

Revista
ESMAFE

**Escola de Magistratura
Federal da 5a. Região**

TRF 5a. Região
Recife – Pernambuco
Nº 14 – 2007

EDITORIA

Humberto Vasconcelos – Editor
Elaine Pereira – Coordenadora da ESMAFE - 5ª
Creuza Maria Gomes Aragão

IMPRESSÃO

Indústrias Gráficas Barreto Limitada
Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE
graficabarreto@terra.com.br

TIRAGEM

500 exemplares

CAPA

André Gonçalves Garcia

REVISTA ESMAFE – 5a.

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO
RUA DO BRUM, 216 – BAIRRO DO RECIFE
50030-260 – RECIFE – PE
esmafe@trf5.gov.br

REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª
Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 14. Março 2007. 294p.

1. PODER JUDICIÁRIO – BRASIL. 2. LIMA, EVERARDO
DA CUNHA, 1923 – COMEMORAÇÕES. 3. JUÍZES –
PROFISSÃO. 4. DIREITO CONSTITUCIONAL – BRASIL.
5. DIREITO INTERNACIONAL. 6. DIREITOS HUMANOS.
7. CÓDIGO FISCAL – BRASIL. 8. IMPOSTO SOBRE
SERVIÇOS. 9. DIREITO PROCESSUAL – BRASIL.

ISSN 1807-6203
PeR-BPE 07-0346

CDU 34(81)
CDD 340

**ESCOLA DE MAGISTRATURA
FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

DIRETORIA

**MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI - Diretora
Desembargadora Federal**

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - Vice-Diretor
Desembargador Federal**

CONSELHO EDITORIAL

**Des. Federal Ridalvo Costa
Desa. Federal Margarida de Oliveira Cantarelli
Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Juiz Federal Carlos Rebêlo Júnior**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO

DESEMBARGADORES FEDERAIS

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
Presidente

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Vice-Presidente

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Corregedor

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Diretor da Revista

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

Sumário

Editorial	7
Dr. Everardo da Cunha Luna: O Jurista, o Poeta, o Homem de Bem	9
Everardo Luna – Em Prosa e Verso	11
<i>Advogado Licínio Barbosa</i>	
A Importância da Obra de Everardo Luna na Construção dos Tipos Penais Atuais	27
<i>Juiz Federal Ivan Lira de Carvalho</i>	
O Erro no Direito Penal	55
<i>Procuradora de Justiça Eleonora de Souza Luna</i>	
ARTIGOS	63
A Formação de Magistrados	65
<i>Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli</i>	
Por Que Controle Misto?	81
<i>Juiz Federal Marco Bruno Miranda Clementino</i>	
Universalismo <i>Versus</i> Relativismo Cultural: A Afirmação Universal dos Direitos Humanos no Âmbito do Direito Constitucional Internacional	113
<i>Juiz Federal Frederico Wildson da Silva Dantas</i>	
Hierarquia dos Tratados Internacionais em Face do Ordenamento Jurídico Interno: Um Estudo Sobre a Jurisprudência do STF	145
<i>Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler</i>	
A Capacidade do Estado-Membro da Federação para Celebrar Tratados Internacionais	165
<i>Procuradora Estadual Luciana Santos Pontes de Miranda</i>	
Incorporação Imobiliária e o ISS	195
<i>Advogada Maria Elza Bezerra Cirne</i>	
A Reforma do Processo de Execução e os Reflexos na “Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente”	235
<i>Advogado Julio Cezar Hofman</i>	

EDITORIAL

A Revista da ESMAFE-5ª Região chega ao número 14, atingindo, de forma integral, os objetivos para os quais foi instituída, entre eles o de registrar, passo a passo, a trajetória da Escola de Magistratura Federal desta Região, desde a sua criação em outubro de 1999 até os dias presentes. É a memória escrita da Escola e a peça que, ao longo de suas 14 edições, vem revelando o itinerário daquele centro de formação e aperfeiçoamento a serviço da Justiça Federal. A análise desse conjunto de publicações noticia a consolidação de dois empreendimentos: a Escola e a Revista.

Justo salientar a parceria com a Caixa Econômica Federal que permitiu a regularidade desta publicação, a evidenciar que uma estrutura de apoio será sempre uma via de mão dupla, quando construída com a determinação de atender ao interesse público.

