ser em essência um ser social, de modo que, como bem ressalta Irineu Strenger²⁸, “a primeira atitude do internacionalista é, pois, ver a humanidade geograficamente diferenciada, refletindo-se tal diversidade no direito que cada Estado adota”. De modo que é a conjugação desses dois fatores, a natureza cosmopolita do homem e a variedade de leis estatais, que embasou o surgimento deste ramo do direito, pois em consequência disso, não há um estatuto normativo que seja aplicável universalmente²⁹.

²⁷ Sobre a nomenclatura deste ramo do Direito, Amílcar de Castro expõe a existência de outras expressões pela Doutrina nacional e internacional. Entre elas, destacam-se “normas de colisão (Hert)”, escolha da lei (Dicey), regras de ligação ou direito intersistemático (Arminjon), direito de delimitação ou direito dos limites (Leonarde Frankenstein), direito europeu dos estrangeiros (Pueter), direito internacional jurisdicional ou direito interjurisdicional (Riquelme), direito das jurisdições combinadas (Harrison), direito privado humano (Zeballos), direito civil internacional (Laurent), conflito de leis (Hertius, Huoer, Story, Beale, Stumberg, Goodrichtn, direito interestatal privado (Pontes de Miranda), nomantologia (Raul Pederneiras), direito polarizado (Baty) (...). Haroldo Valladão aceita desde 1930 a denominação “direito internacional privado”, por ser mais usada na Europa Continental, América Latina e Brasil, mas prefere a expressão “conflito de leis”. CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 35.

²⁸ Ressalta o autor que é “nesse fluxo e refluxo das civilizações, nessa compenetração de nacionalidades, nesse vaivém da onda humana que obedece às leis naturais e é condição necessária da própria existência universal, vai-se formando o direito internacional.” STRENGER, Irineu. *O Direito Comercial Internacional*, p. 27.

²⁹ Pois como bem ressalta Irineu Strenger “constitui fato natural, portanto, que a legislação de cada Estado deva ser a mais exata expressão das necessidades especiais de cada povo, considerando-se sua cultura, seu grau de civilização, suas circunstâncias históricas. Em consequência desse pressuposto, todo sistema de leis deve ser a manifestação do bem relativo, ou seja, em certas condições dadas de tempo e de lugar as instituições jurídicas necessariamente variam nos diferentes países, porque o progresso das legislações é que explica a vida do direito

Logo, esses elementos conjugados tornam inevitável o conflito de leis no espaço, nascendo, daí, o objeto de estudo do Direito Internacional Privado, com o escopo de, por meio de critérios prefixados, determinar em que condições legais o problema será resolvido.³⁰ Neste mesmo sentido, Erik Jayme explica que a razão de ser do Direito Internacional Privado está nesta encruzilhada entre a diversidade de leis entre os Estados e a necessidade de se buscar soluções justas no seio da comunidade internacional.³¹

Contudo, a tarefa de conceituar o Direito Internacional Privado é trabalhosa, na medida em que a definição de seus elementos não é unívoca entre a doutrina.³²

Assim, para o início desta análise, devemos levar em consideração o conceito trazido por Almícar de Castro, para quem

o direito internacional privado, como direito objetivo, é o ramo do direito público que se destina a organizar direito adequado à apreciação de fatos que, por qualquer de seus elementos, estejam em conexão com dois ou mais meios sociais, ou mandando observar o próprio direito nacional, ou mandando imitar direito estrangeiro. E como direito subjetivo, é a faculdade de exigir da autoridade jurisdicional essa observância, ou essa limitação, uma vez que o direito subjetivo é apenas o avesso do objetivo.³³

Para Haroldo Valladão³⁴, “Direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica que resolve os conflitos de leis no espaço, disciplinando os fatos em conexão no espaço com leis divergentes.”

positivo, do que resulta que o direito em cada Estado é variável e absolutamente diversificado” STRENGER, Irineu. *O Direito Comercial Internacional*, p. 28.

³⁰Neste mesmo sentido, Paulo Henrique Gonçalves Portela destaca o ensinamento de Bregalda, que afirma que a existência do Direito Internacional Privado “decorre de dois fatores fundamentais: a diversidade legislativa, pela qual é comum que os Estados dêem tratamento diferenciado às diferentes questões da vida nas respectivas ordens jurídicas; e a existência de uma “sociedade transnacional”, dentro da qual se desenvolvem relações entre pessoas vinculadas a sistemas jurídicos diferentes”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 42.

³¹Assim “*Le droit international privé trouve sa raison d’être dans la diversité des Lois des Etats, d’une part, et la nécessité de trouver les solutions justes dans la communauté internationale, d’autre part. Pour connaître la loi applicable à un contrat conclu entre une entreprise française et une entreprise allemande, le droit international privé a recours à des règles de solution de conflit de lois, qui tranchent le conflit entre deux ou plusieurs lois en sens qu’elles donnent préférence à l’une d’entre elles en écartant les autres*”. (Tradução livre: “O direito internacional privado encontra a sua razão de ser na diversidade das Leis dos Estados, de uma parte, e a necessidade de encontrar as soluções justas na comunidade internacional, de outra parte. Para conhecer a lei aplicável a um contrato concluído entre uma empresa francesa e uma empresa alemã, o direito internacional privado tem recorrido à regras de solução de conflito de leis, que resolvem o conflito entre duas ou várias leis no sentido de dar preferência a uma dentre elas, afastando as demais”.) JAYME, Erik. *Cours général de droit international privé*, p. 40.

³² Na doutrina de Irineu Strenger “a abundância das definições suscitadas demonstra, de qualquer maneira, que o direito internacional privado tem estruturas complexas, o que, sem dúvida, explica a inevitável controvérsia que se estabelece em torno de sua problemática fundamental.”. Strenger, Irineu. *Direito Internacional Privado*, p. 65.

³³ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p.40.

³⁴ *Apud* STRENGER, Irineu, *Direito internacional privado*. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 32.

No ensinamento de Irineu Strenger³⁵:

Direito Internacional Privado é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos de leis ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais.

E, nas palavras de Ferrer Correia³⁶, o DIPr. é o

ramo da ciência jurídica onde se procuram formular os princípios e regras conducentes à determinação da lei ou das leis aplicáveis às questões emergentes das relações jurídico-privadas de carácter internacional e, bem assim, assegurar o reconhecimento no Estado do foro das situações jurídicas puramente internas de questões situadas na órbita de um único sistema de Direito estrangeiro (situações internacionais de conexão única, situações relativamente internacionais).

Ao contrário dos outros ramos de direito, que são integrados por normas materiais, o DIPr é integrado por normas secundárias ou indiretas (normas instrumentais) denominadas “regras de conflitos” ou “regras de conexão”.³⁷ Assim, as regras de conflitos propõem-se a resolver um problema de concurso entre preceitos jurídicos-materiais procedentes de diversos sistemas de direito e realizam esta função remetendo para um determinado ordenamento jurídico designado competente por um determinado elemento operativo e será este o ordenamento jurídico competente, que solucionará, em termos materiais, aquele litígio. Logo, há no DIPr um processo indireto de remissão.³⁸⁻³⁹

³⁵ STRENGER, Irineu, *Direito internacional privado*. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2000. Para o autor, "a doutrina mais autorizada se inclina decididamente para uma concepção ampla do direito internacional privado, atuando numa dupla dimensão: legislatura e jurisdicional" - Irineu Strenger, *Extraterritorialidade do direito processual*. In: *Avances de derecho internacional privado en América Latina*, organização de Jan Kleinheisterkamp e Gonzalo Lorenzo Idiarte, Montevideu, FCD, 2002, p. 474

³⁶ CORREIA, Ferrer A. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2005.

³⁷ Neste sentido explica Rui Moura Ramos: “O DIPr surge-nos assim como direito de aplicação do direito (rechtsanwendungsrecht) que, na medida em que aparece a traçar a esfera de aplicabilidade das ordens jurídicas, se é levado a conceber como algo que se encontra para com elas numa relação de supraordenação.” RAMOS, Rui Manuel Gens De Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição*. Introdução a uma Análise das suas Relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 27.

³⁸ CORREIA, Ferrer A. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2005.

³⁹ Neste sentido explica o Professor Doutor Rui Moura Ramos: “Diz-se assim que o DIPr é “uma matéria fundamentalmente técnica”, na medida em que nas suas normas não encontraremos directamente a resposta material para a resolução de um qualquer problema da vida internacional de relação, mas antes, e apenas, a indicação de qual a ordem jurídica nacional concreta que haverá de fornecer essa solução. Como tal, o DIPr apresenta-se-nos como indiferente à bondade das soluções substantivas que no final viriam a ser aplicadas ao caso *sub judice*. A sua missão (que por isso mesmo seria meramente técnica) reduzir-se-ia a determinar qual a ordem jurídica que, em virtude de sua posição espacial, se encontraria em situação mais adequada para reger tal ou qual situação da vida internacional. E porque a solução mais adequada para uma situação internacional não o é em função do resultado material a que conduz mais antes da proximidade que o ordenamento escolhido tenha com o caso a regular, o DIPr preocupar-se-ia apenas com a localização das relações jurídicas internacionais perante os vários direitos nacionais que disputariam a sua regulamentação. Estariam assim perante um direito remissivo, ao contrário de todos os demais sectores normativos que se apresentariam como direitos decisivos: em lugar de regular directamente os factos da vida a que em última análise as suas normas dirigem, o DIPr regula-os indirectamente, limitando-se a indicar a lei que lhes haveria de fornecer a regulamentação respectiva”. RAMOS, Rui Manuel Gens De Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição*. Introdução a uma Análise das suas Relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 88. Também

Sobre o método conflitual do Direito Internacional Privado, Paulo Henrique Gonçalves Portela⁴⁰ explica que, neste ramo do Direito, ocorre um fenômeno único que excepciona um dos princípios basilares do Estado de Direito: a soberania, que se manifesta através do princípio da territorialidade (aquele que obriga que dentro do território de um determinado Estado, se apliquem as leis desse ente estatal). Isto porque o legislador pátrio admitirá que, no caso concreto, pela incidências das normas conflituais, uma determinada lei estrangeira incida para solucionar determinado litígio dentro do território nacional. Porém, o autor também ressalta que não será qualquer lei estrangeira que incidirá sobre o caso concreto, mas que a aplicação do método conflitual deve ser pautada pelo princípio da conexão mais estreita⁴¹, isto é, que a norma nacional de outro país a ser indicada pela regra de conflito seja aquela com a qual a relação jurídica em questão esteja mais estreitamente ligada.

O processo normalmente adotado pelo DIPr para regular as relações jurídicas do comércio privado internacional é o processo próprio do Direito de Conflitos, ou seja, “*ao invés de regular directa ou materialmente a relação, adopta um processo indirecto de remissão que consiste em determinar a lei ou as leis que hão de reger a relação jurídica sub judice*.”⁴² Por isso é que se diz que o DIPr é integrado por normas secundárias ou indiretas.⁴³

neste sentido Paulo Henrique Gonçalves Portela explica que “as normas de Direito Internacional Privado são meramente indicativas e, nesse sentido, servem apenas para apontar qual o preceito, nacional ou estrangeiro, aplicável a uma relação jurídica com conexão internacional”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 499

⁴⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 499

⁴¹ Sobre o princípio, Rui Moura Ramos explica que “a justificação da aplicação da lei estrangeira só se pode encontrar no facto de esta ser a mais próxima do caso concreto, o que significa que a relação jurídica aí tem a sua sede”, relembrando, pra tanto, a concepção Savigniana de sede de relação jurídica. RAMOS, Rui Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição*, p. 27. No mesmo sentido Erik Jayme explica que para solucionar o conflito de lei no espaço: “*On peut procéder de deux façons pour parvenir à une telle solution: soit partir d'une certaine loi déterminant son propre domaine d'application, soit présupposer un rapport juridique et chercher la loi applicable à ce rapport. On a évoqué, en parlant de cette seconde méthode, le principe de proximité, principe qui consiste à appliquer la loi la plus proche au rapport juridique international concret. Ces deux méthodes furent élaborées pendant la longue histoire du droit international privé. En simplifiant les choses, on peut dire que la première méthode a plus ou moins dominé jusqu'au XIX^e siècle, pendant laquelle la seconde théorie a d'ailleurs été élaborée, tandis qu'aujourd'hui les deux approches sont souvent utilisées de façon simultanée. De cette manière l'on arriva à un pluralisme postmoderne des méthodes*” (Podemos proceder de duas maneiras para chegar a tal solução: partir de uma certa lei que determina o seu próprio domínio de aplicação, ou partindo de uma qualquer relação jurídica, procurar a lei aplicável a essa relação. Lembramos, ao falar desse segundo método, o princípio dito “princípio da proximidade”, que consiste em aplicar a lei mais próxima à relação jurídica internacional concreta. Ambos os métodos foram desenvolvidos durante a longa história do direito internacional privado. Para simplificar as coisas, podemos dizer que o primeiro método prevaleceu, mais ou menos, até o século XIX, durante o qual a segunda teoria, aliás, foi desenvolvida, enquanto hoje o dois métodos são muitas vezes utilizados simultaneamente. Desta forma chegou-se a um de pluralismo pós-moderno de métodos). JAYME, Erik. *Cours général de droit international privé*, p. 33.

⁴² CORREIA, Ferrer A. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁴³ Contudo, devemos ressaltar que essa é a posição da escola clássica do DIPr, posto que, no cenário internacional, as tendências vanguardistas cada vez mais têm criticado esse posicionamento e proposto novos métodos para a matéria. Assim, ao destacar a existência de movimentos atuais que defendem a materialização das regras de conflito, Erik Jayme explica que “*Le droit international privé trouve sa raison*

Assim, as questões emergentes das relações jurídico-privadas internacionais, das quais se incumbe o DIPr, se resolvem, em cada Estado, de acordo com as normas pertencentes à ordem jurídica nele vigente, assim, podemos dizer que o DIPr é, todo ele, de fonte estadual. Portanto, podemos concluir que o DIPr é um ramo do direito interno, sendo que cada Estado procede às suas próprias apreciações quanto ao elemento de conexão que entende mais adequado ou mais próximo em termos espaciais para reger certas situações jurídicas internacionais, podendo, assim, haver (como é comum que haja) grandes divergências nas opções conflituais.

Em resumo, como cada Estado pode avocar para si a jurisdição sobre a matéria, em princípio, além de possuir regras materiais distintas e, como dificilmente haverá um

d'être dans la résolution des conflits de lois. Mais la tendance actuelle vers l'unification et le rapprochement du droit privé matériel pourrait conduire vers une suppression des conflits de lois. Il suffit de penser à la Convention des Nations Unies conclue à Vienne en 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. (...) Le droit international privé classique subit alors une attaque, surtout aux Etats-Unis d'Amérique, de la part de la doctrine moderne, qui a eu une influence certaine sur la jurisprudence. Le dénominateur commun de toutes ces théories était le suivant: le point de départ pour résoudre un conflit de lois était le but de la règle matérielle du for, les «policies» selon la terminologie américaine (...) Cette révolte contre le droit international privé classique se limitait, pourtant, plus ou moins à la matière de la responsabilité civile pour les accidents de la route, dont on cherchait à protéger les victimes. La New York Court of Appeals, dans l'affaire Babcock, justifia l'application de la loi du for à un accident de la route qui s'était produit en Ontario, une province canadienne, en utilisant une méthode qui favorisait «le meilleur résultat pratique» (best practical result) afin de permettre l'application de la loi du for qui prévoyait l'indemnisation de la victime, et écarter celle de la loi étrangère qui ne la prévoyait pas. Mais, si l'attachement au cas concret permet de prononcer une décision équitable, les exigences d'une certaine prévisibilité ne sont pas satisfaites. (...) La réponse, surtout en Europe, au défi posé par ces théories «matérialistes» se concrétisa par une certaine «matérialisation» des règles de conflits (...) On retrouve, dans les codifications récentes du droit international privé, de nombreuses règles alternatives dont l'objectif est un certain résultat matériel. Le droit international privé actuel est caractérisé par la croissante importance de la place des droits de l'homme dans le règlement des conflits de lois". (Tradução livre: "O direito internacional privado encontra a sua razão de ser na resolução de conflitos de leis. Mas a atual tendência para a unificação e harmonização do direito substantivo privado poderia levar a uma supressão dos conflitos de leis. Basta pensar na Convenção das Nações Unidas celebrada em Viena em 1980, sobre Venda Internacional de Mercadorias. (...) O Direito Internacional Privado clássico sofreu, em seguida, um ataque, especialmente nos Estados Unidos da América, por parte da doutrina moderna, que teve uma influência definitiva sobre a jurisprudência. O denominador comum de todas essas teorias foi a seguinte: o ponto de partida para a resolução de conflitos de leis foi o objetivo da regra material do foro, as "policies", na terminologia americana (...) Esta revolta contra o direito privado tradicional internacional foi limitada, porém, a matéria mais ou menos de responsabilidade civil por acidentes rodoviários, que buscava proteger as vítimas. O New York Court of Appeals, no caso Babcock, justificou a aplicação da lei do foro a um acidente de trânsito, apesar do fato ter ocorrido em Ontário, uma província do Canadá, utilizando um método que privilegia "o melhor resultado prático" (best practical result) para permitir a aplicação da lei do foro que previa compensação para a vítima em detrimento da lei estrangeira que a previa. Mas se o compromisso com o caso concreto, permite pronunciar uma decisão justa, as exigências de uma certa previsibilidade não são satisfeitas. (...) A resposta, especialmente na Europa, ao desafio colocado por essas teorias "materialistas" se manifestou por uma certa "materialização" das regras de conflitos (...) Nós encontramos na consolidação recente do Direito internacional privado muitas regras alternativas cujo objetivo é o resultado material. O direito internacional privado atual caracteriza-se pela crescente importância dos direitos humanos na resolução de conflitos de leis").

No caso específico do tema em estudo o autor também destaca a tendência cada vez mais crescente dos conflitos de jurisdição, uma vez que "La question de savoir quel est le tribunal qui connaît a priori le plus de chances de succès est une question de savoir quel est le tribunal qui connaît a priori le plus de chances de succès" (Tradução livre: "A questão de saber qual é o tribunal para julgar o caso pode ser decisivo para o resultado material a ser obtido"). JAYME, Erik. Cours général de droit international privé. p. 55-67

direito uniforme ou uniformizado⁴⁴ entre os países, estes se preocuparam em resolver tais conflitos, já denominados "conflitos de 1º grau". Para tanto, os Estados criaram normas internas, normas de Direito Internacional Privado, tidas normas indicativas, que determinarão e sistematizarão o direito aplicável ao caso concreto com elemento de estraneidade.

A verdade é que não existe um DIPr geral de caráter verdadeiramente internacional, o que se prova pelo fato de os Estados agirem na convicção de gozarem de uma liberdade praticamente ilimitada quando fixam os pressupostos de aplicabilidade de leis estrangeiras *in foro domestico*.⁴⁵

O Direito Internacional Privado vigente, no entanto, impõe uma obrigação para os Estados, qual seja, a de não se recusarem, de maneira sistemática, a aplicar direito estrangeiro, prevendo que os seus tribunais apliquem exclusivamente o direito nacional. É também o Direito Internacional Privado que impõe aos Estados o dever de não aplicarem o seu direito interno a situações que lhe sejam absolutamente estranhas; e o de aplicarem o direito vigente em certo país a fatos que por inteiro pertençam à vida jurídica interna deste.

Contudo, se não há normas de conflitos decorrentes de preceitos de Direito Internacional Privado geral, cabe assinalar a existência de numerosos tratados e convenções interestaduais versando sobre matéria de DIPr.⁴⁶

O ideal normativo que orienta, portanto, o DIPr é o da uniformidade de regulamentação ou da estabilidade das relações jurídico-privadas da vida internacional, isto é, a busca pela harmonia jurídica internacional.⁴⁷

⁴⁴ Quando coincidem os direitos primários de dois ou mais ordenamentos, espontaneamente, ou pelo esforço dos países em uniformizá-las pelos tratados. Neste sentido, Jacob Dolinger, *Direito internacional privado*, parte geral, p. 33-38.

⁴⁵ CORREIA, Ferrer A. Lições de Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2005.

Sobre esse problema do Direito Internacional Privado, Rui Moura Ramos, cita o estudo de Étienne Bartin, que já em 1897, desencantado com a impossibilidade de harmonização universalmente aceita das regras de conflito, preconizava: "*une question que personne n'aurait pu soupçonner surgir en effet ... (et elle) rend malheureusement impossible, comme on le verra, l'unification définitive des règles de droit international privé. Le but que l'on poursuit ne serait donc jamais atteint, il reculerait indéfiniment devant nous*". (Tradução livre: "uma pergunta que ninguém parece ter desconfiado surge... (E), infelizmente, torna impossível, como veremos, a unificação definitiva das regras de direito internacional privado. O objetivo que perseguimos não será jamais alcançado, ele decairá indefinidamente diante de nós"). RAMOS, Rui Manuel Gens De Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma Análise das suas Relações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 22.

⁴⁶ Assumem aqui, principal relevo, as Convenções da Haia que, inicialmente, tiveram relativo insucesso pelo fato de consagrarem o princípio da aplicabilidade da lei nacional no âmbito do chamado estatuto pessoal (personalidade, capacidade e estado, relações de família, sucessões *mortis causa*). Os últimos 50 (cinquenta) anos foram marcados por avanços assaz importantes, principalmente depois de as Conferências da Haia perderem o seu caráter de Conferências Diplomáticas para darem lugar a uma verdadeira instituição internacional permanente — a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Destacamos ainda o trabalho de outras organizações especializadas tais como OEA, por meio das CIDIP's, a UNIDROIT e a UNCITRAL. Como também os esforços de harmonização intrablocos econômicos, nomeadamente Mercosul e Comunidade Europeia, como veremos no capítulo seguinte.

Assim, no domínio do DIPr, os valores de certeza e estabilidade jurídica assumem o lugar de princípios, sendo a justiça do direito de conflitos de cunho predominantemente formal⁴⁸⁻⁴⁹, isto é, como é função do DIPr organizar a tutelar as relações plurilocalizadas, relações estas que, em virtude de pertencerem a diversos espaços legislativos, se encontram numa situação de particular instabilidade, deve fazê-lo buscando reduzir esta instabilidade a um mínimo tolerável, assegurando o respeito das referidas relações jurídicas onde quer que um interesse legítimo faça surgir a necessidade de obter para elas a proteção da lei.

Para tanto, a missão do DIPr é determinar, por meio das normas de conflitos, qual a lei que regerá uma certa relação jurídica para que válida e possa, assim, tornar-se eficaz e executar essa tarefa de modo tal que a lei designada seja também tida por aplicável em todos os demais países.⁵⁰

⁴⁷Savigny lança as bases, no início do século XIX, fundamentais de um novo sistema, todo ele orientado para conseguir a harmonia de decisões, a unidade do direito (pretensão que perseguia os estatutários) e por meio dela a proteção das legítimas expectativas dos particulares. A metodologia adotada por Savigny avança sobre a ideia de que toda a relação jurídica internacional tem a sua sede própria. De tal sorte que, no caso das situações com contatos com mais de um Estado, o problema estaria apenas em saber qual a sua respectiva sede, o que dependia no fundo da sua verdadeira e própria natureza. Portanto, identificar a natureza de cada relação e, determinada a sua respectiva sede, designar, em consequência (por meio de um elemento de conexão), a lei a aplicar, eram, pois, os passos a dar para a resolução dos problemas do DIPr. Para tanto, o intérprete deveria buscar a verdadeira essência das relações, de modo a conseguir princípios universais (de clara inspiração kantiana, posto que autênticas emanções da razão pura) e, como tais suscetíveis de adoção por todos os Estados. Neste sentido, RAMOS, Rui Manuel Gens De Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma Análise das suas Relações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 15-19.

⁴⁸CORREIA, Ferrer A. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁴⁹A doutrina moderna do Direito Internacional Privado critica esse cunho eminentemente formal da justiça desta matéria, traçando para tanto o ponto de encontro entre o DIPr e a Constituição, para defender que este, enquanto ramo jurídico não se furta à obediência à normas constitucionais, tendo nesta igualmente o seu fundamento de validade. Assim, Rui Moura Ramos argumenta que “É assim que se afirma que a justiça que informa o DIPr (isto é, as ideias-força que determinam as suas opções concretas de regulamentação) não é uma justiça material (no sentido de que não tem a ver com o conteúdo das soluções que os ordenamentos em presença dão ao caso concreto), mas a uma justiça específica, conflitual, internacionalprivatística (internationalprivatrechtlicherGerechtigkeit), cujo cunho particular estaria na sua citada referência à posição espacial que cada ordenamento ocupa em relação à situação concreta”. Para mais a frente concluir que: “Sobre a inexistência de controle constitucional no DIPr, uma vez que o resultado a que se chega no método das regras de conflito, há que admitir que nele não há lugar a incidência constitucionais, uma vez que ele não aponta nem para a ordem de valores prevista na Constituição nem para qualquer outra. “a perplexidade que uma tal concepção necessariamente tem de ocasionar, se nos lembrarmos que, enquanto direito, o DIPr é ciência social, e o homem e a sua problemática constituem portanto o campo da sua actuação, leva os juristas e os próprios internacionalistas a conceberem de um forma um tanto exótica a sua disciplina e a própria forma como geralmente a cultivam (...)Na medida em que os quadros tradicionais se demonstram impotentes para abarcar as suas perspectivas fala-se em crise do DIPr e na superação do método tradicional concebido como *classificatory approach*. E, de todo o modo, no plano dos factos a pressão das exigências de Justiça acabou por alcançar mais adeptos, culminando numa recente decisão do Supremo Tribunal Constitucional da Alemanha Federal, segundo o qual “não só as regras de conflito mas também as normas estrangeiras por elas designadas estão sujeitas ao controle constitucional do Estado do foro” (Decisão de 4 de maio de 1971).

⁵⁰Nas lições de Moura Ramos “determinar, para cada tipo de relações e para cada caso, qual seja esse ordenamento, tal é a função do DIPr (...) é assim que considerações de ordem pragmáticas – a aplicação uniforme de uma lei nacional ou harmonia jurídica – aparecem como o fim imediato do DIPr (sem que se esqueça que por esta forma se procuram proteger valores mais importantes, como a garantia do respeito das legítimas expectativas

Conclui-se, assim, que não é bastante dizer que o DIPr tem por missão indicar a lei aplicável às relações multinacionais; é indispensável acrescentar que, para cumprir de modo adequado essa missão, há de ele proceder em termos de a competência da lei assim designada ser suscetível de reconhecimento universal.

Assim, as normas de DIPr têm fonte legislativa, doutrinária ou jurisprudencial, interna ou internacional. Basicamente são normas de natureza conflitual, indicadoras do direito aplicável, chamadas indiretas ou uniformizadoras do direito material e processual, que por sua vez poderia ser uniformizado diretamente pelo acordo entre os Estados, o que é de difícil efetivação. Se o direito privado não é uniformizado, com a diversidade de normas internas de DIPr surgem novos conflitos, os denominados conflitos de 2º grau entre as normas indicativas. Os Estados, assim, buscam a uniformização do DIPr, através do direito convencional ou dos tratados. Esta diferenciação é importante, pois as normas de DIPr de fonte internacional que emanam da coordenação entre os Estados são fontes de Direito Internacional Público.

Dentre os principais institutos objetos de regulação pelo direito internacional privado, estão os estatutos pessoais, as normas de direito de família, os elementos de conexão, os estatutos reais, as obrigações e o local de seu cumprimento, a legislação estabelecida para as fundações e pessoas jurídicas, a competência jurídica, as provas dos fatos ocorridos no exterior e do direito alienígena, a execução de sentença estrangeira, os problemas do retorno ou reenvio e, finalmente, os princípios limitadores da aplicação do direito internacional.

Relata Nádia de Araújo que, inicialmente, os conflitos de normas obrigacionais eram resolvidos pelo critério da *lex loci celebrationis*. Assim, a lei aplicável ao contrato era aquela do lugar em que ele havia sido celebrado. No século XIX, Savigny criticou este critério, qualificando a lei do local de celebração como efêmera e fortuita, e apontando a lei do local de execução da obrigação contratual – *lex loci executionis*– como a mais adequada. Mas o aumento progressivo do comércio trouxe um novo critério, mais consentâneo com a liberdade de contratar: o da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável. Este critério é hoje mundialmente acatado pelas legislações estatais e tratados internacionais.⁵¹

dos interessados e a livre expansão do comércio jurídico). RAMOS, Rui Manuel Gens De Moura. Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma Análise das suas Relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 11-32

Para Paulo Henrique Gonçalves Portela “O objeto do Direito Internacional Privado é disciplinar a solução dos conflitos de leis no espaço, definindo qual o ordenamento jurídico nacional aplicável a uma relação privada com conexão internacional”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 526.

⁵¹ ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 314-315.

Embora, para algumas escolas doutrinárias, o DIPr deva estudar questões da nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro, além das questões conflituais, nos atemos aqui ao previsto pela escola anglo-saxônica, para fins deste estudo, em que o DIPr deve auxiliar na resposta a três perguntas:⁵²

1.Sobre o conflito de jurisdições: qual justiça é competente para resolver a questão, ou seja, onde a ação deve ser proposta?

2.Sobre a determinação da lei aplicável: qual lei aplicar ao caso em tela, como aplicar o direito estrangeiro e como se dará sua prova?

3.Sobre a efetividade da sentença estrangeira e cooperação entre jurisdições de diferentes países: como serão efetivados os atos processuais? A sentença produzirá efeitos no país-sede do fornecedor?

Assim é que no presente estudo nos delimitaremos a analisar tão-somente as possíveis respostas à primeira pergunta – qual a justiça competente – quando o caso concreto envolver relações jurídicas contratuais do comércio internacional.

3. A RELAÇÃO ENTRE ELEIÇÃO DE FORO E LEI APLICÁVEL: A ATRIBUIÇÃO DO FORO COMPETENTE ANTECEDE A DISCUSSÃO DA LEI APLICÁVEL

A possibilidade de as partes escolherem o tribunal de um Estado para dirimir as questões emergentes de seu negócio internacional não se confunde com a possibilidade das mesmas partes escolherem, dentre os vários ordenamentos jurídicos conectados ao contrato, o que vai regê-lo, independentemente de outros elementos de conexão. Essa liberdade de escolha da lei aplicável é própria do Direito Internacional Privado e não se confunde com a autonomia da vontade do Direito Civil interno⁵³. É, em virtude da confusão entre estes conceitos, que o instituto em análise sofre redução do seu alcance na jurisprudência brasileira. Daí porque traçaremos em breves linhas as distinções entre os mesmos.

A escolha do foro para dirimir as questões emergentes de contrato internacional significa antecipar o problema de fixar o órgão jurisdicional mediador das partes em eventual disputa, e não se confunde com as normas de Direito disciplinadoras do conteúdo material da

⁵² ARAÚJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.30.

⁵³ Neste sentido explica Irineu Strenger que "os dois problemas, embora materialmente conexos, são distintos, importando a cláusula eletiva de foro na concessão de uma competência contratual à Justiça de determinada cidade ou de certo país, enquanto a escolha de lei estrangeira para firmar as consequências jurídicas do contrato se fundamenta no princípio da autonomia da vontade e estabelece o regime jurídico substantivo aplicável à relação jurídica".Strenger, Irineu. Contratos Internacional do Comércio, p. 276.

relação jurídica. O tema, pois, é de competência, matéria de Direito Processual, mais especificamente de Direito Processual Internacional. Discute-se nesse campo sobre os modos de fixação da competência internacional dos juízes, sem observar qual lei seja aplicável, ainda que por escolha das partes envolvidas.⁵⁴

É certo que os temas estão intrinsecamente ligados, especialmente na visão do Direito Continental. O caráter supletivo e abrangente da legislação favorece a contratação segundo a proposta abstrata de relação jurídica afirmada pelo Estado, sem preocupações em escolher e medir amplamente as condições do negócio. Tal descompromisso também se dá com a escolha do foro, pois os contratantes sabem que poderão recorrer ao mecanismo estatal de dirimência de conflitos, manifestem-se ou não expressamente sobre o tema.

A grande implicação que tem diferenciar as regras concernentes a autonomia da vontade, na determinação da lei aplicável, daquela relativa a escolha da jurisdição é que, em primeiro lugar, ambas são independentes, o que faz com que a escolha da lei de um país não implique necessariamente na escolha dos tribunais desse mesmo país e, em segundo lugar, a competência dos tribunais de um país não envolve a aplicação, no fundo, da lei desse mesmo país.

Assim, podemos concluir que a confusão não se justifica, porque a possibilidade de determinar a competência judiciária nos contratos internacionais não significa a escolha da lei aplicável. Por exemplo, no Direito Brasileiro, pode ser escolhido o foro brasileiro, mas o juiz ainda terá que verificar, segundo as normas do artigo 9º da LICC, qual a lei aplicável, se brasileira ou estrangeira.⁵⁵

Mas isso não significa dizer que não haja uma estreita relação funcional entre Direito dos Conflitos e o Direito da Competência Internacional, quando surge um litígio emergente de uma situação transnacional. Na verdade, a relação entre essas duas áreas está justamente no fato de que, apesar de independentes, vai ser segundo as regras da jurisdição nacional competente, “da competência da jurisdição do Estado A ou da jurisdição do Estado B”, que dependerá a aplicação do Direito dos conflitos do Estado A ou do Estado B.⁵⁶

Em razão dessas relações existentes entre direito aplicável e competência

⁵⁴ DE NARDI, Marcelo. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, 3º ed. São Paulo: RT, 1999, p. 127.

⁵⁵ Especialmente quando se considera que para a doutrina e jurisprudência majoritária não existe autonomia da vontade no DIPr brasileiro, segundo a exegese do artigo 9º.

⁵⁶ VICENTE, Dário Moura. Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) nº 44/2001. In *SCIENTIA IURIDICA*, Tomo LI, maio/agosto, nº 293. Lisboa, 2002, p. 352.

internacional⁵⁷, é que Dário de Moura Vicente⁵⁸ explica a preferência dada nos últimos anos pelo legislador comunitário à unificação do Direito Processual Civil Internacional. Segundo o autor, por muito tempo entendeu-se, sobretudo na doutrina continental europeia, que o objetivo central da regulação jurídica das situações plurilocalizadas se confina a assegurar a harmonia internacional de julgados, mediante a adoção de regras de conflitos de leis no espaço que possibilitem uma valoração uniforme dessas situações nos diferentes sistemas jurídicos com elas conexos. Entretanto, semelhante orientação não garante reconhecimento além fronteira das situações constituídas no Estado do foro por decisão judicial ou administrativa.

Basta, na verdade, que a competência internacional da autoridade que proferiu a decisão não seja reconhecida nos ordenamentos jurídicos em que, pela sua natureza ou conteúdo, ela deva produzir os seus efeitos normais, ou que nestes ordenamentos seja adotado um sistema de revisão de mérito das sentenças estrangeiras, para que, apesar da identidade dos elementos de conexão adotados pelas regras de conflitos de leis de ambos os sistemas em presença, surjam situações conflituosas.⁵⁹

A regulação uniforme das situações plurilocalizadas deve, por isso, ser preferentemente assegurada através da unificação, mediante convenções internacionais, das regras que disciplinam a competência judiciária internacional e o reconhecimento das sentenças estrangeiras.

Na esteira desse raciocínio, o Professor Moura Ramos sublinha o papel essencial que os tribunais de certos países têm tido na concreta realização do DIPr: “em certos países, pela manifesta carência de preceitos legais, o que transformou assim a jurisprudência na fonte por excelência de criação de soluções utilizadas na nossa matéria”.⁶⁰ Sendo certo que é esta a situação que se delinea dentro da jurisprudência pátria.

O conflito de 1º grau, portanto, na prática, pode ser visto de duas formas: primeiro pelo aspecto processual, em que se discute a competência internacional⁶¹ daquele foro; em

⁵⁷ Notadamente, se da competência dos tribunais de um Estado decorre a aplicabilidade do seu Direito material ou se, inversamente, a aplicabilidade do Direito material de um Estado deve constituir o fundamento da competência internacional dos seus tribunais?

⁵⁸ VICENTE, Dário Moura. Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) nº 44/2001. In SCIENTIA IURIDICA, Tomo LI, maio/agosto, nº 293. Lisboa, 2002, p.355.

⁵⁹ VICENTE, Dário Moura. Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) nº 44/2001. In SCIENTIA IURIDICA, Tomo LI, maio/agosto, nº 293. Lisboa, 2002, p. 352.

⁶⁰ RAMOS, Rui M. Moura. Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internaciona. Editora Almeda, Coimbra, 1990, p. 90.

⁶¹ O uso do termo *competência*, juridicamente sabida a repartição interna da jurisdição, é prática nas convenções internacionais, pois os Estados-parte referem-se às "regras repartidoras de competência internacional na matéria específica que regulamentam". O Brasil tem no CPC suas regras gerais de competência internacional e na LICC suas regras de conexão, de Direito Internacional Privado.

seguida, pelo aspecto material, no qual o julgador, em tese, se encontra diante de duas ou mais leis materiais aplicáveis ao caso. Esse conflito é o existente entre normas internas de dois ou mais Estados, processuais e materiais sobre o tema.

4. REGRAS GERAIS SOBRE A DETERMINAÇÃO DO FORO COMPETENTE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Primeiramente, antes de adentrarmos a análise do tema, devemos relembrar a crítica que a doutrina tem feito ao uso da expressão “competência internacional”, pois, na verdade, trata-se de questão atinente ao poder estatal representado pela Jurisdição. Assim, Almícar de Castro lembra que, no direito internacional, o tema competência internacional:

é sinônimo de competência geral, em oposição à competência especial, ou competência interna, mas significa também o que se tem chamado “soberania territorial”, ou exercício pleno da soberania administrativa, legislativa ou judiciária, atinente a determinado povo, em determinada área territorial. Assim, por exemplo, quando se fala em jurisdição francesa, em oposição à jurisdição brasileira.⁶²

Na esteira desse raciocínio também ensina Nelson Nery: “A denominada competência internacional (CPC 88 e 89) é, na verdade, jurisdição, pois se o juiz brasileiro não tem jurisdição não pode ter competência, que daquela é derivada”.⁶³

Fredie Didier Júnior também explica que:

para que não houvesse conflitos entre os Estados, no caso de uma jurisdição ilimitada, que não reconhecesse outras decisões, ou sendo indiferente às nacionalidades, fez-se necessário estipular uma espécie de delimitação espacial da jurisdição. Quando se fala em competência internacional, cogita-se das hipóteses em que jurisdição estatal pode ou não atuar. Por isso há quem utilize a expressão competência de jurisdição.⁶⁴

Falamos, então, na verdade, de tutela jurisdicional e competência internacional do Estado. Sabemos que Jurisdição⁶⁵ é, como ensina Chiovenda,

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por

⁶² CASTRO, Amícar. Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado. São Paulo: Editora do Brasil, 2000, p. 228/229.

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 112.

⁶⁵ Um dos elementos da soberania estatal, garantido o acesso a ela pelos cidadãos, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

*meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no tomá-la praticamente efetiva.*⁶⁶

Logo, a Jurisdição, ao lado da Legislatura e da Administração, constitui uma das funções do Estado soberano. Na verdade, emana desse poder soberano e se manifesta através dos órgãos jurisdicionais, sendo distribuída entre eles, através dos critérios de competência. Assim, como o Estado somente desempenha a jurisdição dentro dos limites de seu território, cabe a ele determinar em que casos e sob que condições reconhece e executa as sentenças proferidas por outros Estados, igualmente soberanos, a fim de que as mesmas possam ser tornar válidas segunda as suas regras internas. É, também, através do exercício da jurisdição, que cada Estado tem a faculdade de aderir a tratados ou convenções internacionais que estabeleçam regras uniformes de competência internacional.⁶⁷

No entender de Humberto Theodoro Júnior⁶⁸,

Estabeleceu-se a jurisdição, como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. A função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflitos de interesses (lide ou litígio) e sempre na dependência da invocação dos interessados, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos praticados.⁶⁹

Entretanto, por ser dotada de uma natureza monopolística, a jurisdição impõe a exclusão de qualquer outro poder que com ela se possa confrontar. Assim, a jurisdição, como decorrência direta da soberania estatal, determina que, ao menos em um primeiro momento, todas as pessoas, bens e relações jurídicas, independentemente de sua nacionalidade, devem se submeter às suas regras e decisões. Logo, pode-se concluir que será a *lexfori* que determinará as normas materiais e processuais dos feitos com conexão internacional, de tal

⁶⁶ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, p. 15.

⁶⁷ GRECO, Leonardo. A jurisdição Internacional em matéria contratual. *Revista de Direito Comparado*.

⁶⁸ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009, p. 36/37.

⁶⁹ Sobre o conceito de Jurisdição, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco também concluem que “A jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 131.

Compartilhando este entendimento, Fredie Didier afirma que “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial a) de realizar o Direito de modo imperativo b) e criativo c), reconhecendo/efetivando/protegendo/situações jurídicas d) concretamente deduzidas e), em decisão insuscetível de controle externo f) e com aptidão para tornar-se indiscutível(...) A jurisdição, como função estatal para prevenir e compor os conflitos, aplicando o direito ao caso concreto, em última instância, resguardando a ordem jurídica e a paz social, é exercida em todo território nacional (art. 1º, CPC)”. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 65.

sorte que, ainda que se trate de competência internacional, no julgamento da causa, o magistrado deverá observar a lei nacional.

Portanto, se analisássemos estes conceitos de forma absoluta, concluiríamos pela inexistência de outros Estados soberanos no cenário político mundial. Contudo, não sendo assim, pelo contrário, havendo a necessidade da convivência harmônica entre os Estados, entes que se equivalem na ordem internacional, há a necessidade de que os mesmos limitem o exercício de sua jurisdição ao seu âmbito de dominação política.

Assim, visto que, por uma questão de soberania, a jurisdição, em um primeiro momento, pode não ter limites,⁷⁰ o próprio Estado, em respeito a princípios que regem a sociedade internacional, elabora, por meio de regras nacionais, os limites de sua jurisdição, determinando em que casos exercerá essa competência internacional⁷¹. Para tanto afirma Ada Pellegrini Grinover⁷²:

Quem dita os limites internacionais da jurisdição de cada Estado são as normas internas desse mesmo Estado. Contudo, o legislador não leva muito longe a jurisdição de seu país, tendo em conta principalmente duas ponderações ditas pela experiência e pela necessidade de coexistência com outros Estados soberanos: A) conveniência (excluem-se os conflitos irrelevantes para o Estado, porque o que lhe interessa, afinal, é a pacificação no seio de sua própria convivência social); b) a viabilidade (excluem-se os casos em que não será possível a imposição autoritativa do cumprimento da sentença)

Assim, a doutrina ressalta que é o princípio da aderência que, em primeiro lugar, deve orientar a limitação da Jurisdição, enquanto poder soberano do Estado. Na esteira desse pensamento, é que Nelson Nery⁷³, com base nos ensinamentos de José Frederico Marques, leciona, então, que o exercício da jurisdição se faz por meio dos órgãos jurisdicionais, os juízes e tribunais, e que esta atividade apenas toma assento no território nacional em

⁷⁰JATAHY, Vera Maria Barrea. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da Justiça brasileira*, p. 3.

⁷¹ Contudo, nem sempre foi assim, pois até o surgimento da Sociedade das Nações – entidade precursora da ONU, criada em 1919, após a I Guerra Mundial - imperava a teoria do Domínio Reservado, em que a existência de assuntos de competência absoluta do Estado afastava a interferência de qualquer outro país ou organização. A Teoria da Soberania absoluta do Estado foi base para esse tratamento de "assuntos domésticos", assim nomeados pelos britânicos, mas o Pacto da Sociedade das Nações dispôs que a competência exclusiva do Estado só seria determinada como tal pelo Conselho de Segurança da Sociedade das Nações, ou seja, pelo Direito Internacional. Já a Carta da ONU, sucessora da SN, determinou, em seu artigo 2 (7), que há o poder discricionário do Estado de determinar sua *jurisdição doméstica*, expressão, aliás, responsável por controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do alcance de seu âmbito de atuação, pois ainda haveria dependência de outorga do Direito Internacional para o exercício das atividades jurídicas estatais.

O que é claro, diante da inexistência de regras internacionais sobre jurisdição e diante dos princípios formadores do Direito Internacional, do Consentimento e Vontade dos Estados, pela necessidade de coexistência na sociedade internacional descentralizada, é que o alcance da jurisdição é determinado pelo próprio Estado, através de regras internas, sendo, contudo, a efetividade desse alcance determinada por regras de Direito Internacional, a partir do também Princípio da Soberania.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 149.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 124, 322-326

obediência ao princípio da aderência⁷⁴. Logo, conclui que “dentro do Brasil essa atividade é repartida entre os juízes, de acordo com as regras de determinação de competência”.

Por todo o exposto, a Jurisdição deve ser entendida como expressão do poder soberano do Estado e que é constituída com objetivo de evitar a reparação privada desmedida. E pilar da construção social com pretensão de estabilizar as relações entre os indivíduos que a integram. Portanto, não comporta fragmentações, mas o seu exercício é distribuído entre os diversos órgãos jurisdicionais, conforme a organização própria de cada Estado. De modo que a repartição e a delimitação do poder entre esses agentes, são estabelecidas pela competência. Neste sentido, doutrina Moacyr Amaral Santos⁷⁵: “*Diz-se que um juiz é competente quando, no âmbito de suas atribuições, tem poderes jurisdicionais sobre determinada causa. Assim a competência limita a jurisdição, é a delimitação da jurisdição.*”

Assim sendo, cabe ao ordenamento jurídico interno dos Estados discriminar o alcance de sua jurisdição, estabelecendo quais causas admite examinar e quais decisões sob sua soberania serão tornadas efetivas, ou seja, em quais situações o sistema jurídico admitirá o contato com as questões contendo elementos de conexão internacionais.

No direito positivo brasileiro, a competência internacional foi tratada inicialmente pela Lei de Introdução ao Código Civil. No entanto, segundo Arruda Alvim, Celso Barbi e Hermes Marcelo Huck, a Lei de Introdução ao Código Civil, na parte atinente à competência internacional, foi revogada pelos artigos 89 a 90 do Código de Processo Civil.⁷⁶

⁷⁴ No tocante ao princípio da aderência ao território, Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Cândido Rangel DINAMARCO destacam que o mesmo “No princípio da aderência ao território manifesta-se, em primeiro lugar, a limitação da própria soberania nacional ao território do país: assim como os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo, também os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do Estado (...) Assim, em princípio cada Estado tem poder jurisdicional nos limites de seu território: pertencem à sua autoridade judiciária as causas que ali tenham sede”. Os autores destacam que ao lado desse princípio, a Jurisdição também é informada pelos princípios: a) investidura, corresponde à ideia de que a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz; b) indelegabilidade, expresso através do princípio constitucional segundo o qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; c) inevitabilidade, significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo; d) inafastabilidade (art. 5º, XXXV CF), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha em juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela; e) juiz natural, ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais (proibição do tribunais de exceção, art. 5º, XXXVII, CF); f) inércia. (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 137-140. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 131-151.

⁷⁵ Apud DE NARDI, Marcelo. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, 3º ed. São Paulo: RT, 1999, p. 131.

⁷⁶ Não existe, propriamente, um conflito entre o que dispõe o Código de Processo Civil e o que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil. É que as normas do primeiro trataram do tema de forma bem mais ampla: O art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC-Lei nº 4.657/42) restringe a competência concorrente da autoridade brasileira às causas em que o réu é domiciliado no Brasil ou quando aqui deva ser cumprida a obrigação. No

Liebman⁷⁷ define o conceito de competência, como sendo “a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”. Ainda em relação à competência, Antunes Varela¹ doutrina que:

O requisito da competência resulta do facto de o poder jurisdicional ser repartido, segundo diversos critérios, por numerosos tribunais. Cada um dos órgãos judiciários, por virtude da divisão operada a diferentes níveis, fica apenas com o poder de julgar num círculo limitado de acções, e não em todas as acções que os interessados pretendam submeter à sua apreciação jurisdicional.

Fredie Didier,⁷⁸ sobre as bases da doutrina de Vera Maria Barrera Jatahy, lembra que, pelo fato da atividade jurisdicional de um Estado pode sofrer limitação quando em confronto com a de outro Estado igualmente soberano, necessário se faz delimitar o espaço em que esta jurisdição deve agir por meio da competência internacional a fim de que o Estado possa fazer cumprir soberanamente as suas sentenças. A esse fenômeno, lembra o autor, que se está tratando do princípio da efetividade, bússola para distribuição da competência internacional, na medida em que impõe ao Estado a obrigação de se abster de julgar o caso a ele submetido se a sentença proferida por seus juízes não puder produzir efeitos em terra estrangeira. Sendo assim, é necessário que a competência internacional se baseie num laço entre a situação e o Estado do foro e é por isso que as normas de competência internacional se utilizam de critérios de conexão (por exemplo, o domicílio do réu).

Assim, a competência internacional é orientada por dois princípios, a saber: o Princípio do Maior Interesse e o Princípio da Efetividade⁷⁹.

O Princípio do *Maior Interesse* faz uma valoração dos interesses dos litigantes, levando-se em consideração os aspectos fáticos e legais da questão, como, por exemplo, a localização do domicílio do requerente – visto que, em teoria, assiste-lhe buscar a resolução a uma pretensão resistida; qual lei material melhor se aplica ao caso, a partir da determinação do foro competente; o interesse do alimentando. etc.

entanto o artigo 88 do CPC, além destas hipóteses abarca as ações originadas de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil, disposto da seguinte forma:

[...] Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação.

⁷⁷ LIEBMAN, Enrico Túllio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Giuffrè

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 110.

⁷⁹ Também denominado princípio da jurisdição razoável. Neste sentido, ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, p. 196. Porém para Marcelo Di Nardi o princípio da Jurisdição Razoável não se confunde com a idéia de Princípio da Efetividade estando mais ligado à noção de conexão mais estreita do Direito Europeu. Assim, para o autor o Princípio da Jurisdição Razoável é aquele que determina que todo caso com elemento de estraneidade, com concorrência de jurisdições igualmente competentes, deve ser julgado pelo juiz com razoável conexão ao caso concreto. Marcelo de Nardi, A lei e o foro de eleição em contratos internacionais: uma visão brasileira, in *Contratos Internacionais* (coordenação João Grandino Rodas), p. 122.

Já o Princípio da *Efetividade* é fundamental para o deslinde da relação multiconectada, pois, ao se deparar com a competência concorrente da Justiça de dois países, o autor, além de ter que analisar em qual foro seu acesso será mais facilitado, em razão de questões como custo e produção de provas, legislação aplicável e celeridade, também deverá estar atento em relação ao país em que a respectiva sentença deverá produzir seus efeitos. Assim, o princípio da efetividade significa que cada Estado somente deve processar e julgar as causas cuja decisão tenha possibilidade de executar. De tal modo que, se o juiz de um Estado processa uma causa cuja sentença deva ser executada no território de outro Estado e a lei vigente neste (ou em ambos) declara que somente os juízes deste Estado, com exclusão de quaisquer outros, podem processá-la e decidi-la, de nada adiantaria dar curso ao feito na Justiça do primeiro, pois a sua decisão será inexecutável, isto é, pelo princípio, só deve haver jurisdição até onde o Estado efetivamente consiga executar soberanamente suas sentenças.

Logo, o comando principiológico determina que a decisão judicial deve ser efetiva, produzir efeitos sob pena de traduzir-se em um papel sem conteúdo. O magistrado pode inclusive, por questões de economia processual, mesmo que competente a princípio, deixar de julgar o caso em detrimento de outro tribunal competente, ao saber que sua sentença dificilmente produzirá os efeitos desejáveis pela parte. Este princípio está intimamente ligado à determinação que o próprio Estado faz sobre em quais casos e fatos jurídicos sua competência internacional será exclusiva, impossibilitando uma possível homologação oriunda da justiça estrangeira.⁸⁰

Luís de Lima Pinheiro trata dos princípios específicos de Direito da Competência Internacional da seguinte forma: a) Proximidade relativa das partes: As partes têm um interesse legítimo na competência dos tribunais do Estado a que tenham fácil acesso; b)

⁸⁰ Assim, não convém propor uma ação no Brasil, em razão de concorrer no caso concreto a competência jurisdicional brasileira, buscando, por exemplo, o cumprimento do contrato internacional pelo contratante estrangeiro, se a possível sentença favorável não puder ser executada no país daquele, já que a análise do foro competente alcança também a possibilidade de recepção das sentenças proferidas em foro estrangeiro no território nacional. E, antes disso, se há cooperação entre esses países, visando ao cumprimento de atos do processo (citação, notificação, cientificação e produção de provas) e de medidas cautelares. Tudo isto sem descuidar da facilitação de obtenção dos meios de prova e custos referentes ao processo. Pois, como bem nos lembra Almir de Castro “É a *lex fori* que atribui valor e efeitos jurídicos às decisões estrangeiras”. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, v. II, p. 268.

Importante lembrar que, em nosso país, a homologação de sentenças estrangeiras fazia parte das competências originárias do STF, assim como a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias passivas, vindas da Justiça estrangeira. Essa competência foi modificada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, transferindo-a ao STJ (artigo 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal), mas mantendo-se seus requisitos e formalidades, previstos no artigo 15 LICC e nos artigos 215 a 229 do Regimento Interno do STF, isto é, (a) haver sido proferida por juiz competente; (b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; (d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial. De modo que, não será homologada sentença que ofenda a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes. ARAÚJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, p. 283

Eficácia Prática da decisão: Fundamenta a preferência pelo foro da residência habitual, sede da administração ou estabelecimento do devedor, bem como a atribuição de competência ao foro do patrimônio do devedor; c) Distribuição harmoniosa da competência: Reclamado pela ideia de supremacia do Direito.

Porém, se os princípios da efetividade e do maior interesse são os vetores principais da determinação da competência internacional dos Estados, essa não se resume àqueles. De modo que, na doutrina nacional, FredieDiddier⁸¹ enumera outros, a saber: a) *Plenitudojurisdictionis*⁸², b) Exclusividade⁸³, c) Unilateralidade⁸⁴, d) Imunidade de Jurisdição⁸⁵, e) Proibição de denegação da justiça⁸⁶, f) Autonomia da vontade⁸⁷.

A doutrina também menciona o princípio da submissão como informador da competência internacional. Por ele, torna-se competente o juízo de um Estado, apesar do silêncio das normas destes sobre competência, em razão da livre e expressa aceitação dos litigantes em submeterem-se à jurisdição de Estado a que normalmente não estariam sujeitos.

Portanto, em primeiro plano, as normas internas processuais determinam em que medida o Estado pretende exercer seu poder de jurisdição, quando existir uma causa com conexão interna e externa. Desta forma, não incomum ocorrerá de dois Estados se colocarem como competentes para julgar o caso concreto, existindo, aí sim, um conflito de jurisdições, cuja solução dependerá das regras de Direito Internacional Privado.⁸⁸

Esse conflito pode ser negativo, quando não houver a competência judiciária⁸⁹ de qualquer Estado. Neste caso, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Não-

⁸¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 111/112.

⁸² Que, segundo o autor, significa que a jurisdição exercida no limites do território estatal é plena e ilimitada, “sendo excepcionada apenas pelas limitações estabelecidas por sua própria legislação e, em alguns casos, por construção jurisprudencial.”

⁸³ O princípio da exclusividade, segundo FredieDiddier, “é aquele em razão do qual os tribunais de cada país, uma vez acionados, aplicarão sempre as regras delimitadoras de jurisdição que integram a sua própria ordem jurídica, abstando-se de aplicar aquelas que pertençam à esfera de outro Estado, embora possam aquelas serem consultadas em circunstâncias especiais, quando se trata de reconhecimento de sentenças estrangeiras.”

⁸⁴ A unilateralidade, para o autor, significa a impossibilidade de a norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do Estado, atribuir competência internacional a outro Estado, isto é, a norma nacional não pode remeter o julgamento da causa à jurisdição de outro Estado, sob pena de ofensa à soberania estrangeira.

⁸⁵ O princípio da imunidade de jurisdição se aplica naqueles casos em que o Estado soberano figura como parte na demanda, de modo que somente haverá possibilidade de julgamento se o outro Estado igualmente soberano consetir com o mesmo (*par in par non habet iudicium*).

⁸⁶ O princípio da proibição da denegação da justiça, segundo FredieDiddier, neste contexto, obriga que um Estado inicialmente incompetente para apreciar a demanda, a julgue quando ficar constatado que ela não poderá ser proposta em qualquer outro tribunal estrangeiro, a semelhança de um conflito negativo de competência.

⁸⁷ Por fim, pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o autor, reconhece-se a possibilidade das partes da escolha da jurisdição competente, em caso de concorrência.

⁸⁸ JATAHY, Vera Maria Barrea. Do Conflito de Jurisdições: a competência internacional da Justiça brasileira, p.

⁸⁹ Termo usado por Agostinho Fernandes Dias da Silva. A competência judiciária no direito internacional privado brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965 apud STRENGER, Irineu.

Denegação da Justiça,⁹⁰ o foro originalmente declarado incompetente para julgar o caso deverá declarar-se competente e julgá-lo.

Se dois países, por suas normas processuais internas, se declaram competentes diante daquela causa com elementos de conexão em ambos, haverá um conflito positivo, acarretando a possibilidade de o autor utilizar-se do instituto conhecido como *Forum Shopping*,⁹¹ procurando entre as jurisdições concorrentemente competentes aquela que, por características de normas processuais e materiais, lhe possa ser mais favorável⁹².

Contudo, a fim de evitar abusos e injustiças pela utilização desse instituto, a doutrina desenvolveu uma “regra de temperamento” conhecida como *forum non conveniens* ou *forum conveniens*, instituto originado de países da *common law*. Diz respeito ao poder discricionário que os juízes e tribunais de um Estado têm de se recusar o julgamento de um determinado caso, mesmo que inicialmente competente para tanto, por entenderem que outra jurisdição internacional será mais conveniente, isto é, tem melhores condições, ou condições mais adequadas, para solucionar a lide, seja porque lá o juiz e as partes terão melhor acesso aos meios de prova, à exequibilidade da sentença, aos custos processuais, a urgência ou o local do bem.⁹³

⁹⁰ Princípio do Direito Natural incorporado às regras delimitadoras da jurisdição estatal; faz parte da Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948 e expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico pelo art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal de 1988.

⁹¹ O Princípio do *Forum Shopping* também é denominado princípio de não-discriminação do litigante. Neste sentido, NADIA de Araújo em Direito Internacional Privado, teoria e prática brasileira; p. 196.

Por *Forum Shopping*, entende-se a possibilidade que surge para o autor de escolher (daí porque shopping), dentre os diversos foros competentes entre diversos Estados, aquele em que, no seu entender, possa vir a lhe ser mais favorável em razão das disposições do direito material nacional, posições jurisprudenciais ou mesmo celeridade ou retardo dos procedimentos processuais locais. Neste mesmo sentido DIDDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V.01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 112.

Carmen Tibúrcio explica a origem dessa prática: “É usual que, diante do surgimento do litígio autor e réu recorram a judiciários distintos, procurando recorrer ao tribunal do país em que se sinta mais seguro, seja em decorrência da lei aplicável ao mérito da controvérsia, seja diante de aspectos de natureza processual do foro escolhido. A incerteza gerada por essas múltiplas possibilidades, conhecida na doutrina processual internacional como “*forum shopping*”, afeta o custo da contratação, seus termos e mesmo sua existência”. TIBURCIO, Carmen. Sugestões sobre alguns itens do Direito Processual Internacional para o projeto de Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/carmen_tiburcio_sugestoes_sobre_alguns_itens_do_dpcci.pdf>, acesso em 25/11/2010.

⁹² Exemplo do caso dos familiares das vítimas do acidente com um avião da TAM, em São Paulo, em que as ações foram propostas no Brasil e nos EUA, tendo neste último país solução mais célere. MARQUES, Cláudia Lima. O novo Direito Internacional – Estudos em homenagem ao professor Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁹³ Caso exemplificativo da aplicação do instituto é o da ação indenizatória proposta por hemofílicos irlandeses infectados pelo vírus HIV em razão da utilização de produto fabricado nos EUA. A demanda foi proposta originalmente em tribunal do Estado de New York. Este acolheu alegação do réu de *forum non conveniens*, reconhecendo sua incompetência internacional em prol da irlandesa, pois se aplicada a lei americana, pela conexão da lei de New York, a indenização seria maior, mas, em razão da peculiaridade do caso, a aplicação da lei irlandesa seria mais célere, beneficiando os autores. Assim, explica Erik Jayme “*Les systemes anglo-saxons connaissent en effet cette exception aux règles normales de compétence qui permet aux tribunaux de se déclarer,*

Logo, perante uma situação transnacional, torna-se necessário determinar os tribunais estaduais competentes para enfrentá-la. Surge, assim, o problema da competência internacional.⁹⁴

Incumbe ao Direito da Competência Internacional, portanto, atribuir ao conjunto de tribunais de um Estado o complexo de poderes para o exercício da função jurisdicional em situações transnacionais.⁹⁵

Paulo Henrique Gonçalves Portela, forte na doutrina de Bregalda, explica que a competência internacional é, assim, o "poder do tribunal de um Estado para conhecer o litígio que lhe é submetido e para prolatar sentença em condições de receber o *exequatur* em outro país". Ressalta o autor que a noção de competência internacional para a Jurisprudência brasileira diz respeito ao poder da Justiça nacional de decidir uma causa com conexão internacional. Neste aspecto, destaca que o princípio da territorialidade das leis de organização e competência dos tribunais, "pelo qual cada Estado pode estabelecer os poderes de seus órgãos jurisdicionais no âmbito internacional", é o vetor principal de orientação da competência internacional, de modo que esta encontra suas bases e definições dentro do Direito interno de cada país.

Entretanto, há situações em que os Estados buscam preservar a ordem pública interna, a soberania nacional ou garantir direitos de certos nacionais tidos por potencialmente hipossuficientes. Nestes casos, o Estado resguarda para si uma competência exclusiva sobre estas matérias e não admite outra jurisdição se inflexione sobre estes temas. São as hipóteses de competência exclusiva e sobre estas há restrições, ou impossibilidade de escolha pelas partes do foro competente.

Se, porventura, houver derrogação para foro diverso, numa situação multiconectada, gerará a impossibilidade de execução da decisão estrangeira no país de onde emanou a regra de competência exclusiva.

Porém, em outros casos, o Estado admite que outros Estados disponham sobre a situação internacional conectada a seu ordenamento jurídico. São as hipóteses de competência

dans des circonstances particulieres, comme forum non conveniens, c'est-à-dire for non compétent pour connaître de l'action". (Tradução livre: "Os sistemas anglo-saxões conhecem, com efeito, essas exceções às regras normais de competências que permitem aos tribunais se declararem, em certas circunstâncias particulares, como *forum non conveniens*, isto é, foro não competente para conhecer a ação."). JAYME, Erik. *Cours général de droit international privé*. p. 49

⁹⁴ VARELA, João de Matos Antunes. Manual de Processo Civil. Coimbra: Coimbra Editora. PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Internacional Privado. Volume III. Competência Internacional e Reconhecimento de decisões estrangeiras. Coimbra: Almedina. 2002.

⁹⁵ DE NARDI, Marcelo. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In Contratos Internacionais, coord. João Grandino Rodas, 3º ed. São Paulo: RT, 1999, p. 131.

relativa.⁹⁶

Nestas situações específicas, em regra, os ordenamentos jurídicos internos de cada Estado admitem a prorrogação ou derrogação da competência por cláusula especial de eleição de foro.

5. AS REGRAS DE DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

José Carlos Barbosa Moreira⁹⁷ lembra que a questão da competência para conhecer de uma causa desdobra-se normalmente em dois tópicos, “*aos quais correspondem duas etapas sucessivas e inconfundíveis de investigação*”. Na primeira, o problema é analisado no plano internacional, isto é, verifica-se se a Justiça de determinado país pode exercer jurisdição na espécie. Se afirmativa a resposta, então se passa a averiguar, no plano interno, a que órgão daquela jurisdição toca o conhecimento da causa.

Essa é a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro que regula⁹⁸ a competência internacional e, somente depois, traz as normas concernentes à competência interna da Justiça Brasileira, devendo ser sempre respeitados os princípios da efetividade e da submissão.

Logo, a competência internacional da Justiça brasileira rege-se pelo disposto nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil.⁹⁹ O artigo 89¹⁰⁰ dispõe sobre hipóteses de incompetência exclusiva¹⁰¹, isto é, aquelas em que não pode ser competente a Justiça de

⁹⁶ DE NARDI, Marcelo. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In *Contratos Internacionais*, coord. João Grandino Rodas, 3º ed. São Paulo: RT, 1999, p.144.

⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Garantia constitucional do direito à jurisdição - competência internacional da Justiça brasileira, prova do direito estrangeiro. In *Revista Forense*, volume 343. Rio de Janeiro, 1998, p. 275-291.

⁹⁸ No Livro I, Título IV, Capítulo II e III, artigos 88 a 90.

⁹⁹ Esses dois artigos encontram-se sob a epígrafe “DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL” do capítulo II do Código de Processo Civil Brasileiro, entretanto, há outras normas concernentes à competência internacional no capítulo III do referido diploma, especialmente fazemos referência à norma constante no artigo 94, §3º (“§ 3º Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro.”) e do artigo 111, que trataremos à frente.

¹⁰⁰ “Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”

¹⁰¹ Como bem assevera Paulo Henrique Gonçalves Portela, “a competência é exclusiva, absoluta, ou “necessária” quando a ação só puder ser proposta perante o Judiciário brasileiro. De antemão, destacamos que a incompetência do juiz brasileiro para julgar uma lide deve ser conhecida de ofício, levando à extinção do processo sem julgamento de mérito. Em todo caso, nada impede que a parte suscite a questão como preliminar, alegando incompetência absoluta do juízo (CPC, art. 301, II)”. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 533.

nenhum outro Estado, somente a Justiça Brasileira possui jurisdição sobre essas matérias. Assim, sempre que o litígio envolva bens imóveis situados no Brasil¹⁰², inclusive nos procedimentos de inventário ou partilha de bens, o país arroga exclusivamente a competência para conhecer dessa causa.

Por outro lado, o artigo 88¹⁰³⁻¹⁰⁴ traz as hipóteses de competência concorrente¹⁰⁵ da Justiça brasileira, ou seja, sempre que o réu, independentemente da nacionalidade, esteja domiciliado em território nacional¹⁰⁶ ou quando aqui tenha que ser cumprida a obrigação, ou ainda, quando o fato que dá causa à ação, originou-se ou foi praticado no Brasil, será essa a competente, mas sem excluir a incidência de outras jurisdições.¹⁰⁷

¹⁰²FreddieDiddier lembra que a essa regra em particular, ação relativa a imóvel situado no Brasil, deve-se dar interpretação ampla, para abarcar tanto as ações reais como as obrigacionais fundadas em direito real, como a de locação, por exemplo. DIDDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V. 01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 114.

¹⁰³“Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.”

¹⁰⁴ Pontes de Miranda sustenta que a jurisprudência pátria tem ampliado a abrangência da regra insculpida no inciso III do artigo 88 do CPC, e, com isso, transformando a Justiça brasileira competente em vários casos “no mínimo, questionáveis, abrindo uma janela para uma “aproximação de competência”. Assim, explica que “Trata-se de qualquer fato que entre no mundo jurídico e do qual se irradie responsabilidade (obrigação), seja lícito ou ilícito, contra o estrangeiro ou a favor dele. Fato: pode ser fato jurídico “stricto sensu” (e. g., loucura, surdez, mudez, cegueira, percepção de frutos, perecimento do objeto de direito, adjunção, mistura); fato jurídico ilícito (responsabilidade em caso de força maior ou caso fortuito); ato fato ilícito (e. g., mau uso da propriedade, gestão de negócios contra a vontade manifestada ou presumível do dono); atos ilícitos “stricto sensu” (e. g., qualquer ato que se resulte responsabilidade); atos fatos jurídicos (e. g., tradição da posse, feitura de livros, quadro ou estátua, descoberta científica, habitação, pagamento); atos jurídicos “stricto sensu” (e. g., gestão de negócios sem mandato, restituição de penhor, constituição de domicílio); negócios jurídicos (e. g., contrato, outorga de poder, promessa de recompensa, devolução).”MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

¹⁰⁵ Também é conhecida como competência relativa, alternativa ou cumulativa.

¹⁰⁶ Importante salientar, uma vez que estamos estudando sobre tema afeto ao comércio internacional, que no caso de pessoas jurídicas estrangeiras, estas serão consideradas, pela lei pátria, como domiciliadas no Brasil quando aqui tiverem agência, filial ou sucursal, na forma prevista pelo parágrafo único do artigo 88 do CPC, bem como pelo artigo 75, § 2º, do Código Civil, que estatui: “Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder”.

¹⁰⁷ Ressalta-se, porém, que o artigo 90 do mesmo diploma dispõe que: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. Assim, ao comentar o artigo 90 do CPC, Nelson Nery explica que “ Enquanto a autoridade brasileira for competente, na forma do CPC 88, I a III e 89, I e II, e não houver homologação da sentença estrangeira no Brasil (art. 105, I, i CF), remanesce para o Estado brasileiro o poder de julgar a causa já ajuizada (não se induz litispendência), ou já julgada (não se reconhece a coisa julgada) em outro país. (...) À Justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. O juiz brasileiro deve ignorá-la e permitir o regular prosseguimento da ação. Mesmo que a ação já tenha sido decidida no país estrangeiro, com trânsito em julgado, tal circunstância deve ser ignorada pelo juiz brasileiro, que deve determinar a continuação do processo de ação ajuizada no Brasil. Somente depois de homologada pelo STJ (CF 105, I, i; CPC 483 e 484, Res. 09/05 – ao contrário da Constituição, estes dois artigos do CPC não foram modificados, muito embora tenha havido revogação tácita dos mesmos com a reforma constitucional) é que a sentença estrangeira terá eficácia no Brasil”. NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria

Porém, como adverte Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁸, citando precedente do STJ¹⁰⁹, se o caso concreto trazer uma relação jurídica cujos elementos estão fora das situações previstas pelos artigos 88 a 90 do CPC, o caso é de inexistência de jurisdição brasileira, configurando verdadeira proibição de julgamento para as autoridades brasileiras, “por ausência de um dos pressupostos necessários à própria existência do processo”, que é justamente a existência de juiz competente para a causa. De modo que “nem mesmo a conexão de causas justifica a ampliação da competência internacional do Brasil, porquanto o fenômeno da comunhão de elementos entre uma ação aqui proposta e outra em andamento no exterior não se inclui entre os pontos de contacto suficientes para estender até ela a jurisdição nacional.” E a principal consequência da apreciação, pelo Judiciário brasileiro, de matéria que não esteja conectada a seu ordenamento jurídico, pois, excluída das hipóteses legais, é a impossibilidade de reconhecimento pelo foro estrangeiro da sentença aqui proferida, ferindo-se, assim, o princípio da efetividade.¹¹⁰

Os pressupostos da competência internacional da Justiça brasileira **não** são cumulativos, isso significa dizer que a ocorrência isolada de qualquer dos fatos previstos nos incisos do artigo já são suficientes para determinar a competência da justiça nacional. Por exemplo, a Justiça brasileira será competente quando o réu tiver domicílio no Brasil, mesmo que a causa se origine de fato ocorrido no exterior; igualmente, quando aqui haja de ser cumprida a obrigação, ainda que o réu esteja domiciliado em outro país.

José Carlos Barbosa Moreira conclui que, tão logo se verifique algumas das situações previstas no artigo 88 do CPC, encerrada estará a pesquisa concernente à competência internacional da Justiça Brasileira, passando ato contínuo à determinação do órgão desta que, segundo as regras contidas no Capítulo III do CPC, deverá conhecer a causa.¹¹¹

Entretanto, discordamos da posição desse autor, pois o artigo 88 não é exaustivo nas hipóteses possíveis de situações internacionais que acabem por se conectar à Justiça brasileira, bem como a Justiça de outros Estados envolvidos na relação internacional *sub*

de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 327.

¹⁰⁸ THEODORO JR., HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009, p. 159/160.

¹⁰⁹ STJ, RO Nº 19/BA, Rel. Min., César Asfor Rocha, 4ª TURMA, DJ 13.10.2003, p. 365.

¹¹⁰ Neste mesmo sentido, Fredie Didier aponta que na doutrina nacional há quem defenda a necessidade de norma explícita excluindo a jurisdição brasileira para causas relativas a imóveis situados no estrangeiro, justamente em nome do princípio da efetividade. DIDDIER, Fredie. p. 126.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Garantia constitucional do direito à jurisdição - competência internacional da Justiça brasileira, prova do direito estrangeiro. In Revista Forense, volume 343. Rio de Janeiro, 1998, p. 275-291.

judice. Desse modo, não é a simples ocorrência de qualquer das situações do artigo 88 que determinará, em absoluto, a competência internacional da Justiça Brasileira. Pelo contrário, o fato do litígio enquadrar-se na moldura legal do artigo 88 é apenas o início do trabalho de se determinar qual a jurisdição competente para solucionar o litígio. Assim, por exemplo, o fato do réu estar domiciliado no Brasil e, em se tratando de um litígio concernente a um contrato internacional, em que há expressa cláusula de eleição de foro estrangeiro, apesar de ser uma ocorrência material das hipóteses do artigo 88, por se tratar de competência concorrente, entendemos que não deverá ser a justiça Brasileira competente, devendo prevalecer a eleição do foro. Assim, nesse caso, o enquadramento da situação concreta na moldura do inciso I do artigo 88 não determina a competência internacional da Justiça Brasileira e, simplesmente, não encerra a pesquisa pela jurisdição competente.

A competência relativa é derogável ou prorrogável, nos moldes previstos pelo artigo 111 do CPC¹¹², de modo que a lei permite que o juiz que não era o originalmente competente para a causa, passe a sê-lo, em razão da ocorrência de uma das hipóteses legais. Pontes de Miranda, ao tratar sobre a *prorrogatio fori*, lembra que esta pode ocorrer em duas hipóteses. Assim, segundo o autor, “a técnica conhece duas, uma por acordo das partes, expresso ou tácito, e outra pela submissão do demandado ao foro incompetente. Depois de precluso o prazo para a exceção declinatória, o foro incompetente faz-se competente.”¹¹³

Logo, a competência relativa é prorrogável e, como tal, pode ser afastada seja pela renúncia tácita das partes que não apresentam a exceção de incompetência no prazo legal¹¹⁴ ou por renúncia expressa, geralmente em momento anterior ao litígio, prevendo, no caso dos negócios jurídicos, cláusula de eleição de foro.¹¹⁵ Assim, Pontes Miranda ensina que o foro de eleição é causa de *perpetuatio iurisdictionis*, pois o fato originário da determinação da

¹¹² O artigo 111 disse derogável a competência pelo valor ou pelo território e inderrogável pela matéria e pela hierarquia

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II. 3ª ed. Editora Forense, São Paulo, 1998, p. 289. Nesta mesma direção Humberto Theodoro Júnior explica que a prorrogação voluntária de competência ocorre quando a modificação provém de ato de vontade das partes, o que é possível em duas circunstâncias previstas pelo Código: a) eleição de foro contratual (art. 111); e b) na ausência de oposição de exceção declinatória do foro e do juízo, no prazo legal (art. 114). THEODORO JR., HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009, p. 186.

¹¹⁴ A incompetência relativa deve ser argüida em exceção de incompetência, prevista pelo artigo 112 do CPC, no prazo estipulado pelo artigo 305 do mesmo diploma legal. Se, no prazo e na forma devida, o réu não alega a incompetência relativa, não pode o juiz declarar-se incompetente, prorrogando-se sua competência para decidir a causa.

¹¹⁵ Neste ponto, cabe lembrar que a eleição de foro em cláusula negocial não se confunde com a facultatividade de foro, assim, Pontes de Miranda lembra que a lei concede a facultatividade nos casos de “prevenção (e.g., art. 107), ou em casos de dois ou mais réus com diferentes domicílios (art. 94, § 4º), ou de se tratar de autor e de réu sem domicílio no Brasil (art. 94, § 3º), ou mesmo se o réu tem mais de um domicílio (art. 94, § 1º), ou se incerto ou desconhecido o domicílio do réu, caso em que pode ser demandado onde for encontrado, ou no domicílio do autor (art. 94, § 2º).” MIRANDA, Pontes. Comentários, p. 320

competência modificou, criando a figura da prorrogação de competência.

Concluindo, nas hipóteses em que o Estado reserva parte da sua jurisdição como concorrente, admitindo a atuação paralela de outros Estados, em razão específica e peculiar da situação transnacional, permite-se a prorrogação de competência para foro estrangeiro. Como ensina Pontes de Miranda acima, a ciência processual admite tanto a prorrogação expressa, isto é, por acordo das partes (a que ocorre por expressa manifestação de vontade das partes, através de uma cláusula de foro de eleição, também chamado pacto de jurisdição), como a prorrogação tácita, aquela em que o juízo tornar-se competente, porque ocorrência da preclusão da exceção de incompetência.

A cláusula de eleição de foro, por sua vez, é o mecanismo contratual através do qual as partes são autorizadas a escolher livremente a qual juízo se submeterão em ocorrendo o conflito de interesses. Estabelecendo, portanto, de forma prévia a que Jurisdição estarão sujeitas, uma vez que, pelos elementos de conexão presentes naquela relação jurídica contratual, haverá a possibilidade de vários países simultaneamente serem atraídos ao caso concreto, exercendo, assim, sua jurisdição. A cláusula de eleição de foro busca, deste modo, evitar a ocorrência do *forum shopping*.

Contudo, somente essa escolha por parte dos contratantes não se mostra suficiente para que estes obtenham a certeza sobre a Corte a qual o litígio estará subordinado, haja vista que, para a validade e, conseqüente observância desta cláusula contratual, tal escolha deve ser respeitada pelos tribunais do país a que a questão foi submetida. Somente assim, a tão almejada segurança jurídica na contratação internacional, estará resguardada.

Porém, no Brasil, embora haja norma específica que reconhece a escolha do foro nos contratos privados, a jurisprudência tem se mostrado instável e hesitante sobre a admissibilidade da cláusula de eleição de foro nos contratos comerciais internacionais, nem sempre reconhecendo a validade dessa forma convencional de prorrogação de competência concorrente da Justiça brasileira. De tal modo que o posicionamento prevalente, tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça (atual tribunal constitucionalmente competente para a homologação de sentenças estrangeiras)¹¹⁶, é a ineficácia da cláusula de eleição de foro estrangeira para afastar a competência da Justiça brasileira, prevista pela legislação processual civil, uma vez que é norma de ordem pública. Em consequência, ainda que prevista em contrato comercial paritário, o Judiciário brasileiro

¹¹⁶ Vide: STJ– Decisões Contrárias à Validade da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro: AR 133/RS, RESP 251.438, RESP 804.306, RESP 498.835/SP, RESP 861.248/RJ, RESP 1159796, CC 32.270, AgRg no CC 39.794. STJ– Decisões Favoráveis à Validade da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro: AgRg no Ag 616.500, RESP 242.383, RESP 505.208/AM, RESP 290.937, AG 639.441/RS, MC 15.398

afasta a cláusula de eleição de foro estrangeiro válida e se declara competente para o exame da lide emergente daquela relação contratual.

Em outros termos, pelo entendimento dos Tribunais pátrios, a cláusula não tem a força para afastar a jurisdição nacional do conflito, de modo que há, até então, uma crescente pacificação do posicionamento da ineficácia da cláusula de eleição de foro estrangeiro naqueles casos em que a jurisdição brasileira for concorrentemente competente, nos termos do Código de Processo Civil, para solucionar o litígio.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o exercício da jurisdição emana do poder soberano do Estado e cabe a este fixar as normas e hipóteses em que incidirá a competência de seus tribunais. Entretanto, na esfera internacional, a conjectura é diferente e, imensamente mais complexa, pois há a coexistência de diversos Estados igualmente soberanos e a necessidade de se harmonizar a relação entre os mesmos. Deste modo, estes têm convergido no sentido de reservar parte da competência de seus tribunais como exclusiva, naqueles casos em que, em razão do núcleo particular das matérias envolvidas, possam vir a ser feridas a soberania nacional e a ordem pública interna. Outra parte é reservada como concorrente, e nesta, reconhecem às partes a possibilidade de estabelecerem, na esfera internacional, jurisdição diversa da sua. Essa liberdade reservada aos contratantes segue as regras estipuladas pelo princípio da autonomia da vontade das partes do Direito Civil. (Neste ponto não pode haver confusão com a autonomia da vontade do DIPr, entendida como a faculdade conferida às partes de escolher o direito material aplicável ao contrato em questão).

A certeza e a segurança jurídica são elementos indispensáveis e os objetivos perquiridos pelos contratantes internacionais a fim do bom desenvolvimento das suas relações comerciais. Logo, saber onde irão litigar e como se portam as cortes escolhidas, bem como conhecer de antemão o direito material aplicável à espécie ou mesmo se os tribunais executarão a sentença prolatada – respostas às três perguntas essenciais do DIPr –, é de fundamental importância para a viabilidade e concretização do negócio que se pretende efetuar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO Nádia de; VARGAS, Daniela; GAMA, Lauro. *Eleição de foro: proposta do novo CPC e a Convenção da Haia de escolha de foro de 2005*. Disponível em: <<http://www.haiaemdebate.blogspot.com>>, acesso em 01/11/2010.

- ARAÚJO, Nádia de. A jurisprudência Brasileira sobre contratos internacionais: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro in RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 259-299.
- ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.
- ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 242.383/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 21/03/2005 Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 01/11/2010.
- BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 251438/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2000, DJ 02/10/2000 Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em: 01/11/2010.
- BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 861248/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 19/03/2007 Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em: 01/11/2010.
- BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA- Resp 498.835/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJ 09/05/2005. Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em: 01/11/2010.
- BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SEC 5206-7, em 1996, disponível em <http://www.cbar.org.br/jurisprudencia/constitucionalidade.html> Acesso em: 01/11/2010
- BRASIL. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br >, acesso em: 01/11/2010.
- BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MC 15.398, Relatora Nancy Andrichi, publicação no DJE dia 23/04/2010. Disponível em :<www.stj.gov.br> Acesso em: 01/11/2010.
- CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. O Acesso à Jurisdição no Espaço Integrado do Mercosul in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIII, nº 1, 2002, p. 555-576.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CASELLA, Paulo Borba. Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e Direito Brasileiro in TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.
- CASTRO, Amílcar. *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*. São Paulo: Editora do Brasil, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- CORREIA, A. Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2005.
- DE NARDI, Marcelo. A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais: uma visão brasileira in RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 122-194.
- DIDDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V. 01. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado - Parte Geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. Competência Internacional: competência concorrente da Justiça Brasileira, diferenças entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória in *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, n.º 7, out./dez. 2005, p.223-237.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Ed.Saraiva.
- GRECO, Leonardo. A jurisdição Internacional em matéria contratual *in Revista de Direito Comparado*, p. 143-162.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2001.
- JATAHY, Vera Maria Barreira. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit Internationale Privé Postmoderne. Cours Général de Droit International Privé *in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. T. 251. V. II. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 26 et seq.
- JAYME, Erik. Le Droit International Privé Du Nouveau Millénaire: La Protection De La Personne Humaine Face à La Globalisation *in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. T. 282. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 14-40.
- JUEGER, Friedrich K. Escolha da lei do contrato nas Américas *In CASELLA, PAULO BORBA. Mercosul- integração regional e globalização*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000, pp. 462-475
- JÚNIOR, Eduardo dos Santos. Sobre o conceito de Contrato Internacional *in PINHEIRO, Luis de Lima; VICENTE, Dário de Moura. Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Marques dos Santos*. Coimbra, Almedina, 2005
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. *O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Garantia Constitucional do Direito à Jurisdição - Competência Internacional da Justiça Brasileira, Prova do Direito Estrangeiro *in Revista Forense*. V. 343. Rio de Janeiro:?, 1998, p. 275-291
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- O'Brian Jr., William E. The Hague Convention on Jurisdiction and Judgments: The way Forward *in The Modern Law Review*. V. 66. July 2003, p. 491-509.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- PINHEIRO, Luís de Lima. A competência internacional exclusiva dos tribunais portugueses *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol.III, dez. 2005.
- PINHEIRO, Luís de Lima. A Triangularidade do Direito Internacional Privado – Ensaio sobre a articulação entre o Direito de Conflitos, o Direito da Competência Internacional e o Direito de Reconhecimento *in RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura (org.). Estudo em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. V.I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 311-377.
- PINHEIRO, Luís de Lima. Competência Internacional em matéria de Contrato com Consumidores *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIII, nº 1, 2002, p. 41-54.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2005.

- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. V.III. Coimbra: Almedina, 2002.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.
- RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Da lei aplicável ao Contrato Internacional de Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1990.
- RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- RAMOS, Rui Manuel Moura. A reforma do Direito Processual Civil Internacional in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3879, 3880, 3881. Coimbra, 1997, p. 162-169; p. 199-202; p.231-239.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RODRIGUES, Marcelo Borges. A Eleição de Foro Estrangeiro nos Contratos Internacionais à Luz da Jurisprudência Brasileira in *Revista Eletrônica de Direito Internacional*. V.5. 2009, p. 292-326. Disponível em <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume5/>>, acesso em: 01/11/2010.
- SAMTLEBEN, Jürgen. Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a Experiência Européia in *SCIENTIA IURIDICA*, Tomo XLV, nº 262/264. Lisboa, 1996, p.314-324.
- SCHEIDER, Andrew C. New Treaty Will Help Firms Operate Abroad in *Kiplinger Business Forecasts*, vol. 2005, nº 1014.
- SOUSA, Miguel Teixeira. Âmbito de Aplicação do Regulamento nº 44/2001, de 22 de dezembro de 2000 (Regulamento de Bruxelas I), in RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura (org.). *Estudo em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. V.II. Coimbra: Almedina, 2002, p. 675-691.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais de Comércio*. 4ª. ed. São Paulo: LTR, 2003.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTr, 2005.
- STRENGER, Irineu. Extraterritorialidade do direito processual, in KLEINHEISTERKAMP, Jan; LORENZO, Gonzalo Idiarte (org.). *Avances de Derecho Internacional Privado en América Latina*. Montevideo: FCD, 2002.
- TAQUELA, Maria Blanca Noodt. La contratación Mercantil en el Mercosur in CASELLA, PAULO BORBA. *Mercosul- integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 733-745.
- THEODORO JR., HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- TIBÚRCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro in *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 12, 2008, out./dez., pp. 379-384.
- TIBURCIO, Carmen. Sugestões sobre alguns itens do Direito Processual Internacional para o projeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/carmen_tiburcio_sugestoes_sobre_alguns_itens_do_dpci.pdf>, acesso em 25/11/2010.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.
- VICENTE, Dário Moura. A Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência internacional e à execução de decisões em matéria civil e comercial e a arbitragem in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56. Lisboa, 1996, p. 595-618.
- VICENTE, Dário Moura. Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) nº 44/2001 in *SCIENTIA IURIDICA*, Tomo LI, maio/agosto, nº 293. Lisboa, 2002, p. 347-379

A RETIRADA DE MARCOS E O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Prof.^a Esp. Ana Carolina Borges de Oliveira¹

RESUMO

O objeto do presente artigo é analisar o processo de internacionalização do direito a partir dos estudos de Mireille Delmas-Marty. Assim, procura-se identificar os principais pontos da teoria da autora, para buscar compreender o processo de internacionalização do direito, bem como tratar, ao final, da influência de tal processo no papel desenvolvido pelos juízes internacionais, ou seja, no Direito Constitucional. Dessa maneira, pretende-se evidenciar a insuficiência da atual teoria jurídica para explicar novos fenômenos ocorridos no mundo do direito, tendo como base a teoria da hierarquia das normas de Hans Kelsen. Conseqüentemente, são analisados os fenômenos da globalização e da mundialização, pois somente com o estudo de tais movimentos é possível entender as novas relações entre o local e o regional e a forma como o direito é afetado por essas transformações. Nesse sentido, conclui-se que, diante da mudança que vem sofrendo o processo de formação do direito, como a multiplicação das fontes do direito e sua diversidade, bem como o aparecimento de fontes não-estatais, extralegislativas e variáveis no tempo, torna-se necessário *uma renovação completa dos métodos legislativos*.

Palavras-chave: Internacionalização do direito, Direito Constitucional, Direitos Humanos e democratização.

1.Introdução

O objeto do presente artigo é analisar o processo de internacionalização do direito a partir dos estudos de Mireille Delmas-Marty. Assim, procura-se identificar os principais pontos da teoria da autora, para buscar compreender o processo de internacionalização do

¹ Advogada. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos do curso de Direito da Faciplac. Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Pós-Graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

direito, bem como tratar, ao final, da influência de tal processo no papel desenvolvido pelos juízes internacionais, ou seja, no Direito Constitucional.

Dessa maneira, pretende-se evidenciar a insuficiência da atual teoria jurídica para explicar novos fenômenos ocorridos no mundo do direito, tendo como base a teoria da hierarquia das normas de Hans Kelsen. Conseqüentemente, são analisados os fenômenos da globalização e da mundialização, pois somente com o estudo de tais movimentos é possível entender as novas relações entre o local e o regional e a forma como o direito é afetado por essas transformações.

Portanto, o presente trabalho adota o conceito de globalização, de mundialização e de universalização definidos por Delmas-Marty. Segundo a autora, globalização se refere à economia, como forma de *difusão espacial em escala global* e a universalização corresponde aos direitos do homem². Já a mundialização, por sua vez, se refere a uma neutralidade que tal termo *jamais perderá, caso não se resigne rapidamente ao primado da economia sobre os direitos do homem*³.

2. A retirada de marcos

A retirada de marcos. Denominada por Mireille Delmas-Marty, tal expressão é sobretudo o recuo de noções jurídicas nitidamente delimitadas, como a de culpa penal ou de responsabilidade civil, em proveito de noções com fronteiras muito imprecisas, periculosidade ou solidariedade.⁴

Nesse aspecto, Marcelo Dias Varella conceitua tal movimento como a descentralização das fontes do direito internacional que, segundo ele, com a expansão do direito internacional, este passou a abranger temas que eram peculiares ao direito interno e à criação de instrumentos de controle desse novo direito.⁵ Assim, a retiradas de marcos, bem como a descentralização das fontes marcam o processo de internacionalização do direito, iniciado no início do século XX, característico de um contexto em que prevalece a expansão da globalização.⁶

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 08.