Ilustra esta edição um nome que integra a crônica dos notáveis êxitos do eixo Olinda-Recife na área do conhecimento jurídico e da prestação jurisdicional no Brasil: Doutor Everardo da Cunha Luna. Suas lições e seu labor jurídico são fontes de inspiração permanente para quem se dedica ao Direito Penal, dentro ou fora das hostes acadêmicas. O leitor encontrará três artigos sobre o grande mestre, assinados por figuras eminentes de nosso mundo jurídico: sua filha, Professora e Procuradora de Justiça Eleonora de Souza Luna; um de seus discípulos e fiéis seguidores, o Doutor Licínio Barbosa; e o Juiz e Professor Ivan Lira de Carvalho. A leitura dessas peças revelará ao leitor o jurista, o poeta e o homem de bem que foi o Dr. Everardo da Cunha Luna.

Mais uma vez, em coerência que tem marcado a trajetória desta Revista, seu conteúdo editorial apresenta uma evidente riqueza temática. A Desembargadora Margarida Cantarelli, que dirigiu a Escola de Magistratura neste último biênio, oferece uma lúcida interpretação do papel das escolas judiciais, em trabalho apresentado no XIX Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado em Curitiba, em novembro de 2006.

Três contribuições de grande peso dedicam-se ao Direito Internacional, tocando aspectos de relevante interesse: a capacidade jurídica de representação internacional dos estados-membros; a delicada questão dos direitos huma-

nos como tema preferencial de um Direito Constitucional que se sobrepõe aos limites dos ordenamentos nacionais; e as repercussões nos ordenamentos internos dos tratados internacionais.

Mais uma vez a função do operador jurídico como elo que procura dar eficácia à norma escrita, na linha de tantas outras contribuições semelhantes que esta Revista tem publicado, é examinada por um ilustre magistrado e freqüente colaborador deste periódico. Completam a edição, dois trabalhos voltados para a área dos negócios jurídicos: um relacionado com a função tributária do município e o outro, de jurista ligado à Caixa Econômica Federal, sobre um tema recorrente nas assessorias especializadas dessa instituição financeira: a execução por quantia certa contra o devedor solvente.

Este número encerra, com esse elenco de tantos trabalhos de notório interesse jurídico e cultural, mais uma etapa administrativa da ESMAFE-5ª.

Recife, março de 2007.

A Editoria.

Dr. Everardo da Cunha Luna
O jurista, o poeta, o homem de bem

EVERARDO LUNA – EM PROSA E VERSO

Licínio Barbosa

Advogado

1. DOS CAMINHOS DE SAN TIAGO À ROMARIA DE SANTO EVERARDO

O insigne agrarista Juan José Sanz Jarque, catedrático de Direito nas Universidades de Espanha, percorreu o Caminho de São Tiago, e, para perpetuar sua mística experiência, escreveu *De Mar a Mar – Desde Tarragona a Finisterre, en el Jacobeo 93, por los Caminos y Lugares que Santiago abrió a la fé*, edição da Asociación Católica de Propagandistas, Madrid, 1998, 467 págs.

Convidado pela Doutora Margarida Cantarelli, ex-presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal, 5.ª Região, Recife (PE), e diretora da Escola Superior da Magistratura da Justiça Federal, para proferir palestra sobre a vida e a obra de Everardo da Cunha Luna, seu ex-professor, no “Simpósio em Homenagem a Everardo da Cunha Luna”, realizado em João Pessoa (PB), nos dias 9 a 10 de março do ano em curso, abalei-me, com minha esposa, de Goiânia (GO) ao Recife (PE) e, de lá, a João Pessoa (PB), a fim de cumprir um ato de contrição a um dos santos de minha devoção, no âmbito das ciências penais. O convite foi como uma convocação. E como o tempo não permitia que se fizesse o trajeto a pé, outra alternativa não tive senão tomar o avião, a despeito das quedas freqüentes e escandalosos atrasos nos vôos. Sem falar nos fraudulentos *overbookings*.