³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 08/09.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 07.

⁵ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set., 2005, p. 136.

⁶ *Ibidem*, p. 135.

Dessa forma, é nesse contexto que se observa o fenômeno da desordem normativa⁷, também caracterizado por Delmas-Marty, tendo em vista a responsabilidade do Direito pelo estabelecimento de um pouco de ordem, assinalando os limites que não se devem transpor e estabelecendo assim as grandes proibições fundamentais.⁸

Nesse sentido, explicam Dinh, Daillier, e Pellet que, após a Segunda Guerra Mundial, houve uma verdadeira explosão no domínio das normas internacionais, tornando oportuno dividir o direito internacional num certo número de ramos, para não dizer de disciplinas autônomas, como o direito de guerra e o da neutralidade, o direito do mar, o direito aéreo, diplomático, entre outros⁹. Essa expansão, como pode se observar, responde a uma necessidade de coerência e de segurança jurídicas que já era sentida numa comunidade internacional reduzida a seis dezenas de Estados¹⁰.

Em decorrência desse movimento expansionista, os objetivos do direito internacional também se diversificaram e passaram a tratar de assuntos até então fora do âmbito de sua incidência, como a luta contra o racismo, o desarmamento, a proteção dos direitos do homem, do ambiente e dos recursos naturais¹¹.

Assim, tal fenômeno implica na descentralização das fontes normativas do direito internacional¹², uma vez que o Direito não oferece mais uma solução uniforme e hierárquica. Trata-se, dessa maneira, de um fenômeno tríplice: de retirada de marcos, de surgimento de fontes novas (...) e de deslocamento das linhas.”¹³

Apesar disso, cumpre salientar que os obstáculos políticos e técnicos que travaram, até o momento, o aparecimento de um direito internacional coerente e estrutura não desapareceu¹⁴ e os processos de adoção e de entrada em vigor dos compromissos convencionais mais importantes continuam a ser lentos e pesados¹⁵.

É, portanto, nesse cenário que o estudo está inserido, pois se busca analisar como Mireille Delmas-Marty interpreta as mudanças que estão ocorrendo no direito, especificamente no direito internacional, visando estabelecer seus principais pontos de vista,

⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 03.

⁹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 75.

¹⁰ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 75.

¹¹ *Ibidem*, p. 75.

¹² VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set., 2005, p. 136.

¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 04

¹⁴ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 77.

¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

no sentido de evidenciar a insuficiência da atual teoria jurídica e de explicar os novos fenômenos ocorridos no mundo do direito.

3. A Premissa dos Direitos do Homem

O estudo sobre o processo de internacionalização do direito de Mireille Delmas-Marty parte da premissa dos direitos do homem, já que é a partir desses que a autora desenvolve sua pesquisa sobre a mundialização do direito.¹⁶ Assim, é com base nos direitos do homem que tal estudo abordará o processo de mundialização em escala européia ou ocidental, conforme denomina a autora, bem como tendo em conta os sistemas jurídicos mais distantes, como o direito chinês ou aqueles dos países islâmicos.¹⁷

Percebe-se com isso, que desde o início, o objetivo do estudo é estabelecer um método jurídico que permita abranger o maior número de Estados, levando em conta as diversidades sociais, culturais, econômicas; ou seja, buscar um direito comum.

Primeiramente, a autora explica que entendia que a mundialização decorreria dos direitos do homem¹⁸, tendo em vista o processo de universalidade iniciado com a Declaração de 1789 e depois com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948.

Entretanto, segundo a autora, a história européia foi baseada em um direito de vocação universal,¹⁹ em que o direito comum era aplicado como um método de racionalidade e guiava a interpretação de um direito local muito diversificado e complexo.²⁰ Assim, percebe-se que o direito nacional surgiu da aplicação de um direito comum, elaborado a partir do direito Romano e que foi se tornando nacional com a emergência dos Estados até o século XIX.

Com isso, ainda conforme a autora, o sonho da universalidade foi retomado com o direito comparado, fundado sobre os princípios comuns das nações civilizadas.²¹ Porém, ressalta que o termo “nações civilizadas” foi posto em xeque, uma que vez a primeira metade do século XX foi marcada por duas guerras mundiais, revelando a prática de degradação e destruição sistemática da pessoa que o direito destas nações não soube impedir. ²²

Diante disso, a crescente “globalização dos riscos” possibilitou o surgimento de um direito universal, tendo como um dos grandes resultados a Declaração Universal de 1948 e sua reafirmação pela Convenção de Viena de 1993. Assim, a grande novidade, após a

¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 02.

¹⁷ *Ibidem*, p. 02/03.

¹⁸ *Ibidem*, p. 01.

¹⁹ *Ibidem*, p. 01.

²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 01.

²¹ *Ibidem*, p. 02.

²² *Ibidem*, p. 02.

Segunda Guerra Mundial, é que os direitos do homem se tornaram juridicamente oponíveis aos Estados, transformando-se em verdadeiros princípios de direitos, pois nasceram sob a forma de declarações de princípios, portanto submetidos à boa vontade dos Estados.²³

Por outro lado, os direitos do homem, quando comparados com os princípios gerais do direito, são específicos e se sustentam em uma extrema heterogeneidade, pois inspiram valores diversos.²⁴ Dessa forma, a partir desse breve histórico, a autora justifica que foi por isso que seu estudo sobre mundialização do direito foi desenvolvido a partir dos direitos do homem e, conseqüentemente, desde o início, foi necessário não dissociar os direitos humanos dos direitos econômicos²⁵, já que o primeiro serve como bússola e o segundo como o verdadeiro motor da mundialização.

Segundo Delmas-Marty, os direitos do homem e a economia contribuem para denominada “desordem normativa”, uma vez que são aspectos da mundialização, concorrendo para a confusão dos signos tradicionais²⁶. Verifica-se, atualmente, especificamente após as duas guerras mundiais, um formidável desenvolvimento dos direitos humanos.

Além disso, segundo Delmas-Marty, os direitos do homem e a economia não se opõem, embora suas finalidades sejam diferentes: o primeiro luta contra as disparidades e precariedade e o segundo explora as diferenças e impõe a flexibilidade. Entretanto, na realidade os dois modelos se mesclam, gerando uma desordem, seja na produção de normas, seja no seu ordenamento no espaço e no tempo.

4. O tempo e o espaço como dimensões evolutivas do Estado Constitucional

A paisagem está confusa, não é mais a mesma, mudou. É o que se verifica com a profusão de normas que embaralha a nossa imagem da ordem jurídica, ou seja,²⁷

Segundo Delmas-Marty, uma paisagem é uma ordem. É isso que queremos. Pedimos ao direito um pouco de ordem para nos proteger da desordem.²⁸ Mas, o que se observa, é que a paisagem mudou, o direito não emana mais de apenas um órgão estatal, ou, nas palavras de Marcelo Dias Varella, ocorre a descentralização das fontes, decorrente da atribuição

²³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. X.

²⁴ *Ibidem*, p. 180.

²⁵ *Ibidem*, p. 03.

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 72.

²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. IX.

²⁸ *Ibidem*, p. IX.

progressiva de competências e capacidades dos Estados às organizações internacionais e supranacionais²⁹, permitindo a elas, dentre outras, controlar o direito.

Tal descentralização das fontes pode ser compreendida, então, como o deslocamento das fontes do centro para a periferia³⁰, em que se verifica um processo de expansão do direito, na medida em que os assuntos tratados anteriormente pelo direito nacional estão resolvidos pelo direito nacional e são criadas novas fontes de direito³¹.

Fica, dessa forma, demonstrada que a fonte única do direito decorrente da soberania nacional está sendo restringida pelo direito internacional, uma vez que este desenvolve um processo de atribuição de capacidades e se soberania não-racional e nem linear, difuso e não-organizado³², contrário ao processo de formação do direito nacional hierárquico, descrito por Hans Kelsen.

Assim, na idéia da pirâmide das normas jurídicas, como dita por Hans Kelsen, em que cada grau de ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior³³; verifica-se a idéia de regularidade, em que há uma relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica³⁴. Além disso, segundo Kelsen, as normas jurídicas são ordenadas, formando um sistema hierarquizado, em que cada norma extrai sua força obrigatória de uma norma superior; inversamente, a menos que esteja no ponto mais baixo da hierarquia, cada norma serve de fundamento a uma norma suprema, fundamental³⁵.

É tal hierarquia que, hoje³⁶, se encontra fragilizada, marcada pela aparente desordem decorrente da mescla entre os direitos do homem e a economia³⁷, em que ambos concorrem para a confusão dos signos tradicionais que ajudam a compreender a coerência do conjunto dos sistemas do direito³⁸.

Assim, enquanto no modelo kelseniano, a Constituição é a garantia do Estado, a base da ordem jurídica que se quer aprender, ou seja, o que se entende por Constituição coincide

²⁹ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set., 2005, p. 136.

³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 53.

³¹ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set., 2005, p. 137.

³² *Ibidem*, p. 137.

³³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

³⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

³⁵ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 103.

³⁶ Cumpre ressaltar, como forma de contextualização, que o hoje, apresentado nesse trabalho, aborda o movimento de globalização e, conseqüentemente, internacionalização ocorrido, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial.

³⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 71.

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

com a forma de Estado, já que este detém o poder normativo;³⁹ o processo que se verifica hoje não permite mais essa clara distinção, já que a produção normativa está lançada sob o signo de uma proliferação anárquica, cujas formas permanecem diferentes de um campo para outro.⁴⁰

Daí a razão em afirmar que o tempo e o espaço são formas evolutivas do Direito, pois, antes havia a referência a um Estado, titular do poder normativo e garantidor da estabilidade que permitia, com efeito, localizar as normas no espaço e inscrevê-las no tempo.⁴¹ Ao lado disso, em decorrência do fenômeno descrito, observa-se a desestatização do espaço normativo, uma vez que o Estado não é mais o titular do poder normativo e a desestabilização do tempo, aspectos que contribuem para a confusão dos traçados e, conseqüentemente, da paisagem.

Em relação ao tempo, única fonte verdadeira do direito⁴², aquele não permanece mais imóvel como ocorria no direito tradicional, simbolizando os códigos concebidos como monumentos eternos;⁴³ e sim, torna-se flexível. Em razão disso, flexibilidade e período evolutivo, termos utilizados por Delmas-Marty, marcam a ruptura com o tempo imóvel da ordem jurídica tradicional e com a identificação entre espaço jurídico com o Estado⁴⁴.

A flexibilidade está relacionada ao direito econômico, pois este é caracterizado pelo seu caráter supletivo e possibilidade de adaptação, uma vez que é capaz de se modificar a todo o momento em função dos equilíbrios econômicos e sociais.⁴⁵

Já os direitos do homem possuem o caráter abertamente evolutivo, conforme se verifica nos numerosos protocolos adicionais, como também nos preâmbulos que se referem como prolongamento daquele da declaração universal dos direitos concebidos como um ideal comum,⁴⁶ razão pela qual se utiliza o termo período evolutivo.

Reunidos, dessa maneira, flexibilidade e período evolutivo, tem-se o tempo virtual, caracterizado por François Ost como a passagem do costume oral ao escrito, e daquele mais recente do escrito ao tratamento do texto⁴⁷. Dessa maneira, a flexibilidade, associada ao período evolutivo e à fragilidade do princípio hierárquico, portanto, constitui a aparição de um novo processo de encadeamento de normas, levando ao refluxo do Estado em benefício de um

³⁹ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

⁴⁰ Delmas-Marty, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 72.

⁴¹ *Ibidem*, p. 72.

⁴² Delmas-Marty, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 59.

⁴³ Delmas-Marty, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 96.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 96.

⁴⁶ Delmas-Marty, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 96/97.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 97.

mercado sem fronteiras⁴⁸. Nesse novo processo, orgânico, verifica-se que a norma não tem mais a rigidez da regulamentação tradicional, desenvolvendo-se num novo espaço “não euclidiano” concebido como um campo aberto e heterogêneo.⁴⁹

Segundo Delmas-Marty, a razão da desordem normativa ou da abertura das categorias jurídicas decorre do fato de que os especialistas de direito internacional têm que proceder a estudos de direito comparado para extrair as regras pertinentes⁵⁰, ou seja, é da utilização do método comparado que surgiu a necessidade de uma abertura das categorias jurídicas.⁵¹

A forma mais conhecida em que se verifica essa abertura das categorias jurídicas é na divisão bipartida, aquela que opõe os direitos continentais, a família romana-germânica, aos sistemas do *commonlaw* aplicáveis nas ilhas britânicas. Segundo Delmas-Marty, nesse aspecto a oposição se enfraqueceu consideravelmente, a tal ponto que foi possível propor um modelo unificado (...) intitulado *Corpus Juris*.⁵²

Cumpra também ressaltar que uma das conseqüências desse processo de expansão do direito internacional pode ser observado no desenvolvimento dos modos não convencionais⁵³ de fonte do direito internacional, que tendem a reencontrar um lugar importante na formação do direito contemporâneo⁵⁴. Nesse aspecto, explicam os autores que as normas não convencionais podem ter uma longevidade e uma profundidade superior a muitos tratados ‘nados-mortos’, em virtude de terem uma observação mais espontânea por parte dos sujeitos de direito⁵⁵.

5. Em busca do Direito Comum

Conseqüentemente, para compreender essa desordem, surge o estudo desenvolvido pela autora com o objetivo de ordenar o múltiplo, pois a mesma entende que, mesmo *na*

⁴⁸ *Ibidem*, p. 79.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 105.

⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

⁵² Entretanto, cumpre ressaltar que Roger Stiefelmann Leal entende, em relação a Jurisdição Constitucional, que o *alegado movimento de convergência entre os sistemas clássicos de justiça constitucional centram-se em questões de cunho processual, uma vez que não há característica do sistema norte-americano que demonstre semelhança ou proximidade conceitual às supostas inovações detectadas no processo decisório das Cortes Constitucionais*. P. 72/73

⁵³ Dentre os modos não convencionais ou espontâneos, tem-se o costume, os princípios gerais de direito e a equidade. Cf DINH, NguyenQuoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

⁵⁴ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 325.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 326.

presença de divergências, a unificação é juridicamente possível, sem riscos de hegemonia, graças à síntese que a análise comparativa permite realizar.⁵⁶

Diante disso, a autora propõe que, como tal desordem favorece a diversidade, portanto o pluralismo deve-se trabalhar para ordenar a multiplicidade, sem reduzi-la a uma simples unificação. É, deste modo, que se indaga: como será feita tal ordenação, sem perder os traços da multiplicidade?

Nesse sentido, explica a autora que:

*Se, por hipótese, os sistemas nacionais são diferentes, e se a síntese que permitiria definir um direito único ou uniforme é excluída por razões jurídicas ou políticas, a aproximação não pode ser concebida senão em relação a uma referência comum.*⁵⁷

Segundo ela, são regras comuns mínimas, princípios diretores, que, precisamente porque mínimas, não irão além da promoção de um direito único que se chocaria a fortes resistências.⁵⁸ Entretanto, enfatiza a autora que não se trata de inventar critérios deixados à fantasia de cada julgador, com o risco de instaurar um governo de juízes; e sim, extrair os critérios, mais que definidos pelos juízes, a partir de informações existentes.

Assim, a utilidade dos instrumentos de proteção dos direitos do homem é a de indicar, para além dos princípios vagos, uma coerência do conjunto que possa indicar a direção a seguir. Busca-se, dessa forma, ordenar o múltiplo, para conduzir a uma possível unificação daquilo que parecia, a primeira vista, vago, impreciso; sendo o instrumento para possibilitar a ordenação dos direitos⁵⁹.

Assim, os direitos do homem seriam a traço comum a todos os direitos.

Enfim, diante da análise realizada, tem-se que de agora em diante, a paisagem se transformou a ponto do sistema tradicional, hierárquico já não poder funcionar⁶⁰, perante o surgimento de novas fontes, da multiplicidade e da variabilidade delas durante todo o processo de geração do direito⁶¹.

Marcelo Dias Varella afirma, nesse sentido, que o sistema jurídico necessita, num mundo globalizado, de um tratamento internacional para se desenvolver, em que essa nova

⁵⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 112.

⁵⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 118.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 119.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 118.

⁶⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 117.

⁶¹ *Ibidem*, p. 117.

ordem é marcada pela ausência de coerência pois foi conduzida por lógicas diferentes⁶², levando, dessa maneira, à:

“criação de um roteiro de duplo tratamento dos assuntos, de superposição de regras, de acumulação de lógicas contraditórias, de um lado, e de ausência de tratamento, de raciocínios fechados, produzidos, seja pelo Estado, seja pelo nosso direito internacional, de outro lado, o todo se referindo ao conceito de sistema, tratando-se do conjunto jurídico internacional.”⁶³

Entretanto, o autor ressalta que sua visão era do múltiplo, assíncrono, em crise, sem possibilidade de harmonia e hoje vê o problema de forma mais ampla, porque parece que as situações de crise buscam se acomodar nas margens de manobra do geral.

O processo de Internacionalização do Direito Constitucional

Por fim, é possível aferir que alguns aspectos do processo de internacionalização do direito estão relacionados com o Direito Constitucional, como a análise se tal processo pode gerar ou não o aumento do poder dos juízes no âmbito do Direito Internacional.

Assim, a presente análise pretende suscitar algumas questões para investigar o papel desempenhado pelo juiz nacional no processo de internacionalização do Direito Constitucional.

Em uma breve contextualização do tema, cumpre explicitar que a partir da Segunda Guerra Mundial verificou-se o surgimento acerca de um problema de Direito Constitucional, qual seja, a controvérsia acerca da utilização, por parte das Cortes de Justiça e das Cortes Constitucionais de diversos países, de material normativo e jurisprudencial de outro país. Tal processo pode ser considerado reflexo da internacionalização do direito, em decorrência dos avanços tecnológicos, da globalização e da universalização das relações humanas.

Assim, em contraposição à idéia da existência de uma única fonte do Direito, que seria o Estado, vivencia-se hoje uma *relatividade espacial, temporal e conceptual que embaralha todos os pontos de referência habituais, deixando ver um espaço normativo “desestatizado”, um tempo “desestabilizado” e uma ordem “deslegalizada”⁶⁴*. Nesse sentido, observa-se na atualidade uma enorme gama de fontes internacionais do direito, como as “Normas

⁶² VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set., 2005, p. 137.

⁶³ *Ibidem*, p. 137.

⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes. São Paulo, 2004, p.46.

Internacionais” (Convenções, Tratados, Acordos) e as “Decisões Internacionais” (Jurisprudência Nacional Paradigmática e Jurisprudência de Cortes Internacionais).

Dessa forma, verifica-se uma superposição entre as normas nacionais, regionais e globais e, conseqüentemente, a expansão do poder dos juízes internacionais.⁶⁵

Segundo Mireille Delmas-Marty, pode-se inferir, inicialmente, a existência de dois movimentos em sentido opostos: por um lado, ocorre a internacionalização dos juízes nacionais e, por outro, mais recente, verifica-se a multiplicação das jurisdições internacionais, regionais ou mundiais, conhecida como jurisdicionalização do direito internacionais.⁶⁶

Ainda segundo a autora, observa-se a subida, ao plano internacional, do poder dos juízes, ao ponto do Poder Judiciário se tornar o mais universalizante dos três poderes descritos por Montesquieu.⁶⁷ Nesse aspecto, verifica-se que tal movimento se iniciou pela intensificação das trocas entre juízes, facilitadas pelas novas tecnologias de informação. Diante disso, é possível responder, de início, que o papel desempenhado pelos juízes nacionais tem contribuído para internacionalizar o Direito.

Nesse sentido, é também a posição de Antonio Cassese que entende que a solução para conciliar a soberania estatal com a justiça internacional é *reforçar a competência dos juízes nacionais*, no âmbito penal.⁶⁸

Nesse aspecto, conforme DINH, DAILLIER e PELLET a grande *dificuldade da matéria reside na necessidade de combinar o princípio da autonomia da vontade dos sujeitos de direito internacional com o do efeito relativo dos tratados*⁶⁹, uma vez que estes não podem ser considerados isoladamente e sim com base nas realidades sociais⁷⁰.

Assim, como possível resposta inicial para o problema de estudo, pode-se dizer que o processo de internacionalização do Direito tem gerado um aumento do poder dos juízes nacionais e internacionais, pois, diante desses inúmeros conflitos gerados pelo (in)compatibilidade entre as normas internas e as internacionais, compete aos juízes o poder de decisão.

Entretanto, ainda restam várias indagações a respeito do tema, relacionados com o problema inicial, tais como: o que gera tal aumento de poder? Esse aumento é benéfico para as jurisdições nacionais? Quais seriam as conseqüências desse processo?

⁶⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Éditions du Seuil, 2007, p. 42.

⁶⁶ Ibidem, p. 42.

⁶⁷ Apud DELMAS-MARTY, Mireille. **La refondation des pouvoirs**. Paris: Éditions du Seuil, 2007, p. 41.

⁶⁸ CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004, p. 10.

⁶⁹ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 273.

⁷⁰ Ibidem, p. 273.

7. Conclusão

O processo de construção do direito por meio da mundialização do Estado Constitucional Cooperativo implica no desenvolvimento de uma nova estrutura jurídica condizente com essa nova realidade.

Assim, nesse aspecto cumpre indagar, segundo Delmas-Marty, *se é possível imaginar, por um só instante, um direito mundial democrático*⁷¹, já que o fato de ter se tornado *supraestatal, não significa que o direito tenha se tornado democrático*⁷².

Conforme entende Delmas-Marty, a elaboração e a aplicação de um direito com vocação mundial foge, ainda hoje, de uma democratização, limitada, essencialmente ao direito interno⁷³. Além disso, acrescenta a autora que a crescente especialização do direito afasta o jurisdicionado, o que pode acabar comprometendo a idéia de direito comum e acesso a todos.

Diante, portanto na mudança que vem sofrendo o processo de formação do direito, como a multiplicação das fontes do direito e sua diversidade, bem como o aparecimento de fontes não-estatais, extralegislativas e variáveis no tempo⁷⁴, torna-se necessário *uma renovação completa dos métodos legislativos*⁷⁵.

É, pois, diante dessa nova imposição, verifica-se que é possível verificar indícios de democratização do processo de internacionalização do direito, na medida em que o *debate no Parlamento poderia retomar um significado político e jurídico, expressando verdadeiras escolhas de sociedade mediante a adoção de princípios diretores*⁷⁶.

E, nesse ponto, retorna-se a tese de Delmas-Marty, segundo a qual o direito comum será obtido por meio de princípios diretivos proporcionados pelos direitos humanos. Finalmente, conquistar-se-á a democracia com a conjugação do pluralismo ordenado à própria idéia de humanidade.⁷⁷

8. Referências Bibliográficas

CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.

⁷¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 149.

⁷² DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 149.

⁷³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 150.

⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 215.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 215.

⁷⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 217.

⁷⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 169.

DELMAS-MARTY, Mireille. Études juridiques comparatives et internationalisation du droit. Collège de France: Fayard, 2003.

_____. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

_____. *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Vers um droit commun de l'humanité*. Paris: Textuel, 2005.

_____. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006.

_____. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vitor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 14, n. 57, p. 62-81, out./dez., 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set., 2005.



PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES REGRESSIVAS ACIDENTÁRIAS

Prof. Esp. Nilson Rodrigues Barbosa Filho¹

RESUMO

O presente trabalho trata da prescrição das ações regressivas acidentárias propostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio da Procuradoria Geral Federal/AGU. Embora tais ações de regresso contem com expresse fundamento legal no art. 120 da Lei 8.213/91, inexistente uma previsão normativa quanto ao seu prazo prescricional, vez que a prescrição regulamentada pelo diploma mencionado apenas diz respeito às relações recente INSS e beneficiários, não contemplando, portanto, a relação entre a Previdência Social e terceiros que não ostentem a qualidade de segurados ou beneficiários do Regime Geral de Previdência Social. A indefinição normativa ecoa na doutrina e jurisprudência, que divergem quanto à correta aplicação do instituto da prescrição nas ações regressivas acidentárias. A partir de uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, ao longo do trabalho serão apresentadas as correntes de pensamento atualmente existentes, que vão desde a imprescritibilidade pura e simples das ações regressivas do INSS à dicotomia entre a aplicação do Código Civil ou do Decreto 20.910/32, com exame da viabilidade de aplicar-se a tese da imprescritibilidade do fundo de direito.

Palavras-chave: Ações Regressivas Acidentárias. INSS. Prescrição. Prazo.

INTRODUÇÃO

O ajuizamento de ações regressivas acidentárias tem sido uma medida eficaz utilizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na busca do ressarcimento dos gastos com benefícios previdenciários decorrentes de acidentes do trabalho causados por culpa, total ou parcial, dos empregadores e contratantes.

Mais recentemente a Procuradoria Geral Federal, órgão da AGU com atribuição de representar juridicamente a Autarquia previdenciária, inovou ao ajuizar ações regressivas em casos de acidentes de trânsito com culpa grave, bem como de violência doméstica,

¹Professor de Direito Previdenciário das Faculdades Integradas do Planalto Central, pós-graduado (especialização) em Direito Público pela mesma instituição. Procurador Federal, exerce atualmente a Chefia do Serviço Regional de Assuntos Estratégicos da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS no Distrito Federal.

ampliando, assim, o leque de possibilidades de ações de regresso para além do descumprimento das regras de segurança e higiene do trabalho, tal como previsto no art. 120 da Lei 8.213/91.

Dentre alguns pontos doutrinariamente controvertidos em relação ao tema, destaca-se a fixação do prazo prescricional às ações regressivas propostas pelo INSS. O presente estudo tem por escopo o exame da prescrição nas ações regressivas acidentárias, fundadas no art. 120 da Lei 8.213/91, a respeito do que a doutrina e jurisprudência, embora longe de serem uníssonas, apresentam sedimentadas correntes, plenamente defensáveis.

A seguir trataremos dos entendimentos possíveis, apresentando, ao final, a nossa posição.

TESE DA TOTAL IMPRESCRITIBILIDADE

Há quem ventile a imprescritibilidade da pretensão regressiva, sob o argumento, em síntese, da aplicação do art. 37, § 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Segundo o dispositivo citado, cabe à lei disciplinar o prazo prescricional para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, com ressalva às ações de ressarcimento.

A doutrina mais abalizada, porém, analisa o dispositivo como a tratar de prescrição punitiva (administrativa ou criminal) contra agente público, servidor ou não, e, por decorrência, da imprescritibilidade em relação ao ressarcimento dos atos lesivos deste. Preexistiria, portanto, uma relação jurídica entre o Estado e o agente público, tal como ocorre, em geral, nos casos de improbidade administrativa.

Tratando-se de ação regressiva proposta pela Administração contra particular, temerário adotar interpretação extensiva ao termo “agente” para incluir quem não exerça

atividade pública na ocasião da prática do ato, sobretudo, pela localização topográfica do art. 37, no capítulo “Da Administração Pública” na Constituição Federal.

Neste sentido convém trazer à baila as lições de SANTOS FILHO ao abordar a questão²:

Primeiramente, a imprescritibilidade abrange apenas a ação que vise ao ressarcimento de prejuízos causados por atos de **agentes do Poder Público**, ou seja, daqueles que, mediante título jurídico formal conferido pelo Estado, sendo servidores ou não, estejam no exercício de função pública. Destarte, se o causador do dano é terceiro, sem vínculo com o Estado, não se aplica o art. 37, § 5º da CF.

Aderindo a este posicionamento, temos como descabida a aplicação do disposto no art. 37, § 5º da Carta Maior às ações regressivas propostas pelo INSS, rejeitando, assim, imprescritibilidade absoluta das referidas pretensões.

DA IMPRESCRITIBILIDADE DO FUNDO DE DIREITO

Ainda que afastada a ideia de imprescritibilidade pura e simples da pretensão regressiva, persiste a viabilidade da aplicação da imprescritibilidade do fundo de direito.

Não obstante derivado de fato único – o acidente do trabalho – os danos suportados pela Previdência Social prorrogam-se continuamente no tempo, com renovação mensal do prejuízo a cada pagamento de prestação do benefício gerado por decorrência do ilícito.

Em tais hipóteses de relação de trato sucessivo, considera-se imprescritível o fundo de direito do administrado em face da Administração, incidindo tão somente a prescrição sobre as parcelas dentro de determinado lapso temporal, conforme dispuser a legislação correspondente.

Este é o entendimento registrado na súmula 85 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Súmula 85: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado

² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 109.

o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Vários são os julgados neste sentido:

ADMINISTRATIVO. VENCIMENTO BÁSICO DE REFERÊNCIA (VBR). DIREITO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que cuidando-se de obrigação de trato sucessivo e não havendo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito pleiteado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação. Incidência da Súmula 85/STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.211.587/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/5/2011; AgRg no REsp 1.313.229/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/5/2012; AgRg no REsp 1.305.962/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 30/05/2012; AgRg no REsp 1.302.524/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/4/2012.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 363224/PE, DJe 26.09.2013, Rel. Min. Herman Benjamin)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PAGAMENTO DA REPERCUSSÃO FINANCEIRA DECORRENTE DA INCORPORAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO AFASTADA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

1. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, não foram colacionados julgados paradigmas, o que

inviabiliza a comprovação da similitude fática e da própria divergência.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, inexistindo manifestação expressa da Administração Pública negando o direito reclamado, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito, mas tão-somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação, ficando caracterizada relação detrato sucessivo (Súmula 85 do STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 369566/PE, DJe 29.10.2013, Rel. Min. Sérgio Kukina).

Resta saber se o raciocínio é aplicável para os casos inversos, nos quais a Administração deduz pretensão contra o ato ilícito praticado por particular, uma vez inexistir norma específica sobre o tema.

A respeito do assunto, o STJ já decidiu pela aplicação principiológica da isonomia entre particular e Fazenda Pública no que toca ao prazo de prescrição, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO.
RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO A IMÓVEL PÚBLICO.
ACIDENTE OCACIONADO POR VEÍCULO PARTICULAR.
PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32.

1. O art. 1º do Decreto nº 20.910/32 dispõe acerca da prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou.

2. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado. Precedentes do STJ: REsp 946.232/RS, DJ 18.09.2007; REsp 444.646/RJ, DJ 02.08.2006; REsp 429.868/SC, DJ 03.04.2006 e REsp 751.832/SC, DJ 20.03.2006.

3. In casu, a pretensão deduzida na inicial resultou atingida pelo decurso do prazo prescricional, uma vez que, inobstante o Dano tenha ocorrido em 21.09.1987, a ação somente foi ajuizada em 09.02.1994, consoante se infere do excerto do voto condutor do acórdão recorrido.

4. Deveras, a lei especial convive com a lei geral, por isso que os prazos do Decreto 20.910/32 coexistem com aqueles fixados na lei civil.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, Ag no REsp 1015571/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 04.12.2008).

A estrita aplicação do referido princípio, por conseguinte, não comporta distinção de tratamento em relação à Administração pública e o particular quando em análise obrigações de trato sucessivo, cujas prestações renovam-se a cada dia, mês ou ano.

Logo, se a prescrição do particular contra a fazenda pública atinge apenas as parcelas e não o próprio direito vindicado (quando em apreço obrigações de trato sucessivo), em homenagem ao princípio da isonomia é preciso estabelecer um paralelo para que as pretensões da Administração contra o particular apenas se sujeitem à prescrição de parcelas, mantendo-se incólume o fundo de direito que, no caso, é o de reclamar o ressarcimento via ação regressiva aos causadores dos danos, conforme o caso.

Embora a imprescritibilidade do fundo de direito não seja consenso entre os Tribunais, registram-se decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região acolhendo a tese, senão vejamos:

DIREITO CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELO INSS. RESSARCIMENTO DE DANO. ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 120 DA LEI 8.213/91 (...)

1. Consoante prescreve o art. 120 da Lei n. 8.213/91, “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência proporá ação regressiva contra os responsáveis”. (...)

4. Não há que se falar em prescrição de fundo de direito, pois as consequências do acidente perduram ao longo do tempo. (...)

(TRF 4, APELREEX 5003414-11.2011.404.7702, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E 12.4.2012)

PRAZO PRESCRICIONAL DAS PARCELAS – APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32 OU DO ART. 206 DO CÓDIGO CIVIL?

Firmado o entendimento pela imprescritibilidade do fundo de direito em relação às ações regressivas do INSS, resta saber qual o prazo de prescrição aplicável em relação às parcelas. Parecem surgir duas alternativas, aplicar o que dispõe o Decreto 20.910/32 ou o Código Civil.

A falta de repertório jurisprudencial por parte dos Tribunais Superiores acirra a discussão. Abaixo seguem as razões que justificam cada corrente, com a indicação dos Tribunais Regionais Federais que as encampam.

Aplicação do Código Civil.

Forte a corrente a defender a aplicação do art. 206, § 3º, V do Código Civil, *in verbis*:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V - a pretensão de reparação civil

Para VIANNA³ sendo a ação regressiva contra os causadores de acidente do trabalho como uma ação de reparação civil, forçoso concluir pela existência de norma específica no Código Civil. Aos defensores de tal posicionamento, o mesmo raciocínio serviria às demais hipóteses de ação regressiva do INSS.

Segundo esta linha de entendimento, não merece prosperar eventual argumentação no sentido de inaplicabilidade do Código Civil brasileiro à Fazenda Pública, pois, não compete ao interprete restringir a incidência de uma norma sem previsão legal para tanto.

Pela aplicação da prescrição do Código Civil se manifestam os Tribunais Regionais da 2ª e 3ª Regiões.

AGRAVO INTERNO. INSS. AÇÃO REGRESSIVA. PAGAMENTO BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PRESCRIÇÃO.

I - Vêm entendendo nossos Tribunais que a ação regressiva proposta pelo INSS para ressarcimento de danos decorrentes de pagamento de benefícios acidentários tem natureza cível, devendo ser aplicado o prazo prescricional do Código Civil e afastando, desta maneira, a parte final do § 5º do art. 37 da CRFB/88.

³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 5, ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 636.

II - Considerando, assim, que o acidente que teria ensejado o dano indenizável ocorreu em 16/01/1991 (fl. 05) e o benefício decorrente foi impldo em 31/10/2002 (fl. 19), forçoso reconhecer que, quando da vigência do novo Código Civil, em 11/01/2003, ainda não havia transcorrido mais de 10 anos, ou seja, mais da metade do prazo prescricional previsto no Código Civil anterior, o qual estabelecia, em seu art. 177, o prazo prescricional de vinte anos. III - Outrossim, considerando também que o Código Civil/2002 reduziu o prazo prescricional das ações de reparação civil para três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, este é o prazo a ser aplicado na presente hipótese. IV - Agravo Interno improvido.

(TRF 2, REEX 200950010049045, Publicação em 30.06.2011, Rel. Des. Fed. Reis Friede)

CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INSS. AÇÃO REGRESSIVA. BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. ART. 120, DA LEI Nº 8.213/91. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

I - Trata-se de ação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra empresa para obter o ressarcimento dos valores pagos a título de pensão por morte, sob o fundamento de que a pessoa jurídica ré teria desobedecido as normas de segurança e medicina do trabalho, o que deu ensejo à concessão provocada e antecipada do benefício previdenciário de índole acidentária ao segurado da Previdência Social.

II - A imprescritibilidade prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pela INSS, cuja natureza é nitidamente civil.

III - No que diz respeito à aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32, tenho que não procede, devendo ser prestigiada a posição adotada na sentença, no sentido da incidência do prazo trienal, previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, tendo em vista que a ação regressiva para o ressarcimento de dano proposta pela Autarquia Previdenciária, com fundamento no art. 120 da Lei nº 8.213/91, tem natureza civil, e não administrativa ou previdenciária, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 931438, relator Ministro Paulo Gallotti, DJe 04/05/2009).

IV - Tendo sido o benefício acidentário concedido em 14.11.2004 e o presente feito ajuizado somente em 28.04.2009, de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão autoral. Precedentes.

V - Inaplicável a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a sua aplicação está voltada para as relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública é devedora, e não em que ela busca ressarcir-se de supostos prejuízos causados por particulares. Caso se entendesse aplicável a regra da Súmula em comento também para os casos em que a Fazenda Pública figura como requerente, violar-se-ia princípio da segurança jurídica.

VI - Apelação improvida.

(TRF 3, APELREEX 0001510-63.2009.4.03.6127, Julgamento em 01.07.2013, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho).

APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32

Parte da doutrina pende para o entendimento da utilização do Decreto 20.910/32, o qual estipula que as dívidas passivas da Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos. A partir da premissa de incidência isonômica da norma, seria também de 5 anos a prescrição das parcelas das dívidas do particular para com a Fazenda Pública.

É preciso observar que aos que aderem a este entendimento assim o fazem por entender inexistir norma específica a regular a prescrição da pretensão regressiva do INSS e, por ser norma geral, aplicar-se-ia ao caso o Decreto 20.910/32.

Neste sentido se posiciona a Procuradoria Geral Federal, a quem compete, como dito, com exclusividade, propor tais ações de regresso⁴.

Na mesma linha a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Regiões.

ACÇÃO REGRESSIVA. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO. EXAME DE MÉRITO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Hipótese de Apelação interposta pela INSS, em face de sentença que declarou prescrita a pretensão regressiva deduzida pela autarquia.
2. Não há lei que especifique o prazo prescricional para as ações regressivas, em virtude de acidente de trabalho. Assim, há que ser adotado o lapso estabelecido no art. 1º, do Decreto 20.910/32, ou seja, cinco anos.
3. Em se tratando de ação regressiva a hipótese é de responsabilidade subjetiva do empregador. O dever de indenizar a autarquia previdenciária é estabelecido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta culposa do empregador e o dano efetivo.
4. Apelação do INSS provida, para que a sentença seja anulada e os autos voltem ao juízo a quo, para exame do mérito da ação.

(TRF 5, AC 46021320114058200, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, DJ 03.10.2103)

ACÇÃO DE REGRESSO. INSS. PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSOS PÚBLICOS.

Os fundos da previdência social, desfalcados por acidente havido hipoteticamente por culpa do empregador, são compostos por recursos de diversas fontes, tendo todas elas natureza tributária. Se sua natureza é de recursos públicos, as normas regentes da matéria devem ser as de direito público, porque o INSS busca recompor-se de perdas decorrentes de fato alheio decorrente de culpa de outrem. Quando o INSS pretende ressarcir-se dos valores pagos a título de pensão por

⁴ Entendimento firmado desde maio de 2009, através do Memorando-Circular N°. 017/2009/AGU/PGF/CGCOB, no sentido da imprescritibilidade do fundo de direito e da prescrição quinquenal das parcelas com base do Decreto 20.910/32.

morte, a prescrição aplicada não é a prevista no Código Civil, trienal, mas, sim, a quinquenal, prevista no Decreto nº20.910, de 6 de janeiro de 1932.

(TRF 4, EINF 5000510-12.2011.404.7107, DJe 19.06.2012, Rel. Des. Fed. Loraci Flores de Lima)

Recente decisão do STJ, proferida nos autos do Agravo em Recurso Especial N.º. 387.412-PE, em específica análise sobre a prescrição das ações regressivas acidentárias, acolheu a tese da prescrição quinquenal das parcelas, com base no art. 1º. do Decreto 20.910/32.

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI 8.213/91. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(STJ – Ag. em REsp. 387.412/PE, j. 10.09.2013, Rel. Min. Humberto Martins)

A referida decisão abre importante precedente em sede de Tribunais Superiores e provavelmente passará a nortear o entendimento dos Tribunais Regionais Federais. Transcrevemos, por oportuno, passagem do voto do Ministro Relator Humberto Martins na qual rechaça a aplicação do Código Civil ao caso:

Ressalta-se que não se desconhece a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que nos casos de ação regressiva acidentária o prazo prescricional é o disposto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Todavia, tal entendimento não merece prosperar, pois no presente caso o INSS não atua como particular, submetendo-se ao Direito Civil. Na verdade, busca-se o ressarcimento ao erário, evitando, assim, que as consequências do ato ilícito que gerou o acidente de trabalho sejam suportadas por toda a sociedade. Ademais, nas hipóteses de ausência de norma específica sobre o assunto, o STJ vem aplicando o Princípio da Isonomia nas ações propostas pela Fazenda Pública em face do administrado.

DA FIXAÇÃO DO MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO

Acatando-se a tese da imprescritibilidade do fundo de direito, o marco inicial do prazo prescricional equivalerá ao triênio ou quinquênio que precede o ajuizamento da ação regressiva, conforme se entenda pela aplicação do Código Civil ou do Decreto 20.910/32. Assim, prescritas estariam as parcelas anteriores a este prazo, mantido incólume, porém, o direito do INSS em buscar o ressarcimento.

Ocorre que, conforme referimos anteriormente, a imprescritibilidade do fundo de direito é tema controvertido, não acolhido por toda doutrina e jurisprudência. Admitindo-se a prescrição da própria pretensão, ou seja, do fundo de direito, duas parecem ser as linhas de entendimento: marco inicial da prescrição na data do acidente ou na data do primeiro pagamento do benefício.

Adverte MACIEL⁵, após ressalva do entendimento pessoal pela adoção da tese da imprescritibilidade do fundo de direito, que não se pode considerar a data do acidente como termo *a quo* da prescrição, uma vez que ao INSS o prejuízo só ocorre com o pagamento do benefício ou com a disponibilização do serviço social (entrega de órteses/próteses, por exemplo).

CONCLUSÃO

A regra da imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, § 5º da Constituição Federal não se aplica às ações regressivas acidentárias, uma vez não estarmos diante de uma relação jurídica em que o causador do dano possui vinculação com o Estado a caracterizá-lo como agente público.

Não obstante inexistir consenso quanto ao tema, entendemos pela imprescritibilidade do fundo de direito da ação regressiva acidentária, pois, embora seja o acidente do trabalho um fato único, como consequência gera um prejuízo financeiro ao INSS que se renova periodicamente, a cada pagamento mensal da prestação previdenciária.

A adoção da tese da imprescritibilidade do fundo de direito significa dizer que o direito ao ajuizamento é imprescritível, contudo, as parcelas exequíveis se submetem a um determinado prazo prescricional.

Quanto ao prazo de prescrição das parcelas, nos perfilhamos à linha defendida pelo STJ no Agravo em Recurso Especial N.º 387.412-PE, segundo a qual não se pode defender a incidência do prazo trienal do Código Civil, uma vez que a administração não figura como particular.

⁵ MACIEL, Fernando. *Ações regressivas acidentárias*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 120.

Ademais, reconhecendo inexistir norma específica sobre o assunto, agir com isonomia é aplicar a regra geral do Decreto 20.910/32 nas causas entre particular e administração, independente do pólo em que figurem na relação processual, razões pelas quais entendemos que apenas prescrevem as parcelas anteriores ao quinquênio que precedem ao ajuizamento da ação.

Aos que defendem que a prescrição não atinge apenas as parcelas vencidas, mas também o próprio fundo de direito – corrente à qual não nos filiamos – o entendimento quanto ao marco inicial da prescrição divide-se entre os que o consideram como a data do acidente do trabalho e os que tomam a data do primeiro pagamento de benefício como termo inicial da prescrição.

Indevido fixar a data do acidente como termo *a quo* da prescrição, vez que ao INSS o efetivo dano só ocorre com o dispêndio financeiro decorrente do pagamento de benefício previdenciário, antes disso descabido falar em prejuízo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MACIEL, Fernando. **Ações regressivas acidentárias**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2012.



**PRODUÇÃO DO CORPO DISCENTE DO CURSO
DE DIREITO DAS FACULDADES INTEGRADAS DO
PLANALTO CENTRAL - FACIPLAC**

LEI Nº11.340/2006: REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NOS CASOS DE LESÃO CORPORAL LEVE

*Poliane Rocha Fialho*¹

RESUMO

A pesquisa apresentada tem a função de analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da representação da vítima nos casos de lesão corporal leve decorrente da Lei 11.340/2006. Pretende-se demonstrar importância da ação se tornar pública incondicionada. Como principal fundamento tem-se o fato de que à medida que a responsabilidade recai nas mãos da mulher, que se encontra fragilizada decorrente da violência sofrida, percebe-se que cresce cada vez mais a impunidade do agressor, que se utiliza muitas vezes de meios ardis para convencer a vítima a não ingressar com a ação. Não pode o Estado permanecer inerte diante de tal situação.

Palavras-Chave: Lei 11.340/2006; Lesão Corporal Leve; Representação da Vítima; Entendimento Doutrinário; Entendimento Jurisprudencial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a Lei 11.340/2006: Representação da Vítima nos Casos de Lesão Corporal Leve, tendo como objetivos estudar a referida lei e ratificar o entendimento de que, nestes casos, a ação penal deva ser pública incondicionada, assim como verificar a jurisprudência acerca do assunto, dando ênfase ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente será feito um estudo acerca da evolução dos direitos da mulher, abordando a discriminação havida contra a mulher em tempos primórdios, e sua conquista aos longos dos anos até o reconhecimento de seus direitos como direitos humanos e a proteção dos mesmos face à Constituição Federal Brasileira de 1988.

Será feita uma análise acerca da Lei 11.340/2006, seu aspecto histórico, formas de violência apontadas na referida lei e as medidas trazidas com relação à proteção da vítima e

¹ Bacharelada em Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central.

ao seu agressor. Importante se faz, também, demonstrar a atuação do Ministério Público nos casos de violência, e a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Ademais, será relatada a importância da ação imediata do Estado, e a forma de atuação que o mesmo deverá ter para evitar os casos de violência, trazendo a ação penal pública incondicionada como um meio cabível para se alcançar tal pretensão. Para ratificar esta ideia, será trazido o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A escolha do tema referido teve embasamento nas questões polêmicas que o mesmo vem sendo alvo, onde a doutrina e a jurisprudência trazem posicionamentos diversos acerca da ação penal cabível nos casos de lesão corporal leve da Lei 11.340/2006. Divergências estas que precisam ser sanadas para evitar a exposição física e psicológica da vítima, que se torna alvo direto desta situação. Com base nessas observações e embasado na literatura, doutrina e jurisprudência, este trabalho pretende oferecer uma contribuição para uma solução jurídica emergencial sobre a necessidade de intervenção do Estado nos casos de violência contra a mulher, afastando a obrigatoriedade de sua representação para punição do agressor, a fim de alcançar, desta forma, uma sociedade engajada em fazer a devida justiça tão sonhada por todos.

1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

A mulher sempre foi vítima de discriminação, desde os tempos primórdios, em que não podia trabalhar para cuidar da casa e dos filhos, não exercia direito de voto, não podia exprimir desejos e sentimentos, pois era tida como objeto dominado por seu dono, que tinha plenos direitos sobre ela.

Contudo, esse entendimento foi motivo de grandes discussões que acarretaram em mudanças na trajetória da mulher.

1.1 Discriminação contra a mulher

Na história da humanidade, a submissão da mulher frente ao homem esteve presente em praticamente todos os momentos. Por muitos séculos, ela era apenas útil para serviços domésticos e cuidados aos filhos tidos da relação.

Vítima de discriminação, a mulher não era uma figura importante na vida dos familiares, pois era o homem o responsável pelo sustento da casa. Ele utilizava, também, da sua condição financeira a fim de não admitir qualquer tipo de manifestação de sua esposa e ela nada tinha a fazer já que não era financeiramente independente dele.

De acordo com Wilson Lavorenti (2009, p. 52), “até a promulgação da Lei n. 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada -, a mulher não podia, entre outras limitações, desenvolver atividade remunerada fora de casa sem o consentimento do marido. O Código Civil da época, 1916, – que somente foi alterado pela Lei n. 10.406/02 – mantinha a mulher literalmente tutelada pelo cônjuge com relativa capacidade civil figurando ao lado dos pródigos e silvícolas”.

Além de não ter voz nem vez, a mulher, além de tudo, sempre foi vítima de violência por parte de seu esposo. Ele, ao exercer seu poderio como chefe da casa, submetia sua esposa a maus tratos, e muitas vezes utilizavam arma branca e arma de fogo para amedrontá-la, a fim de mostrá-la que naquele lugar ele mandava e ela apenas obedecia, e sua opinião não deveria ser considerada, bastava que ela seguisse as ordens emanadas.

A mulher nascia e crescia sendo cuidada por sua mãe e seguindo fielmente as ordens do chefe da casa. Ao casar-se, ela apenas trocava a figura do pai pelo esposo que também sabia impor suas regras. Sendo que, a cultura antiga era o pai escolher o esposo para sua filha, ou seja, esta não podia exercer seu poder de escolher aquele com quem passaria o resto da sua vida.

Para Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Corrêa (2011, p. 130):

A realidade evidenciada na mesa é que o acesso à independência por parte das mulheres é impedido pela concentração do poder e da autoridade nos homens, bem como em decorrência da majoração das responsabilidades femininas de perspectiva interminável (educação, orientação e acompanhamento escolar dos filhos, responsabilidades domésticas, etc.).

O homem sempre se mostrou forte, tanto do ponto de vista físico como psicológico. A mulher apenas reagia em algumas situações para se defender contra a violência sofrida. E nada mais do que isso.

Pode-se verificar que as atitudes adotadas pela sociedade em celebrar o poder do sexo masculino em detrimento do feminino abriram espaço para a figura da discriminação, que está diretamente ligada com os valores vividos por cada sociedade e em cada época e espaço.

Para Wilson Lavorenti (2009, p. 27) “a figura estilística, que agracia o vocábulo homem com a possibilidade de referir-se à humanidade ou especificamente ao gênero masculino é um indicativo forte e seguro de que as mulheres ficaram à sombra da história.”

Antigamente, era normal fazer justiça com as próprias mãos. Como exemplo pode-se citar a Lei de Talião, onde a violência era algo tido como normal. Vencia quem detinha mais poder, e só o tinha quem possuía recursos financeiros necessários para criar mecanismos para garanti-lo.

Torna-se cada vez mais perceptível que aquilo cultuado pela sociedade vincula a todos, como se fosse lei. Muito mais forte até mesmo que a própria legislação, já que esta é criada como espelho da própria sociedade, afinal de contas o poder emana do povo e para o povo, como conceitua a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Assim, a sociedade foi quem cultuou a violência praticada contra a mulher, por fazer desta conduta algo natural e sem punição. Os valores morais criados e aceitos por um grupo de pessoas revelam uma imagem discriminatória e que diminui a importância do papel desempenhado pela mulher. Dessa maneira, cria-se uma espécie de círculo virtuoso, onde as más escolhas feitas pela sociedade criam discriminação contra a mulher, e que, por sua vez, abre espaço para a prática da violência.

1.2 Direitos da mulher como Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada em 10 de dezembro de 1948.

Para Antonio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 406-415):

O direito internacional dos direitos humanos, cuja fonte material é a consciência jurídica universal, possui por princípios a universalidade, a integralidade e a indivisibilidade dos direitos que visa proteger, bem como o da complementaridade dos sistemas e mecanismos de proteção. Como grande inovação é apresentada a inserção da pessoa como sujeito de direito internacional, inclusive com capacidade jurídico-processual para fazer valer seus direitos.

A noção de direitos humanos teve como base as crenças e histórias cultuadas por todo o mundo, sendo uma diversidade de direitos diferentes sob o ponto de vista cultural, já que cada sociedade criou seus próprios direitos norteadores, mas ao mesmo tempo idênticos, porque existem vários direitos que são buscados por qualquer sociedade, entre eles o direito à vida, à liberdade, à dignidade, etc.

Segundo o entendimento de Antonio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 44 e 82-83), o Direito Internacional dos direitos humanos é um:

(...) *corpus júris* de salvaguarda do ser humano, conformado no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que tem por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus júris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especialidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Por se tornarem tão almejados, esses direitos tinham que ser defendidos de maneira global, para que todos os Estados tivessem o dever de protegê-los, e assim assegurar a segurança jurídica de todos eles, pois em caso de guerra ou qualquer tipo de desentendimento externo, os países se sentiriam obrigados a não violá-los, independente de sua nacionalidade.

Além disso, cria-se uma obrigação negativa ao Estado para não permitir que seja elaborada lei que não condiz com o estabelecido pelos parâmetros éticos assumidos em alguma Convenção sobre direitos humanos.

Percebeu-se que, não apenas os direitos deveriam ser internacionalizados, mas o combate em caso de violação. Não seria suficiente vincular os Estados por meio de direitos similares. Fez-se necessário, também, como medida de proteção, criar um sistema de proteção normativo global. Pode-se citar como exemplo a Comissão Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969.

A referida Convenção teve como principal objetivo estabelecer a igualdade de todos e proibir qualquer forma de discriminação, sempre em busca da liberdade pessoal e da justiça social. Em seu preâmbulo é notório a busca pela proteção dos direitos humanos:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,
Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;
Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria.

O princípio da não-discriminação está sedimentado na história do direito internacional dos direitos humanos. Com base nesse princípio, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou, em 18 de dezembro de 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que teve como base a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher adotada em 1967.

A Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher teve como principal objetivo a adoção de medidas necessárias para suprimir a discriminação em todas suas formas e manifestações, sendo que esta discriminação é uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

A supressão da discriminação contra a mulher já aparece como uma forma de evolução da sua própria história, onde já se começa a reconhecer seus direitos não mais de forma interna, mas a nível internacional.

Com relação à Convenção de Discriminação contra a Mulher, em seu art. 1, define o que vem a ser discriminação:

(...) toda discriminação, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil em qualquer campo.

De acordo com Wilson Lavorenti (2009, p. 51) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher “é o instrumento de proteção com maior número de reservas feito pelo maior número de Estados, o que não deixa de ser um contrassenso quando se prende a seu desiderato maior, que é suprimir a discriminação.”

A discriminação titulada no mencionado artigo revela a ideia de existir discriminação contra a mulher quando esta estiver baseada no sexo e gere para a mulher prejuízo ou anulação no reconhecimento, gozo ou exercício dos seus direitos humanos.

É reconhecida nesta Convenção a diferença de sexo. Contudo, não é admitido que essa diferença gere qualquer tipo de prejuízo no exercício dos direitos da mulher.

Em conseqüência disso, a prática de violência contra a mulher viola os direitos humanos e deve o governo adotar penalidades, ou reforçar as já existentes, tanto no âmbito criminal, como no cível com a finalidade de punir e reparar os danos sofridos pela vítima.

Sendo assim, almejar suprimir a discriminação é reforçar que os direitos das mulheres fazem parte dos direitos humanos, e como tais respeitam, dentre outros, os princípios da universalidade, indivisibilidade e inalienabilidade.

1.3 A Proteção dos Direitos da Mulher e a Constituição Federal de 1988

A internacionalização dos direitos é medida de suma importância, já que cria uma obrigação global em protegê-los. Contudo, nenhuma proteção se torna eficaz se o próprio Estado não cria normas que disciplinem e protejam tais direitos. É necessária uma concretização no Direito interno dos países que são signatários dessas Convenções de combate à discriminação contra a mulher.

Os direitos das mulheres oscilavam bastante de acordo com cada Constituição. Segundo Wilson Lavorenti (2009, p. 108):

A partir da Constituição de 1934, todos os textos constitucionais fizeram referência à mulher. Todas as Constituições proibiram, com exceção da de 1937, diferenças de salário por motivo de sexo. Todas as Constituições proscreverem o trabalho da mulher em locais insalubres, reportando-se à assistência à gestante e ao descanso antes e depois do parto (...).

No entanto, mesmo diante de tantas mudanças, que foram surgindo em cada ato normativo originário do poder constituinte, as diferenças entre homens e mulheres continuavam sendo cultivadas pela sociedade, que permanecia vinculada a uma série de normas discriminatórias.

O surgimento da Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe muitas mudanças com relação aos direitos da mulher. Ao contrário das outras constituições, esta teve o cuidado de separar seu texto em títulos e capítulos que tratasse sobre todos os direitos, desde os

fundamentos da República Federativa Brasileira, até os direitos individuais, coletivos, sociais, da nacionalidade e político.

A inovação já surge no seu primeiro título que trata dos princípios fundamentais da República Federativa, sendo que um deles é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I). Logo após, em seu art. 2º, IV, trata da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sendo essa promoção um dos objetivos fundamentais. Nas relações internacionais, o país rege-se, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Para Andre Ramos Tavares (2006, p. 504): “Pode-se afirmar que o homem, por ter dignidade, deve ser respeitado, estando acima de qualquer valoração de cunho pecuniário”.

Adiante, a Carta Magna trata do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, onde contempla um capítulo para os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º). Além dos direitos sociais trazidos logo após em seu art. 6º.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) reflete o processo de especificação de pessoa merecedora de proteção. Para vários grupos de pessoas, ela teve a preocupação de mencionar em capítulos distintos a proteção aos seus direitos. Como exemplo, pode-se mencionar o direito da família, criança, adolescente, jovem e idoso (Capítulo VII), dentre outros.

Existe uma preocupação evidente do legislador em fazer com que o Brasil se tornasse signatário dos direitos humanos, e mais do que isso, além de normas internas reguladoras desses direitos e punição nas hipóteses de violações, deixou expresso no texto constitucional que o país também adotaria os direitos que estivessem estipulados em tratados internacionais que ele fizesse parte (art. 5º, § 2º).

Embora não haja um capítulo específico que trate dos direitos das mulheres, pode-se encontrá-los em inúmeros artigos: art. 5º, I e XLVIII; art. 7º, XVIII, XX e XXX; art. 12; art. 143, §2º; art. 183, §1º; art. 189, parágrafo único; art. 201, II; art. 201, §7º, I e II; art. 203, I; art. 226, §5º e §7º.

José Afonso da Silva (2000, p. 220-221) ratifica esse entendimento e cita o seguinte: A Constituição traz agora dois dispositivos que fundamentam e, mais do que isso, exigem normas penais rigorosas contra discriminações. Diz-se num deles que a lei punirá qualquer discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais, e outro mais específico porque destaca a forma mais comum e não menos odiosa de discriminação, para estabelecer que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, respectivamente, incisos XLI e XLII).

Além de todas essas normas citadas e de outras expressas e implícitas no corpo do texto da CF/88, merece especial atenção as normas que trouxeram punição a qualquer tipo de discriminação contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e que determina ao Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar (art. 226, §8º). O que se vislumbra, dessa maneira, é uma inovação do Estado em se preocupar com qualquer forma de discriminação, mesmo decorrente de relação privada, repudiando a desigualdade entre as pessoas.

2 LEI 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA

Após várias mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 face aos direitos das mulheres, ainda assim ela continuou sendo vítima de violência doméstica e familiar.

No entanto, ocorreu um fato em espécie que deu surgimento a um debate tanto político como jurídico do que o Estado deveria fazer para combater esses casos de violência: caso Maria da Penha Maia Fernandes.

Surge, então, no ordenamento jurídico a Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que foi criada para efetivar a proteção dos direitos das mulheres face a uma possível ameaça.

2.1 Aspecto histórico da Lei

A Lei Maria 11.340/2006 nasceu em decorrência da história vivenciada pela vítima Maria da Penha. Ela publicou seu livro: “Sobrevivi, posso contar”, em 1994, e nele relatou sobre as violências sofridas.

A vítima de violência doméstica, Maria da Penha Maia Fernandes nascida em fevereiro de 1945, Fortaleza - Ceará, foi vítima de violência doméstica por seu então marido Marco Antonio Heredia Viveros, de origem colombiana, porém naturalizado brasileiro.

Em 29 de maio de 1983 houve a primeira tentativa de homicídio praticado por ele: enquanto estava dormindo, a vítima foi atingida por projétil de arma de fogo, deixando-a paraplégica.

Não conformado, ele tentou em outra ocasião, mais de uma semana, fazer com que Maria da Penha recebesse uma descarga elétrica enquanto tomava banho em sua casa.

Segundo Maria da Penha, em conformidade com o seu livro publicado sobre a violência que foi submetida, seu ex-marido já planejava matá-la. As provas obtidas durante o inquérito policial, como depoimento dos empregados do casal, o fato dele ter obrigado a

vítima a contratar um seguro de vida e exigir a transferência de um veículo para seu nome, foram fundamentais para incriminá-lo.

O agressor foi condenado com pena de 10 anos, da qual não cumpriu 1/3 em regime fechado. Foi posto em regime aberto e retornou para o Estado do Rio Grande do Norte.

Percebe-se que a sensação de impunidade diante desta situação torna-se bastante evidente, pois a sociedade não espera do Estado uma atitude como esta, de colocar em liberdade alguém que tentou matar a outrem, causando-lhe lesão corporal gravíssima.

No entanto, tal situação não poderia permanecer da maneira como se encontrava. A violência doméstica não podia, e nem pode ser tratada de forma banal ou sem o máximo de preocupação, já que está em perigo o bem mais precioso que possui um ser humano: a vida.

Por ter o caso tido uma repercussão muito grande, este chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em, 20 de agosto de 1998, esta Comissão recebeu a denúncia apresentada pela própria Maria da Penha. Dentre as diversas conclusões, esta Comissão ressaltou: “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso de reagir adequadamente ante a violência doméstica”.

Segundo a reportagem acima mencionada, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deliberou o pagamento de uma indenização no valor de vinte mil dólares em favor de Maria da Penha, a título de reparação pelo dano sofrido a ser pago pelo estado do Ceará.

Maria da Penha(2007, pg.35)“Para mim foi muitíssimo importante denunciar a agressão, porque ficou registrado internacionalmente, através do meu caso, que eram inúmeras as vítimas de machismo e da falta de compromisso do Estado para acabar com a impunidade. Me senti recompensada por todos os momentos nos quais, mesmo morrendo de vergonha, expunha minha indignação e pedia justiça para meu caso não ser esquecido”.

A situação enfrentada pela vítima relata a história de uma mulher que lutou por seus direitos, mesmo diante de todas as dificuldades. Ela é um exemplo para todas as mulheres, principalmente as que vivenciam a mesma violência e não tem coragem de lutar contra seus agressores.

Diante deste cenário, em 2006 foi criada a Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que tem como objetivo principal o combate à violência doméstica, familiar ou de intimidade, conforme descreve o art. 3º da referida lei.

2.2 Âmbitos da violência doméstica

O art. 1º da Lei estipula que:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A preocupação da Lei em punir e erradicar a violência é bastante visível na redação deste artigo. Logo porque, a Lei não teria eficácia se não punisse aquele que está atentando contra a vida, a liberdade, a integridade de outra pessoa.

A prevenção a fim de impedir que a violência venha a se concretizar é muito importante. Porém, nem sempre é capaz de evitar tais situações. Após estas se efetivarem, apenas a punição é capaz de cessar a violência doméstica, e serve de exemplo para aqueles que estão na iminência de cometê-la.

A Lei 11.340/2006 trouxe o conceito de violência doméstica contra a mulher em seu art. 5º:

Art. 5º Sendo esta qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

No inciso I deste artigo, é destacada a violência no âmbito familiar. Segundo Rogério Sanches Cunha (2008, p. 28), a violência doméstica é a agressão contra a mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetivá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência.

Esse tipo de violência, em muitos casos, torna-se ofuscada porque ocorre em um ambiente familiar. Torna-se difícil descobrir que naquele ambiente a mulher é alvo de maus tratos, porque ela mesma se abstém de demonstrar a violência sofrida, por vários motivos:

vergonha, medo do parceiro e da possível discriminação da sociedade, insegurança, dentre outros.

O inciso II traz a violência no âmbito da família, sendo esta decorrente do grau de parentesco ou por vontade expressa. Por consequência, tem-se o seguinte julgado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RELAÇÃO FAMILIAR.

1. A incidência da Lei sobre violência doméstica (Lei nº 11.340/06) tem como pressuposto motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar, isto é, opressão contra a mulher.11.340

2. Tratando-se de suposto delito de ameaça praticado pelo filho contra sua mãe, há a incidência da Lei Maria da Penha no presente caso, tendo em vista que se trata de violência praticada no âmbito da família. (...) (70039242680 RS , Relator: OdoneSanguiné, Data de Julgamento: 25/11/2010, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/12/2010) .

Para o inciso III, considera-se a violência advinda de qualquer relação íntima de afeto, fundado em camaradagem, confiança, amor, etc. Segundo julgamento da 2ª Turma Criminal do TJDF:

1. O rito insculpido na lei popularmente chamada de Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) nasceu de um anseio social de reprimir com vigor a segregação e a violência contra a mulher em situação doméstica e familiar. A abrangência da lei admite relações afetivas de modo amplo, dispensando, para a sua caracterização, coabitação entre autor e vítima. Precedentes.

2. Ex-namorados, na esteira dos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, são abarcados pela lei em comento. A vulnerabilidade e a hipossuficiência da vítima em face do agressor são requisitos que devem ser analisados no caso concreto, porquanto possuem diversas nuances. No caso dos autos, a motivação do crime, fim do relacionamento, bem como o temor da vítima em relação às constantes ameaças do ex-namorado, indiscutivelmente, colocam a vítima em uma situação de vulnerabilidade e hipossuficiência emocional.

(19510520108070003 DF 0001951-05.2010.807.0003, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 19/04/2012, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 30/04/2012, DJ-e Pág. 204)

Assim, a Lei Maria da Penha tentou atribuir o maior número possível de medidas cabíveis para proteger suas vítimas contra a violência doméstica e familiar. Teve o intuito, também, de alcançar as relações que não são oficiais, a fim de não abrir margem para que

esses tipos de relacionamentos fossem invocados diante de uma possível tentativa de fugir da punição devida.

2.3 Formas de violência doméstica

Segundo o art. 7º da Lei 11.340/2006, a violência praticada contra a mulher se divide em cinco tipos: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física compreende socos, pontapés, empurrões, ou seja, são aqueles atos praticados pelo agressor que atingem fisicamente a vítima, provocando-lhe lesões.

Na violência psicológica, o agressor busca atingir sua vítima emocionalmente, ou seja, ele pratica atos de desprezo, humilhação, e demonstra para ela que essas atitudes são prazerosas.

De acordo com o inciso III da referida lei, a violência sexual é qualquer conduta que constranja a vítima a presenciar, manter, participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força. Além disso, descreve ainda o inciso que, faz parte o induzimento a comercialização ou utilização, de qualquer modo, da sua sexualidade.

Conforme Maria Berenice Dias (2007, p. 88):

A partir da vigência da Lei Maria da Penha, o varão que ‘subtrair’ objetos da sua mulher pratica violência patrimonial (art. 7º, IV). Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts. 181 e 182 do Código Penal. Não mais chancelando o furto nas relações afetivas, cabe o processo e a condenação, sujeitando-se o réu ao agravamento da pena (CP, art. 61, II, f).

Por fim, tem-se a violência moral que é entendida como aquela que tem a intenção de caluniar, difamar ou injuriar a vítima.

É notório que os tipos de violência citados acima, se encontram em diversas situações interligados entre si. Normalmente, o agressor comete ao mesmo tempo os cinco tipos de violência.

2.4 Medidas protetivas de urgência à vítima

A Lei 11.340/2006 trouxe uma realidade nova para muitas mulheres. Além de ter como finalidade a prevenção dos casos de violência doméstica e punir os possíveis agressores, ela cria meios de assistência e proteção às mulheres e seus filhos.

No art. 23 da referida Lei, encontram-se as medidas protetivas de urgência à ofendida. São elas: I- encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II- determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III- determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV- determinar a separação de corpos.

Para Antonio Scarance Fernandes (2005, p. 311) as medidas cautelares, como as que estão descritas no art. 23, “são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.

O inciso I trata dos centros de atendimento integral e multidisciplinar e das casas-abrigos, locais onde a mulher poderá ser abrigada junto com seus dependentes. Nestes locais, a mulher deverá receber toda assistência necessária, a fim de tentar reconstruir as perdas emocionais decorrentes da violência sofrida.

No inciso II já reflete a volta da mulher a sua residência, após o afastamento do agressor, até porque não é justo que a mulher fique longe do seu lar e o agressor permaneça na casa.

Ocorre o oposto no inciso III, pois neste caso a medida protetiva visa afastar a vítima de seu lar, para evitar que o agressor venha a ameaçá-la ou mesmo causar mais violência. Porém, ao mesmo tempo em que a lei retira a mulher seu lar, garante, também, seu direito aos bens adquiridos, a guarda dos filhos e aos alimentos, que são necessários a sua sobrevivência. Ao retirar a vítima de sua residência, o Estado tem o dever de dar total apoio nessas mudanças, a fim de evitar ao máximo qualquer tipo de dano causado, seja ele de cunho pecuniário como de cunho moral.

Com relação ao inciso IV, é buscada a separação total de bens, já que não existe mais razão em manter em um mesmo espaço a vítima e seu agressor.

É importante ressaltar que essas medidas cautelares são solicitadas pela vítima.

2.5 Medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor

O art. 22 da Lei 11.340/2006 traz em cinco incisos as medidas tomadas pelo juiz para obrigar o agressor: I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, em comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II- afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III- proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes; V- prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

No inciso I, a medida de suspensão tem como principal objetivo fazer com que o agressor não utilize arma de fogo de maneira temporária. Já, na hipótese de restrição, a medida imposta permite que o mesmo apenas use a arma em local, por exemplo, de trabalho, onde necessita do porte, devendo deixá-la quando for embora, a fim de evitar que a arma seja utilizada em outro âmbito.

É perceptível entender a medida protetiva que se encontra no inciso II, pois parece óbvio afastar o agressor do local de convivência com a ofendida. Permitir que ele permaneça no mesmo espaço que a vítima significa aceitar uma provável violação aos direitos da mulher.

Diante do contexto vivenciado pela vítima e seus familiares em casos de agressão, o juiz, de maneira fundamentada e diante das circunstâncias, pode obrigar o agressor a não ter contato com a vítima, seus familiares e testemunhas, e fazer com que ele não frequente os mesmos locais que estes, de acordo com o entendimento do inciso III. Todas essas medidas tomadas visam à preservação da integridade física e psicológica da vítima.

A medida protetiva trazida pelo inciso IV atinge além da vítima, ou seja, os dependentes do casal. Em casos de violência contra a mulher, muitas vezes, a visita do agressor causa uma animosidade bastante acentuada, que geraria maiores problemas. Com isso, o legislador teve a cautela de inserir este inciso para proteger a vítima e os seus dependentes.

No entanto, fez-se uma ressalva em ouvir a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, pois, em alguns casos, o agressor não quer causar nenhum tipo de desconforto com relação aos dependentes e continua tendo um comportamento exigido diante deles, razão pela qual não há necessidade de cessar as visitas.

Com relação aos alimentos provisionais e provisórios (inciso V), há necessidade de apontar que não há nenhuma diferenciação, pois segundo entendimento de Sérgio Gischkow Pereira (1983, p. 49), “a diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e

procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide”.

Todas essas medidas protetivas que obrigam o agressor fazem parte de um sistema estipulado adotado para garantir o máximo de proteção à vítima e aos que se encontram indiretamente ligados ao caso. E mesmo com todas essas cautelas, muitas mulheres já morreram vítimas de violência.

3 REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NOS CASOS DE LESÃO CORPORAL LEVE NA LEI MARIA DA PENHA

Após a análise legal da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, existe um relevante ponto a ser discutido: se há necessidade da representação da vítima nos casos de lesão corporal leve. Como se está diante de uma situação que envolve violência doméstica e familiar, a Lei não poderia deixar que essa decisão fosse escolhida exclusivamente pela vítima.

3.1 Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)

A Lei dos Juizados Especiais se tornou um marco na evolução do Direito Penal e Processual Penal, ao trazer inovações diante da ocorrência de crimes de menor potencial ofensivo, referindo-se esta Lei aos crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos.

Além disso, foi trazido ao ordenamento jurídico medidas despenalizadoras, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Segundo os autores Luiz Claudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva (2009, p. 481-496), “os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo visam reduzir o número de detenções, diante da falência do sistema penitenciário brasileiro (...)”.

No entanto, com o surgimento da Lei 11.340/2006, o seu art.41 prevê expressamente a proibição da aplicação da Lei dos Juizados Especiais, sendo a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, na falta desses, o processo tramitará nas Varas Criminais.

Segundo Paulo Rangel (2010, p.70) “quando a Lei de Violência Doméstica (Lei 11.340/2006) veda a aplicação da Lei 9.099/95 o que ela quer é vedar a aplicação dos

institutos despenalizadores da composição civil e da transação penal, instrumentos que impediam a *persecutio criminis* em face do agressor”.

Além disso, deve ser levado em consideração que um crime de violência doméstica não pode ser apenado com, por exemplo, um simples pagamento de cesta básica, como ocorre no JECRIM (Juizado Especial Criminal). Essa medida poderia comprometer a vítima, pois o agressor retornaria a sua casa e voltaria a cometer agressões novamente, e quem sabe até mesmo matá-la.

Na publicação da Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (2011, p. 101) as Promotoras de Justiça Alessandra Campos Morato, Fabiana Costa Oliveira Barreto e Luciana Asper y Valdés e a advogada Juliana Vieria Pelegrini relatam que:

Ao trazer à luz os casos que antes eram relegados ao limbo jurisdicional, a Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, também trouxe à tona uma antiga e vergonhosa chaga social: a violência sistemática praticada contra as meninas e mulheres nos lares brasileiros, uma violência fomentada por nossa cultura patriarcal sexista e favorecida pela invisibilidade social.

Após dez anos em vigor e do escândalo provocado pela inadequação de uma lei que, a par de conferir visibilidade, favorecia a reprodução no âmbito público da violência cometida contra as mulheres na esfera privada, obteve-se consenso social e político suficientes para o surgimento de um novo regime jurídico no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher.

É notório o entendimento das autoras acima, em afirmar que a Lei dos Juizados Especiais não auxiliou na diminuição nem solução dos casos de violência doméstica contra a mulher, mas pelo contrário, fez com que fossem instauradas no ordenamento jurídico regras que tornam impunes os agressores, se assim fosse aplicá-la nesses casos.

Conclui-se que, a melhora da situação da mulher vítima de violência deu-se com o advento da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), ao criar mecanismos de proteção para a vítima, medidas que vinculam o agressor e regras mais severas para punir e erradicar a violência no âmbito familiar, que tanto atormentam as vítimas.

Ademais, a não aplicabilidade da Lei 9.099/95 ratifica ainda mais a finalidade com a qual a Lei Maria da Penha se propôs, ao possuir como objetivo a criação de mecanismos mais severos e eficazes para coibir essa prática delituosa, que não poderiam ser os trazidos pela Lei dos Juizados Especiais, que ao contrário, trouxe meios alternativos ao ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de se evitar uma ação penal, como são os casos das medidas despenalizadoras.

Não obstante, concluem as promotoras:

A Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, inaugurou um novo modelo de intervenção, pautado na doutrina da proteção integral da mulher em situação de violência doméstica, reconhecendo que os mecanismos oferecidos pela resposta penal tradicional isolada eram insuficientes e ineficazes.

O modelo com o qual a Lei Maria da Penha veio romper estava assentado numa Justiça marcadamente omissa e conciliatória, que, ao ignorar a desigualdade de poder entre homens e mulheres na esfera doméstica, utilizava para julgá-las aos mesmos parâmetros com os quais decidia as chamadas infrações de menor potencial ofensivo.

Assim, verifica-se no contexto da referida Lei que, esta não abriu espaço para a justiça conciliatória, mas sim para o tipo de justiça voltada para a punição do agressor, que nasce de um contexto decorrente de violência, de opressão, das desigualdades de poderes vivenciadas por vários momentos distintos da sociedade.

Os fins sociais buscados pela Lei Maria da Penha e a situação vivenciada pela vítima são elementos primordiais para se alcançar a solução mais benéfica para esta, que travou por diversos momentos muitas lutas em busca do reconhecimento dos seus direitos, e em prol deles é que não deve o Estado e a sociedade ficarem inertes diante desse problema, não aceitando, dessa maneira, a impunidade nem a liberdade de escolha em caso de opressão por parte da vítima, já que tal exigência não seria viável diante da animosidade dos fatos ocorridos.

3.2 Importância da ação imediata do Estado e sua forma de atuação

Nos casos de violência doméstica, a mulher se sente ameaçada não apenas fisicamente, mas psicologicamente também. Ao representar contra seu agressor perante a autoridade policial, ou mesmo no momento da audiência perante o juiz e o promotor de justiça, ela se sente coagida por confrontar o seu companheiro ou marido, pai dos seus filhos.

São nessas situações que na maioria das vezes a vítima de abstém de iniciar um possível processo contra seu agressor. Porém, essa falta de ação por parte dela gera a possibilidade de reincidência do autor do delito, que se enxerga munido de ‘poder’ em relação à vítima, e continua praticando o crime, por estar imune a punição.

É necessário encontrar uma solução alternativa e legal para evitar os casos de violência. O Estado, na figura dos seus entes públicos e com a integração dos seus poderes

executivo, legislativo e judiciário, deve criar um mecanismo juridicamente viável para modificar essa realidade.

Como uma solução alternativa, indicada pelas promotoras de justiça Alessandra Campos Morato, Fabiana Costa Oliveira Barreto e Luciana Asper y Valdés (2011, p. 112) seria a possibilidade de se valer do instituto da suspensão condicional do processo, que não viola o disposto no art. 41 da Lei Maria da Pena.

Com essa solução alternativa, a vítima estaria em uma situação mais confortável para relatar sem opressão os fatos ocorridos, sem receio de ver o pai dos seus filhos deixando de ser réu primário, e passar a ter uma possível ‘ficha suja’.

A suspensão condicional do processo evita a prescrição, permite o tratamento individualizado dos casos, ao deixar que o promotor e o juiz façam uma avaliação acerca destes para averiguação do cabimento do instituto, sendo que nas hipóteses mais graves o mesmo é afastado.

No entanto, tal instituto ainda não é aceito pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/1995. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRECEDENTE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. 2. Ordem denegada.

(HC 110113, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 03-04-2012 PUBLIC 09-04-2012)

O que se busca são soluções mais benéficas e eficazes, proporcionando o máximo de segurança à vítima e demonstrando a eficácia dos mecanismos adotados pelo Estado no combate à violência, a fim de erradicá-la.

Não é pretensão limitar essa possibilidade de aplicabilidade do referido instituto como única solução cabível aos casos, mas sim uma alternativa viável e eficiente para alcançar os objetivos preteridos na Lei Maria da Pena.

É necessário que os órgãos envolvidos nesse processo, como o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, na figura da autoridade policial, se encontrem em perfeita harmonia, e estejam embasados de ferramentas necessárias e suficientes para conduzir esses processos de forma célere e eficiente. Isso somente se torna possível quando o

Estado com todo o poder que lhe é conferido atue de maneira direta e mais presente nestes casos, analisando cada caso de maneira isolada e fazendo estudos acerca de cada possível solução, que se adéque aos resultados pleiteados.

3.3 Ação Penal Pública Incondicionada nos casos de lesão corporal leve

Uma das maiores polêmicas trazidas pela Lei Maria da Penha seria qual ação penal cabível quando houver casos de lesão corporal leve.

De acordo com alguns doutrinadores, como Guilherme de Sousa Nucci e Pedro Rui da Fontoura Porto, a natureza da ação penal nos casos de lesão corporal leve é incondicionada.

Para Guilherme de Sousa Nucci (2007, p. 87):

(...) Quanto à hipótese de violência doméstica, temos defendido ser caso de ação pública incondicionada, afinal, a referência do art. 88 desta Lei menciona apenas a lesão leve, que se encontra prevista no caput do art. 129 do Código Penal, bem como a lesão culposa, prevista no art. 129, §6º. Não se incluem outras formas de lesões qualificadas (§§ 1º, 2º, 3º e, atualmente, 9º).

Essa interpretação feita diante da Lei não poderia ser diferente. Trata-se de uma situação em que obrigar a vítima a representar contra seu agressor levaria à impunidade, pois não são todas as mulheres que se encontram preparadas para agir de tal maneira. O medo e as ameaças são elementos significativamente relevantes nessas situações, e por causa desses sentimentos, elas não conseguem denunciar o crime.

Para Luiz Cláudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva (2009, p. 481-496): “a ação penal por lesão corporal leve ou lesão corporal culposa passa a ser pública incondicionada, visto que o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 e, por conseguinte, o art. 88 da Lei nº 9.099/95, que estabelece a necessidade de representação para a instauração da ação penal nestes crimes não será aplicável.”

Verifica-se que, a escolha entre punir ou não o agressor, não deve estar no poder de decisão da vítima, como se fosse um jogo de escolhas, ‘faço ou não faço’. Não é essa a atitude esperada pela sociedade, que clama por uma solução benéfica para a mulher e punitiva para o agressor.

A partir do momento que a mulher recebe ameaças, aquela família não volta a ser a mesma de antes. Existe uma situação de risco para a mulher e seus dependentes, pois a prática

do crime começa com uma simples ameaça, que não é considerada, e mais tarde torna-se realidade.

A ação penal pública incondicionada é a maneira mais justa e correta de se fazer justiça e punir o agressor. A vítima não está mais obrigada a ter que representar contra o agressor, e legitima o parquet para que o faça.

É bastante razoável tal entendimento. Em se tratando da complexidade e importância desses casos de violência, nada mais óbvio do que o titular da ação penal pública cuidar desde o início dessa situação, sem ter que esperar a vítima tomar alguma atitude com relação a uma possível ação penal.

Com isso, o Ministério Público consegue agir com muito mais espaço para analisar caso a caso, e tentar encontrar a solução mais justa no decorrer dos fatos. Agindo sempre com cautela e precisão.

Com tamanha responsabilidade na condução do processo em hipótese, o Ministério Público representa a sociedade, e busca a proteção da vítima. Sendo assim, todos seus atos devem ser fundamentados e em conformidade com os princípios da legalidade e do princípio institucional da autonomia, ao garantir que a vontade externa de outras pessoas não prevaleça, mas sim da sua convicção, e sem estar subordinado a nenhum outro órgão que possa pressioná-lo por suas idéias.

Faz parte, também, do entendimento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (2009, 85) que nos casos de lesão corporal leve descrito na Lei Maria da Penha, a ação penal deve ser pública incondicionada:

Para que o autor da violência seja processado, permanece a necessidade de representação da vítima às autoridades nos casos em que o Código Penal ou leis especiais assim estabeleçam. Por exemplo, no crime de ameaça, em relação ao qual o artigo 147, parágrafo único, do Código Penal estabelece que “somente se procede mediante representação”.

No entanto, em relação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa não mais se exige a representação da mulher ofendida. Isto porque a representação, nestes crimes, vem prevista no artigo 88 da Lei 9.099/1995 e o artigo 41 da “Lei Maria da Penha” expressamente determina que não seja aplicada a Lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Entende-se, por não ter a lei feito qualquer exceção, que é proscrita a aplicação da integralidade da Lei 9.099/1995.

Percebe-se que este entendimento é uma construção lógica advinda da interpretação da Lei Maria da Penha. Se ela prevê expressamente a inaplicabilidade da Lei 9.099/95, e se os casos

de representação estão contidos nesta, logo não é cabível a representação na Lei 11.340/06. Dessa forma, a ação penal continua sendo pública incondicionada.

No mesmo sentido, segue em concordância o Subprocurador- Geral da República, Luciano Maia. De acordo com ele, em publicação feita no site do Ministério Público Federal:

Não há que se falar em exigência de representação da vítima para o processamento da ação penal na qual se imputa ao réu o crime de lesão corporal leve contra sua companheira”. Afastada a regência da Lei dos Juizados Especiais, impõe-se a regra geral de que a exigência de representação decorre de previsão legal expressa, que, no caso, inexistente.

Portanto, prevalece o entendimento de que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o ato é privativo do Ministério Público, ou seja, a ação penal pública não necessita de representação para ser interposta, o titular da ação penal pública incondicionada deve fazê-lo.

Tal medida adotada vem corroborar com a idéia de prevenção e diminuição nos casos de violência doméstica previstos na Lei Maria da Penha.

Fazer com que o Estado, na figura de seus órgãos, auxilie suas vítimas nesses casos de agressões, traz a idéia de que o agressor não ficará sem punição, ou seja, ele será responsabilizado em âmbito penal (não excluída a hipótese de ação civil, pleiteando reparação).

Mesmo que a vítima não queria representar contra seu agressor, essa decisão já não lhe cabe mais, pois, existe um interesse muito maior do que o seu. O Estado e a sociedade buscam cada vez mais a solução para cessar as práticas de crimes desumanos, como este.

Assim como em diversos outros crimes previstos no Código Penal, nem sempre o sujeito passivo do crime está em condições psicológicas de escolher o que é melhor para ele e para sua família. A intervenção do Estado se faz necessária, até porque o poder de decisão lhe foi conferido pelo povo e para o povo, assim como previsto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, não restam dúvidas sobre o tipo de ação a ser intentada nos casos de lesão corporal leve decorrente da Lei 11.340/06: ação penal pública incondicionada.

3.4 Entendimento Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) interposta pelo Procurador-Geral da República dos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/06.

Em 09 de fevereiro de 2012, o STF reconheceu que, nos casos de lesão corporal leve na Lei 11.340/2006, a ação penal é pública incondicionada. Segue os votos abaixo, em consonância com o Relator Marco Aurélio:

Para a Ministra Rosa Weber: A necessidade de representação fere o princípio da dignidade da pessoa humana: “Tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança”.

Segundo o Ministro Luiz Fux: “Sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétreia.”

De acordo com o Ministro Dias Toffoli: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Para a Ministra Carmen Lúcia:

“A interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se exatamente na proteção maior à mulher e na possibilidade, portanto, de se dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir qualquer violência doméstica. E isso que hoje se fala, com certo eufemismo e com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, não é bem assim. Na verdade, as mulheres não são vulneráveis, mas sim maltratadas, são mulheres sofridas”.

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski:

“Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade”

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, pode ser que ação penal pública incondicionada cause danos para a família, porém seguiu o voto do relator e concordou com tal medida.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, afirmou que a Constituição Federal trata de certos grupos sociais ao reconhecer que eles estão em situação de vulnerabilidade. Para ele, quando o legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do Supremo, levando em consideração dados sociais, rever as políticas no sentido da proteção. “É o que ocorre aqui”, concluiu.

Para o Ministro Ayres Britto: “A proposta do relator no sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública me parece rimar com a Constituição”.

O Ministro Celso de Mello relatou que:

“Estamos interpretando a lei segundo a Constituição e, sob esse aspecto, o ministro-relator deixou claramente estabelecido o significado da exclusão dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher do âmbito normativo da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), com todas as consequências, não apenas no plano processual, mas também no plano material”.

Segundo o Ministro Cezar Peluso:

“Sabemos que a celeridade é um dos ingredientes importantes no combate à violência, isto é, quanto mais rápida for a decisão da causa, maior será sua eficácia. Além disso, a oralidade ínsita aos Juizados Especiais é outro fator importantíssimo porque essa violência se manifesta no seio da entidade familiar. Fui juiz de Família por oito anos e sei muito bem como essas pessoas interagem na presença do magistrado. Vemos que há vários aspectos que deveriam ser considerados para a solução de um problema de grande complexidade como este”.

“Não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal”, disse.

Dessa forma, percebe-se que, tanto a doutrina como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendem que a ação penal pública incondicionada se aplica nos casos de lesão corporal leve previsto na Lei 11.340/06, sendo esta a mais eficaz medida que se impõe nesses casos de violência doméstica e familiar.

Em resumo, prevalece sempre a vontade coletiva, não a individual, até porque, envolve muitos aspectos que a sociedade tem interesse, e o principal deles é manter marginalizados aqueles que cometem crimes.

Ademais, a preservação da mulher e de seus dependentes são medidas que se impõe para preservar o estado físico e psicológico destes, a fim de causar-lhes o menor prejuízo possível.

CONCLUSÃO

Durante muitos anos a mulher foi vítima de violência doméstica e familiar sem, contudo, poder exercer seus direitos, até porque nem eles existiam. Com o passar dos tempos, ela foi conquistando seu espaço em todos os ambientes, profissional, pessoal, etc.

Após muitas lutas travadas, conseguiu-se, mediante exemplo real de vida, que uma lei fosse editada tratando da violência proferida contra a mulher: Lei 11.340/06.

O estudo dessa Lei fez com que fosse possível analisar todos os mecanismos trazidos em seu texto a fim de salvaguardar as medidas protetivas que a mulher tem direito, e colocar em prática as medidas que obrigam o agressor.

A ação imediata do Estado em fazer valer seu poder, fez com que mesmo nos casos de lesão corporal leve contra a mulher, a ação penal é pública incondicionada, sob análise de que, diante da situação vivenciada, a mulher não teria condições de tomar tal decisão em representar ou não contra seu agressor, pois seu estado psicológico não permitiria tomar uma decisão sábia.

Este entendimento está em acordo com a doutrina, como citado no texto, e também, em conformidade com o que prega o Supremo Tribunal Federal que se posicionou no sentido de que, a ação penal, mesmo nos casos de lesão corporal leve, tem que ser pública incondicionada.

Ademais, diante dessa atitude razoável, busca-se uma significativa diminuição destes casos de violência, e uma proteção mais efetiva aos direitos garantidos a mulher tanto na Constituição como nas leis infraconstitucionais.

É importante ressaltar que, a evolução dos direitos da mulher durante os últimos anos foi um grande marco na história, principalmente com o reconhecimento dos seus direitos como direitos humanos, e a sua proteção conquistando seu espaço no âmbito externo.

Assim, a criação da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, surgiu como uma real evolução, em âmbito interno, de um direito que muito demorou para ser assegurado.