Percorri, assim, “o Caminho de Santo Everardo”, de Goiânia, no epicentro do Planalto Central, às cidades-irmãs Recife/João Pessoa, trazendo no far-nel alguns apontamentos para a celebração desse nume das letras jurídico-penais que Paraíba, generosamente, doou ao mítico Pernambuco, donde espargiria, incandescente, luzes o todo o território nacional.

2. AS ORIGENS CAMPINEIRAS NA PLANALTINA BORBOREMA

Na remansosa paz montês do nordestino planalto da Borborema, nascia, a 10 de dezembro de 1923, em Campina Grande, Paraíba, o maior expoente da Dogmática Jurídico-penal de nosso País, o inolvidável EVERARDO DA CUNHALUNA, filho de Mauro da Cunha Luna e Augusta de Almeida Luna.

Em suas quase 7 décadas de gloriosa existência, percorreu longo périplo de atividades administrativas, desde a cidade natal, onde foi Secretário da Prefeitura, no remoto ano de 1948, aos 25 anos de idade; vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco; Conselheiro do CNP-CP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça; Correspondente Nacional para o Tratamento do Delinquente e Prevenção do Crime, das Nações Unidas (Viena); Membro Titular da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, Membro da Academia Pernambucana de Ciências, membro da Academia de Letras da sua Campina Grande, – Campina Grande que ele canta, em “Evocação da Infância”.

“Oh Campina, minha terra,
Não sou filho ingrato não...
Ao descer a tua terra,
Fazia por tua mão!

“Para a emoção que me ferve
E que no peito contenho,
A prosa simples não serve,
Poesia boa não tenho...

“Por isso, em rimas vulgares,
Ponho agora minha voz,
Preso que estou nos lugares
De meus pais e meus avós...”

3. O TROPISMO DAS ARCADAS PERNAMBUCANAS

Atraído pelo centenário tropismo da legendária Faculdade de Direito de Olinda e Recife, ingressa na luminescente Casa de TOBIAS BARRETO, diplomando-se Bacharel em Direito na Turma de 1947.

Vocacionado para o magistério, dois anos após o Curso de Direito iniciar-se na docência, como professor de *Português*, no Curso Colegial da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Pernambuco, ano de 1949. Simultaneamente, lecionaria *Técnica Jurídica Comercial, Sociologia e Economia Política*, em vários colégios de sua estremecida Campina Grande.

De volta ao Recife, substituiria o ilustre Prof. Evandro Muniz Neto, na Cátedra de *Direito Penal Judiciário*.

4. O MAGISTER

Mais tarde, seria titular da Teoria Geral do Direito Penal, no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UFPE; de Direito Penal Comparado, no seu Curso de Doutorado; e Direito Penal, no Curso de Especialização em Direito Público, e Direito Privado, na Faculdade de Ciências Sociais, da Universidade Federal do Amazonas.

Para tanto, já se revelara a maior expressão da “Dogmática Jurídico-Penal”, quase deitando sombra sobre o grande mestre das Ciências Penais de Pernambuco, Aníbal Bruno, Catedrático de “Direito Penal”, de “Língua Portuguesa” e de “Medicina Legal”, – com o seu clássico *Estrutura Jurídica do Crime*, de 1958, trabalho com que conquistou, espetacularmente, a Livre-Docência de Direito Penal, onde enfoca, com clareza solar:

Na Introdução:

A Teoria Jurídica do Crime, e
A Estrutura Jurídica do Crime.

No Título I, Síntese do Crime:

O Crime como Fato Jurídico (Cap. I), e
O Crime com Fato Injurídico (Cap. II).

E, no Título II, Análise do Crime:

O Crime como Fato Material (Cap. III), e
O Crime como Fato Moral (Cap. IV).

Tese que a Universidade Federal de Pernambuco transformaria em livro, no ano subsequente, várias vezes reeditado.

Logo após, no ano de 1959, conquista a Cátedra de *Direito Penal* de sua Faculdade, com a tese “O Resultado do Direito Penal”, mais tarde editada, em livro, pela Editora Bushatsky, com a seguinte estrutura:

- O Resultado e o Direito (Cap. I),
- O Resultado e o Dano (Cap. II),
- O Resultado e os Elementos do Crime (Cap. III), arrematando a tese com a conclusão,
- O Resultado e a Manifestação do Crime (Cap. IV).

Viria, depois, em estilo mais didático, destinado, mormente, aos alunos do Curso de Graduação, a obra *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*, cobrindo toda a “Teoria Geral do Direito Penal”, e compreendendo: “As Ciências Penais”, a “Natureza do Direito Penal”, as “Categorias Jurídico-Penais”, as “Tendências do Direito Penal Contemporâneo”, o “Alcance e os Limites do Direito Penal Hodierno”, o “Direito Penal Germânico”, a “Moderna Teoria do Delito”, a “Teoria Finalista da Ação”, a “Antijuricidade”, o “Bem Jurídico”, o “Crime na nova Parte Geral do Código Penal”, o “Crime Omissivo e a Responsabilidade Penal por Omissão”, a “Relação de Causalidade e a Responsabilidade Penal Objetiva”, a “Culpabilidade”, “O Erro e Tipo e o Erro de Proibição”, a “Coação Irresistível e a Obediência Hierárquica”, o instituto da “*Aberratio Ictus*”, a “*Aberratio Delicti*”, o “Arrependimento Eficaz”, a “Pena e a crise penal”, o “Exame Criminológico”, a “Carecteriologia Criminal”, a “Descriminalização e a Despenização”.

Nesses “Capítulos”, presente toda a teoria geral do Direito Penal moderno.

Obra pouco divulgada, porém de grande significação na bibliografia everardiana, uma outra obra, pouco mais que uma *plquette*, *Trabalhos de Direito Penal*, publicada, em 1971, pela Editora da Universidade Federal de Pernambuco, contendo “Pareceres” sobre: a “Apropriação Indébita”, o “Estelionato”, o “Livramento Condicional e a Segurança Nacional”, o “Pedido de Graça nos crimes de Homicídio Simples e Privilegiado”. Também aí se encontram entrevistas sobre o “Anteprojeto do Código Penal”, e sobre o “*Habeas Corpus* e a Segurança Nacional”. Fecha essa obra a erudita argüição sobre a tese “Tutela Penal da Intimidade”, do Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, das *Arcadas Paulistas*, ao todo 14 questionamentos.

Parte importantíssima da contribuição everardiana à Dogmática Jurídico-Penal são as “Notas” ao *Direito Penal*, 2 volumes, de Giuseppe Bettiol, na tradução vernacular de Paulo José da Costa Jr. (Doutor das Ciências Penais, no Brasil e na Itália), e Alberto Silva Franco, obra editada pela Revista dos Tribunais nos anos de 1996 (Vol. I) e 1971 (Vol. II).

Doutra parte, não se pode olvidar o contributo de Everardo à “Teoria Geral do Direito”, com sua obra *Abuso de Direito*, hoje clássica, edição esgotada como quase todos os livros do gênio campineiro.

5. O EXAMINADOR

A despeito de sua intensa atividade docente, Everardo esteve presente em inúmeras Comissões, dentre as quais:

- a) Conselho Técnico-Administrativo, da FD-UFPE;
- b) Comissão Examinadora do concurso para Professor Titular de “Direito Penal”, na sesquicentenária **Faculdade do Largo São Francisco**, argüindo o Prof. Doutor Paulo José da Costa Júnior;
- c) Comissão de Admissão ao Curso de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da UFPE;
- e) Comissão Examinadora do concurso para Professor Assistente de Direito Penal, da FD-UFPE;
- f) Comissão Examinadora de Professor Assistente de Direito Penal, na Faculdade de Direito da UFCeará;
- g) Comissão Examinadora para Professor Titular de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do **Rio de Janeiro**, argüindo o Prof. Dr. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, o Advogado da “Resistência Democrática” durante os “anos de chumbo” da turva Ditadura Militar;
- h) Comissão Examinadora para Professor Titular de Direito Penal junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, argüindo o Prof. Dr. RENÉ ARIEL DOTTI, o mais brilhante talento, das Ciências Penais do País, na segunda metade do Séc. XX, e co-autor da petição de *impeachment*, do presidente Fernando Collor;
- i) Comissão Examinadora para Professor Titular de Direito Penal junto à centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal de **Goiás**, em que se consagrou como Titular o Prof. Dr. LICÍNIO LEAL BARBOSA, em 1985;