Dessa maneira, espera-se que, a efetividade desta Lei proteja suas vítimas e amedronte os agressores, a fim de fazer com que eles não cometam mais esse crime bárbaro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPOS, Amini Haddad. CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos Humanos das Mulheres. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. A Lei da Penha na Justiça. São Paulo: RT, 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4. Ed. São Paulo: RT, 2005.
- FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi, posso contar. Fortaleza, 1994.
- LAVORENTI, Wilson. Violência e Discriminação Contra a Mulher: Tratados Internacionais de Proteção e o Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Millennium Editora, 2009.
- MELLO, Adriana Ramos de. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORATO, Alessandra Campos. SANTOS, Claudiene. RAMOS, Maria Eveline Cascardo. LIMA, Suzana Canez da Cruz. Análise da Relação Sistema de Justiça Criminal e Violência Doméstica Contra a Mulher. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed. atual. eampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Ação de alimentos. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Angela. Violência doméstica: um caso exemplar. São Paulo: Mulheres no Brasil, 2009.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 200.
- SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de processo e prática penal. Na parte processual e prática de acordo com as modificações introduzidas no Código de processo penal pelas Leis n. 11.689/08 e 11.719/08. 3. ed. rev. atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- <http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/nucleos-menu/nucleo-de-genero-pro-mulher-menu/209-nucleos/nucleo-de-genero/639-comentarios-a-lei-maria-da-penha>. Acesso em 26 de maio 2013.
- http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/violencia-domestica-e-caso-de-acao-penal-publica-incondicionada. Acesso em 26 de maio 2013.
- <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>
- <http://www.tjdft.jus.br>. Acesso em 20 de abril 2013.

O INSTITUTO DA FIANÇA NA VISÃO DA LEI 12.403/2011 E OS PRINCÍPIOS BALIZADORES DE SUA FIXAÇÃO

Aluno: Eduardo de Assunção Gonçalves¹

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Pinto Ferreira Júnior.²

RESUMO

A presente pesquisa demonstrará quais foram os avanços ocorridos no instituto da fiança ao longo dos anos, comparando legislações anteriores com a atual reforma ocorrida com o advento da Lei 12.403/2011. Vários posicionamentos doutrinários serão abordados como forma de demonstrar quais eram as fragilidades enfrentadas pelo instituto, principalmente no tocante ao seu desuso. Por fim, serão analisados alguns princípios e casos jurisprudenciais, a fim de demonstrar que mesmo o instituto ganhando maior aplicabilidade no âmbito processual, ainda há casos de violação aos direitos e garantias constitucionais atribuídos ao indivíduo, dentre eles, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: fiança; desuso; princípios; jurisprudência; violação.

INTRODUÇÃO

Abordar-se-á na presente pesquisa o instituto da fiança, sua importância, finalidade e evolução histórica ocorrida no ordenamento jurídico pátrio. O presente trabalho abordará, também, os princípios balizadores que deverão ser respeitados pela autoridade competente no momento de fixação da fiança.

Em primeiro lugar, será explorado como o instituto se evoluiu no ordenamento jurídico pátrio, comparando a legislação anterior com a atual, principalmente após o advento

¹ Servidor Público - Defensoria Pública do Distrito Federal. Acadêmico do 10º semestre de Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central – FACIPLAC.

² Professor de Direito Penal e Processual Penal das Faculdades Integradas do Planalto Central. Especialista e mestrando em Direito Penal. Consultor jurídico.

da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que revitalizou o instituto da fiança no sistema jurídico pátrio.

Assim, demonstrar-se-á a importância da fiança no Estado Democrático de Direito, sob a ótica de assegurar ao indiciado ou acusado o direito de responder ao processo em liberdade e garanti-lo, sem, no entanto, perder o caráter vinculatório, sua participação de todas as fases da *persecutio criminis*.

No tocante aos princípios constitucionais balizadores da fiança, serão abordados a relevância de cada um dos princípios e como o operador do direito deve pautar-se em utilizá-los no momento de fixação do instituto, uma vez que proferir decisões arbitrárias e sem nenhum fundamento legal, em alguns casos, viola princípios constitucionais assegurados a todo indivíduo.

Por fim, serão analisados, ainda, alguns casos jurisprudenciais pertinentes ao tema, com o escopo de aferir a aplicação dos referidos princípios no âmbito de casos concretos e, também, com o propósito de se analisar possíveis decisões que, em algumas situações, afrontam as garantias mínimas do cidadão frente ao devido processo legal.

1 O INSTITUTO DA FIANÇA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

1.2 Evolução Histórica da Fiança no Brasil

No Brasil, conforme ensinamentos de Eugenio Pacelli de Oliveira³, o tema liberdade provisória ganhou força em meados do século XVI, através das Ordenações Afonsinas advindas de Portugal, que trouxe em seu arcabouço jurídico várias modalidades de se conceder ao acusado a liberdade provisória até a sentença final. Dentre elas destacam-se a Carta de Seguro, a Homenagem, a Palavra de Fiéis Carcerários e a Fiança, tema do presente estudo.

Durante o período Imperial, a Constituição de 1824 trouxe em seu artigo 179, inciso IX, apenas a fiança como único instituto capaz de garantir liberdade do indivíduo que se encontrasse preso. Corroborando a Constituição de 1824, posteriormente, a Constituição de 1832, em seu artigo 113, afastou todas as demais modalidades anteriormente previstas de se conceder a liberdade provisória a quem se encontrava preso nos crimes de menor gravidade,

³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2007, p. 42.

nos seguintes termos: “Art. 113. Ficam abolidas as cartas de seguro, e qualquer outro meio, que não seja o da fiança, para que algum réu se livre solto”.

Posteriormente, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, a fiança manteve-se sob os mesmos moldes dos períodos Colonial e Imperial, conforme o artigo 330, *in verbis*:

Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

Com a Carta Magna de 1988, o instituto da fiança ganhou força de direito fundamental, primando pela liberdade do indivíduo e possibilitando a este, quando a lei permitir e a gravidade do delito não obstar a concessão do benéfico, o direito de responder o processo em liberdade, beneficiado pela liberdade provisória com ou sem fiança, com fulcro no artigo 5º, inciso LXVI, da CF, *inverbis*: LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Conforme ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, foi com o advento da reforma ocorrida no ano de 2011, com a Lei nº 12.403/2011, que o instituto da fiança ganhou força, principalmente no tocante ao *status* de medida cautelar, aumentando-se, inclusive, as atribuições das Autoridades Policiais fixarem fianças em crimes de menor gravidade, cuja pena não ultrapasse 04 anos de reclusão. Em regra, todos os delitos passaram a ser afincáveis, exceto os previstos na Carta Magna como (racismo, tortura, tráfico, terrorismo, hediondos, delitos cometidos por grupos armados civis ou militares e contra o Estado Democrático de Direito)⁴.

1.3 Conceito de Fiança

O instituto da fiança, segundo lições de Paulo Rangel⁵, é encarado como um direito subjetivo assegurado ao acusado que, através de uma garantia real, prestada de forma pecuniária ao Estado, possa aguardar a persecução processual em liberdade, assumindo o compromisso de cumprir certas determinações impostas pelo magistrado, sob o manto de sofrer cerceamento de sua liberdade.

⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processo Penal**. De acordo com as leis 12.403/2011 e 15.529/2011. 7. ed.ampl. e atual. São Paulo: Jus Podium, 2012.p. 646.

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.733.

No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci afirma que a “fiança é uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro, ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso de um processo criminal”.⁶ Segundo o autor, através de uma prestação adimplida ao Estado, poderá o indivíduo aguardar o curso do processo sem sofrer restrição no seu direito de ir e vir.

Portanto, no Código de Processo Penal hodierno, além de a fiança assegurar o direito de aguardar as fases do processo em liberdade, visa garantir o pagamento das custas judiciais, indenização à vítima, se existir dano, e o pagamento de multa. No entanto, se no final da instrução a pessoa for absolvida, ser-lhe-á garantida o ressarcimento integral do valor pago a título de fiança. É o que estabelece os artigos 336 e 337 do Código de Processo Penal, abaixo transliterados:

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

Em relação aos parâmetros de fixação da fiança, conforme se extrai da interpretação do artigo 350 do CPP, deverá sempre ser observada, tanto pela Autoridade Policial, quanto pelo Juiz, a situação econômica do indiciado ou réu, para se majorar um valor de forma proporcional e razoável a cada caso. Vejamos o dispositivo que trata a respeito do assunto, *in verbis*:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Destarte, todo e qualquer cidadão que cometer um ilícito penal e que preencha os requisitos legais, poderá ser beneficiado pelo instituto da fiança. Esta representa, em verdade, um direito subjetivo de se prestar caução e responder o processo em liberdade. Preserva-se o estado de inocência, uma vez que a pessoa aguarda o provimento jurisdicional sem sofrer restrições em sua liberdade.

1.4 Finalidades da Fiança Antes da Reforma Processual de 2011

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5.ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p.619.

Tem-se por propósito neste tópico demonstrar que o instituto da fiança era pouquíssimo utilizado antes do advento da Lei 12.403/2011 – Reforma Processual Penal sobre Prisões. Sobre o tema esclarece Nucci⁷ que, na legislação brasileira, antes da reforma processual advinda da Lei nº 12.403/2011, a fiança era encarada como uma mera garantia real, onde o acusado, através do recolhimento pecuniário ao Estado, permanecia durante o curso do processo aguardando o julgamento em liberdade.

Conforme demonstrado pelo doutrinador supra, “o instituto da fiança encontrava-se desmoralizado e quase não tinha aplicação prática”.⁸ Tal afirmação devia-se, precisamente, ao fato de o antigo artigo 310 do CPP, admitir liberdade provisória sem fiança em quase todos os delitos, ou seja, sendo cabível a aplicação do instituto apenas em crimes de menor importância para o Estado.

No antigo regramento, o artigo 310, do CPP prescrevia o seguinte:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II, e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Grifou-se.

Assim, bastava o compromisso do acusado em comparecer a todos os atos processuais para aguardar o julgamento em liberdade, sem, contudo, se submeter a um caráter vinculatorio, como no caso da fiança. Tal dispositivo fazia com que o instituto ficasse em desuso e sem nenhuma aplicabilidade jurídica.

Destarte, para a doutrina especializada, a fiança, no regramento anterior, encontrava-se em profunda decadência, ou seja, inutilizável, exigindo-se uma mudança legislativa com o escopo de exercer sua precípua finalidade, a de assegurar ao acusado o direito de responder o processo em liberdade mediante a concessão de uma garantia.

1.6 Parâmetro de Fixação da Fiança Antes da Reforma de 2011

A redação anterior do antigo *Codex* trazia três faixas de fixação do *quatum* da fiança, nos seguintes moldes:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
a) de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa da liberdade, até 2 (dois) anos;

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.86.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. 2008. Op. cit., p. 619.

- b) de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa da liberdade, no grau máximo, até 4 (quatro) anos;
- c) de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 4 (quatro) anos.

Por essa razão, conforme Nucci⁹, os valores utilizados antes da reforma processual advinda da nova lei eram ínfimos, além de utilizar como base de cálculo um padrão monetário extinto, sendo necessária, emergencialmente, sua reformulação, praticamente em toda sua integralidade, o que ocorreu com a reforma de 2011, assunto que será tratado no próximo capítulo.

1.7 Autoridades Competentes de Fixação da Fiança Antes da Reforma

Em relação ao âmbito de aplicação, o antigo artigo 322 do CPP, ou seja, anterior a reforma, denotava de forma clara como o instituto da fiança não tinha nenhuma aplicabilidade. Segue transliterado o presente dispositivo, *in verbis*:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.
Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Nesse diapasão, a autoridade policial em nada contribuía para o desafogamento do poder judiciário, pois o seu poder de arbitrar fiança restringia-se, apenas, a crimes menos expressíveis no âmbito penal. Aliás, cumpre destacar que, antes da reforma advinda da Lei nº 12.403/11, segundo Luiz Henrique Medeiros Dias¹⁰, a autoridade policial só concedia fiança em infrações punidas com detenção, ou seja, nos delitos que couberem regime de cumprimento de pena semiaberto ou aberto, e nos casos de prisão simples aplicadas às contravenções penais.

É cediço que, com o advento da nova lei, corrigiu-se um erro do passado, isto é, o de impor limites à autoridade para fixar fiança diante da gravidade da infração. Hoje, em regra, todos os delitos passaram a ser afiançáveis, exceto os vedados na Carta Magna. Dessa forma, pode um Juiz, por exemplo, fixar fiança no caso de um homicídio punido com pena máxima de reclusão de 20 anos, pois tal delito não estaria equiparado a crime hediondo, logo, não

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. 2011. Op. cit., p.96.

¹⁰ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. **Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória: Teoria e Prática**. São Paulo: EDIORO. 2011, p. 62.

haveria qualquer vedação constitucional para a concessão da liberdade do acusado mediante o recolhimento de fiança.¹¹

2 O INSTITUTO DA FIANÇA APÓS REFORMA ADVINDA DA LEI 12.403/11

2.1 A Finalidade da Fiança à Luz da Reforma Processual Penal de 2011

Uma das várias inovações trazidas pela nova redação do instituto da fiança foi introduzi-la no rol das medidas cautelares dispostas ao operador do direito, como se passa a observar no referido artigo, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Nota-se que o novo dispositivo, após a reforma da nova Lei de Prisões ocorrida em 2011, resgatou a verdadeira identidade do instituto, qual seja, o de vincular o acusado aos atos processuais, sem, no entanto, restringir sua liberdade.

Nesse diapasão, e com fulcro § 4º do artigo 319 do Código de Processo Penal, a fiança passou a ser cumulada com outras medidas cautelares, deixando de ser exclusivamente uma garantia real e passando ser encarada com uma das modalidades de medida cautelar dispostas ao operador do direito.

Ao seu turno, para os processualistas Távora e Alencar¹², na antiga redação, mesmo o agente tendo sido preso em situação de flagrante, era obrigatório responder o processo em liberdade, sem submeter-se a nenhuma imposição, inclusive fiança. Com a reforma ocorrida em 2011, foram elencadas várias medidas cautelares capazes de vincular o acusado ao processo, dentre elas a fiança.

Importante ressaltar que o atual dispositivo do artigo 321 do CPP trouxe com sensatez a possibilidade do juiz, se estiver presente os requisitos autorizadores da segregação cautelar, isto é, o *fumus bonis iuris* e o *periculum libertatis*, decretar prisão

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2011, p.92.

¹²TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.643.

preventiva mesmo diante de crimes de menor gravidade, pois com a nova lei não há que se falar mais em liberdade provisória obrigatória.

2.2 Crimes Afiançáveis e Inafiançáveis

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV os seguintes casos de inafiançabilidade, *in verbis*:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Apesar de previsto constitucionalmente, para Nucci¹³, a antiga lei, antes da reforma ocorrida com a Lei nº 12.403/2011, era confusa, pois permitia a concessão da fiança apenas a crimes menos graves punidos com pena de reclusão de até dois anos. Nesse caso, admitia-se liberdade provisória aos delitos mais graves, o que tornava o sistema contraditório e fazia com que o instituto da fiança ficasse em desuso.

Hodiernamente, em relação aos crimes que admitem ou não a concessão de fiança, Távora e Alencar¹⁴ afirmam que o dispositivo infraconstitucional previsto no artigo 323 do CPP seguiu a orientação da Carta Maior, inserindo em seu texto aqueles crimes considerados de maior gravidade e os equiparados aos hediondos. Assim, dentre os crimes que não é permitida a concessão da fiança, a saber, o racismo, os crimes de tortura, o tráfico de entorpecentes, o terrorismo, os equiparados a hediondos, dentre outros.

Desse modo, a redação do atual artigo 323 do CPP passou a ter o seguinte enunciado, *in verbis*:

Art.323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. 2011. Op. cit. p.93

¹⁴TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.646.

Assim, com o novo texto, a fiança ganhou *status* de medida cautelar e a nova redação do artigo 323 do Código de Processo Penal trouxe maior aplicabilidade aos preceitos constitucionais, no tocante ao verdadeiro objetivo da fiança.

2.4 Autoridades Competentes para Fixação

2.4.1 Concessão pela Autoridade Policial

Uma das grandes inovações trazidas pela atual reforma foi a possibilidade do Delegado de Polícia arbitrar fiança em crimes, cuja pena máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos de reclusão.

Reinaldo Rossano Alves traz o seguinte comentário a respeito da importância da concessão da fiança pela autoridade policial:

Atualmente, a autoridade policial pode restituir a liberdade do indiciado preso em flagrante, mediante arbitramento de fiança nos casos de infração punida com pena máxima não superior a 4 anos, independentemente da natureza da sanção privativa de liberdade (reclusão ou detenção).¹⁵

A seu turno, dispõe o artigo 322, *verbis*:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos da infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4(quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Na concepção de Nucci¹⁶, a competência para fixação da fiança ampliou os poderes de concessão à autoridade policial, ou seja, o que antes era permitido apenas a delitos com pena de detenção e prisão simple, hoje tem como parâmetro a pena máxima de quatro anos de reclusão. Logo, pode a autoridade policial, através do recolhimento da fiança arbitrada, determinar a soltura imediata do indiciado.

No tocante aos parâmetros mínimos e máximos a serem observados pelo Delegado de Polícia no momento da fixação da fiança, o artigo 325 do Código de Processo Penal, após a reforma, trouxe a seguinte tipificação:

Art. 325. O valor da fiança será fixada pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
I- de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

¹⁵ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito Processual Penal**. 8. ed., rev. atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 591.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. 2011. Op. cit., p.92.

Logo, de acordo com o novo dispositivo, o Delegado de Polícia poderá arbitrar fiança de 1(um) a 100 (cem) salários mínimos nas infrações cujas penas não ultrapassem 4 (quatro) anos de reclusão, nos demais casos só é cabível a autoridade judiciária conceder fiança, o qual poderá aplicar até 200 (duzentos) salários mínimos podendo, inclusive, aumentá-las até 1000 (mil) vezes, se a situação fática, assim, o exigir.

2.4.2 Concessão pela Autoridade Judiciária

Em relação a fiança arbitrada pela autoridade judiciária, o valor de fixação poderá ser de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando a pena do delito for superior a 4 (quatro) anos de reclusão, nos moldes do atual artigo 325, inciso II do CPP, que troxe o seguinte dispositivo:

Art. 325. O valor da fiança será fixada pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

II- de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos;

Segundo Nucci¹⁷, a reformulação no artigo 325 do CPP foi fundamental no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no tocante aos valores de fixação, que até então eram ínfimos e não geravam nenhum desconforto a quem cometesse delitos.

É importante frisar que a nova legislação possibilitou ao magistrado, nos termos do § 1º, do artigo 325 do CPP, que se a situação econômica do acusado, assim recomendar, a fiança poderá: ser dispensada, reduzida até o máximo de 2/3 ou aumentada até 1000 (mil) vezes.

Logo, não dá para considerar o critério de cálculo da fixação da fiança se não observar, juntamente com os demais dispositivos mencionados, o artigo 350 do CPP, que traz a possibilidade do Juiz conceder liberdade provisória ao acusado, sujeitando-o a outra medida cautelar, com base em sua situação econômica.

Cabe destacar que o artigo 350 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. 2011. Op. cit., p.96.

Desse modo, antes de fixar fiança deve-se, a autoridade policial ou judiciária, observar a situação econômica do acusado e, se for o caso, aplicar outra medida cautelar diversa à prisão que assegure sua vinculação ao processo.

Cabe destacar que, antes de se fixar qualquer valor pecuniário que vincule o acusado ao processo, é importante observar, também, os requisitos previstos no artigo 326 do CPP, quais sejam: a natureza da infração, as condições pessoais da fortuna e a vida pregressa do acusado.

Segue transliterado o seguinte dispositivo, *in verbis*:

Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Em relação às condições pessoais da fortuna, para Távora e Alencar¹⁸, esse, sem dúvida, é um dos principais critérios que a autoridade irá se valer para tomar como base qual valor deverá ser arbitrado. É nesse instante que o Delegado de Polícia ou o Juiz utilizam da sua discricionariedade, pautando-se sempre na razoabilidade e na proporcionalidade, afim de evitar fianças arbitradas de forma desproporcional que irá, conseqüentemente, obstruir a concessão da liberdade.

2.5 Dispensa da Fiança

O artigo 350 do CPP dispõe de forma clara que o magistrado, verificando a hipossuficiência do réu, deverá dispensar a fiança e aplicar outras cautelares capazes de vinculá-lo ao processo. Assim, tabula o referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o as obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Para Eugênio Pacelli e Douglas Fischer “não tendo o preso – ou terceiros – condições para a fiança, ser-lhe-á concedida a liberdade provisória”.¹⁹ Neste caso, o legislador permitiu a autoridade, diante da situação econômica do indiciado ou réu, aplicar outras medidas cautelares, diversas à fiança, capazes de vincular o indivíduo ao processo, sendo ilegítimo restringir sua liberdade por lhe faltar condições em arcar com o valor arbitrado.

¹⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.659.

¹⁹ PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4.ed. rev. atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas. 2012, p.683.

Segundo Alves²⁰, submeter indiciados ou réus ao cárcere, tão somente pelo não pagamento de fiança, fere claramente a Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar previsto na Carta Magna. Nesse sentido, a verdadeira finalidade do instituto não é obstruir a concessão da liberdade, pelo contrário, é facilitar ao indivíduo responder o processo em liberdade, caso suas condições financeiras não impessa que este arque com o valor fixado pela autoridade.

É importante frisar que para Távora e Alencar²¹, a prova da situação econômica do acusado pode ser feita por qualquer meio idôneo, como contracheque, termo de declaração de testemunha, ou assistência pela Defensoria Pública. Nesse sentido, é perfeitamente cabível o atestado de pobreza na declaração de hipossuficiência prestado pelo acusado, no momento em que é representado pela Defensoria Pública.

Diante de tais posicionamentos doutrinários que foram apresentados, é importante observar que a fiança, após a reforma ocorrida com a Lei nº 12.403/2011, foi introduzida como uma, dentre as diversas modalidades de medidas cautelares. Tal medida, portanto, não deve ser encarada como regra, sendo dispensada quando a situação do acusado assim recomendar, com fulcro no artigo 350 do Código de Processo Penal.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BALIZADORES DA FIANÇA E SUA APLICABILIDADE

3.1 A Fixação da Fiança e a Observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, conforme Rogério Greco²², é o princípio basilar norteador de todos os demais princípios. É um valor incapaz de ser suprido diante de sua própria natureza, é um direito próprio de todo ser humano, irrenunciável e inalienável.

De acordo com os posicionamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano,

²⁰ ALVES, Reinaldo Rossano. Op. cit., p.593.

²¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit.,p. 670.

²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 14. ed., rev., atual., amp. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.68.

e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.²³

Conforme ensinamentos de Távora e Alencar²⁴, pelo princípio da dignidade humana, nenhum cidadão pode ter cerceada sua liberdade sem que haja as devidas formalidades legais, ou seja, deve-se cumprir um rito processual previsto em lei, sob pena de a prisão tornar-se ilegal, devendo, neste caso, ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Cabe ressaltar que a Carta Magna de 1988 estabelece, como regra, o direito de liberdade, ou seja, havendo possibilidade do acusado aguardar o feito processual em liberdade, ser-lhe-á concedido tal garantia constitucional, só admitindo a prisão em casos excepcionais e desde que preenchido as formalidades legais.

No tocante à observância do princípio da dignidade da pessoa humana no momento da fixação da fiança, para fins de análise e comparação, traz-se um julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, onde houve afronta à dignidade do afiançado.

A respeito do tema, traz-se um caso prático em que um indivíduo que, em situação de flagrante, referente ao processo 2012.10.1.001930-4, foi preso na Região Administrativa de Santa Maria/DF pelo crime de receptação, previsto no artigo 180, *caput* do Código Penal. A autoridade policial, então, concedeu liberdade provisória ao indiciado mediante o recolhimento de fiança no valor de R\$ 6.200,00 (seis mil e duzentos reais), uma vez que a pena máxima prevista para o crime não ultrapassava quatro anos de reclusão.

No caso em análise, o que se observa, primeiramente, é a desproporcionalidade do valor fixado pela autoridade policial, apesar da nova lei ter ampliado o poder de concessão de fiança aos Delegados de Polícias. Ora, não há como permitir que a fiança seja um meio de constrição que, a todo o custo, obrigue a pessoa a prestá-la como forma de ameaçar o acusado de uma possível prisão.

Ao seu turno, para Alves “atualmente a fiança não pode ser vista como um benefício; na verdade, cuida-se de uma restrição, pois o indiciado ou acusado, para conseguir sua liberdade, fica obrigado a prestá-la”.²⁵ Tal posicionamento deve-se ao fato de que, em

²³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2009, p.86.

²⁴ TÁVORA, Nestro; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.651.

²⁵ ALVES, Reinaldo Rossano. Op. cit., p. 588.

algumas situações, o instituto está sendo utilizado (como regra), o que dificulta a concessão da liberdade.

Em verdade, faz-se necessário que a autoridade observe o que prevê o artigo 326 do CPP, ou seja, a natureza da infração, a vida pregressa do acusado e, principalmente, as condições pessoais da fortuna, pois é este requisito que irá definir qual o *quantum* que o acusado poderá prestar.

Para Fabrício Dias Teixeira, em relação à fiança concedida pelos Delegados de Polícia:

[...] o que se observa é que, diante do caso concreto, diante de sua consciência jurídica, que o Delegado de Polícia deverá analisar preliminarmente e, com a devida responsabilidade, os fatos que lhe são postos à sua apreciação, tudo de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e em consonância com os princípios constitucionais previstos na Constituição Federal da República.²⁶

Nesse sentido, não cabe à autoridade policial fixar fiança por sua íntima convicção além dos limites legais ao caso concreto, principalmente, sem observar o artigo 326 do CPP. Todavia, o que ocorre na prática é justamente o contrário do que prevê o instituto, ou seja, fianças arbitradas sem observância à Lei e, principalmente, sem consonância aos princípios constitucionais, como demonstrados no caso concreto supra.

Em relação ao caso apresentado, o douto juiz *a quo*, ao apreciar o auto de prisão, manteve o valor da fiança, sem ao menos considerar o depoimento prestado pelo acusado, no qual declarou estar desempregado. Irresignada com a decisão prolatada, a Defensoria Pública do Distrito Federal pugnou pela dispensa da fiança conforme prevê a lei.

Em razão da hipossuficiência econômica do acusado e pela dignidade humana, seria coerente (com fulcro em princípio constitucional) o juiz dispensar a fiança sem condicionar a liberdade do acusado à concessão do instituto, pois é necessário observar as condições mínimas deste em arcar com o valor fixado, caso contrário, a segregação cautelar se tornará ilegal.

Todavia, o douto juiz, após apreciar o pedido de dispensa da fiança impetrado pela Defensoria Pública, manteve a prestação do instituto reduzindo seu valor para R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), sob os seguintes fundamentos:

²⁶ TEIXEIRA, Fabrício Dias. **A Aplicabilidade da Fiança: Reflexões Acerca da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011**. Disponível em: <<http://WWW.meuadvogado.com.br/entenda/a-aplicabilidade-da-fianca-reflexoes-acerca-da-lei-12404-de-04-de-maio-de-2011.html>>. Acessado em 24 de maio de 2013.

[...] Em análise aos termos dos preceitos normativos elucidados, observo que a redução ou a dispensa da fiança **encontra-se condicionada à comprovação inequívoca da hipossuficiência financeira do preso em arcar com o ônus**, não bastando, para tanto, meras alegações sem correspondência documental nos autos. Após compulsar detidamente os autos, mormente os documentos acostados às fls. 25/35, **observo que os indiciados não possuem condições financeiras para arcar com o valor inicialmente arbitrado a título de fiança (R\$ 6.220,00), devendo ser ressaltado, nesse sentido, a situação de desempregados.**

[...]

Entretanto, **entendo que o instituto da fiança deve ser homenageado, em razão da importante função que exerce ao processo**, bem como ao meio social, que anseia por uma resposta efetiva dos Poderes Públicos em situações desse jaez. Grifos nossos.

(TJDFT. Proc.2012.10.1.001930-4, Juiz Max Abrahão Alves de Souza. 2ª Vara Criminal de Santa Maria/DF, julgado em 18/03/2013).

A decisão mantendo a fixação da fiança, qualquer que seja o seu valor, fere a dignidade da pessoa humana, pois não se pode obrigar o recolhimento da fiança quando a hipossuficiência do acusado estiver demonstrada. Nesse caso, e com fulcro no artigo 350 do CPP, a fiança deverá ser dispensada e a autoridade julgadora deverá aplicar outra medida cautelar que se enquadre ao caso concreto.

No caso apresentado, o acusado não tinha condições mínimas em arcar com a fiança, sendo que após a Defensoria Pública tentar isentar o valor da fiança, impetrou *habeas corpus* ao TJDF, que concedeu liminar ao paciente um mês após o flagrante, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. FIANÇA NÃO PAGA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Vedado ao Tribunal evocar novo fundamento ou complementar decisão de primeiro grau para obstar concessão de liberdade provisória. Precedentes STJ e STF.

2. Ausentes os requisitos para a prisão cautelar, não há falar em prisão preventiva, ainda que esta tenha sido deferida de forma condicionada a pagamento de fiança.

3. Tratando-se de paciente juridicamente pobre, assistido pela d. Defensoria Pública, e inexistindo provas de que ele não irá contribuir com o andamento processual ou resistir injustificadamente à ordem judicial, concede-se a ordem, independente de pagamento de fiança.

4. Parecer acolhido.

5. Ordem concedida.

(TJDFT 578062, 20120020062689HBC, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 29/03/2012, DJ 13/04/2012 p. 175).

O que se observa, em relação ao caso prático apresentado, é um desrespeito à pessoa humana, pois o lapso temporal que o acusado ficou detido por si só já caracterizaria situação de hipossuficiência. Vale lembrar que o delito supostamente cometido pelo acusado tem como regime inicial de cumprimento de pena o aberto, fato que reforça ainda mais o desrespeito aos preceitos constitucionais, quando se mantém alguém na prisão por fatores exclusivamente econômicos.

Por conseguinte, em situações de miserabilidade do acusado, o artigo 350 do CPP

expressamente prevê que o juiz, verificando ser impossível ao réu prestá-la, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos artigos 327 e 328 do CPP.

3.1 A Fixação da Fiança e a Observância do Princípio da Isonomia

O princípio mandamental em estudo decorre do preceito constitucional previsto no artigo 5º, caput da Carta Magna, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Para Távora e Alencar²⁷ o princípio da igualdade é tratado como o princípio da paridade das armas, ou seja, aquele em que são assegurados às partes contratarem de forma igualitária. Tal garantia constitucional é encarada como uma igualdade material, em que os desiguais são tratados de acordo com suas desigualdades.

Segundo os ensinamentos de Pedro Lenza²⁸, o operador da Lei deve buscar, não apenas a igualdade formal, mas deve ater-se, principalmente, à igualdade material, ou seja, àquela que prevê o tratamento igual aos iguais, e o tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Sobre o tema, traz-se o exemplo de Teixeira²⁹ onde duas pessoas cometeram um crime em concurso de agentes e um deles possuía condição econômica e outro não. Destaca-se que um deles será solto pelo pagamento, quanto ao outro, a autoridade policial não poderá dispensar a fiança por falta de previsão legal.

Segundo o autor, a respeito do tema:

A Lei 12.403/2011 deixou a desejar no que tange a aplicabilidade da fiança, pois o legislador ao elaborá-la, pecou pela inobservância de alguns pontos que vierem a lesionar o preso hipossuficiente, uma vez que se admitiu a fiança e deu a autoridade policial o poder para, de acordo com a situação econômica do réu a fiança possa ser reduzida. Deveria, no mesmo momento ter admitido a dispensa da fiança ao preso pobre, de forma que pudesse ser observado o seu desprestígio financeiro, já que, não seria justo serem duas pessoas presas quando cometerem um mesmo crime, juntos, e devido à condição financeira de um dos presos ser melhor e o outro ser pobre, ser arbitrada a fiança para ambos.³⁰

²⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.58.

²⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 679

²⁹ TEIXEIRA, Fabrício Dias. Op..cit.

³⁰ TEIXEIRA, Fabrício Dias, Op..cit.

Para Nucci “não seria justo o rico ser beneficiado pela liberdade provisória e o pobre ficasse preso unicamente por não dispor de recursos para custear a fiança”.³¹ Em respeito ao princípio da igualdade, caso um dos réus seja hipossuficiente, forçosa será a dispensa da fiança, cabendo a fixação do instituto apenas aos que tiverem condições em arcar com o valor arbitrado.

Por fim, destaca-se que a reforma advinda da Lei nº 12.403/2011 trouxe outras modalidades de medidas cautelares para assegurar a presença do acusado no processo, devendo a autoridade fixar fiança apenas quando as condições financeiras do réu e o caso concreto assim recomendarem.

3.2 A fixação da Fiança e a Obediência ao Estado de Inocência

O princípio do estado de inocência vem consagrado no artigo 5º, inciso LII, da Lei Maior, o qual estabelece que: “LII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Segundo Nucci³², o ônus de provar não é da defesa, mas sim do órgão acusador, que é o detentor da produção de provas e oferecimento da denúncia, caso haja prova de autoria e materialidade do delito.

O interesse do acusado, na visão de Igor Nery Figueiredo³³, sempre deve prevalecer com base no princípio do *in dubio pro reu*, pois enquanto não se encerrar o feito processual com a possível sentença condenatória, logo, não há que se falar em culpa, pois o que prevalece é o princípio da não culpabilidade, princípio esse capaz de assegurar ao acusado o direito de provar ser inocente antes do trânsito em julgado.

Em muitos casos a fiança restringe os direitos fundamentais do indivíduo, porém o instituto não deve ser usado como forma de antecipação da culpabilidade, uma vez que não se pode tratar o indiciado ou acusado como se culpado já fosse. Neste caso, as fianças que são arbitradas com esse objetivo ferem o estado de inocência do acusado, que é assegurado na Constituição Federal.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit.2008. pg. 652.

³² Ibidem., p.81).

³³ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal.** Porto Alegre- RS: Ed. Núria Fabris, 2012, p. 57.

O verdadeiro objetivo da fiança, segundo Távora e Alencar é “obter a presença do agente a todos os atos da persecução penal, evitando-se os efeitos deletérios do cárcere preliminar”.³⁴

Nesse diapasão, não pode o instituto ser utilizado para dificultar a soltura do indivíduo, com a presunção da culpabilidade. A autoridade deverá buscar outra medida cautelar diversa à fiança, pois dificultar a liberdade provisória por causa do não recolhimento da fiança vai de encontro ao princípio do estado de inocência previsto na Carta Maior.

3.3 Princípio do *in dubio pro réu e do favor rei*

Conforme anotado por Igor Nery Figueiredo³⁵, o princípio em análise é um desdobramento do princípio do estado de inocência no âmbito do aspecto probatório. Tal princípio, nas lições de Távora e Alencar³⁶, estabelece que quando houver dúvidas no processo, sempre deve prevalecer o interesse do acusado, principalmente quando estiver de um lado o direito punitivo do Estado e do outro o direito de liberdade assegurado ao acusado.

Veja que tal princípio é perfeitamente cabível no momento em que a autoridade fixa fiança. O direito de liberdade é a regra, e a lei prevê expressamente a possibilidade de aplicação de outras cautelares diversas à fiança, de acordo com caso, principalmente naqueles onde o acusado não consegue comprovar sua renda e ver-se privado em arcar com a fiança imposta.

Na prática, a pessoa fica detida simplesmente pelo fato de não ter recolhida a fiança, apesar de ter declarado diante da autoridade policial que se encontra desempregada. O exemplo clássico é o caso em que o magistrado exige a comprovação da hipossuficiência, mesmo o acusado tendo declarado não possuir condições, além de estar sendo patrocinado pela Defensoria Pública.

Como bem anotado por Távora e Alencar³⁷, a simples declaração de hipossuficiência já seria suficiente para atestar a pobreza do acusado ou indiciado. Cabe destacar que o entendimento utilizado hoje pelos tribunais é contrário, uma vez que o ônus de provar a situação de hipossuficiência cabe ao acusado, conforme julgado *in verbis*:

HABEAS CORPUS - FURTO EM CONTINUIDADE DELITIVA - PRISÃO EM FLAGRANTE - ARBITRAMENTO DE FIANÇA - LEGALIDADE - OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NOS ARTIGOS 325 E 326 DO CPP - ORDEM DENEGADA.

1. A dispensa ou redução da fiança está sujeita à verificação do magistrado no caso concreto. Na hipótese, não se extraindo dos autos a alegada condição de

³⁴TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.657.

³⁵FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit., p. 57.

³⁶TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.70.

³⁷TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p. 671.

miserabilidade capaz de justificar a isenção e/ou redução pleiteada, não há ilegalidade a ser sanada pela via eleita. A comprovação da situação econômica do paciente é ônus probatório da defesa. Assim, não havendo prova nesse sentido, mantém-se a fiança arbitrada.

2. Ordem denegada.

(TJDFT. Acórdão n.674108, 20130020081075HBC, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/05/2013, Publicado no DJE: 07/05/2013. Pág.: 192).

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, mantém o seguinte entendimento, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE O PAGAMENTO DE FIANÇA. VALOR FIXADO EM DESACORDO COM A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não há que se falar em constrangimento ilegal em fiança estabelecida de acordo com a lei penal e as circunstâncias em que o crime foi praticado.

2. A análise quanto à capacidade econômica do paciente demandaria dilação probatória, o que é impossível na via estreita do writ.

3. Agravo regimental a que se dá provimento para conhecer e denegar a ordem de habeas corpus.

(AgRg no HC 222565/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 01/03/2012).

3.4 Razoabilidade e Proporcionalidade no Momento do Arbitramento e Fixação da Fiança

Na definição trazida por Hely Lopes Meireles³⁸, razoabilidade e a proporcionalidade são princípios relacionados à proibição do excesso, cabendo ao agente público evitar meios desnecessários ou abusivos que possam vir a lesar direitos e garantias fundamentais.

Conforme lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco “o princípio da proporcionalidade era assim considerado elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais”.³⁹ Note que, qualquer ato do agente público que descumpra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, implicitamente estará violando direitos fundamentais assegurados ao indivíduo.

Sem dúvida, este é um dos mais importantes princípios à disposição da autoridade no momento de se fixar fiança. É neste momento que o Delegado ou Juiz irá observar o *quantum*

³⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. atual. por Eurico e Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 92.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: 2009 2009, p. 360.

que poderá ser pago pelo indivíduo, caso seja fixada a fiança, e se é razoável a aplicação de outra cautelar conforme exigências do caso concreto.

Ocorre que, o grande problema enfrentado em relação ao instituto da fiança são os valores fixados de forma exorbitantes pelas autoridades, sem consonância com o princípio da proporcionalidade, além de não serem observados os requisitos previstos no artigo 326 do CPP, isto é, a gravidade do crime, a circunstância do fato e as condições pessoais do acusado.

Para os autores Auriney Uchôa de Brito e Ivam Luís

Há dois problemas graves com a questão do arbitramento da fiança quando não se respeita o princípio da proporcionalidade: a fiança, mesmo em valores regulares e módicos para o réu pobre e a fiança exorbitante, acima da capacidade contributiva do agente.⁴⁰

No mesmo sentido para o autor Franklyn Roger Alves Silva:

[...] a reforma processual operada pela Lei n. 12.403/2011 deixou clara a intenção do legislador em evitar a imposição de prisão cautelar em desarmonia aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade, devendo o Juiz buscar a aplicação das novas medidas cautelares restritivas, em detrimento da privação corporal cautelar.⁴¹

Sobre o tema, faz-se a análise do caso concreto onde um indivíduo preso em flagrante delito pelo crime de porte de arma, previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, na Região Administrativa de Santa Maria/DF, referente ao processo 2012.10.1.007229-2.

No presente caso concreto a autoridade policial concedeu liberdade provisória, mediante fiança, ao indiciado no valor de R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil e reais). Ao seu turno, ao arbitrar tal quantia, o Delegado de Polícia não agiu com proporcionalidade, pois além do crime não ter sido cometido com violência e grave ameaça, o indiciado afirmou estar desempregado na delegacia de polícia, fato que revela a situação de hipossuficiência.

Também estavam ausentes os requisitos da prisão preventiva, destarte, não há que se falar em restrição da liberdade pelo simples fato de o acusado não recolher fiança, uma vez que o legislador trouxe à disposição da autoridade a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares.

⁴⁰BRITO, Auriney Uchôa; MARQUES, Ivan Luís. **O valor da fiança: licitude ou ilicitude, balizadas pela razoabilidade.** Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/aurineybrito/2013/04/24/0-valor-da-fianca-licitude-ou-ilicitude-balizadas-pela-razoabilidade>>. Acessado em 24 de maio de 2013.

⁴¹SILVA, Franklyn Roger Alves. **A Contraposição entre o Critério de Arbitramento de Fiança e a Situação Econômica do Preso- Restituição do Status Libertatis.** Disponível em: <HTTP://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13141/franklyn_roger_alves_silva.pdf> Acessado em 24 de maio de 2013.

No caso concreto apresentado, inconformada com a fiança arbitrada pelo Delegado de Polícia, a Defensoria Pública pugnou pela dispensa desta, nos moldes do artigo 350 do CPP, tendo o Juiz da respectiva vara criminal decidido sobre o pleito defensivo, nos seguintes termos:

“ [...] Ao ensejo, esclareço que, não obstante haver o legislador fixado o grau máximo de redução em dois terços (art. 325, §1º, inciso II, do Código de Processo Penal), é facultado ao órgão julgador, com fundamento na velha parêmia "quem pode o mais, pode o menos", reduzir além daquele patamar, pois, segundo retratado alhures, foi-lhe oportunizada à dispensa da fiança. Em análise aos autos, observo que o autuado Arielton Alberto informou possuir a função de balconista e perceber, mensalmente, a quantia aproximada de R\$ 640,00 (fl. 09). Os autos registram, ainda, que o aludido indiciado está em gozo de seguro-desemprego, no valor mensal de R\$ 622,00 (fl. 53). Logo, diante das novas circunstâncias trazidas aos autos, vislumbro que o valor inicialmente arbitrado pela autoridade policial revela-se exacerbado. Ressalto, também, que a redução em apenas dois terços, patamar máximo legalmente balizado, não adequaria o valor da fiança às peculiaridades do caso concreto. Estabelecidas essas premissas, INDEFIRO o pedido de dispensa do recolhimento do valor da fiança ou substituição desta por outra medida cautelar, formulado pelo indiciado ARIELTON ALBERTO DA SILVA. Em contrapartida, **REDUZO a quantia inicialmente arbitrada pela autoridade policial, fixando-a doravante no valor referente a dois salários mínimos, a saber: R\$ 1.244,00 (um mil, duzentos e quarenta e quatro reais)**. Por conseguinte, comprovado o regular recolhimento do valor fixado, expeça-se o competente alvará de soltura. Cumpra-se. Intime-se. (TJDFT. Proc.2012.10.1.007229-2. Juiz Max Abraão Alves de Souza. Circunscrição :10 - SANTA MARIA Vara : 302 - SEGUNDA VARA CRIMINAL DE SANTA MARIA Santa Maria - DF, sexta-feira, 28/09/2012 às 17h42)

Nota-se que no referido julgado, o juiz *a quo* diminuiu o valor da fiança inicialmente fixado, porém, continuou o acusado privado de sua liberdade, ou seja, não houve observância às condições econômicas do detido. Vale lembrar que o direito à liberdade é a regra prevista na Constituição Federal. Por conseguinte, é inadmissível que em um Estado Democrático de Direito a fixação da fiança seja determinada em valores impossíveis de serem adimplidos.

Assim, agindo a autoridade competente para fixar fiança com excesso, consequentemente o princípio da proporcionalidade será violado, neste caso, a fixação da fiança sem observância à adequação e à necessidade afronta o direito de todo e qualquer cidadão que ver cerceada sua liberdade pelo simples fato de ter condicionada sua soltura ao pagamento de uma fiança, que muitas das vezes é arbitrada de forma ilegal e abusiva.

3.4 A Fiança e o Princípio da Motivação das Decisões

Antes de aprofundar no estudo do respectivo princípio, é importante analisar o que estabelece o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

IX- todos os julgamentos do órgão 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 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.

Veja que a autoridade judiciária é livre para decidir, no entanto, todas as decisões tomadas deverão ser fundamentadas, sob pena de afrontar o texto previsto na Carta Magna e a decisão ser passível de nulidade.

Na liberdade provisória com ou sem fiança, antes do advento da reforma ocorrida com a Lei nº 12.403/2011, o Juiz não era obrigado a fundamentar sua decisão, diante da concessão ou não do instituto da fiança.

Ocorre que a fiança, após a nova lei, foi remodelada no sistema pátrio, passando a constituir medida cautelar alternativa à prisão, conforme o inciso VIII do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, a fixação da fiança, como a de qualquer outra medida cautelar, exige fundamentação, a qual deve se pautar na finalidade do instituto, extraída pela inteligência do inciso VIII do artigo 319 e do artigo 336 do CPP, qual seja: assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial e servir para o pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Na visão de Távora e Alencar:

[...] por injunção do art. 93, inciso IX, da CF, que o magistrado está obrigado a fundamentar a concessão da liberdade provisória, assim como a manutenção da prisão em flagrante, por entender que a medida não era cabível no caso concreto. Com efeito, na transparência necessária, deve o julgador sempre motivar a manutenção da prisão em flagrante, deixando claros os motivos que não o levaram a concessão da liberdade provisória, em face da necessidade da segregação cautelar.⁴²

Logo, deve a autoridade julgadora, no momento de fixar fiança, fundamentar sua decisão, informando os motivos da não aplicabilidade de outras medidas cautelares dispostas ao analisar o caso concreto.