- k) Comissão Examinadora para Professor Titular perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do **Pará**, em que foi ungido o Prof. Dr. EDMUNDO DE OLIVEIRA, hoje Titular da Cátedra de Direito Penal e Ciências Penais da prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de Orlando, Estados Unidos da América;
- l) Examinador da Produção Científica e Cultural da UNB, no concurso de Professor Titular, do Prof. ELMANO CAVALCANTI DE FÁRIA;
- m) Comissão Examinadora do concurso de Promotor de Justiça do Estado de Pernambuco;
- n) Integrante da “Lista Tríplice” para a escolha de Desembargador junto ao Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco.

6. O ADMINISTRADOR

Homem de pensamento, foi, Everardo, também operoso homem de ação. Eis, a propósito, alguns cargos por ele exercido:

- a) Chefe do IV Departamento da Faculdade de Direito da UFPE, período 1969-1972;
- b) Coordenador do Curso de Doutorado, na Faculdade de Direito da UFPE;
- c) Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFPE.

7. O ADVOGADO

A intensa atividade acadêmica não impediu Everardo de se dedicar, com sofreguidão, às lides advocatícias.

Como já se registrou, foi vice-presidente da OAB-PE.

Sua atividade postulatória se iniciaria, em caráter permanente e ininterrupta, como Advogado de Ofício da Cidade do Recife (PE), a partir de 1958. Nessa condição, seria membro do Conselho Penitenciário de Pernambuco, nos idos de 1969. E participaria como Membro da Comissão de Elaboração do Anteprojeto de Regulamento Penitenciário de Pernambuco.

Integrou o Conselho do Instituto dos Advogados de Pernambuco, e do Conselho Seccional da OAB-PE.

Como Advogado, representou a categoria, por 2 biênios consecutivos (1964-1968), junto ao Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco.

Foi, também, Procurador Adjunto dos Feitos da Fazenda Pública de Pernambuco, e compôs Comissão Examinadora para seleção de “Advogados de Ofício” do Recife, no ano de 1967. Também comporia Comissão Examinadora para escolha de Auditor Militar de seu Estado adotivo.

8. EXPOENTE DO *PARQUET*

Igualmente, exerceu, com a sobriedade, que lhe era inerente, o cargo de Promotor de Justiça, na Paraíba, de 1951 a 1953; e, mediante concurso público, cargo idêntico, em Pernambuco, de 1953 a 1956.

E, também, o cargo de Conselheiro do “Conselho Penitenciário do Serviço Social contra o Mocambo”, em Pernambuco, no ano de 1964.

9. O POLÍGRAFO

Instado a contribuir, com o seu imenso saber e sua vastíssima cultura para várias publicações, eis alguns temas que abordou com a mais absoluta propriedade:

- a) O dogma da reserva legal;
- b) O dogma do bem jurídico;
- c) O dogma da ação;
- d) O dogma da culpabilidade;
- e) A revisão criminal no Anteprojeto do Código de Processo Penal;
- f) O Direito Penal e as Ciências do Homem;
- g) O Direito Penal em Portugal;
- h) A disciplina jurídica do transplante;
- i) Estudo sobre a deformidade permanente;
- j) O crime de corrupção de menores;
- k) A extinção da punibilidade e sonegação fiscal;
- l) O instituto da prova no Anteprojeto do Código de Processo Penal.

Especial menção ao primoroso trabalho “A Arte e o Obsceno”, separata da *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, apresentado, originariamente, ao “VI Congresso Brasileiro de Teoria e Crítica Literárias”, e “II Seminário Internacional de Literatura”, realizados em Campina Grande (PB), de 19 a 25 de setembro de 1982.