Nesse sentido, vem decidindo o egrégio TJDFT, conforme se vê na seguinte ementa, *in verbis*:

HABEAS CORPUS - ROUBO SIMPLES - CELULAR RESTITUÍDO - FIANÇA - REQUISITOS DO ART. 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
I. O Magistrado deve apontar os elementos concretos que o levaram à medida cautelar alternativa. A ausência de fundamentação ou a repetição de expressões genéricas, sem mínima referência às especialidades do caso e do segregado, desautorizam a fixação da fiança.
II. A fiança deve ser afastada se não há indicação expressa dos motivos pelos quais o

⁴²TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit., p.654.

julgador a considerou necessária. Ofensa ao art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal.

III. Ordem parcialmente concedida.
(Acórdão n. 633182, 20120020237552HBC, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 08/11/2012, DJ 13/11/2012 p. 218). Grifos nossos.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, traz o seguinte precedente:

[...] Observa-se que, ao manter a segregação cautelar, o Juízo de origem não indicou elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade da prisão dos pacientes. Ademais, o fato de se utilizar de documento padrão, do qual constam espaços apenas para o preenchimento do número do processo, do nome do réu, da data designada para a audiência e da data de assinatura, demonstra-se flagrante a ausência de individualização dos decretos prisionais. Por fim, frise-se que os crimes supostamente perpetrados pelos pacientes são: resistência (art. 329 do CP) e desacato (art. 331 do CP), cada qual com penas de detenção de 2 meses a 2 anos e de 6 meses a 2 anos. Realmente, em sede preliminar de análise, reputo inidônea a medida de constrição. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar para suspender, até o julgamento deste HC, os efeitos da ordem de prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes (Ismar Correia das Neves e Benedito Neves de Assis) pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aracruz/ES (Processo n. 006.06.008134-3). Estando os autos suficientemente instruídos, abra-se vista ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 30 de março de 2011. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente. (HC 107617 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 30/03/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULGO 04/04/2011 PUBLICADO 05/04/2011).

No caso apresentado, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu-se que o magistrado não reunira dados concretos hábeis a justificar a necessidade da constrição cautelar como meio necessário e inafastável para se resguardar a aplicação da lei penal. Assim, fixada a fiança sem a devida fundamentação, a medida cautelar deve ser afastada, concedendo-se a liberdade provisória independentemente de seu pagamento.

CONCLUSÃO

O instituto da fiança, conforme posicionamentos doutrinários apresentados na presente pesquisa, antes do advento da Lei nº 12.403/2011, encontrava-se sem nenhuma aplicabilidade prática, uma vez que não era tão efetiva na fase inquisitorial, haja vista os Delegados de Polícia só poderem fixar fiança apenas nos casos de detenção simples, ou seja, nos delitos de menor expressividade.

Verifica-se que, com a reforma ocorrida em 2011, a fiança se revitalizou, passando a ser elencada como uma das modalidades de medidas cautelares alternativas à prisão, além de aumentar as atribuições da Autoridade Policial, que, atualmente, pode arbitrar fiança nos

delitos cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos de reclusão. Outro fator positivo foi o valor da fiança que aumentou significativamente com o objetivo de cumprir seu escopo no curso do processo.

Todavia, conforme casos jurisprudenciais explorados, verificou-se que, mesmo o instituto passando a ter maior aplicabilidade no sistema jurídico pátrio, seu mal uso afronta, às vezes, princípios basilares previstos na Carta Magna, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, o estado de inocência, a isonomia, dentre outros.

Em relação à situação econômica do acusado, existe o entendimento doutrinário que bastaria a simples declaração do mesmo para se comprovar a hipossuficiência financeira, todavia, o posicionamento que predomina hodiernamente nos Tribunais é de que o ônus de comprovar a hipossuficiência cabe ao próprio acusado. Logo, tal entendimento jurisprudencial afronta princípios constitucionais.

Nesse diapasão, não há como permitir que a fiança seja um meio de constrição à liberdade que, a todo custo, obrigue a pessoa a prestá-la como forma de ameaçar o acusado de uma possível prisão. É necessário que a autoridade observe o que prevê o artigo 326 do CPP, isto é, a natureza da infração, a vida pregressa do indivíduo e, principalmente, as condições pessoais do acusado ou indiciado.

Ademais, verifica-se que o instituto da fiança, em alguns casos, não veio para beneficiar o réu, pois, em muitas situações, impede a concessão da liberdade daqueles que sequer conseguem comprovar sua situação de miserabilidade. Tais pessoas ficam detidas apenas por fatores econômicos, demonstrando, assim, afronta à verdadeira finalidade do instituto.

Ao seu turno, o princípio da razoabilidade é um dos que não deve ser omitido pela autoridade no momento de se fixar fiança, no entanto, o que ficou demonstrado, é que, em muitos casos, as autoridades, principalmente os Delegados de Polícia, arbitram fiança sem ao menos considerar a situação econômica do indivíduo, prevista no artigo 350 do CPP.

Por fim, cabe ressaltar que a pessoa não pode ser tratada como se culpada já fosse, uma vez que é vedada a antecipação de execução da pena (impor a fiança como forma de punição). Ademais, existem outras medidas alternativas que foram implementadas pela Lei nº 12.403/2011, assim, em um caso concreto, estas poderiam ser aplicadas como forma de evitar uma fiança desproporcional e exorbitante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito Processual Penal**. 8.ed., rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2013.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no HC 222565/SE. Impetrante: Eduardo Banks dos Santos Pinheiro. Impetrado: Tribunal de Justiça de Sergipe. Relator. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Quinta Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 01/03/2012.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 107617 MC. Impetrante: Thiago Piloni. Cotor: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgado em 30/03/2011, publicado em DJe-064 04/04/2011, Publicado em 05/04/2011.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo: 2012.10.1.001930-4, Juiz Max Abrahão Alves de Souza. 2ª Vara Criminal de Santa Maria, Distrito Federal, julgado em 18/03/2013.
- _____.578062, 20120020062689HBC. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS. 2ª Turma Criminal, julgado em 29/03/2012, DJ 13/04/2012 p. 175.
- _____.1ª Turma Criminal: RSE nº 2004.01.1.042051-2. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Recorrido: Aldair Tavares Nunes. Relator Desembargador. SÉRGIO BITTENCOURT, DJ 17/08/2005 p. 68.
- _____.2ª Turma Criminal. 20080020031195HBC. Impetrante: Carlos Eduardo de Souza Lima. Relator NILSONI DE FREITAS, em 15/05/2008, DJ 09/07/2008 p. 113.
- _____.Acórdão n.674108, 20130020081075HBC. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/05/2013, Publicado no DJE: 07/05/2013. Pág.: 192.
- _____.Proc.2012.10.1.007229-2. Juiz Max Abrahão Alves de Souza. Circunscrição :10 Vara : 302 – Segunda Vara Criminal de Santa Maria- DF, sexta-feira, 28/09/2012 às 17h42.
- _____.Acórdão n. 633182, 20120020237552HBC. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 08/11/2012, DJ 13/11/2012 p. 218)
- BRITO, Auriney Uchôa; MARQUES, Ivan Luís. O valor da fiança: licitude ou ilicitude, balizadas pela razoabilidade. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/aurineybrito/2013/04/24/0-valor-da-fianca-licitude-ou-ilicitude-balizadas-pela-razoabilidade>>. Acessado em 24 de maio de 2013.
- DIAS, Luiz Henrique Medeiros. **Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória**. Teoria e Prática. São Paulo: Edioro. 2011.
- FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal**: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre- RS: Núria Fabris, 2012.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**, uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- _____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 14. ed., rev., atual., amp. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo. Saraiva, 2009.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. atual. por Eurico e Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5.ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

- _____. **Prisão e Liberdade:** As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2007.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal** e sua Jurisprudência. 4.ed. rev. atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 4. ed.rev atual. São Paulo: Método, 2009.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. SILVA. A Contraposição entre o Critério de Arbitramento de Fiança e a Situação Econômica do Preso- Restituição do Status Libertatis.Disponívelem:<[HTTP://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13141/franklyn_roger_alves_silva.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13141/franklyn_roger_alves_silva.pdf). Acessado em 24 de maio de 2013.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processo Penal.** De acordo com as leis 12.403/2011 e 15.529/2011. 7. ed.ampl. e atual. São Paulo: Jus Podium, 2012.
- TEIXEIRA, Fabrício Dias. A Aplicabilidade da Fiança: Reflexões Acerca da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Disponível em: <<http://WWW.meuadvogado.com.br/entenda/a-aplicabilidade-da-fianca-reflexoes-acerca=da-lei-12404-de-04-de-maio-de-2011.html>>. Acessado em 24 de maio de 2013.

O CONFLITO ENTRE A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: REFLEXOS NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Daniel Fernandes Silva Félix¹

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo investigar o conflito existente entre a carga tributária brasileira e o princípio da capacidade contributiva, no que tange ao exercício dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. É de grande conhecimento que a carga tributária brasileira é uma das maiores do mundo, sendo os tributos uma das fontes principais de receitas estatais. Sabe-se também que o princípio da capacidade contributiva está previsto constitucionalmente e não é respeitado, o que prejudica o exercício dos direitos sociais, também presentes no texto constitucional.

Palavras-chave: Tributos; Carga Tributária; Capacidade Contributiva; Lei; Constituição; Direitos Sociais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema “O Conflito entre a Carga Tributária Brasileira e o Princípio da Capacidade Contributiva: Reflexos na Aplicação do Artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil”, tendo por finalidade estudar o princípio da capacidade contributiva, analisar a carga tributária brasileira e, ademais, pormenorizar o conflito entre a carga tributária brasileira e o princípio da capacidade contributiva, buscando compreender seus reflexos na aplicação do artigo 6º da Constituição da República.

Primeiramente, buscar-se-á produzir uma análise do princípio da capacidade contributiva – seu histórico, sua evolução na legislação constitucional brasileira, suas finalidades, além de seus impactos e irradiações no Direito Tributário e no Direito

¹ Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central. Autor dos Livros "QUESTÕES CESPE: Direito Constitucional", "QUESTÕES CESPE: Direito Civil e Direito Processual Civil" e "QUESTÕES CESPE: Direito Penal e Direito Processual Penal I", todos pela Editora Sintagma.

Constitucional, por intermédio de pesquisas doutrinárias, aduzidas da mais especializada escolástica pátria.

Por conseguinte, abordar-se-á a carga tributária brasileira, por meio, principalmente, da compilação de dados pertinentes ao tema publicados por órgãos e entidades públicas e privadas, visando à análise dos seus índices e indicadores, buscando a percepção da trajetória dos indicadores concernentes à carga tributária brasileira, principalmente no período compreendido entre 2000 e 2012.

Ademais, propor-se-á o confronto entre os dois conceitos, analisando-se os direitos sociais existentes no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, e os reflexos da não observância do princípio da capacidade contributiva e dos altos índices da carga tributária brasileira no exercício desses direitos sociais, tão importantes e vitais para a manutenção da sociedade brasileira.

A pertinência do tema é observada no cotidiano brasileiro, cuja população sofre com elevados tributos, tendo de contribuir de forma desigual em relação à renda e às condições pessoais, e, a despeito deste fato, não usufrui dos benefícios que deveriam ser garantidos de plano pelo Estado.

1. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva é um dos princípios tributários constitucionalmente previstos, visível no artigo 145, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Relaciona-se com o princípio da isonomia tributária, bem como pode ser considerado consequência lógica deste.

O princípio da isonomia tributária coíbe a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que possuam situação financeira paritária, também chamada de equipolência, conforme ensina Eduardo Sabbag, (2008, p. 37). Este princípio ganhou alicerce com a mudança do regime político ocorrida no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988.

A partir daí, passou-se a repudiar as chamadas desigualdades tributárias, que ocorriam no Regime Militar, como, por exemplo, a isenção do pagamento de impostos concedida a juízes, militares e políticos. O principal marco desse repúdio, conforme já mencionado, é a Carta Federativa de 1988, a qual instituiu um novo regime político e, em seu teor, apresentou algumas novas regras tributárias.

O princípio da igualdade, em sua faceta tributária, encontra-se previsto no artigo 150, inciso II, da atual Constituição e, conforme já disposto, passou a se relacionar intimamente com o princípio da capacidade contributiva.

A par dessas informações, apreende-se que o princípio da capacidade contributiva é “a aptidão do contribuinte para suportar o ônus tributário, ou seja, a possibilidade de arcar com o pagamento de determinado tributo”, na doutrina de José Alexandre Zapatero(2008, p. 46).

1.1 Histórico

O mais antigo registro acerca do princípio da capacidade contributiva refere-se à cidade grega de Atenas, na época do legislador Sólon, nos ensinamentos de Micaela Dominguez Dutra, (2010, p. 63). Neste período, havia um imposto que instituía quatro diferentes classes de contribuintes, categorias organizadas progressivamente, de acordo com a riqueza de cada pessoa.

Segundo a doutrina de José Maurício Conti (1997, p. 37), na Grécia Antiga existia também um imposto que tinha por finalidade o custeio e a manutenção da Marinha. Tal tributo era exigido apenas de quem possuía fortuna igual ou superior a dez talentos. Ainda segundo esse autor, em Roma também houve um tributo, chamado de Soberbo, cujos índices eram calculados de acordo com as posses do contribuinte.

Na Idade Média, a oneração tributária incidia basicamente sobre a população em geral, mas isentava o clero e a nobreza, segundo a doutrina de José Maurício Conti(1997, p. 37). Diz-se que o período retromencionado, quanto ao Direito Tributário, resume-se à máxima: “(...) o costume antigo era que o povo contribuísse com seus bens, a nobreza com seu sangue e o clero com suas preces” (DUTRA, 2010, p. 63).

São Tomás de Aquino externou em sua literatura que as pessoas deveriam custear os tributos *secundum facultatem*, isto é, os tributos devem ser justos, levando-se em consideração a condição pessoal do pagante (DUTRA, 2010, p. 64).

Mas é em Adam Smith que o princípio da capacidade contributiva ganhou azo. Na obra “A Riqueza das Nações”, Smith externa que os contribuintes têm de ser onerados em conformidade com suas capacidades, conforme bem se lê abaixo (2003, p. 282):

Os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado. As despesas de governo, em

relação aos indivíduos de uma grande nação, são como despesas de administração em relação aos rendeiros associados de uma grande propriedade, os quais são obrigados a contribuir em proporção aos respectivos interesses que têm na propriedade. É na observância ou não-observância desse princípio que consiste o que se denomina de equidade ou falta de equidade da tributação. Importa observar, uma vez por todas, que todo imposto que, em última análise recai exclusivamente sobre um dos três tipos de rendimento acima mencionados é necessariamente não eqüitativo, na medida em que não afeta os dois outros tipos de rendimentos.

Com esse entendimento, vários autores conferem a Adam Smith a origem do princípio da capacidade contributiva, uma vez que, ao que se sabe, ele foi o primeiro teórico a estudar o tema e produzir obra científica nesse sentido (DUTRA, 2010, p. 65).

O pensamento de Adam Smith, a partir daí, teve reflexos significativos em legislações europeias, entre as quais podem ser citadas a Constituição francesa de 1789, a da República Romana de 1798 e a espanhola de 1812 (DUTRA, 2010, p. 66). Como expressão internacional do princípio da capacidade contributiva, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão assim prescreve em seu artigo 13:

Art. 13.º Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

É importante ressaltar que alguns eventos históricos de suma relevância para a História e para o Direito ocorreram, entre outras razões, pela violação à capacidade contributiva, tais como a Revolução Francesa e a Inconfidência Mineira.

Após o fim do liberalismo, os tributos passaram a ter uma faceta social, isto é, as contribuições impostas pelo Estado não seriam analisadas somente sob a égide financeira, mas também sob o prisma da contribuição social. A partir daí, portanto, a ideia da capacidade contributiva passou a figurar nas imposições tributárias, uma vez que, sob o viés social, o tributo deveria ser arrecadado segundo as condições e a capacidade de cada um (DUTRA, 2010, p. 67).

O princípio da capacidade contributiva voltou à tona nas décadas de 1980 e 1990, quando passou a ser mais profundamente estudado e explorado por tributaristas de renome e adotado pelas jurisprudências dos tribunais constitucionais.

Na lição de Carlos Paulo Taboada (1978, p. 126-134 apud DUTRA, 2010, p. 71), três fases podem ser identificadas no que concerne à evolução histórica do princípio da capacidade contributiva.

A primeira delas se refere ao fato de que a capacidade contributiva era enumerada como princípio da justiça, uma vez que os impostos deveriam se relacionar com a riqueza dos indivíduos. A segunda, a seu turno, concerne a ideia de que a capacidade contributiva, corolário dos impostos, vigorava como catalisador da igualdade em seu aspecto formal. Já a terceira fase, mais atual, eleva o princípio da capacidade contributiva a status de faceta da isonomia material, isto é, aquela que considera os caracteres inerentes à pessoa e aos grupos de pessoas quando da tributação.

Essa última fase, na qual os estudos atuais caminham, defende que, além da previsão formal da lei, a capacidade contributiva deve sempre pautar pela consideração das condições, principalmente econômicas, na instituição e exigência dos tributos.

1.2 Evolução na legislação constitucional brasileira

A doutrina faz apontamentos de que, no Brasil, a primeira referência ao princípio da capacidade contributiva está contida na Constituição de 1824, no artigo 179, §15, a seguir em seu teor original:

XV. Ninguém será exempto de contribuir pera asdespezas do Estado em proporção dos seus haveres.

Pedro Lenza (2010, p. 91) adverte que a Constituição imperial sofreu forte influência da Carta francesa de 1814, além de ser marcada por forte centralismo político e administrativo, além da figura do Poder Moderador, exercido pelo Imperador.

A Constituição de 1891, a primeira elaborada já em período republicano, não contemplou expressamente o princípio da capacidade contributiva. Todavia, o princípio da isonomia – do qual decorre a capacidade contributiva – estava consagrado no §2º do artigo 7º, abaixo transcrito:

§ 2º - Os impostos decretados pela União devem ser uniformes para todos os Estados.

A Constituição brasileira de 1934 quedou-se inerte quanto ao princípio em comento, tendo apenas instituído regras gerais sobre a tributação nacional.

De mesmo modo, a Constituição de 1937 – que recebeu a alcunha de “polaca”, em referência à forte influência da Carta polonesa, consoante a doutrina de Pedro Lenza (2010, p. 104-105) -, elaborada na Era Vargas, em que pese enumerar diversos direitos sociais e instituir de forma expressiva normas relacionadas ao desenvolvimento econômico, não se

referiu de modo taxativo ao princípio da capacidade contributiva, tendo seguido os moldes da Carta anterior, sendo aduzidas apenas normas gerais sobre a tributação.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, promulgada em 18 de setembro daquele ano, constitui verdadeiro documento de redemocratização, uma vez que rompeu com os ideais totalitários sustentados por Getúlio Vargas, que permaneceu no poder de 1930 a 1943 (LENZA, 2010, p. 107-108). A doutrina faz apontamentos no sentido de que esta Constituição inspirou-se nos ideais liberais previstos na Carta de 1891 e nos moldes sociais pregados em 1934.

A Lei Maior de 1946 retomou a previsão expressa acerca do princípio da capacidade contributiva, bem como o da isonomia tributária. A isonomia foi realçada no artigo 17 da Carta de 1946, que assim informava:

A União é vedado decretar tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção ou preferência para este ou aquele porto, em detrimento de outro de qualquer Estado.

O princípio da capacidade contributiva aparece visível no artigo 202 da Constituição de 1946, abaixo copiado:

Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.

KiyoshiHarada (2010, pp. 364-365) ensina que este princípio, da forma como foi proposto, possuía caráter programático, isto é, orientava a ação do Poder Legislativo quanto a esta matéria.

Na Constituição de 1967 – bem como na Emenda Constitucional nº 1/1969 -, o princípio da capacidade contributiva não foi reproduzido de modo expresso. Embora a capacidade contributiva não estivesse plenamente prevista na mencionada Constituição – bem como na Emenda nº 1 -, parcela respeitável da doutrina pátria, capitaneada por Aliomar Baleeiro, entende que o princípio continuou vigente no Brasil, desde que se utilizasse a interpretação sistemática dessa Carta (DUTRA 2010, p. 71).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente considerada um marco na redemocratização do país e no rompimento com os ditames militares vigente no Brasil entre 1964 e 1985, instituiu nova ordem democrática e, por consequência, um novo Estado democrático.

A Constituição de 1988, portanto, trouxe em seu teor novidade normativa, inclusive em matéria tributária. A atual Carta cidadã dedicou extenso capítulo – do artigo 145 ao artigo 162 – somente à disciplina da tributação nacional.

Em relação ao princípio da capacidade contributiva, este se encontra taxativamente previsto no artigo 145, §1º, que a seguir é trasladado:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Kiyoshi Harada (2010, p. 365) propõe interessante comparativo entre a previsão da Constituição de 1988 e a da Carta de 1946. Segundo o autor, ambas são normas de caráter programático, mas a Lei de 1988 é mais específica em seu texto, uma vez que aponta que os impostos terão caráter pessoal, enquanto a literalidade do artigo 202 da Constituição de 1946 se referia a tributos, ou seja, esta se refere ao gênero e aquela à espécie.

Isso se dá pelo fato de que, já há tempos, os impostos constituem o principal meio de arrecadação estatal, consistente na retirada coercitiva de parcelas patrimoniais dos particulares. É importante frisar que, apesar de o teor literal da Constituição se referir somente a impostos, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 216259, que o princípio em estudo é aplicável às taxas.

Harada (2010, pp. 365-366) assevera também que a atual previsão do princípio da capacidade contributiva não é de observância obrigatória. Assim o é porque não há parâmetros legais de caráter nacional, relativamente a determinadas condições escalonadas, ou mesmo às condições pessoais de cada contribuinte.

Essa problemática gera algumas características bastante peculiares quanto à atual aplicação do princípio da capacidade contributiva. De um lado, não é de observância obrigatória, eis que devido de omissão legislativa em sua regulamentação, o que não garante ao contribuinte direito subjetivo ao escalonamento dos tributos em face às suas condições pessoais e econômicas. Assim, ensina Harada (2010, p. 365), não poderá o contribuinte “bater às portas do Judiciário pleiteando que determinado imposto ajuste-se ao seu perfil econômico (...)”, mas o princípio em estudo “produz efeito pelo seu aspecto negativo, à medida que confere ao contribuinte a faculdade de exigir que o poder tributante não pratique atos que o contravenha”.

Portanto, certo é que o princípio da capacidade contributiva é fundamento assentado no teor constitucional, o que revela a preocupação do legislador constituinte em elevá-lo ao superior patamar de conteúdo formal e materialmente constitucional, eis que, conforme mencionado, lê-se o referido princípio do artigo 145, § 1º, da Carta de 1988.

1.3 Finalidade

A doutrina é assente no sentido de considerar que uma das finalidades precípua do princípio da capacidade contributiva é a busca pela justiça fiscal, ou justiça distributiva (SABBAG, 2008, p. 38).

Noutro esteio, conforme já mencionado, o princípio da capacidade contributiva relaciona-se ao ideal de igualdade ou isonomia, buscando criar mecanismos de tributação igualitários para os contribuintes na medida das suas possibilidades de contribuição.

Micaela Dominguez Dutra, em análise ao princípio da capacidade contributiva, assevera que a sua finalidade maior é atingir a justiça e a igualdade, refletindo seus predicativos na sociedade (2010, pp. 20-22).

Portanto, certo é que se busca, com a instituição desse importante princípio, o atingimento da justiça e a busca pela igualdade no âmbito tributário.

A justiça, considerada um sobreprincípio (DUTRA, 2010, p. 20), ganha forma no ordenamento jurídico no prumo do inciso I do artigo 3º da Constituição da República, que elenca como objetivo nacional “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Roberto Wagner Nogueira (2002, p. 26 apud DUTRA, 2010, p. 21) se refere à justiça no âmbito tributário como sendo a junção de pelo menos duas características básicas, a seguir analisadas.

A primeira, de cunho eminentemente social, remonta à ideia de uma forte e presente regulação na distribuição de bens na estrutura básica da sociedade. Fato notório é que há uma extensa problemática, quanto a essa característica apresentada por Nogueira, no contexto brasileiro: não há distribuição de renda igualitária e justa e, por conseguinte, inexistente também mecanismo de regulação.

A desigualdade na distribuição de renda no Brasil merece especial atenção. Dados oficiais, publicados pelo Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES demonstram que, de 1981 a 2001, 47% da renda nacional encontra-se em poder de apenas 10% da população. Ou seja, apenas um décimo de todos os brasileiros detém quase metade de toda a renda nacional.

Por outro lado, não há que se falar em regulação, por parte do Estado, na distribuição dos bens. Várias são as orientações legislativas e constitucionais sobre, por exemplo, a melhor

distribuição de terras. Todavia, não é de interesse político que a reforma agrária seja efetivamente realizada.

A segunda característica proposta por Nogueira, na busca pela justiça tributária, é a da instituição de um fundo comum público, destinado a garantir a oferta de bens e serviços impossíveis de serem assegurados a todos os cidadãos, caso sejam entregues ao mercado.

Esse pensamento mostra-se plausível, eis que os dados sobre o acesso aos serviços básicos também se mostram alarmantes. Em estudo divulgado em 2012, por intermédio do comunicado nº 129 – Presença de Estado no Brasil, o Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA manifestou-se nos seguintes termos no que tange ao acesso à saúde no Brasil:

Em relação às consultas aprovadas pelo SUS, o país tem 460 municípios com média inferior a um atendimento por habitante e 2.176 municípios sem nenhuma internação aprovada pelo SUS, que pode ser entendido como o número de municípios sem leitos para internação.

De modo geral, a presença do Estado na área da saúde se mostra com desequilíbrio regional, desfavorecendo as regiões menos desenvolvidas do país, com menos presença de profissionais com nível de instrução superior e menor quantidade de leitos disponíveis para internação. Além dos fatores econômicos, agravam a situação de desigualdade, a dimensão e a complexidade das suas áreas e as dificuldades de locomoção decorrentes destas condições.

Assim sendo, verifica-se que a justiça está entrelaçada ao princípio da capacidade contributiva, eis que este alicerce do direito tributário tem por finalidade a atenção e a garantia de justiça a todos os contribuintes, na medida de suas possibilidades.

A outra finalidade principal da instituição do princípio da capacidade contributiva é a garantia da igualdade, que passa a ser analisada doravante.

José Afonso da Silva (2009, p. 213) assevera que Aristóteles vinculou a igualdade à justiça. A igualdade, como pressuposto de justiça, prevista por Aristóteles em sua obra “Ética a Nicômaco”, era, contudo, uma igualdade relativa, e que consagrou à posterioridade a máxima que ainda hoje é repetida nos estudos jurídicos: “(...) tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Assim, resta claro que a igualdade, em seu aspecto material, é plenamente plausível ao estudo do princípio da capacidade contributiva, na medida em que o referido princípio busca garantir que a tributação ocorrerá, sempre que possível, nos limites das possibilidades e condições pessoais de cada contribuinte.

José Marcos Domingues de Oliveira (1998, p. 13 apud DUTRA, 2010, pp. 25-27) ensina que o Direito Tributário engloba a igualdade sob diversos vieses. O primeiro deles

concerne ao fato de que todos devem ser tributados por previsão legislativa, uma vez que são todos iguais perante a lei. O segundo, referindo-se plenamente ao princípio da capacidade contributiva, assinala que o critério da legislação deve ser a riqueza de cada um, ou seja, todos os que possuem riqueza devem contribuir sistematicamente para a manutenção das finanças estatais. O terceiro, que se relaciona ao que a doutrina denomina “mínimo existencial”, define que somente pode ser considerado riqueza o que exceder ao mínimo destinado à sobrevivência, isto é, as contribuições tributárias não podem retirar do contribuinte parcela de bens necessários à sua sobrevivência. O quarto e último define que a igualdade, em termos tributários, tem de garantir a todos que a tributação sobre seu patrimônio não lhes retirará parcela substancial da propriedade sobre seus bens, vedando-se, portanto, as práticas ditas confiscatórias e excessivas.

Amílcar de Araújo Falcão (1971, p. 68) ensina que a igualdade na Constituição brasileira, em matéria tributária, é representada pelo princípio da capacidade contributiva. Isso porque, segundo o autor, o princípio da igualdade possui vários subprincípios, entre os quais está a capacidade contributiva e, no texto constitucional, foi dedicado trecho específico à sua previsão.

Endossa esse entendimento José Maurício Conti (1997, p. 28), que informa que a justiça e igualdade exercem forte influência de valores quando da aplicação do princípio da capacidade contributiva. Segundo este autor, “o princípio da igualdade é aplicável ao Direito Tributário mediante a utilização de um critério de discriminação já definido, qual seja, a capacidade contributiva”.

1.4 Relação com o Direito Constitucional e com o Direito Tributário

O princípio da capacidade contributiva, conforme já explicitado, relaciona-se com o Direito Tributário e com o Direito Constitucional.

Na égide do Direito Constitucional, o princípio da capacidade contributiva está previsto no artigo 145, §1º, da Constituição Federal. Como princípio relacionado ao princípio da isonomia, e dele decorrente, a capacidade contributiva tem por escopo buscar a justiça e a igualdade.

Para José Afonso da Silva (2009, p. 714), a capacidade contributiva se alinha ao fato de que a tributação deve constituir uma base impositiva que meça a capacidade do contribuinte de suportar o encargo e que as alíquotas tributárias igualem verdadeiramente o ônus.

Isso ocorre porque, segundo o autor, a tributação reafirma o dever de todos para com o dever tributário de prover as necessidades da coletividade. Mais que isso, a capacidade tributária, sob a ótica constitucional, busca distribuir de forma equânime os ônus tributários.

A grande problemática quanto à capacidade constitucional é a de que a definição da capacidade tributária individual é de difícil construção, pois a Constituição não definiu quais os critérios específicos a serem seguidos.

José Afonso da Silva (2009, p. 714), na mesma obra, conclui que “a justiça fiscal é ainda um ideal a ser alcançado, não por si só, mas em conexão com um sistema de justiça econômica e social”.

No esboço do Direito Tributário, Eduardo Sabbag (2008, p. 39) analisa o princípio da capacidade contributiva, mencionando entendimento de que, na leitura do texto constitucional do artigo 145, §1º, identifica algumas peculiaridades.

Ensina Sabbag, seguindo o entendimento do Pretório Excelso, já citado, que, apesar de o teor constitucional se referir a impostos, é possível que o princípio da capacidade contributiva seja estendido a outros tributos, sempre que sua natureza for pertinente com a aplicação.

Sabbag perpetra também que a expressão “sempre que possível”, presente no §1º do artigo 145 da Carta Magna de 1988, se interliga às possibilidades técnicas de cada imposto. Assim, para que a capacidade contributiva surta o efeito desejado e pensado pelo legislador constituinte, é necessário que se analise a natureza do imposto.

Zapateiro (2008, p. 46) afirma que é exemplo clássico de utilização do princípio em comento a alíquota do imposto de renda, que escalona os contribuintes segundo critérios, levando em consideração as faixas de renda auferidas e os índices de incidência do imposto.

Sabbag (2008, p. 39), oferece exemplo, em contrapartida, elencando o ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – não é passível de incidência do princípio da capacidade contributiva, uma vez que tem como contribuinte o consumidor final.

Assim, resta indubitável que o princípio da capacidade contributiva é importante para o Direito Constitucional, eis que analisa a incidência dos impostos sobre fatores inerentes ao ser humano e aos direitos mais essenciais (SILVA, 2009, p. 714).

Por via oblíqua, entende-se que o princípio em estudo também ganha azo nas suas relações com o Direito Tributário, uma vez que pode vir a influenciar no nível e na

intensidade da participação do contribuinte na composição do ônus estatal e nas finanças públicas (SILVA, 2009, pp. 713-714).

A capacidade contributiva, portanto, é tema que enseja profundo e diligente estudo, pois está intimamente relacionada a vários temas de relevância social e jurídica, pois tem o condão de avaliar o impacto da tributação na vida e na sobrevivência dos contribuintes.

2 CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

A análise da carga tributária brasileira faz-se estritamente necessária quando do estudo do princípio da capacidade contributiva e sua interferência no exercício dos direitos sociais. Isso se dá porque a carga tributária brasileira sofre constantes modificações, e essas mudanças causam impactos e interferências em diversas relações econômicas e sociais, principalmente na aquisição de produtos e serviços básicos, o que compromete paulatinamente a renda dos brasileiros.

Os índices tributários incidem sobre quase todas as relações econômicas, permitindo com que o Estado angarie fundos para custear suas ações. A problemática brasileira, em poucas palavras, se resume ao fato de que a carga tributária é elevada - o que encarece substancialmente produtos e serviços, além de comprometer a renda dos cidadãos – e o retorno da gestão dos recursos arrecadados é parco e ineficiente.

De acordo com o Tribunal de Contas da União (2009, p. 36), a carga tributária de um país é “a parcela de recursos que o Estado retira dos indivíduos e empresas para financiar as ações do governo”. Em complemento a esse conceito, Sabbag (2010, p. 35) revela que o Estado, em sua atividade financeira, necessita da captação de recursos para manter sua estrutura e oferecer ao cidadão os serviços que são de sua competência.

Sabbag (2010, pp. 35-36) assevera também que o recolhimento de erário, por parte do Estado, para financiar suas atividades é feito por intermédio dos tributos. A cobrança de tributos, portanto, é a principal fonte das receitas públicas, voltadas à execução de políticas sociais.

2.1 A atividade financeira do Estado

O estudo da carga tributária brasileira, como já mencionado, pressupõe o estudo da arrecadação tributária sobre o produto interno bruto, ou seja, o quão incidentes são os impostos sobre todas as riquezas produzidas no país.

A arrecadação tributária é a principal fonte de rendas do Estado, que angaria verbas com a finalidade de geri-las e aplicá-las na execução de atividades que priorizem e permitam o usufruto de alguns direitos por parte dos contribuintes, previstos constitucionalmente.

Portanto, para o estudo da carga tributária, é necessário analisar, de antemão, a atividade financeira do Estado, uma vez que este conceito incide diretamente sobre aquele.

Conforme ensina KiyoshiHarada (2010, p. 3), a finalidade maior do Estado é a realização do bem comum. Esta ideia, segundo o autor, vem sendo seguida desde a implantação do conceito de bem-estar social, segundo o qual o Estado, em poucas palavras, organiza a economia para promover o bem a todos os seus cidadãos. Isso porque, ainda na lição de Harada (2010, p. 4), antigamente, o Estado, para custear suas atividades fundamentais, valia-se da requisição de bens e serviços de seus súditos, bem como do apossamento de bens dos inimigos derrotados em guerras. Hodiernamente, substituíram-se essas práticas pelo regime de despesas públicas, que consiste justamente no pagamento em dinheiro pelos administrados e na prestação de um interesse público.

Ensina também esse autor (2010, p. 5) que a noção de bem comum é ampla e complexa e que se pode defini-la como “um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas”. Certo é, porém, que o bem comum deve ser atingido pela atividade financeira do Estado, que deve alocar os recursos arrecadados com vistas ao seu atingimento.

Para a promoção do bem-estar social, o Estado realiza inúmeras atividades, que tutelam e se relacionam cada qual com uma necessidade pública. Algumas dessas atividades são de caráter essencial e por este motivo cabe diretamente ao Estado prestá-las, tais como segurança pública, tutela jurisdicional, saúde, dentre outras. Outras, a seu turno, estão ligadas a interesses de caráter secundário, e por isso o Estado não as executa total e diretamente através de seus órgãos. Podem assim ser classificadas, por exemplo, algumas ações como prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas, quando prestadas pelas empresas públicas (HARADA, 2010, p. 4).

Eduardo Sabbag (2010, p. 36), por sua vez, ensina que a cobrança de tributos é a principal fonte das receitas públicas, estas voltadas à atenção aos objetivos fundamentais inseridos no artigo 3º da Carta Magna de 1988.

A atividade financeira do Estado, quando analisada sob o prisma da contribuição dos cidadãos (contribuição esta que visa à obtenção do bem-estar social), relaciona-se com o conceito de Direito Tributário. Eduardo Sabbag (2010, p. 37), define, com palavras que

beiram o simplismo, que “o Direito Tributário é o conjunto de normas que regula o comportamento das pessoas de levar dinheiro aos cofres públicos”.

KiyoshiHarada (2010, p. 290) entende o Direito Tributário como “o direito que disciplina o processo de retirada compulsória, pelo Estado, da parcela de riquezas de seus súditos, mediante a observância dos princípios reveladores do Estado de Direito”. Já Ruy Barbosa Nogueira (1989, p. 30) define o Direito Tributário como “a disciplina da relação entre fisco e contribuinte, resultante da imposição, arrecadação e fiscalização de impostos, taxas e contribuições”. Resta evidente que todos esses autores entendem que o Direito Tributário é ciência que busca estudar e regular a relação entre Estado e contribuinte, no sentido que o ente estatal arrecada os recursos e os devolve ao contribuinte nas várias maneiras de proporcionar bem-estar social.

É importante frisar também que a atividade financeira do Estado tem algumas finalidades, conforme apresenta KiyoshiHarada (2010, pp. 4-5). Harada apresenta três finalidades principais da atividade financeira do Estado: prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia e intervenção no domínio econômico.

Os serviços públicos prestados pelo Estado constituem faceta inegável da sua atividade financeira, eis que a realização de atividades públicas em prol dos cidadãos remonta ao conceito de bem-estar social.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1973, p. 20 apud HARADA, 2010, p. 06) conceitua serviço público da seguinte maneira:

(...) Prestação de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou quem faça suas vezes, sob regime de Direito Público.

A segunda finalidade da atividade financeira do Estado é o exercício do poder de polícia. O poder de polícia, sob a faceta tributária, está previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei

aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Por fim, a terceira finalidade da atividade financeira do Estado é a intervenção no domínio econômico. Certo é que a livre iniciativa está relacionada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, presente no artigo 1º, inciso IV, da Carta de 1988. O próprio texto constitucional, no artigo 170, parágrafo único, institui a livre iniciativa como postulado inerente à economia pátria:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Todavia, a livre iniciativa não é absoluta, uma vez que sofre restrições estatais, por meio de três instrumentos: o poder normativo – quando, por exemplo o Estado elabora leis que a regulem; o poder de polícia – já mencionado acima; e a assunção direta da atividade econômica – quando, por exemplo, por razões diversas, o Estado explora atividades por meio de suas Empresas Públicas (HARADA, 2010, p. 9).

Assim sendo, resta claro que a atividade econômica do Estado é conceito totalmente atrelado ao estudo da carga tributária brasileira, uma vez que as atividades econômicas estatais buscam a finalidade maior do Estado – que é garantir o bem-estar social – por intermédio da contribuição tributária dos cidadãos, o que se intersecciona com a noção de carga tributária, sendo esta o quantitativo tributário incidente no patrimônio dos particulares.

2.2 Indicadores do ano de 2012

No contexto do estudo da carga tributária brasileira, é importante analisar a evolução dos seus indicadores nos últimos anos, com o escopo da compreensão deste que é um dos principais problemas sociais brasileiros.

Em conformidade com dados apresentados em estudo pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT (2013, p. 2), a carga tributária brasileira no ano de 2012 atingiu o patamar de 36,27% do Produto Interno Bruto – PIB, tendo um aumento de 0,25 ponto percentual em relação a 2011. As cifras da arrecadação brasileira atingem o montante de R\$ 1,59 trilhões de reais, sendo a maior da história.

De acordo com outro estudo publicado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (2013, p. 4), o tributo que mais arrecadou foi o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, responsável por 20,21% da arrecadação total, seguido pela

Contribuição Previdenciária para o Instituto Nacional do Seguro Social, cuja incidência foi de 17,94% do total. O terceiro maior arrecadador foi o Imposto de Renda, com um percentual de 16,72% sobre o total e o quarto tributo que mais arrecadou em 2012 foi a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, responsável por 10,42% de todo o angariado pelo Estado.

Percebe-se, também, com a leitura desse estudo (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2013, p. 5), que a arrecadação tributária atingiu o patamar de R\$ 1 trilhão no dia 29 de agosto, isto é, faltando ainda quatro meses para o fim do ano. Nesses quatro meses restantes, a arrecadação somou por volta de R\$ 590 bilhões.

2.3 Indicadores do ano de 2011

Segundo os dados apresentados pelo Ministério da Fazenda (2012, p. 1), o ano de 2011 representou um marco na desaceleração do crescimento do Produto Interno Bruto - PIB. Em 2011, o PIB cresceu 2,7% (se comparado a 2010), enquanto em 2010 o mesmo indicador havia crescido 7,5% se comparado a 2009.

Todavia, esse leve crescimento do Produto Interno Bruto foi acompanhado pela elevação nos índices relativos à carga tributária nacional, que foi medida na margem de 35,31%. Segundo o estudo, o imposto que mais arrecadou em 2011 foi o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, responsável por 20,32% da arrecadação total, seguido pelo Imposto de Renda, que arrecadou 17,45% do total. Em terceiro lugar, ficou a Contribuição Previdenciária para o Instituto Nacional do Seguro Social, responsável por 16,82% de toda a arrecadação. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, por sua vez, foi responsável por 11,27% de todo o angariado pelo Estado.

A arrecadação total do ano de 2011, segundo o Ministério da Fazenda (2012, p. 10), foi de aproximadamente R\$ um trilhão e quatrocentos e sessenta bilhões. Em comparação ao ano de 2012, houve crescimento de aproximadamente R\$ cento e trinta bilhões de reais na arrecadação tributária.

Outro dado importante, consoante revela o estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (2013, p.2), o total arrecadado atingiu a marca de R\$ 1 trilhão no dia 13 de setembro, ou seja, 14 dias após o veiculado em 2012, quando as medições concluíram que esse valor foi atingido em 29 de agosto.

2.4 Indicadores do ano de 2010

Em estudo apresentado pelo Tribunal de Contas da União (2011, pp. 26-27), o ano de 2010 representou uma sensível elevação dos índices, tanto do Produto Interno Bruto – PIB, quanto dos patamares da carga tributária brasileira.

Segundo esse relatório, a carga tributária brasileira em 2010 se assentou no montante de 34,13%, representando alta de 0,61% em relação a 2009, e um crescimento nominal de 16,09%. Também segundo esse estudo, é importante frisar que o ano de 2009 havia apresentado pequeno crescimento em relação a 2008, em razão da forte crise econômica desencadeada naquele ano. Assim sendo, 2010, em termos tributários, foi um período de crescimento muito maior do que 2009, e isso explica em parte a elevação sensível dos indicadores.

Também segundo o relatório do Tribunal e Contas da União (2011, p. 27-28), o total de impostos arrecadados em 2010 fechou a soma de aproximadamente R\$ 1,29 trilhão. O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário observa em estudo (2013, p. 2) que as medições indicam que a casa do R\$ 1 trilhão foi alcançada em 18 de outubro de 2010, 49 dias antes da data referente a 2009, e 35 dias após a data referente a 2011.

Segundo o estudo divulgado pelo Ministério da Fazenda (2011, p. 9), o imposto que mais arrecadou em 2010 foi o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, responsável por 20,82% da arrecadação total. Logo após, figura o Imposto de Renda, que arrecadou 17,30% do total. Em terceiro lugar, ficou a Contribuição Previdenciária para o Instituto Nacional do Seguro Social, responsável por 17,18% de toda a arrecadação. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, por sua vez, foi responsável por 11,28% de todo o arrecadado.

2.5 Pequeno retrospecto da carga tributária brasileira no período entre 2000 e 2009

Estudo publicado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário indica que a carga tributária brasileira, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2009 apresentou constante elevação ano a ano, exceto no período entre 2002 e 2003 e no período entre 2008 e 2009, quando os índices apresentaram redução se comparados ao ano anterior.

Assim sendo, é importante anotar que a carga tributária brasileira é importante indicador e mede as relações entre tudo o que é produzido no país e o quão tributado é esse montante. A carga tributária brasileira, acompanhando o ritmo de crescimento do Produto Interno Bruto, sofre constantes elevações ano a ano, em patamares exorbitantes, colocando o Brasil na 17ª maior carga tributária no mundo (levando-se em consideração o total de tributos

arrecadados e o Produto Interno Bruto), de acordo com estudo publicado pelo Ministério da Fazenda (2011, p. 7).

3 O CONFLITO ENTRE A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A par da análise do princípio da capacidade contributiva e do panorama concernente à elevada carga tributária brasileira, passa-se à análise de como o princípio da capacidade contributiva, no que tange à sua inobservância, ante a elevada carga tributária brasileira, compromete o exercício dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta da República de 1988.

Os direitos sociais estão elencados na Constituição, que dedicou título específico à Ordem Social (a saber, Título VIII, que compreende os artigos 193 a 242). Assim sendo, resta claro que era intenção do legislador constituinte preservar os direitos sociais e oferecer inúmeras garantias para o seu exercício por parte dos brasileiros.

Cediço é que a problemática tributária brasileira, em especial no que se refere à elevada carga tributária, interfere diretamente nas finanças pessoais, isto é, de cada pessoa, eis que, com a existência de impostos com elevadas alíquotas - e produtos com variados impostos incidentes-, a parcela pecuniária livre restante é reduzida.

3.1 Os direitos e garantias fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil

UadiLammêgoBulos (2009, p. 228) entende que os direitos fundamentais são “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna livre e igualitária (...)”.

Pedro Lenza (2010, p. 739) entende que os direitos e garantias fundamentais constituem um gênero, que se encontra no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente nos artigos 5º ao 17, e está classificados em grupos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

São considerados, portanto, direitos e garantias fundamentais, além do grupo concernente ao Título II da Constituição, todos os dispositivos constitucionais “expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte” (LENZA, 2010, p. 739).

Na classificação em grupos, ora apresentada, os direitos e deveres individuais e coletivos representam, em sua maior parte, os direitos estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal. O caput do artigo 5º assim se manifesta:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

Com efeito, faz-se pertinente mencionar que a enumeração apenas desses cinco direitos torna-se inepta. Isso porque, obviamente, a Constituição consagrou muitos outros direitos, que não se limitam aos acima copiados, apesar de a eles se relacionarem (SILVA, 2009, p. 190).

Assim, conforme atesta Bulos (2009, p. 240), a Constituição de 1988 enumerou logo no início os direitos mais importantes. E, de fato, a rubrica dos direitos e garantias individuais e coletivos arrolam os principais direitos destinados à pessoa humana: direito à vida, direito à liberdade, direito à honra, proibição da tortura, direitos dos presos, dentre inúmeros outros nos incisos do artigo 5º da Carta de 1988.

Os direitos sociais, objeto de análise do presente trabalho, serão analisados de forma mais sucinta e abrangente em capítulo específico, mas pode-se afirmar, em consonância com o que ensina Lenza (2010, p. 837), que se trata de um desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito, segundo a qual o Estado assegura aos seus cidadãos várias prerrogativas inerentes à pessoa humana, à dignidade, ao trabalho e ao desenvolvimento social, ao passo que toma para si a gestão dos negócios estatais.

Os direitos de nacionalidade, previstos nos artigos 12 e 13 são o vínculo jurídico-político que liga pessoa ao Estado, concedendo-lhe o usufruto de alguns direitos e impondo-lhe determinadas obrigações (BULOS, 2009, p. 330).

Desse modo, a nacionalidade também constitui direito fundamental, previsto constitucionalmente, e confere à pessoa a condição de brasileiro nato ou naturalizado, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no texto do artigo 12. Os critérios para que uma pessoa seja considerada brasileiro nato estão previstos no artigo 12, I, e os critérios para que alguém seja considerado brasileiro naturalizado estão previstos no inciso II do mesmo artigo 12 da Constituição.

O critério *jus solis* determina a nacionalidade dos nascidos em território brasileiro, desde que os pais da criança não estejam em missão de seus países de origem. Leia-se o inciso I, alínea “a”:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

Por sua vez, o critério *jus sanguinis* leva em consideração o vínculo sanguíneo do nascido, para que seja considerado brasileiro nato. É o que preconiza o artigo 12, inciso I, alínea “b”, da Carta de 1988:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

(...)

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

A Constituição Federal apresenta também um critério misto (BULOS, 2009, p. 332), segundo o qual a pessoa nascida no estrangeiro e filho de pai ou mãe brasileiro que não estejam a serviço da República Federativa do Brasil, pode vir a adquirir a condição de brasileiro nato. É o que prevê a alínea “c” do inciso I do artigo 12 da Lei Maior de 1988, a seguir transcrita:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

(...)

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Ainda quanto à nacionalidade, é importante realçar a condição de brasileiro naturalizado, prevista no inciso II do artigo 12 da Carta Magna de 1988. A naturalização é entendida doutrinariamente como a resultante entre a manifestação de vontade de uma pessoa em adquirir uma nacionalidade e a aquiescência do Estado nessa aquisição (LENZA, 2010, p. 852). Leia-se o artigo 12, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 12. São brasileiros:

II – naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

Os direitos políticos, por sua vez, são prerrogativas constitucionais que pertinem ao grau de participação popular no cenário governamental do Estado (BULOS, 2009, p. 348). Os direitos políticos também garantem o exercício da soberania popular, direta ou indiretamente (LENZA, 2010, p. 869).

Os direitos políticos, na Constituição Federal de 1988, estão previstos nos artigos 14 a 16, e destes dispositivos constitucionais constam regras concernentes ao sufrágio universal, ao voto, às inelegibilidades e sobre as subtrações dos direitos, mediante perda ou suspensão.

Por fim, relacionados no rol dos direitos e garantias fundamentais, previsto constitucionalmente, encontram-se os partidos políticos, no artigo 17 da Carta Magna de 1988. Partidos políticos são agremiações cujo objetivo é organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fulcro de assumir o poder (SILVA 2009, p. 394).

Assim sendo, percebe-se a importância dos direitos e garantias fundamentais, enquanto instrumentos constitucionais de proteção e assecuração dos bens mais preciosos da pessoa. Inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, encontram-se os direitos sociais, tema de análise deste trabalho.

3.2 Os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil

No Brasil, os direitos sociais, como forma de garantia constitucional, foram inseridos pela primeira vez no texto da Constituição Federal de 1934. Sob forte influência da constituição alemã (amplamente conhecida como Constituição de Weimar), a Carta de 1934 trazia em seu texto capítulo à parte, destinado à ordem econômica e social, sendo certo, conforme já mencionado, que a ordem social em geral estava associada à ordem econômica, no que tange à sua inserção ou não no texto constitucional (SILVA, 2009, p. 285).

Em verdade, a atual Constituição brasileira inovou quando elencou os direitos sociais à parte, logo no início do texto constitucional. O Capítulo II do Título II é destinado aos direitos sociais e bem mais à frente, no Título VIII, a Constituição dedica considerável texto que pormenoriza as questões tratadas no Título II.

Mesmo estando aparentemente separados, os textos constitucionais que tratam dos direitos sociais não estão dissociados. Pelo contrário, o artigo 6º da Carta Magna elenca vários direitos e os eleva à posição de direitos sociais, todos tratados sob a forma que a Constituição

lhes confere. Essa forma, indubitavelmente, se desmembra no conteúdo dos 49 artigos do Título VIII (SILVA, 2009, p. 285). Leia-se o artigo 6º da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Na doutrina de Silva (2009, p. 287), há uma classificação dos direitos sociais. Em uma primeira classe, o autor agrupa os direitos sociais do homem produtor, elencados nos artigos 7º a 11 da Constituição Federal, que abrangem: o direito de instituição sindical, o direito de greve, o direito do trabalhador, o direito de participação na gestão da empresa e o direito de obter um emprego. Em outro grupo, estão os direitos sociais do homem consumidor, que são todos os direitos apresentados no artigo 6º - e desenvolvidos posteriormente no Título da Ordem Social - da Carta Cidadã de 1988.

Ao presente trabalho interessam somente os direitos sociais do homem consumidor, agrupados na segunda classe por Silva, uma vez que a análise quanto à relação desses institutos com o princípio da capacidade contributiva e com a carga tributária se restringe aos direitos aduzidos do artigo 6º da Constituição da República.

É importante que se passe a uma pequena e sucinta análise de cada um dos direitos sociais previstos no artigo 6º. Consoante já demonstrado anteriormente, os direitos enumerados nesse dispositivo constitucional possuem íntima relação com os artigos do Título VIII da Constituição, que, conforme aponta Silva (2009, p. 307), os desenvolvem de forma mais extensa e pormenorizada.

A educação é, em verdade, mecanismo estatal bastante valorizado pelo teor constitucional. Constitui competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal), mas é de competência de todos os entes federativos garantir o acesso à educação (consoante se lê do artigo 23, inciso V).

Lenza (2010, p. 838) faz apontamentos no sentido de que o tema é de relevância tal, que o Supremo Tribunal Federal já editou Súmula Vinculante que tange à matéria educacional, conforme se lê abaixo:

12. A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Silva (2009, p. 313) informa que a educação é direito de todos e dever do Estado, o que obriga os entes públicos a se aparelharem para que ofereçam ensino. Ensina também o

autor que a educação pública é direito público subjetivo, passível de demanda judicial caso seja violado ou prestado de forma ineficaz.

O direito à saúde, a exemplo do direito à educação, é direito de todos e dever do Estado, consoante a leitura do artigo 196 da Carta Magna de 1988. Segundo Lenza (2010, p. 839), a doutrina pátria faz apontamentos no sentido de considerar a saúde instrumento de dupla vertente quanto à sua prestação pelo Estado: prestação negativa, que indica que o Estado não pode realizar atos que prejudiquem terceiros; e, positiva, que cobra do Estado providências quanto ao combate e prevenção de doenças.

O direito ao trabalho, nos ensinamentos de Lenza (2010, p. 839), constitui tarefa estatal, com a finalidade de assegurar uma existência digna à pessoa. Lenza atesta também que o trabalho é princípio da ordem econômica – conforme a previsão constitucional perpetrada no artigo 170, inciso VIII -, e fundamento da República, nas linhas do inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal.

O direito à moradia e o direito à alimentação se relacionam, pois concernem, cada um em seu plano, à existência digna da pessoa. A moradia foi inserida no rol constitucional dos direitos sociais com o advento da emenda constitucional nº26/2000.

O direito social ao lazer se relaciona com a recreação, que são manifestações do direito urbanístico, conforme assevera Silva (2007, pp. 185-186). O autor assim dispõe:

Lazer e recreação são funções urbanísticas, daí porque são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. “Lazer” é entrega à ociosidade repousante. “Recreação” é entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinqueado. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranquilos, repletos de folguedos e alegrias.

O direito à segurança é relacionado à ideia de segurança pública, embora esteja visível no caput do artigo 5º da Constituição Federal. A finalidade maior da segurança pública é a manutenção da ordem pública interna (LENZA, 2010, p. 840). A ordem pública interna, a seu turno, é vislumbrada como a manutenção da estabilidade nas relações sociais e a preservação dos direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2009, pp. 777-778).

O direito à previdência social é manifestado na instituição estatal que detém a prerrogativa de atender aos entevros do trabalhador, quando adversidades se manifestarem em sua vida, tais como: doença, invalidez, idade avançada, morte, gravidez, desemprego

involuntário, além da proteção à família de baixa renda e à maternidade (SILVA, 2009, p. 310).

O direito à proteção à maternidade e à infância também são considerados direitos sociais. A proteção à maternidade é direito referente à assistência social, e também constitui direito à trabalhadora gestante. Já a proteção à infância é dever do Estado, da família e da sociedade, no escopo do artigo 227 da Constituição Federal (LENZA, 2010, p. 841).

Por fim, o direito à assistência social constitui a faceta universalizante da seguridade social, pois será concedida a quem dela necessitar, conforme institui o artigo 203 da Constituição Federal de 1988. Diferencia-se da previdência social porque os recursos a si destinados são oriundos do orçamento geral da seguridade social, e não de contribuições dos segurados. Ressalta-se também que a assistência social é de estudo amplo e engloba a proteção à maternidade, à infância e aos desamparados, estes três constantes do artigo 6º da Constituição da República.

Assim, consagram-se todos esses direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição brasileira, cuja real eficácia depende de mecanismos e políticas públicas e normas infraconstitucionais, a exemplo do Sistema Único de Saúde – que ganhou forma na Lei nº 8.080/1990.

3.3 Os reflexos da inobservância do princípio da capacidade contributiva e da elevada carga tributária brasileira no exercício dos direitos sociais

Quanto ao estudo da eficácia do princípio da capacidade contributiva, algumas questões relevantes devem ser observadas. Isso porque a maior parte da doutrina pátria, ao analisar a eficácia e observância do princípio da capacidade contributiva, entende que é pertinente, de antemão, entender três pontos principais quanto à dinâmica tributária: a associação do princípio da capacidade contributiva exclusivamente a impostos; a análise da expressão “sempre que possível”, prevista no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal; e, a progressividade na aplicação do princípio da capacidade contributiva.

A partir dessas três exposições, pode-se chegar a uma conclusão técnica e teórica acerca da incidência da carga tributária nos ativos dos contribuintes e pode-se também perceber os reflexos das cobranças tributárias no exercício dos direitos sociais.

Em princípio, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva, ao menos em um dos seus três aspectos, consoante se lê do item 1.4. Conforme já também mencionado, a Carta de 1946, na exteriorização do mesmo princípio, referia-se a tributos, proporcionando aplicação

mais ampla do que a atual Constituição, que, ao explicitar o referido princípio, menciona a expressão “impostos”.

Eduardo Sabbag (2010, p. 156) entende que a capacidade contributiva também é aplicável às contribuições para a seguridade social e às taxas, no caso de assistência integral e gratuita para registros de nascimento e óbito.

Assim sendo, percebe-se que a associação do princípio da capacidade contributiva exclusivamente a impostos é mitigada pela doutrina pátria, eis que tais estudiosos entendem que é possível e plausível que o princípio seja aplicado a outras modalidades de tributos.

Sabbag (2010, p. 157) apresenta ensinamentos no sentido de analisar a expressão “sempre que possível”, contida no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal.

Para o autor (2010, pp. 157-158), essa expressão revela que, apesar de o princípio da capacidade contributiva somente se relacionar com os impostos cuja possibilidade técnica assim o permite, é imprescindível entender que a aplicação do princípio está relacionada à obrigatoriedade de sua observância, logicamente, àqueles impostos nos quais seja possível fazê-lo.

Em outras palavras, a expressão “sempre que possível”, indica obrigatoriedade da observância da capacidade contributiva, quanto aos impostos que possibilitarem essa análise.

Carrazza (2011, p. 113) traz doutrina bastante pertinente sobre o tema:

Daí que, no Brasil, capacidade contributiva é o mesmo que capacidade econômica. Conquista do Estado Moderno, ajuda a realizar a justiça fiscal, porque tem por escopo fazer com que cada pessoa colabore com as despesas públicas na medida das suas possibilidades. Em resumo, onde há campo para a criação de imposto pessoal não pode surgir imposto preocupado apenas com o montante de dinheiro a arrecadar.

A progressividade, a seu turno, concerne à variação de alíquotas, cujo aumento se dá à medida que se majora a base de cálculo do imposto. Assim, em tese, que tem maior poder aquisitivo deveria pagar impostos com alíquotas maiores (SABBAG, 2010, p. 160).

Carrazza (2008, p. 88) entende que a progressividade é a base para que se atinja fielmente a capacidade contributiva nos moldes constitucionais, uma vez que é por seu intermédio, na execução do recolhimento tributário, que os valores obtidos são fiéis às condições e possibilidades de cada contribuinte.

A Constituição Federal apresenta três impostos que são imersos nos quinhões da progressividade: imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR, o imposto de renda – IR e o imposto sobre a propriedade territorial urbana – IPTU. Percebe-se nitidamente a intenção

do legislador constituinte em estabelecer a progressividade nos impostos incidentes sobre as posses mais importantes dos cidadãos: renda e propriedade imóvel.

Assim sendo, apreende-se que: a capacidade contributiva aplica-se a todas as espécies de tributos, mesmo que com peculiaridades; a capacidade contributiva de cada destinatário deve ser observada nos impostos em que seja possível fazê-lo; os impostos mais importantes têm alíquotas progressivas; e, por fim, que todos esses predicativos deveriam ser considerados quando do recolhimento tributário, com a finalidade de o princípio da capacidade contributiva exercer real influência sobre aqueles que contribuem.

Faz-se pertinente, doravante, reter informações de dois estudos publicados recentemente pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IPBT, com o fulcro de analisar o impacto da carga tributária brasileira sobre a propriedade e a renda dos contribuintes e analisar, sobretudo, o impacto no exercício dos direitos sociais.

O primeiro, publicado em 22 de maio de 2013, revela que o contribuinte brasileiro trabalhará do dia 1º de janeiro até o dia 30 de maio somente para pagar tributos, incluindo todas as esferas de tributação (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2013, p. 2). Isso representa cerca de 150 dias de trabalho, de todo o ano, dedicados somente ao custeio de tributos.

Assim, em média, o contribuinte brasileiro desembolsou, em 2010, cerca de 40,54% de seu rendimento bruto somente para custear os tributos retromencionados. Em 2011, esse percentual elevou-se ao patamar de 40,82% dos rendimentos brutos do contribuinte, destinados à paga dos tributos. Em 2012, o patamar aumentou ainda mais, atingindo a marca de 40,98%. Em 2013, estima-se que o contribuinte comprometerá cerca de 41,10% de seus rendimentos somente com a pesada carga tributária brasileira (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2013, p. 2).

O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, em estudo publicado em abril de 2013, concluiu que, entre 30 países, o Brasil é o que pior reinveste os recursos arrecadados em prol da sociedade (INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, 2013, p. 2). Para que essa informação fosse obtida, foram coletados os dados referentes às cargas tributárias de vários países – tendo como fonte a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, e os valores relativos ao índice de desenvolvimento humano – IDH, o qual é utilizado pela Organização das Nações Unidas – ONU, como forma de avaliar os países quanto ao grau de desenvolvimento econômico e à qualidade de vida da população.

Assim, o estudo providenciou a criação de um índice específico, que classifica os países, numa comparação entre o IDH e a carga tributária. De acordo com os dados fornecidos, o Brasil ficou em último lugar, concluindo-se que a carga tributária é uma das maiores, entre os países avaliados, e o retorno à população é parco no que tange à qualidade de vida.

Percebe-se, portanto, que, no Brasil, o princípio da capacidade contributiva não é plenamente observado, nos limites da intenção do legislador constituinte, pois os percentuais de recolhimento dos impostos, nos quais é possível a aplicação do princípio, não onera aqueles que detêm maior parcela de riqueza, resultando numa realidade onde, proporcionalmente, todos pagam quase o mesmo patamar de impostos.

Apreende-se também, tendo por base os estudos recentes publicados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, que, além de a carga tributária brasileira ser altíssima, comprometendo, em média, mais de 40% dos rendimentos brutos dos contribuintes, esses recursos não são aplicados de forma correta em benefício da sociedade, que, em sua grande maioria, ainda não exercita os direitos sociais tal qual previsto na Carta Magna de 1988.

CONCLUSÃO

O princípio da capacidade contributiva é corolário do princípio da isonomia tributária e está previsto constitucionalmente, tendo por escopo a atenção à justiça fiscal e à igualdade material na tributação. Sua taxatividade constitucional somente havia ocorrido na Carta de 1946 e foi retomada com a atual Constituição, endossando a ideia de “Constituição Cidadã”, alcunha sob a qual essa Lei Maior fora elaborada.

Percebe-se que o princípio da capacidade contributiva já era observado pelo povo grego. Em Roma, também é certo que se observava a tributação tendo por base as condições pessoais de cada contribuinte.

Adam Smith, todavia, é tido como o autor que deu origem ao princípio da capacidade contributiva, por intermédio da obra “A Riqueza das Nações”, eis que defendeu a ideia de que o referido princípio é a base para a equidade na tributação.

Hodiernamente, conforme já mencionado, o princípio da capacidade contributiva é previsto de forma expressa no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, norma essa que, apesar de só mencionar a incidência do princípio sobre os impostos, já foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que é aplicável a todos os tributos.

Por conseguinte, apreende-se que a carga tributária de um país é calculada tendo por base a relação entre o quanto é arrecadado em tributos e o produto interno bruto. No Brasil, a

carga tributária revela-se em patamar alto, se comparada com outros países do mundo, e chegou, em 2012, à marca de 36,27% do produto interno bruto, somando cerca de R\$ 1,59 trilhões somente em arrecadação tributária. Percebe-se também que, se analisado o período compreendido entre 2000 e 2012, a carga tributária pátria resultou numa constante crescente.

Por fim, cediço é que os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição da República - a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados – são considerados prestações estatais que visam à melhoria das condições de vida dos mais fracos.

A eficácia do princípio da capacidade contributiva está relacionada a três fatores principais: a ampliação da previsão constitucional; o pleno entendimento da expressão “sempre que possível”, gravada no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988; e a progressividade, que é a base para a equidade tributária.

Resta claro que Brasil possui uma das maiores cargas tributárias do mundo, com um elevado número de impostos, que comprometem substancialmente a renda dos cidadãos. Resta claro também que, sobre os impostos mais importantes, não incide de forma plena o princípio da capacidade contributiva, eis que, conforme os apontamentos doutrinários, os contribuintes oneram seus orçamentos de forma paritária quando pagam os impostos. Outro dado relevante é que o Estado brasileiro não proporciona o retorno do numerário arrecadado, com investimentos sólidos nas áreas mais estratégicas.

Assim, é evidente que a inobservância do princípio da capacidade contributiva, conforme a preconização constitucional, aliada à elevada carga tributária existente no Brasil, compromete o exercício dos direitos sociais. De um lado, porque o próprio Estado paternalista não garante de forma plena aos seus compatriotas os serviços públicos de qualidade, que atendam plenamente às necessidades da população, ao não alocar os recursos necessários e suficientes à execução de tais atividades. De outra banda, a renda e o patrimônio dos contribuintes são substancialmente desfalcados, pelo fato de a carga tributária brasileira ser exorbitante e muito onerar aquele que figura como sujeito passivo da relação tributária, impossibilitando, por exemplo, que o contribuinte brasileiro procure métodos alternativos à ineficácia estatal, e acesse per si a serviços que assegurem o exercício daqueles direitos previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO. **Desenvolvimento em Debate – Distribuição de Renda**. Brasília, 2002.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 14 abr. 2013.
- _____. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 14 abr. 2013.
- _____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 14 abr. 2013.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 24 maio 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216259**. Agravante: Agroisa Agroindustrial S/A e Outros. Agravada: União Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 09 maio 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28216259%2ENU%2E%2E+OU+216259%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bo3jzy>> Acesso em: 14 abr. 2013.
- _____. Tribunal de Contas da União. **Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governo da República: Exercício de 2009**. Brasília: TCU, 2010.
- BULOS, UadiLammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.
- DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. **Cálculo do Irbes (Índice de Retorno de Bem-Estar à Sociedade). Estudo sobre a carga tributária/PIB x IDH**. São Paulo, 2013.
- _____. **Carga Tributária Brasileira 2012**. São Paulo, 2013.
- _____. **Dias Trabalhados Para Pagar Tributos**. São Paulo, 2013.
- _____. **Impostômetro Atinge a Marca de R\$ 1 Trilhão**. São Paulo, 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Capacidade Contributiva: Conteúdo e Eficácia do Princípio**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário**. 9 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- _____. **Manual de Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 2.

TABOADA, Carlos P. **Isonomia e Capacidade Contributiva.** Revista de Direito Tributário. São Paulo, n. 4, 1978.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 14 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

ZAPATEIRO, José Alexandre. **Teoria e Prática de Direito Tributário e Execução Fiscal.** 3 ed. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Célio Oliveira¹

RESUMO

A presente pesquisa objetiva demonstrar divergências doutrinárias e jurisprudenciais, legislação nacional e outras fontes acerca do interrogatório por videoconferência à luz dos princípios constitucionais. Abordará princípios constitucionais referentes ao tema, como dignidade da pessoa humana, ampla defesa, celeridade processual, dentre outros. Estudará o procedimento do interrogatório com as inovações das últimas leis. Mostrará as peculiaridades do interrogatório *on-line* no processo penal brasileiro e analisará a sua duvidosa (in) constitucionalidade. Justificará a relevância social do tema, demonstrando que o legislador ao elaborar normas não deve cometer excessos incompatíveis com os direitos fundamentais do ser humano durante a *persecutio criminis*.

Palavras-chaves: Interrogatório; Videoconferência; Princípios; Violações; Constituição.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo a análise, através de doutrinas, legislação nacional, jurisprudência pátria, dentre outras fontes, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade material da aplicação do interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro.

Haverá abordagem específica sobre o interrogatório por videoconferência, momento em que ocorrerá a exposição sobre a origem de tal procedimento no Brasil, os requisitos legais, as hipóteses de aplicabilidade no processo penal, bem como os argumentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis, jurisprudência pátria e análise crítica sobre a duvidosa (in) constitucionalidade do interrogatório *on-line*.

Como justificativa relevante e contributiva para a sociedade, o presente trabalho visará, ainda, despertar e motivar interesses no meio jurídico, principalmente no meio

¹ Bacharelado em Direito pelas Faculdades Integradas do Planalto Central – FACIPLAC.

acadêmico, com o objetivo de que haja a realização de mais pesquisas sobre o divergente tema em análise e, com isso, novas propostas possam surgir para agregar soluções ao problema inerente às possíveis violações de direitos e garantias fundamentais do acusado por excesso legislativo, a fim de que ocorra uma melhor e justa persecução criminal

2. RELEVANTES PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ENVOLVEM O TEMA

Antes da abordagem delimitada sobre o interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro, mister se faz realizar uma breve análise acerca de relevantes princípios constitucionais que estão diretamente vinculados às consequências advindas da prática do interrogatório *on-line*.

2.1 Dignidade da Pessoa Humana

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, (2009, p. 86) afirmam que tal princípio deve ser observado quando da criação de todas as normas. Trata-se de princípio de grande importância, pois o ser humano é o núcleo de todo o ordenamento jurídico mundial, onde o respeito à vida e à dignidade humana devem prevalecer.

2.1.1 Conceito

Rogério Greco (2011, p. 67-68) afirma que o princípio em análise teve suas primeiras raízes no cristianismo verdadeiro que, personificado na pessoa de Jesus Cristo, foi o alicerce deste complexo princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, mesmo reconhecendo a sua existência através de contexto histórico, conceituar tal princípio é tarefa árdua por estar este sempre em processo de construção e, para a caracterização de violação aos direitos humanos, necessário se faz a análise do caso concreto, tornando-o, assim, um conceito vago e impreciso.

Ingo Wolfgang Sarlet (apud GRECO, 2011, p. 69), define dignidade da pessoa humana como sendo:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ante as definições citadas, verifica-se que o conceito de dignidade da pessoa humana se resume na condição inerente a todo ser humano, o qual é possuidor de diversos direitos fundamentais que devem ser protegidos contra abusos do Estado e de toda a sociedade. Observa-se, ainda, que a constatação da violação a tais direitos não é tarefa fácil, pois dependerá das peculiaridades de cada situação concreta para se chegar à conclusão se um ato violou ou não direitos humanos.

2.1.2 Principais Normas sobre Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, chamou a atenção da sociedade mundial para a importância do respeito à dignidade do ser humano. Visando a garantia da preservação dos direitos humanos do cidadão, a Convenção em destaque expressa no seu artigo 1º: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Outro tratado internacional sobre o tema em análise, não menos importante, é a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida, também, como Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 25 de maio de 1992, com vigência pelo Decreto Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992. Tal convenção aduz em seu artigo 11, item 1: “Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

Todavia, a convenção em comento afirma, ainda, que, para que haja o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, o Estado deve promover através de suas normas, mecanismos suficientes de proteção aos direitos fundamentais do ser humano. Neste diapasão, a convenção supracitada, tratando dos deveres do Estado e direitos protegidos, destaca:

ARTIGO 2- Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em observância ao princípio em estudo, incluiu no seu artigo 1º, inciso III: “A República

Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana; [...]”.

Neste sentido, os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 86) nos ensinam que a dignidade da pessoa humana consagra o Estado Democrático de Direito e que o ser humano deve ser a razão de ser e o núcleo de atenção do Estado em detrimento de qualquer outro interesse individual ou coletivo.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 407), sobre a função dos direitos fundamentais e deveres do Estado para com estes, traz importante ensinamento ao afirmar que a função precípua de tais direitos é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade diante os poderes do Estado. Neste sentido, o autor explica:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar

Ivan de Carvalho Junqueira (2005, p. 45, grifo no original), em sua obra sobre Direitos Humanos, no mesmo sentido, explica:

[...] dever-se-á, quando da conceituação dos denominados ‘direitos humanos’, conjuntamente assegurar a maciça atuação de um Estado Democrático de Direito, em sua ampla acepção, sem o qual não se poderá garantir a plenitude da eficácia dos vários anseios contidos naquela expressão, antes referida. Ademais, permitem àqueles, desde que efetivamente estabelecidos, extensiva limitação do poder estatal, vez que, *in casu*, vedado é qualquer intento contraditório a objetivar gravosas violações frente à pessoa humana.

Destarte, percebe-se que as normas nacionais e convenções internacionais sobre direitos humanos buscam a proteção contra qualquer excesso que possa diminuir a sua condição de ser humano, principalmente, contra abusos do Estado quando da criação de leis restritivas de direitos.

Pode-se verificar, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser reconhecido como um valor inerente a todas as pessoas, além de servir de parâmetro para a criação e aplicabilidade das normas em geral, visto que o ser humano é o foco de todo o ordenamento jurídico e precisa ser sempre protegido contra todo e qualquer ato que possa violar sua dignidade humana.

2.2 Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está materializado no artigo 5º, inciso LIV, da CRFB/88 que, assim, aduz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 162-63), com o objetivo de esclarecer a origem do princípio *dueprocessoflaw*, explicam:

[...] para efeito de registro histórico, esse princípio tem sua origem na Magna Carta inglesa, de 1215, na qual apresentava redação que costumava ser assim traduzida: ‘nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.’

Com um conceito mais detalhado e abrangente, Fernando Capez (2011, p. 79-80) relata que o devido processo legal possui o objetivo de garantir que o acusado possa ter uma defesa plena, dentre as quais o direito de ser ouvido, de ser informado sobre todos os atos processuais, de se manifestar sempre após a acusação, de ser julgado pelo juiz natural competente, tendo este o dever de motivar e publicar as suas decisões, bem como tem direito ao duplo grau de jurisdição e, se necessário, à revisão criminal.

Edilson Mougenot Bonfim (2010, p. 72-73) ressalta que a moderna doutrina processual penal divide o referido princípio em dois aspectos, classificando-o em devido processo legal material e formal. Será material, ou substancial, quando se referir à proteção ao direito material de garantias fundamentais do particular contra qualquer atividade do Estado que seja abusiva, ou seja, desproporcional e não razoável e será formal ou em sentido processual, quando houver conteúdo com garantias de natureza processual inerentes aos jurisdicionados na tramitação processual e na relação com o Poder Judiciário.

Em complemento ao ensinamento acima citado, Afrânio Silva Jardim (2007, p. 317-319), um dos integrantes da moderna corrente doutrinária citada, afirma que deve ser extraído do princípio em análise, mais do que já foi conquistado e consagrado como garantias processuais, tais como a igualdade entre as partes, o princípio do juiz natural, da presunção de inocência, dentre outras garantias já consolidadas. Defende que tal princípio está vinculado, também, às normas constitucionais que garantem ao Ministério Público ser titular da ação penal, que assegurem a independência, imparcialidade e neutralidade do Poder Judiciário, bem como dos órgãos do *Parquet*, indispensabilidade do advogado, efetivação do princípio do

promotor natural, em fim, de todas as garantias constitucionais que estão em torno do devido processo legal e que defendem o interesse social.

Observa-se, com as exposições relatadas, que o devido processo legal, quando da realização de uma *persecutio criminis*, só ocorrerá, efetivamente, se for observado o respeito a todos os outros princípios constitucionais de garantias processuais, tais como juiz natural, ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos, motivação das decisões, bem como daquelas garantias acima citadas por Afrânio Silva Jardim (2007, p. 317) com sua visão crítica e inovadora.

2.3 Ampla Defesa e Contraditório

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos no artigo 5º, inciso LV da CRFB/88, que assim determina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991, com vigência em 24 de abril de 1992 por meio do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992, em seu artigo 14, 3, “d”, no mesmo sentido expressa:

Art. 14 1. [...], 2. [...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

d) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ‘ex-offício’ gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.

Segundo este princípio, em interpretação aos preceitos supracitados, percebe-se que toda pessoa que estiver em solo brasileiro, quando for parte em processo judicial ou administrativo, tem o direito de defesa ampla e, quando não possuir recursos para arcar com as despesas advocatícias, o Estado tem o dever de prestar assistência jurídica ao acusado. Tal garantia está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV da CRFB/88, que, assim, entabula: “O estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos.”

Fernando Capez (2011, p. 63-64), de forma didática e com fulcro nos preceitos citados, leciona:

Implica dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF. art. 5º, LXXIV).

É relevante ressaltar, também, que o princípio da ampla defesa, em seu conceito e aplicabilidade, tem semelhança com o princípio do contraditório. Todavia, Alexandre de Moraes (2009, p. 106, grifo no original), buscando mostrar as diferenças entre tais princípios, ensina:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Observa-se, portanto, que o princípio em comento revela o direito constitucional que os acusados em geral possuem de poder se defender de forma ampla, seja através de defesa pessoal, por meio de advogado particular ou proporcionado pelo Estado de forma integral e gratuita, quando cabível. Percebe-se, ainda, que o princípio em análise é essencial para que, em junção aos demais princípios que envolvem o processo penal, o acusado, quando da tramitação do seu processo criminal, tenha o devido processo legal efetivo.

2.5 Economia e Celeridade Processuais

Na presente pesquisa far-se-á abordagem conjunta de tais princípios, uma vez que existe vínculo direto entre os mesmos no que pertine aos seus resultados práticos. Em verdade, a economia processual gera celeridade e, esta, por sua vez, gera economia processual.

O Estado, ao realizar uma persecução criminal, tem a obrigação de diligenciar para que todos os atos necessários para o desenvolvimento do processo sejam realizados com celeridade, proporcionando uma resposta rápida à prática criminosa e, com tal ato, diminuir os recursos e o tempo gastos pelos jurisdicionados, gerando segurança para a sociedade e economia processual. (NUCCI, 2009, p. 93-94)

Edilson Mougenot Bonfim (2010, p. 89), corroborando e complementando a exposição do doutrinador supracitado, assim, explica:

O princípio da economia processual consubstancia-se no aproveitamento dos atos judiciais praticados, ainda que tenham sido conduzidos de maneira diversa daquela prescrita em lei. O princípio tem por finalidade evitar a repetição desnecessária de atos processuais.

É razoável destacar que o cidadão ao fazer uso do seu direito constitucional de acionar o Poder Judiciário ou que esteja sendo “alvo” de persecução criminal, espera que a sua demanda seja julgada com brevidade.

Com relação à celeridade processual, Fernando Capez (2011, p. 70) ressalta que o Brasil, apesar de já ter acolhido tal princípio ao aceitar fazer parte do Pacto de São José da Costa Rica, fez questão de incluí-lo, de forma expressa, como garantia constitucional através da Emenda Constitucional número 45 de 30 de dezembro de 2004 (EC 45/2004), acrescentando ao artigo 5º da Carta Magna brasileira o inciso LXXVIII, que, assim, aduz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Com o objetivo de concretizar a celeridade processual, o legislador brasileiro criou a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, a qual regulamenta a informatização do processo judicial. Alexandre de Moraes (2009, p. 109), em comentário ao princípio em tela e à lei supracitada, explica:

No contexto da Reforma do Judiciário e buscando efetivar a celeridade processual, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta a informatização do processo judicial (autos virtuais), estabelecendo a possibilidade de utilização do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Percebe-se que o Estado, através das normas acima citadas, vem buscando meios para diminuir os gastos processuais e solucionar de forma mais célere os conflitos jurídicos, objetivando gerar economia e celeridade processuais. Todavia, conforme ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p.71), o Estado, ao elaborar normas processuais penais, deve, de forma equilibrada e racional, proteger as garantias fundamentais do processo para evitar violações a direitos constitucionais que venham gerar insegurança à sociedade, uma vez que o objetivo precípuo do Poder Judiciário é proporcionar uma prestação jurisdicional não só com rapidez, mas, principalmente, com qualidade.

Logo, das observações supracitadas, interpreta-se que os princípios da economia e celeridade processuais, através das normas constitucionais e infraconstitucionais, têm o objetivo de proporcionar um razoável prazo para a tramitação de um processo, bem como diminuir gastos. Entretanto, o Estado, ao criar normas processuais penais, tem o dever de verificar se a inovação é proporcional e razoável quando, da sua aplicação, houver a possibilidade de violações a direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano.

2.6 Proporcionalidade e Razoabilidade

Este princípio, conforme ressaltado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 163), apesar de não estar de forma explícita na atual CRFB/88, é bastante comentado e discutido na doutrina constitucional e processual penal brasileira, além de ser usado como fundamentação para justificar diversas decisões nos tribunais brasileiros.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 163), a respeito da origem do princípio em abordagem, afirmam:

O desenvolvimento da idéia de proporcionalidade deu-se com sua reiterada utilização pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, no período do segundo pós-guerra, que passou a adotar como fundamento de suas decisões expressões do tipo ‘excessivo’, ‘inadequado’, ‘necessariamente exigível’, para depois reconhecê-lo como princípio Constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso.

Há, na doutrina brasileira, divergência se o princípio em comento é sinônimo do princípio da razoabilidade ou se são princípios distintos.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 76), comentando sobre a divergência citada e a aplicabilidade do princípio em análise nos ramos do direito, explica:

Há entendimento de que o princípio da proporcionalidade não se identifica com o da razoabilidade. Enquanto o princípio da razoabilidade é denominação que representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduza o jurista a decisões aceitáveis, o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, representa um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto. Os que entendem razoabilidade e proporcionalidade como expressões sinônimas, encontram a diferença entre um fenômeno de aplicação do direito que requer o perpassar por três etapas (proporcionalidade= necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), de outro fenômeno que assim não exige, haja vista que tem o condão de orientar o intérprete a não aceitar como válidas soluções jurídicas que conduzam a absurdos (razoabilidade).

Verifica-se que, os princípios em estudo, abordados de forma distinta ou como sinônimos, têm o mesmo objetivo: servir de parâmetro ao operador do direito no momento de analisar se uma medida é necessária e adequada ao ponto de justificar a restrição de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Pedro Lenza (2012, p. 159, grifou-se), neste diapasão, revela que:

[...] a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 360-365), em análise ao tema, entende que tal princípio, em se tratando de seu fundamento, faz parte implicitamente dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88. Afirma o autor que a doutrina constitucional atual ressalta que o legislador, ao criar uma lei, além de observar o princípio da reserva legal, essencialmente, deve verificar se os dispositivos que farão parte do ordenamento jurídico são adequados e necessários para os fins que se pretende alcançar. Deve verificar se há compatibilidade entre as restrições a direitos contidas na lei a ser criada e o princípio da proporcionalidade. (MENDES, 2009, p. 361 e 365).

Suzana de Toledo Barros (2003, p. 160-161), falando das restrições de direitos fundamentais, ressalta que estes não são absolutos, ou seja, podem sofrer restrições pelo legislador de forma legítima, já que a própria constituição prevê de forma expressa direta ou indireta tais limitações. Entretanto, a autora ressalta que, apesar de não ser defeso ao legislador restringir direitos fundamentais ao elaborar normas, deve observar se existe proporcionalidade entre as restrições e os fins da lei.

Sobre a ponderação de bens, quando da ocorrência de conflitos envolvendo direitos fundamentais, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 177) ressalta: “A questão da ponderação é, portanto, uma questão de controlabilidade do resultado restritivo que se adote para um direito em conflito, exurgindo desse procedimento a importância do princípio da proporcionalidade.”

Desta feita, verifica-se que, para que haja o controle das consequências advindas da atuação do Estado, de modo que as restrições aos direitos fundamentais sejam justificáveis aos fins que se pretende produzir com ato estatal, o princípio da proporcionalidade deve ser

observado quando da criação da norma e na resolução de conflitos conferidos ao poder judiciário.

Logo, pode-se observar que os princípios em estudo surgiram para, dentre outras funções, limitarem o poder do Estado, principalmente, quando da criação de normas. Momento em que deve ser observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade estrita, de forma que as restrições a direitos fundamentais gerados pela lei pretendida sejam compatíveis com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

3 O INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No presente tópico, serão abordadas as peculiaridades referentes ao tema proposto neste artigo científico. Far-se-á um estudo detalhado do interrogatório *on-line* no âmbito jurídico pátrio.

3.1 Conceito

Segundo o dicionário de Geraldo Mattos (2005, p. 624), videoconferência significa: “[Palavra da Informática] sf. Conferência ou reunião feita à distância, pela internet, com a ajuda de câmeras, que focalizam os participantes para que todos se vejam uns aos outros.” Paulo Rangel (2010, p. 571) conceitua o interrogatório por videoconferência e cita sinônimos de tal expressão, afirmando:

[...] (interrogatório por videoconferência, teleinterrogatório, interrogatório *online*, teleaudiência, interrogatório virtual, são expressões usadas) em que o preso permanece no presídio, e o juiz, sem se deslocar da sala de audiência do Fórum, o interroga por um monitor, através de um sistema de software próprio.

Verifica-se, de acordo com os apontamentos supracitados, que o conceito de interrogatório por videoconferência se resume ao ato de o magistrado ouvir e ver o acusado de forma virtual, à distância, por meio de equipamentos eletrônicos.

3.2 Breve Histórico sobre o Interrogatório *on-line* no Brasil

O primeiro interrogatório não presencial de um acusado realizado em solo brasileiro ocorreu em 1996, em Campinas-SP, pelo juiz de direito Luiz Flávio Gomes. Este se utilizou da rede de internet enviando e recebendo mensagens instantâneas. Após este interrogatório, surgiu a ideia defensiva da prática do interrogatório *on-line* como forma de proporcionar celeridade e economia processual no processo penal. (RANGEL, 2010, p. 581).

Todavia, cabe ressaltar que o interrogatório por sistema de videoconferência só teve origem no âmbito jurídico pátrio através de uma norma criada pelo Estado de São Paulo, Lei 11.819 de 5 de janeiro de 2005, ao prever em seu artigo 1º que os procedimentos judiciais referentes ao interrogatório e à audiência de presos, poderiam ser realizados através de aparelhos de videoconferência com a finalidade de proporcionar celeridade processual, respeitadas as garantias constitucionais. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 577)

Por outro lado, segundo Fernando Capez (2011, p. 409), a norma paulista sobre escrita gerou discussões no âmbito jurídico sobre sua constitucionalidade e, como consequência, foi objeto de análise no STF no final do ano de 2008, através do Habeas Corpus 90.900/SP, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, 30-10-2008; informativo STF n. 526, Brasília, 27 a 31 out. 2008, que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade da referida lei por vício de formalidade, uma vez que a competência para criação de norma sobre matéria processual é de iniciativa da União, sem, contudo, descartar a possibilidade de vício material por violação às garantias constitucionais do acusado.

Segundo entendimento de Paulo Rangel (2010, p. 571), a oitiva *on-line* do acusado só veio a ser legalizada com o advento da Lei 11.900/2009 de 8 de janeiro de 2009. Afirma que tal lei solucionou o problema do vício formal de iniciativa, todavia, a discussão doutrinária continuou com relação à possibilidade de inconstitucionalidade da referida lei por vício material.

Destarte, percebe-se que a ideia de interrogatório do réu à distância surgiu a mais de uma década no Brasil. Contudo, só passou a ser legal no ano de 2009, pacificando as divergências quanto ao vício formal, porém, permanece a divergência quanto ao vício material do referido regramento.

3.3 Hipóteses de Aplicabilidade Previstas no CPP

Com o advento da Lei 11.900/2009, o §2º do artigo 185 do CPP, mesmo que de forma excepcional, passou a autorizar a oitiva do acusado através de sistema eletrônico de videoconferência, desde que preenchido alguns requisitos e finalidades legais. (TOURINHO FILHO, 2010, p 578)

O primeiro requisito está previsto no *caput* do §2º, *in verbis*: “Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência [...]”. Fernando Capez (2011, p. 407), em relação ao texto do dispositivo acima mencionado, explica:

A Lei recém editada passou a autorizar, em situações excepcionais, que o magistrado, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, realize a oitiva do réu preso pelo sistema de videoconferência, desde que para atender a uma das finalidades previstas no § 2º do art. 185 [...].

O inciso I do §2º do artigo 185 do CPP expressa que o interrogatório por videoconferência é permitido se for realizado para “prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento.” Paulo Rangel (2010, p. 575), sobre tal finalidade, afirma que o legislador ao elaborar a expressão “prevenir risco à segurança pública” usa o processo penal para tentar solucionar o problema administrativo de segurança do Estado, criando conceito vago que pode violar direitos.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 357), contrário ao entendimento acima exposto, afirma que a finalidade de prevenir risco à segurança pública é perfeitamente justificável, neste sentido, explica:

O deslocamento de alguns presos, cuja potencialidade lesiva tenha sido seguidamente demonstrada por constatações formais (inquéritos policiais, ações penais, depoimentos em procedimentos administrativos etc.), desde que examinadas: a) a natureza das imputações [...], b) participações em organizações criminosas [...], poderá se revelar especialmente problemático, quanto à segurança pública em geral, e quanto ao possível risco de fuga do réu no trajeto.

Já o inciso II do referido preceito indica outro motivo que autoriza o interrogatório *on-line*. Esta segunda finalidade diz respeito à possibilidade do acusado ser ouvido de forma virtual quando, por enfermidade ou outra circunstância pessoal, o impeça de comparecer em juízo.

Outra finalidade e, também, requisito está entabulado no inciso III, qual seja: “impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste código.” Explicando a finalidade em contexto, Paulo Rangel (2010, p. 577) afirma que tal dispositivo, se mal interpretado, “deixa antever que quem presta depoimento por videoconferência é a testemunha ou a vítima. Errado e contraditório.” Esclarece o autor que, caso a presença do réu possa causar humilhação, temor ou constrangimento à testemunha, é o acusado quem irá ser ouvido de forma *on-line*, conforme determina o artigo 217 do CPP.