Na oratória acadêmica, destacam-se:

- a) “Saudação aos Novos Bacharéis”, separata da *Revista Acadêmica*, LXV, da Faculdade de Direito da UFPE, dirigida aos novos Solicitadores e Advogados, ao prestarem juramento perante o Conselho da OAB-PE, a 9 de maio de 1969;
- b) “Aníbal Bruno, o Homem e a Obra”, panegírico publicado pelo Conselho Municipal de Cultura, em dezembro de 1977, Recife (PE);
- c) “Afonso Campos”, conferência proferida na Associação Comercial de Campina grande, nas homenagens pelo Cinquentenário da morte do ilustre público paraibano;
- d) “Epitácio Pessoa, o Homem e o Direito”, separata da *Revista Acadêmica*, LXIV, Recife (PE);
- e) “Phaelante da Câmara”, separata da *Revista Acadêmica*, ano LXIII, 1966-1967, Recife, 1967, panegírico do Prof. Francisco Phaelante da Câmara Lima, nas festividades de seu Centenário.

E tantas outras contribuições, nos campos do “Direito”, das “Ciências Penais”, da “Vida Acadêmica” e da “Literatura”.

Especial contributo prestou, Everardo, ao aprimoramento do sistema penal de nosso País, além desses artigos, conferências, arguições, – com sua luminosa participação nos Seminários realizados em Goiânia (GO), v. g. no Seminário de 1973, – quando foi proclamada a “Moção de Goiânia I” –, e, mais tarde, no Seminário de 1981, – quando foi regida a “Moção de Goiânia II”. E, no “I Congresso Brasileiro de Ciências Penais”, – quando se editou a “Moção de Goiânia III”, sua presença espiritual foi sentida e programada, pois, seus ensinamentos foram uma das colunas mestras desse documento.

10. O POETA

Seria inimaginável identificar naquele homem sisudo, mas de ameno trato, aparentemente mais preocupado com a Dogmática-Jurídico-Penal, um poeta de vastos recursos, de profunda sensibilidade, e de elevada inspiração.

Everardo poeta, – eis uma das faces que poucos conhecem no Defensor Público, no Advogado, no Catedrático.

Ei-lo!

E, por admitir sê-lo, pede, antecipadamente, “Perdão aos Poetas”, nas duas quadras homônimas:

“Por cometer o pecado
De versejar um instante,
Arrependido já brado:
– Perdão, ó filhos de Dante!

“E por vencer a canseira,
Busco logo o meu descanso
Na minha velha cadeira,
A cadeira de balanço!” (Recife, 1964)

Ao cantar *o Amor*, considera-o o “Carro de Fogo” que teria arrebatado Elias, o Profeta que anteviu a vinda do messias.

“O amor, no mundo,
É o carro de fogo
Que levou Elias
Para outras alturas.
É nela que sentimos
Pelos compassos da vida
Como as idéias são simples
E como as coisas são puras” (Praia do Janga, 1983)

De Dante, vai a Goethe, o ponto culminante da literatura germânica, a quem dedica uma oitava:

“Se todo velho é um rei Lear,
Forjado na tempestade
Na febre e na noite fria.
– Esgotada a humanidade
Não o louve em fantasia,
Não lhe tenha piedade:
– Tem o que foi, cada dia,
Na paz da tranqüilidade.” (Recife, 1985)

Além da quadra e do “Soneto de Dante”, mais duas quadras (“Para Ler Dante”):

“Para ler Dante?
Em qualquer instante.
Saber florentino?
Basta neo-latino.

“Ser italiano?
Apenas humano.
Católico? Não!
Um simples cristão.” (Recife, 1983)

Do autor da *Divina Comédia*, passa ao mágico de *A Comédia Humana*, a quem dedica o soneto “Balsac”:

“Alheio aos pesadelos da fadiga,
A reviver magicamente o dia,
Penetra-se daquela voz antiga,
Na solidão da última agonia:

“– Que augusto espírito, ou palavra amiga,
A chama te acendeu da fantasia,
O compassar da tormentosa intriga,
No estilo perenal da poesia?

“– Na estranha caminhada florentina,
Presente esteve o sábio mantuano
E a sagrada visão da peregrina...

“Mas, na minha Comédia, o insano e o sano,
Senti, em cada sala, e em cada esquina,
Só pelo encanto e o desencanto humano.” (Recife, 1985)

Fascinado pela música clássica, dedica ao maior compositor de todos os tempos, Mozart, dedica-lhe 5 quadras, das quais destaco as duas últimas:

“Corações sempre escondidos
No turbilhão do viver,
Assomam pelos sentidos
Desde as origens do ser.