O inciso IV do artigo em análise traz a última finalidade que serve de fundamento para a decisão judicial em adotar o procedimento em comento. Tal dispositivo expressa em

seu bojo: “responder a gravíssima questão de ordem pública.” Esta finalidade é objeto de discussão doutrinária quanto ao que caracteriza tal expressão de forma concreta. Edilson Mougenot Bonfim (2010, p. 379), em análise crítica e explicativa sobre o que configuraria a expressão “gravíssima questão de ordem pública”, afirma que:

O adjetivo ‘gravíssimo’ justapõe-se à expressão ordem pública. Pensamos pudesse o legislador prescindir da expressão adjetiva utilizada em sua máxima potência, porquanto toda questão ‘grave’ de ordem pública, já resultaria lógica, de per si, para a adoção do interrogatório online [...].

Paulo Rangel (2010, p. 578), sobre a expressão em análise, afirma que o legislador deve evitar o uso de tais termos, uma vez que podem gerar diversas interpretações pelos julgadores e, conseqüentemente, proporcionar risco de violação a direitos e garantias fundamentais.

Depois de fundamentado a decisão, de acordo com as finalidades acima, o magistrado intimará as partes para tomar ciência do ato decisório de adoção do interrogatório *on-line*, conforme determina o §3º, do artigo 185 CPP.

Aury Lopes Júnior (2011, p. 632), em análise ao §4º do mesmo artigo, afirma que o legislador fez constar em tal dispositivo o direito do réu acompanhar, pelo sistema de videoconferência, todos os atos da audiência de instrução e julgamento. Todavia, o autor explica, em forma de crítica, que não há nenhum benefício em tal dispositivo, pois é o mínimo que o legislador pode fazer ao retirar do réu a possibilidade de ser ouvido pessoalmente pelo juiz.

Já o §5º determina que, para a realização da oitiva de forma *on-line*, deverá haver um defensor na sala de audiências na sede do juízo e, o outro, deve acompanhar o ato no presídio. Deverá haver disponibilização de linha telefônica para o acusado e os defensores se comunicarem. Verifica-se que os requisitos são vários para evitar a banalização do procedimento (PACELLI, 2010, p. 358)

Em complemento aos preceitos até aqui expostos, o legislador fez constar no §6º do referido artigo que a sala reservada para o interrogatório por videoconferência deve ser fiscalizada pelo corregedor, pelo juiz da causa, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Desta forma, de acordo com as interpretações extraídas dos preceitos que regulamentam o interrogatório *on-line* e entendimentos doutrinários citados, nota-se que a referida inovação demonstra a intenção do Estado em preservar a segurança pública e promover celeridade e economia processuais. Todavia, há discussões doutrinárias quanto à

interpretação das expressões contidas nos dispositivos que o regulam, principalmente quanto ao significado da expressão “gravíssima questão de ordem pública”.

3.4 Posicionamento da Doutrina Nacional

A inovação da oitiva do acusado por videoconferência no CPP provocou discussões doutrinárias por haver possíveis violações a princípios constitucionais tais como ampla defesa, publicidade, bem como outros princípios que envolvem a *persecutio criminis*, como bem afirma Edilson Mougnot Bonfim (2010, p. 380). Tais divergências serão tratadas a seguir com argumentos favoráveis e contrários ao procedimento em estudo.

3.4.1 Argumentos Favoráveis

Integrante da corrente doutrinária em favor da aplicação do interrogatório *on-line*, Fernando Capez (2011, p. 409-410) afirma que, em tal procedimento, o direito de defesa do réu não é violado, pois a norma lhe garante a entrevista prévia e reservada com o seu defensor, a participação de dois advogados, sendo que um permanece na sala de audiências e outro no presídio, além de canal telefônico para comunicação entre eles.

Com o objetivo de justificar que o procedimento em análise não viola princípios constitucionais do acusado, continua Fernando Capez (2011, p. 410) a lecionar:

Além do que o avanço da tecnologia é tamanho que não haverá prejuízo aos presos, dada a qualidade do som e da imagem do sistema de videoconferência, trazendo ao juiz os mesmos subsídios que a presença física proporcionaria para a formação de sua convicção; e, o mais importante, as garantias individuais deles serão resguardadas por membros do Ministério público, da Magistratura, pela Ordem dos Advogados do Brasil e demais pessoas envolvidas nessa operação.

Corroborando o entendimento supracitado, Edilson Mougnot Bonfim (2010, p. 380), defende que o procedimento em estudo guarda perfeita adequação com a constituição, pois a celeridade processual, como essencial para prestação jurisdicional, está prevista na Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LXXVIII. Defende o autor que os princípios constitucionais do réu, como a ampla defesa e a publicidade dos atos são preservados, por ter o acusado contato direto e sem restrição com o juiz e o seu defensor.

Continua o autor, oposto ao que pensa os doutrinadores contrários ao interrogatório *on-line* com relação ao princípio da proporcionalidade, afirmando:

É a aplicação do princípio da proporcionalidade que assegura a constitucionalidade do interrogatório *on-line*. De um lado há o direito de presença do réu, decorrente do princípio da ampla defesa, que é

garantido por meio de videoconferência por meio da tecnologia. De outro a efetiva e célere prestação jurisdicional, a preservação da segurança da sociedade [...]. Como não existe direito absoluto, a presença física do réu cede em favor do interesse público [...]. (BONFIM, 2010, p. 381)

Vê-se que o autor mencionado acima, quando se refere ao conflito entre princípios constitucionais, preferiu defender a primazia dos princípios de interesse coletivo em detrimento de princípios fundamentais individuais do acusado.

Outro autor que apoia a oitiva à distância, com ressalva, é Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 577-579). Afirma o doutrinador que o referido procedimento inovador viola o princípio da publicidade e que o ato de oitiva do réu deve ser realizado na presença do juiz para se evitar que o réu sofra eventuais pressões no presídio. Entretanto, entende que se trata de procedimento necessário quando a oitiva envolver criminoso de alta periculosidade que, com seu deslocamento ao Fórum, possa comprometer a ordem pública.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 357), também com ressalva, ressalta que a oitiva por meio eletrônico não é inconstitucional, uma vez que a interpretação da norma que o instituiu não pode ser feita de forma restritiva. Afirma que, apesar do interrogatório *on-line* não ser igual ao realizado de forma pessoal e direta quanto ao tempo real e local do procedimento, pode ser justificado por ser autorizado de maneira eventual e excepcional. Todavia, o autor faz questão de lembrar a importância de se respeitar as hipóteses que a lei autoriza tal procedimento, ao mencionar:

Aplicar a videoconferência com o objetivo único de acomodação dos interesses da administração carcerária é trilhar o caminho da ilegalidade e do arbítrio, em prejuízo das garantias individuais, cuja flexibilização somente poderá ocorrer diante das peculiaridades inerentes ao mundo da vida. Como exceção, devidamente fundamentada, jamais como regra.

Destarte, conforme as opiniões expostas acima se observam que os defensores da prática do interrogatório *on-line* no processo penal brasileiro têm como principais argumentos as vantagens da celeridade e economia processuais e a segurança pública do Estado. Afirmam que tais princípios e vantagens devem sobrepor aos princípios constitucionais fundamentais do réu no momento de sua oitiva em situações excepcionais e em benefício da coletividade.

Entretanto, é relevante a interpretação das posições citadas, quanto aos apontamentos relatados referentes ao risco de banalização e arbitrariedade que tal procedimento pode proporcionar passando de exceção extrema à regra no processo penal se não for corretamente aplicado em conformidade com a lei.

3.4.2 Argumentos Contrários

Aury Lopes Júnior (2011, p. 634), crítico à prática do interrogatório por videoconferência, afirma veementemente que tal procedimento é um retrocesso ao sistema jurídico, uma vez que a sua prática viola direitos e garantias fundamentais do acusado.

O autor supracitado explica que o progresso tecnológico vem afastando a presença física das pessoas nos procedimentos judiciais, principalmente do magistrado, com o objetivo de gerar economia e diminuir riscos à integridade física dos envolvidos no julgamento, sendo o interrogatório por videoconferência um fruto deste contexto. (LOPES JR., 2011, p. 634)

Com crítica pontual acerca das consequências que o interrogatório à distância proporciona quanto à desumanização no processo penal, Aury Lopes Júnior (2011, p. 634), faz questão de ressaltar:

É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...).

Afirma ainda, o autor, que o interrogatório *on-line*, além de abolir o mínimo de caráter humanitário que o processo deve resguardar, também fere direitos e garantias fundamentais do réu, principalmente o direito de defesa, que é ferido de morte. Assim, como consequência de tais violações, torna o processo absolutamente nulo. (LOPES JR., 2011, p. 635)

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 427), outro integrante da corrente doutrinária contra o procedimento em estudo, explica que um aparelho eletrônico jamais pode substituir o encontro físico entre o julgador e o acusado, uma vez que o juiz precisa verificar as condições físicas e mentais do réu, afirmando, ainda, o autor:

Qual o acusado terá oportunidade de se soltar diante do magistrado, confessando detalhes de um crime complexo, voltado a um aparelho e não a um ser humano? Por outro lado, qual o julgador terá oportunidade de sentir as menores reações daquele que mente ou ter a percepção de que o réu conta a verdade visualizando-o por uma tela?

Corroborando os entendimentos já citados, com argumentos não menos relevantes, Paulo Rangel (2010, p. 575, grifo no original), faz importante ressalva ao expor:

O interrogatório por videoconferência é medida de caráter excepcional e nada tem a ver com o processo em si, mas sim com uma questão de

segurança pública. Se o transporte do preso é dispendioso para o Estado e exige maior cautela dos agentes públicos isso não é questão processual a justificar alterações das regras de processo que garante o direito de defesa, mas sim administrativa ligada à política de segurança pública do Estado não justificando adoção de medida extrema de videoconferência que afronta o devido processo legal e seus corolários princípios (ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural).

Nota-se, de acordo com o entendimento acima, que o Estado, ao criar o interrogatório *on-line* teve a intenção de resolver problemas administrativos relativos à segurança pública, o que não deve ocorrer em detrimento de direitos individuais essenciais garantidos pela carta magna, pois existem outros meios para que o poder estatal possa garantir a segurança pública.

Depreende-se, também, que o Estado, através do legislador, não observou o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade quando criou uma norma restritiva de direitos, não sopesando os princípios em conflito, ou seja, preferiu dar primazia aos princípios da economia, da celeridade e à defesa da segurança pública em detrimento de princípios mais relevantes como o da ampla defesa, o do devido processo legal e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, Suzana Toledo Barros (2003, p. 184) comentando acerca da proibição do excesso em normas restritivas de direitos, explica:

A relação entre a carga de restrição e os resultados para o atingido e os beneficiários deve ser sopesada, de maneira a garantir uma medida, senão a mais justa, ao menos que não seja injusta. Procurar-se-á, portanto, examinar se o legislador não adotou cargas coativas desmedidas ou excessivas, ocasião em que poderá ser utilizado o conceito de ‘núcleo essencial’.

Desta feita, em conformidade com os posicionamentos doutrinários supracitados contra o interrogatório por videoconferência, verifica-se que, na visão dos mesmos, tal procedimento inserido pela Lei 11.900/2009 foi um retrocesso no processo penal brasileiro.

Interpreta-se, também, que o retrocesso se deu devido a não observação pelo legislador, quando inovou com uma norma restritiva de direitos, aos princípios constitucionais que garantem direitos fundamentais do acusado essenciais para que ocorra o devido processo legal e, conseqüentemente, um julgamento justo após o trâmite de um processo criminal.

3.5 A Jurisprudência Pátria e o Interrogatório *on-line*

Hodiernamente, não existem posicionamentos jurisprudenciais sobre a (in)constitucionalidade material do interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro. Entretanto, há importantes julgados anteriores ao advento da Lei 11.900/2009, principalmente do STF, sobre tal procedimento, que serão expostos em seguida:

3.5.1 Posição do Supremo Tribunal Federal (STF) anterior à Lei 11.900/2009

Quando da criação da Lei paulista 11.819/2005, que disciplinava o interrogatório *on-line* naquele Estado, o STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade de tal lei por meio do HC 90.900/SP, conforme já citado no item 3.1 deste capítulo, que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade da mesma por vício de formalidade. Todavia, antes deste julgado, a Suprema Corte já havia se pronunciado sobre o tema por meio do HC 88.914/SP, rel. Min. César Peluso, 2ª Turma, publicado em 05/10/2007, no qual, por unanimidade, considerou que a oitiva *on-line* viola os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. (CAPEZ, 2011, p. 409)

No julgamento do HC 88.914/SP, conforme supracitado, o STF reconheceu que o interrogatório *on-line* fere os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. O Relator de tal julgado, Ministro César Peluso, deixa entender em seu voto que o interrogatório *on-line*, além de vício formal, trata-se de procedimento que gera retrocesso ao processo penal, ao expressar em seu voto que **“A adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo e, sem peias nem controle, o interrogatório por videoconferência como outra cerimônia degradante do processo.”** (sem grifo no original)

Sobre a presença física do réu durante o interrogatório, o Ministro César Peluso continua seu entendimento afirmando relevante observação no sentido de que “Mais do que modo de ver e ouvir, o interrogatório é evento efetivo, no sentido radical da expressão. Assim como em sessão psicanalítica, é fundamental a presença física dos participantes em ambiente compartilhado.”

Em outro momento, no final do ano de 2008, o STF novamente se pronunciou sobre o interrogatório virtual, porém desta vez em plenário, por meio do HC 90.900/SP, declarando, de forma incidental, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/2005. O julgamento concedeu o Habeas Corpus pela maioria dos votos. Dos votos proferidos alguns merecem serem expostos, em parte, devido à relevância sobre a (in)constitucionalidade da oitiva virtual do acusado.

A Ministra Ellen Gracie, Relatora do Habeas Corpus citado, indeferiu o remédio jurídico alegando que não existia vício formal nem material na referida lei que institui o interrogatório *on-line*, com a seguinte justificativa: “O tema envolve procedimento, e não processo penal e, por isso, autoriza a edição de lei estadual ou distrital para regulá-lo (CF, art. 24, XI).”

Verifica-se que a Ministra supracitada entende que o interrogatório *on-line* diz respeito a procedimento e não a processo, por isso não há vício formal na referida lei paulista. Afirma, ainda, que inexistente também o vício material em tal procedimento, uma vez que os princípios fundamentais do acusado são preservados quando da sua prática no processo penal.

Reforçando seu entendimento em defesa da constitucionalidade formal e material do procedimento em análise, a Ministra Ellen Gracie continua:

No caso do interrogatório por intermédio de videoconferência, não há qualquer modificação da natureza do ato processual, e sim tão somente a forma de sua concretização e realização com o emprego de meio tecnológico capaz de proporcionar maior celeridade e economia à instrução criminal, além de viabilizar o atendimento a interesses coletivos como a segurança pública.

Vale ressaltar que o voto da Relatora foi vencido por quase todos os votos dos demais Ministros. Somente o Ministro Carlos Brito concordou com a Relatora referente ao vício formal, todavia, discordando quanto ao vício material, que se faz relevante transcrever parte de sua fundamentação, *in verbis*:

Entendo que esse direito de ver e ser visto, de ouvir e ser ouvido, não só expressão da garantia do juiz natural, como da garantia da ampla defesa, porque importa muito, no interrogatório de um réu, o gestual, o mímico, **o fâcies**, o metal de voz, o brilho do olho, tudo faz parte de uma aferição natural insubstituível pela tecnologia da televisão, sem falar que o réu certamente se sentirá inibido ao ser filmado, ao se ver como objeto de aparato tecnológico de filmagem, falando para quem ele não vê fisicamente, para quem ele não houve em estado natural. [grifo no original]

Outro voto relevante foi o do Ministro César Peluso, pois declarou a lei paulista inconstitucional de maneira formal e material. Em seu voto, explica:

Interrogatório é ato típico de defesa, que corresponde exatamente à autodefesa, isto é, à defesa exercida pessoalmente pelo réu em vários momentos do processo, mas particularmente no interrogatório, e por isso é objeto de garantia constitucional da ampla defesa. Na medida em que de qualquer modo a lei restringe, atenua esse ato ou, enfim, o desveste das garantias todas que devem cercá-lo, a mim me parece que há ofensa constitucional, e essa é a razão a mais por que a lei paulista não poderia ter disciplinado a matéria.

Observa-se, em consonância com as ementas e votos citados, que o STF, quando provocado a se manifestar sobre o interrogatório por videoconferência, antes da Lei 11.900/2009, se pronunciou pela inconstitucionalidade formal da lei paulista. Quanto à (in)constitucionalidade material do referido procedimento, verifica-se que alguns Ministros se manifestaram a favor da inconstitucionalidade por ferir direitos fundamentais do acusado.

Verifica-se, também, que há entendimento no sentido de que o interrogatório por videoconferência contribui para a celeridade e economia processuais, bem como proporciona garantia de segurança pública, ou seja, trata-se de avanço tecnológico perfeitamente aceitável no ordenamento jurídico.

3.5.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

O STJ, antes do advento da Lei 11.900/2009, possuía o mesmo entendimento do STF, ou seja, entendia que havia vício formal, conforme parte de ementa atual, *in verbis*:

Ementa: 1. [...]; 2. Esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei n.º 11.900/2009, não admitiam o interrogatório virtual à míngua de previsão legal que garantisse os direitos constitucionais referentes ao devido processo legal e à ampla defesa e ao fundamento de que todo denunciado tem o direito de ser ouvido na presença do juiz, sob pena de macular a autodefesa e a defesa técnica albergadas pela Carta Política Federal. [...] (HC 256.834/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 26/03/2013)

Em outro julgado recente em que Ministro Jorge Mussi também foi Relator (HC 194.576/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013), o mesmo se posicionou pela legalidade do interrogatório *on-line*, desde que sejam observados os requisitos legais. Como o STJ não analisa questões referentes a violações de princípios constitucionais, matéria de competência do STF, não possui posicionamento atual sobre a (in)constitucionalidade material do interrogatório *on-line*. Todavia, quanto à legalidade do referido ato, como se percebe no entendimento supra, entende que é legítimo, mesmo porque a Lei Federal 11.900/2009 prevê a sua aplicação, é o que se interpreta de parte da ementa de outro julgado, que segue:

Ementa: [...] 1. A Lei n.º 11.900/09 alterou a redação do art. 185 do CPP para permitir a realização do interrogatório *on-line*. Tal procedimento é excepcional, somente justificável quando presente pelo menos um dos requisitos do § 2.º do art. 185, devidamente fundamentado pelo magistrado - o que aqui ocorre. [...] (AgRg no HC 199.414/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012)

Percebe-se que o STJ quando em análise sobre o procedimento da oitiva *on-line* do acusado antes do advento da Lei 11.900/2009, se posicionou em conformidade com o STF, ou seja, pela inconstitucionalidade formal da lei paulista e, também, demonstrou entendimento pelo vício material. Todavia, conforme os julgados citados, o seu posicionamento atual consiste em afirmar que a aplicação da oitiva virtual do réu, desde que preenchido os requisitos do artigo 185, §2º do CPP, é perfeitamente justificável.

CONCLUSÃO

O interrogatório por videoconferência, introduzido no processo penal brasileiro pela Lei 11.900/2009, antes e depois do advento desta lei, foi e é objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial no Brasil quanto à sua constitucionalidade.

Ao longo do presente artigo, foram expostos diversos dispositivos constitucionais, legais, bem como convenções internacionais que fundamentam tanto a possibilidade de constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade material do procedimento analisado. Foi demonstrado que em torno do interrogatório virtual se encontram princípios constitucionais que garantem direitos e garantias individuais ao acusado. Segundo parte da doutrina e jurisprudência pátria, tais princípios são violados com a prática do referido procedimento, como, por exemplo, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da proporcionalidade e razoabilidade, do devido processo legal e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

Noutro giro, a outra parte da doutrina e jurisprudência que defendem o emprego da tecnologia da oitiva virtual no processo penal, afirma que os direitos e garantias do acusado não são violados com a prática de tal procedimento, uma vez que a tecnologia moderna, com imagem e áudio de ótima qualidade, proporciona um ambiente compatível com a audiência presencial. Estacorrente afirma, ainda, que são inúmeras as vantagens do emprego do interrogatório *on-line*. Dentre elas estão a celeridade processual, que é garantia constitucional do jurisdicionado que vem sendo concretizada ao longo do tempo, principalmente com o uso da tecnologia; a economia processual que diminui o gasto pelo Estado com o transporte dos presos de alta periculosidade à sede do juízo, pois exigem grande aparato policial para tal condução e, por fim, a segurança pública, que é preservada ao não ocorrer o deslocamento dos réus.

Destarte, percebe-se que os argumentos que defendem a audiência virtual do acusado são bastante convincentes, pois existem algumas vantagens para o Estado e,

consequentemente, para a sociedade. Todavia, os argumentos contrários à prática do interrogatório por videoconferência, apresentados ao longo desta pesquisa, demonstram a séria e evidente possibilidade de graves violações a direitos e garantias fundamentais do acusado que, se violados, podem comprometer a sua dignidade humana.

Portanto, neste contexto de conflitos de princípios, onde de um lado está o Estado e a coletividade e, do outro, o acusado que é alvo da persecução criminal, deve-se “colocar na balança” tais princípios para verificar quem sofrerá maior prejuízo com ou sem a prática da oitiva virtual.

Logo, não há dúvidas de que o risco de se cometer injustiças é evidente, uma vez que a oitiva do acusado por meio eletrônico pode influenciar na convicção do magistrado na hora de sentenciar, podendo ser retirado um dos principais direitos constitucionais do ser humano, que é a liberdade e, como consequência, a sua dignidade humana.

Assim, ante todo o exposto ao longo deste trabalho, conclui-se que o interrogatório virtual, mesmo que de aplicação excepcional no processo penal brasileiro, está passivo de inconstitucionalidade material por violar direitos e garantias fundamentais do réu essenciais para que ocorra o devido processo legal e, consequentemente, haja o respeito à dignidade da pessoa humana em primazia a qualquer outro interesse do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vademecum Acadêmico de Direito Rideel**. 14. ed., atual. e ampl., São Paulo: Rideel, 2012.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed., Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 5. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 102380/RJ, Impetrante: Silvio Roberto Silva Lopes de Souza, Impetrado: Superior Tribunal Militar, Relator: Min. Celso de Melo, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe 182 em 17/09/2012 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 10 dez. 2012.
- _____. HC 76060/SC, Impetrante: Elisa Pimenta, Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 31/03/1998 publicado no DJe 15/05/1998. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 12 dez. 2012.
- _____. HC 104410/RS, Impetrante: Defensoria Pública da União, Impetrado: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 06/03/2012, publicado no DJe 062 em 27/03/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 5 fev. 2013.

_____. HC 88548/SP, Impetrante: Romualdo Sanches Calvo Filho, Impetrado: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/03/2008, publicado no DJe 182 em 26/09/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 11jan. 2013.

_____. RHC 110056/SP, Recorrente: Adilson dos Santos Martins, Recorrido: Ministério Público Federal, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 10/04/2012 publicado no DJe 090 em 09/05/2012 . Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. HC 90900/SP, Impetrante: DPE-SP Daniela Sollberger, Impetrado: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Ellen Gracie, julgado em 30/10/2008, publicado no DJe 200 em 23/10/2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 24 maio 2013.

_____. HC 88914/SP, Impetrante: PGE-SP Patrícia Helena massa, Impetrado: Superior Tribunal de Justiça, Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 14/08/2007, publicado no DJe 117 em 05/10/2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/jurisprudencias>> Acesso em: 24 maio 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 172.390/GO, Impetrante: Ricardo Silva Naves, Impetrado: Tribunal de Justiça de Goiás, Relator: Min. Gilson Dipp, julgado em 16/12/2010, publicado no DJe 01/02/2011. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/jurisprudencias>>- Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. HC 256834/SP, Impetrante: Defensoria Pública de São Paulo, Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Min. Jorge Mussi, julgado em 19/03/2013, publicado no DJe 26/03/2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/jurisprudencias>>- Acesso em: 25 maio 2013.

_____. HC 194576/SP, Impetrante: Daniel Guimarães Zveibil- Defensor Público, Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Min. Jorge Mussi, julgado em 16/04/2013, publicado no DJe 24/04/2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/jurisprudencias>>- Acesso em: 04 abril 2013.

_____. HC 199414/SP, Impetrante: Defensoria Pública da União, Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/09/2012, publicado no DJe 21/09/2012. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/jurisprudencias>>- Acesso em: 05 abr. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed., Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 6. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forence, 2007.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Dos direitos humanos do preso**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.

MATTOS, Geraldo. **Dicionário Júnior da Língua Portuguesa**. 3. ed., São Paulo: FTD, 2005.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo:Atlas, 2009.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 8 abr. 2013).
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/portal>>. Acesso em: 7 abr. 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembléia Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pacto_Internacional_dos_Direitos_Civis_e_Pol%C3%ADticos> Acesso em: 20 out. 2012.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4. ed., São Paulo: Método, 2009.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processo Penal**. 7. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

O DIVÓRCIO NO DIREITO COMPARADO: ASPECTOS RELEVANTES NA MACROCOMPARAÇÃO E MICROCOMPARAÇÃO.

*Nielma Marques Batista¹
Ruan de Oliveira²*

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto do divórcio no mundo, com base em um estudo de direito comparado. Atualmente, a comparação dos sistemas legais estrangeiros se torna imprescindível na formação de conhecimento do operador do direito. O estudo se dará por meio de estratégia de coleta e análise de dados. Sob o aspecto macrocomparativo será utilizada análise documental orientada por eixos de pesquisa da origem histórica e cultural. Quanto ao aspecto microcomparativo serão estudados os tópicos modalidades de divórcio, formas de divórcio e o exame de culpa para autorização do divórcio. É evidente que não existe um direito melhor do que o outro. Cada sociedade, contornada por diferentes culturas, possui sua forma de regular suas relações. A proposta deste trabalho é fazer um panorama geral, de aspectos históricos e culturais, da figura do divórcio em diferentes ordenamentos.

Palavras-chave: Divórcio - direito comparado - semelhanças - diferenças

1. INTRODUÇÃO

No que diz respeito às relações humanas, as suas necessidades são bem semelhantes em qualquer lugar do mundo. De modo que ninguém é obrigado a continuar numa sociedade conjugal se o sentimento que os uniu não mais existe, principalmente em países, como o Brasil, onde a afetividade é elemento essencial para a declaração da união matrimonial e familiar. Por isso, torna-se relevante o estudo do instituto do divórcio nas mais diversas jurisdições para observar que, embora o instituto venha surgir de necessidades semelhantes, ele nem sempre se aplica da mesma maneira.

¹ Discente do 6º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central - Faciplac.

² Discente do 6º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Planalto Central - Faciplac.

É evidente que não existe um direito melhor do que o outro. Cada sociedade, contornada por diferentes costumes e culturas, possui sua própria forma de regular suas relações. A proposta, portanto, é fazer um panorama geral, de aspectos históricos e culturais, da figura do divórcio em diferentes ordenamentos.

O principal objetivo desse trabalho é delimitar semelhanças e diferenças encontradas na aplicação do instituto do divórcio em distintos ordenamentos jurídicos internacionais comparados ao Brasil, para analisar hipóteses de melhorias em nosso direito interno. Não pretendemos, portanto, entrar no mérito de aspectos processuais em si mesmo.

Para isso, delimitamos os institutos jurídicos em vigência no Brasil, Estados Unidos, França e, de outro lado, comparar o divórcio sob a perspectiva do Islamismo. É mister ressaltar que, em meio à evidente heterogeneidade proporcionada pela cultura humana, é imperiosa a necessidade de falar também na utilidade de estudos de sistemas legais religiosos, tais como o Direito Islâmico. (PALMA, 2010.)

O divórcio que é o meio jurídico pelo qual se põe fim ao matrimônio conjugal, é um instituto universal no mundo jurídico, presente desde os tempos mais remotos. Por meio do Direito Comparado é possível conhecer sistemas jurídicos estrangeiros, para assim viabilizar a aplicação da legislação nas relações humanas.

Nas palavras do importante jurista francês René David (DAVID, 2002), que se destaca no meio acadêmico como grande autoridade no Direito Comparado:

Todos os juristas são chamados a se interessar pelo direito comparado quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de findo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos.

2. MACROCOMPARAÇÃO - ABORDAGEM DO PROCESSO HISTÓRICO QUE CONTRIBUIU PARA O SURGIMENTO DO DIVÓRCIO

Para comparar o instituto do divórcio é oportuno conhecer as origens históricas dos sistemas em comparação. Cada nação traz consigo uma carga histórica adquirida ao longo do tempo. Não é possível imaginar uma sociedade completamente intocável no seu aspecto cultural, visto que o ser humano está, a todo instante, em constante transformação.

Desde os primórdios, num sistema arcaico de sociedade, observa-se que o ser vivente se relaciona com seus pares sempre visando alcançar meios de fixação de seu território. Os problemas de relacionamentos começaram então a surgir, exigindo de cada comunidade o estabelecimento de regras de vivência.

Portanto, para fazermos uma macrocomparação, devemos saber que cada cultura, possui um ordenamento jurídico e que esse faz parte de um sistema, que por sua vez, está dentro de uma família de direito. E, como explica o mestre René David, o sistema jurídico é “o conjunto coerente de institutos e normas que vigoram em um dado espaço”.

Os institutos jurídicos, ora analisados, são diferenciados entre si com relação aos sistemas ao qual pertencem. Passemos, portanto, a analisar alguns deles.

2.1. Quanto ao sistema jurídico do Brasil

O Brasil possui um ordenamento jurídico que está dentro da família do direito Romano-Germânica, essa de raiz Europeia. Dentre os elementos jurídicos estruturantes, desse sistema, podemos destacar as fontes do direito e as instituições constitucionais. Possui como fonte de direito primária a lei e, como fontes secundárias, a doutrina, jurisprudência e os costumes.

Quanto à estrutura e funcionamento das instituições constitucionais o Brasil, atualmente está em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa Constituição é chamada de “constituição democrática e cidadã”, porque ela estabelece o Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito. Estipula a Federação como forma de Estado e adota o sistema presidencialista de governo. O controle constitucional é o jurisdicional misto (difuso e concentrado).

A organização legislativa no Brasil é dividida entre os entes políticos-federativos (União Estados, DF e municípios), e cada qual possui autonomia para elaborar leis próprias, dentro dos limites estabelecidos pela constituição de 1988.

2.2 Quanto ao sistema jurídico da França

O ordenamento jurídico francês também faz parte da família Romano-Germânica, da raiz Europeia. Utilizam como fonte primária do direito as leis e, secundária, a doutrina e jurisprudência.

A França possui uma Constituição nascida em 1958, que estipula a forma de Estado Unitário e funciona com um sistema de governo presidencialista. Realizam controle de constitucionalidade político, sendo, vista de regra, prévia. E produzem suas leis por meio de um órgão concentrado de poder, característica de um Estado unitário.

2.3 Quanto ao sistema jurídico islâmico

O Direito Islâmico é um sistema religioso, nascido na conturbada Idade Média, e consiste num conjunto de leis religiosas, tidas por seus seguidores como “sagradas”, porquanto fruto de uma revelação.

Não se pode esquecer, todavia, que muitas pessoas, nos países islâmicos, vivem sob a égide do referido sistema, o que as obriga a perceber a realidade jurídica sob três ângulos distintos, onde se sobressai, simultaneamente, o direito de determinada ordem estatal, o direito islâmico (religioso) e um direito de origem consuetudinária, cuja presença marcante não pode ser negligenciada. É certo, pois, que o direito religioso nos países islâmicos se irradia como um sol sobre o direito estatal. Fica difícil realizar uma distinção prática na constituição e interpretação da tríplice conjugação legal em voga nestes Estados teocráticos. (PALMAS, 2010)

3. ASPECTOS HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM DO DIVÓRCIO

Feita a abordagem de alguns elementos históricos, é oportuno que analisemos os aspectos gerais históricos do instituto do “Divórcio”, objeto deste trabalho.

O divórcio, no sentido etimológico da palavra, é oriundo do latim “*divortium*”, que por sua vez deriva de “*divertere*”, que significa separar.

A doutrina jurídica brasileira, mais especificamente Pablo Stolze, conceitua o divórcio como sendo a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando na extinção de deveres conjugais.

A indissolubilidade do casamento, de um modo geral, era quase que impossível, e somente poderia acontecer em situações extremas que pudessem justificar tal possibilidade. Esse comportamento, que perdurou por muitos anos na história do direito, é devido aos “dogmas religiosos” que sempre tiveram fortíssima influência nos assuntos estatais, e na maioria das vezes se sobrepunha ao próprio direito estatal, regulando as relações sociais e

tudo que relacionado a elas, seja nos aspectos jurídicos ou culturais. Por volta do século X d.C ainda não se falava em divórcio, a anulação do casamento, como já dito, só ocorria com a permissão da Igreja Católica e em casos extremos. Sob a fé de que o que Deus uniu, o homem não separa, a Igreja, especialmente a católica, corroborava seus argumentos ao se oporem à indissolubilidade do casamento.

Como toda norma advém da evolução social, houve a necessidade de se relativizar o casamento, especialmente se não há mais afetividade. A partir de então os ordenamentos jurídicos, sejam eles *common Law* ou *civil Law*, passaram a permitir a realização do divórcio, na medida de cada cultura. Desse modo, o direito ao divórcio começou a ganhar forças perante no mundo jurídico, tornando-se um instituto necessário para as sociedades.

Alguns códigos de normas influenciaram na consagração do direito de divórcio. Os principais são: a) O código de *Hamurabi* - que foi responsável pelos primeiros registros sobre a ideia do divórcio. B) O código de *Manu* – onde estava previsto o divórcio como forma repudio à mulher caso essa fosse estéril durante os oito anos do casamento ou se o filho morresse durante os dez anos, ou ainda, se durante os onze anos do casamento não gerasse um filho homem, legítimo herdeiro da família.

De acordo a história, os hebreus tinham permissão para dissolubilidade do casamento em caso de adultério, esterilidade, violação da lei mosaica, inobservância de dever conjugal, enfermidade contagiosa e ausência prolongada do cônjuge.

Para os mulçumanos o divórcio passou a ser possível quando o homem repudia a mulher, posto que, perante a sociedade mulçumana o homem é superior.

Por fim, já que a dissolubilidade do casamento passou a ser uma necessidade social, por consequência jurídica os países começaram a legalizar o instituto do divórcio em diferentes épocas e formas.

Os Estados Unidos legalizaram o divórcio de maneira diferente, considerando que cada estado norte americano fez tal previsão em épocas diferentes. Em (1701) o Estado de Maryland legalizou primeiro, depois foi a vez da Carolina do Norte em (1949) e ainda em (1970) o Estado de Alabama legalizou o divórcio sem culpa, que é uma das modalidades possíveis de divórcio.

A França legalizou o divórcio em (1816), sendo que tempo depois voltou a ser ilegal e posteriormente foi novamente legalizado em (1884), e está em vigor até os dias de hoje.

No Brasil a legalização do divórcio percorreu um longo caminho de grandes disputas e debates pelas autoridades legislativas. O divórcio, portanto, só foi instituído oficialmente

com a emenda constitucional de 1977, regulamentada pela lei nº 6.515 do mesmo ano. É claro que, de início, a legalização veio com muitas restrições e requisitos, mas com o passar do tempo, a norma foi sendo flexibilizada, de modo que divorciar-se se tornou mais fácil.

Gagliano e Pamplona Filho contemplam essa grande realização com a crítica:

Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante. É o reconhecimento do divórcio como simples exercício de um direito potestativo. (GAGLIANO, 2010, p. 43).

4. MICROCOMPARAÇÃO- ANÁLISE DE TÓPICOS MICROCOMPARATIVOS DENTRO DOS ORDENAMENTOS COMPARATIVISTAS

4.1 Quanto às modalidades de divórcio

Uma das semelhanças mais importantes dentre os ordenamentos comparados, é a existência da modalidade judicial e a extrajudicial para a realização do divórcio. Diversos Estados no mundo, senão a maioria consagra a modalidade judicial de divórcio, mesmo os que incentivam o divórcio por via administrativa.

No Brasil, como regra, a via competente adotada para conhecer do processo de divórcio é a judicial, seja litigioso ou consensual, constituída na pessoa do juiz de direito da respectiva vara de família. Essa via é imprescindível, principalmente para as dissoluções de cônjuges com filhos menores, uma vez que é obrigatório no processo a presença do Ministério Público, como fiscal da lei, a fim de guardar os direitos dos hipossuficientes. Conquanto o direito familiar brasileiro vem sofrendo importantes mudanças, e porque não dizer adaptações a uma sociedade moderna, de modo que tem caminhado com vistas a agilizar os procedimentos para que as partes ponha em prática a vontade de findar juridicamente o casamento.

Pablo Stolze assevera:

Em uma sociedade acentuadamente marcada pela complexidade das relações, a inafastável exigência de um processo para a dissolução do vínculo, com todas as dificuldades iminentes ao nosso sistema

judicial, é, em nosso sentir, uma forma de imposição de sofrimento àqueles que já se encontram, possivelmente, pelas próprias circunstâncias da vida, suficientemente punidos. (GAGLIANO, 2012, pág. 564).

Sendo assim, também é possível fazer o pedido de divórcio na modalidade extrajudicial, contudo, somente em situações excepcionais, previstos no direito de família, neste caso é competente o Cartório de Registro Civil para realizar o divórcio.

O divórcio extrajudicial brasileiro é disciplinado pela Lei nº 11.441/2007 a qual enumera os seguintes requisitos para o exercício do direito ao divórcio extraconjugal: a) inexistência de filhos menores ou incapazes do casal; b) a escritura pública lavrada por tabelião de notas; c) assistência de advogado.

Ademais, outros países, como os Estados Unidos, autorizam como regra o divórcio na modalidade extrajudicial e somente em casos específicos, quando for do tipo divórcio contestado, deverá se realizado na modalidade judicial, comportamento que demonstra a desjudicialização do procedimento.

Na França, dada sua política cultural mais conservadora, todos os casos são submetidos ao crivo do Tribunal competente, conferindo características mais rigorosas para o divórcio.

Com relação à nação Islâmica, que prepondera a cultura religiosa sobre o direito, o divórcio deve ser necessariamente apreciado pelo líder religioso e perante um Tribunal também formado por convicções religiosas.

4.2 Quanto ao procedimento de realização do divórcio

Quanto ao procedimento de realização do divórcio leva-se em consideração a livre autonomia da vontade dos divorciandos. Tal aspecto é observado na maioria dos ordenamentos jurídicos. Sem aprofundar no assunto, o divórcio pode ser consensual, aquele que é praticado pela vontade incontestada dos cônjuges e, se assim não for, poderá o divórcio ser litigioso, aquele em que os cônjuges não conseguem chegar a um acordo quanto aos direitos e deveres decorrentes da dissolução (guarda de filhos, alimentos, divisão patrimonial).

Não obstante os debates em torno da Emenda Constitucional nº 66/2010, a respeito da revogação tácita ou não da separação prévia para conversão em divórcio, o fato é que ele já

pode ser realizado independentemente de decurso tempo. Nas palavras do advogado Marcos Alves da Silva, membro do IDBFam, o divórcio revelou-se como direito potestativo, desembaraçado de prazos ou de qualquer outro pré-requisito. Assenta-se exclusivamente na liberdade de não permanecer casado.

Nesse sentido, afirma Pablo Stolze que:

(...) o Direito de Família deve ser regido pelo princípio da intervenção mínima, desapegando-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar, incluindo-se as famílias recombinadas (de segundas, terceiras núpcias etc.). (GAGLIANO, 2010).

O ordenamento jurídico brasileiro, nesse aspecto, assemelha-se aos demais institutos aqui comparados (Estados Unidos, França e a religião islâmica), os quais levam em consideração a vontade dos cônjuges para a dissolução do vínculo conjugal. Ressaltando que, o islamismo, apesar de constar em textos informativos sobre seus dados históricos que a mulher por vontade própria pode pedir o divórcio, na prática ela sofre muito preconceito e muitas dificuldades para exercer seus direitos, de modo que como é conhecido por muitos, somente o homem pode usufruir amplamente do direito de pedido do divórcio.

Nos Estados Unidos denomina-se “divórcio não contestado” para aquele que chamamos de consensual, e “divórcio contestado”, que é quando uma das partes contesta as alegações fundadas pela outra. Nesse ordenamento comparado, observa-se que também não se exige decurso de tempo para realizar o divórcio.

Na França é requisito obrigatório a separação de corpos por tempo estipulado por lei para que posteriormente autorize o pedido de divórcio. No instituto francês é possível o “divórcio por mútuo consentimento”, como o nome já explica, aquele pedido de livre vontade mútua dos cônjuges, “divórcio-sanção” é o caso de quando um dos cônjuges alega descumprimento dos deveres do matrimônio pelo outro e ainda o “divórcio por ruptura da vida em comum” atrelado a algum fato da vida que inviabiliza a sobrevivência do casamento.

Na sociedade islâmica prevalece um sistema muito peculiar de leis, as quais são inteiramente provenientes da intensa cultura religiosa. Embora seu caráter bastante restrito de direitos, principalmente no que concerne às mulheres, a figura do divórcio também está presente no ordenamento Islâmico, não obstante o rigor da aplicação prática. E é possível,

portanto, pontuar procedimentos com características bem próximas do divórcio brasileiro. Uma delas é a possibilidade do pedido ser feito pelos cônjuges em comum acordo, porém, vale frisar que a preferência sempre é dada ao homem.

4.3 Quanto à possibilidade de exame de culpa

É importante salientar que o intuito deste trabalho não é o de explicar especificamente o direito, mas sim o de apresentar uma sucinta análise quanto à prescindibilidade ou não de aferição de culpa para o pedido de divórcio.

No sistema jurídico brasileiro, a culpa perdeu campo na dissolução dos vínculos matrimoniais. Logo, a fidelidade pode constituir norma interna de uma relação de conjugalidade, formalizada ou não pelo casamento, mas não subiste como norma estatal. Não faz qualquer sentido que o Estado venha se imiscuir nas relações de conjugalidade para impor, por força de lei, o dever de fidelidade.

Observa-se, no entanto, que para casos específicos, como alguns estudados a seguir, pressupõe os requisitos que a lei obriga para justificar o pedido com base na previsão legal. Um exemplo dessa hipótese é o divórcio quando um dos cônjuges é acometido de enfermidade que torna impossível a continuidade do casamento. O mesmo também ocorre em outros países como a França, em que é imprescindível a demonstração da falta pelo cônjuge que a alegar, para fins de obtenção do divórcio sanção ou por ruptura de vida.

No direito estadunidense, que se destaca pelo alto índice de pedidos de divórcio, a culpa também dever ser comprovada em divórcios específicos, mas de modo geral a aferição de culpa apenas contribuirá para o caso de reparação de danos, não impedindo dessa forma a realização do encerramento do vínculo matrimonial.

Com base na história do direito, os cidadãos islâmicos deverão, em qualquer caso, alegar a culpa do outro para fazer o pedido de divórcio, e está condicionado a julgamento prévio para a análise das alegações, podendo ou não ser aceitas pela autoridade.

5.CONCLUSÃO

Desbravar o direito estrangeiro não é caminho fácil. Mas é fundamental que, por meio do estudo comparativo, se busque uma melhor compreensão dos diferentes ordenamentos jurídicos e que se obtenham diferentes visões sobre o direito.

Concluiu-se, portanto, que no âmbito internacional muitas jurisdições assemelham-se quanto à adoção do sistema de divórcio "sem culpa". Todavia, tais alegações podem ser invocadas para sopesar o comportamento do cônjuge perante a sociedade conjugal. É fatores que podem interferir na decisão de levar a conta a divisão patrimonial, regulação da guarda dos filhos e alimentos.

O Brasil é um dos sistemas jurídicos em que se tornou irrelevante a aferição de culpa no processo de divórcio, um grande avanço para a sociedade. Resta provado que, se o único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação, afigura-se inteiramente desnecessária a análise de culpa.

Ainda que o Brasil tenha buscado adotar um ordenamento jurídico visando sempre beneficiar o jurisdicionado, o fato de exigir a instauração de um procedimento judicial acarreta em acumular um imenso número de processos que, muitos deles estão aguardando apenas um pronunciamento simples do Estado, que reconheça o fim do afeto e a obtenção da dissolução do vínculo.

Por tudo isso, pensamos que, assim como em outros países ora comparados, deveria o Brasil priorizar o divórcio pela via administrativa, desburocratizando ainda mais e primando pelo acesso mais simples da dissolução do vínculo.

Por fim, cabe ressaltar que o direito de se divorciar tem que certamente alcançar o seu fim social, a que se destina. Não podendo, portanto, como foi intensamente debatido em sede de produção legislativa da lei, haver a banalização do sistema.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio e separação consensuais extrajudiciais*. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigosartigo=299>>. Acesso em: 10 de Nov. 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PALMA, Rodrigo Freitas. *A História do Direito*. 2. ed. Brasília: Fortium, 2008.

PALMA, Rodrigo Freitas. *O Direito e os Desafios da Pós-Modernidade*. Brasília: Processus, 2010.