“Aragem de luz, agora,
Movendo as sombras do dia,
Desperta a graça de outrora,
Na limpidez da magia.” (Recife, 1986)

Na simbologia bíblica dos “Reis Magos”, celebra o “Ouro”, o “Incenso” e a “Mirra”:

“Esse *ouro*, que enriquecia,
E agora ilumina a fé,
Pleno de graça em Maria,
É *graça* de São José.

“O *incenso* que cobre o mal,
Pela fé que o homem alcança,
Sal da vida, é sempre o sal
Da promessa e da *esperança*.

“Da mirra, as sagradas rosas,
Que ungiram Cristo na dor,
Anunciam, perfumosas,
A consolação do amor.” (Recife, 1986)

Em louvor de *Keats*, o grande vate da poesia romântica da Inglaterra, proclama:

“Presenti, na natureza,
Vendo a noite e vendo o dia,
Que o vero e o bem, com certeza,
No que é belo se anuncia:
– Uma essência de beleza
É uma eterna alegria.” (Recife, 1990)

Nos momentos tristes, uma ode à “Depressão”, que assim define:

“São dolorosos caminhos,
Desnudando os corações,
Deserto imenso de espinhos,
Loucura das emoções.

“Ardência desesperada,
Desejo de não viver,
Procura do ser, o nada,
E até ação de morrer!” (Recife, 1990)

Projetado aos píncaros da glória, Everardo não olvidou jamais sua querida Campina Grande, lembrando o “relógio da Matriz”, “a Geninha, mãe preta”, “corridas de carrocel / na festa da Conceição...”, os “banhos alegres no açude”, os “meninos de Oliveira”, “o escritório colorido / do velho Hortênsio Ribeiro...”, “o primeiro grande amor”, “A sedução do tormento / E a escravidão que liberta!”

E conclui o poema “Evocação da Infância”:

“E agora, longe da terra,
Adulto, guardo a lição,
Mas o menino da serra
Mora aqui no coração!” (Recife, 1980)

Sintonizado com o futuro, Everardo deixou-se empolgar pela “Amazônia”, – mais uma vez, celebrada, agora, na minissérie “De Galvez a Chico Mendes”, na mágica dramaturgia de Glória Perez –, como já acontecera a Gastão Cruz e a Euclides da Cunha, Everardo dedica-lhe um soneto:

“Céu tranqüilo, a espessura consagrando
Rio e floresta à esplendidez solar,
Seguia o corpo, ao passo, entremeando
Mares na terra e terras com o mar.

“E na extensão de força rebentando,
A luz buscava a escuridão sem par,
Ao mole corpo, as almas animando,
Floresta e rio em direção do mar.

“Lentos veios dos olhos se estendiam,
Descoberta de amor e fortaleza,
Pela oferta do bem que recebiam.

“E na visão do verde da aspereza,
Os astros da esperança prometiam
A consciência em prol da natureza.” (Recife, 1982)

11. O HOMEM

Casado com Heloíza, – para nós, Dona Heloíza Luna –, ela foi, para Everardo, o que Beatriz para Dante.

Por isso mesmo, Everardo lhe dedica o soneto “Versos à Heloíza”:

“Se na ausência do bem o mal consiste,
Como afirmam os claros pensadores,
Escuridão que põe minh’ alma triste
É privação da luz de teus amores.

“Existes e és um bem que longe existe,
Um bem aonde eu for e aonde fores,
Que por Eros e Ágape nos uniste,
Dos que negam a vida vencedores.

“Pressentimento de abrandar as dores
É promessa que esplende, na enxovia,
Que após os cardos brotarão as flores,

“É vaticínio de afastar o dia
De brumas cheio e cheio de temores,
É prenúncio de Paz e de Alegria.” (Recife, 1964)

Dessa ditosa união, nasceriam Eleonora, Heitor, Hermano e Eduardo de Souza Luna.

A Eleonora, hoje Mestre em Direito, e Procuradora de Justiça de Pernambuco, o pai dedica as 4 quadras de “No Hospital Português”, de que destaco as duas primeiras.

“Neste lugar de combate,
Travado entre vida e morte,
Uma lembrança me abate
E uma outra me torna forte.

“Se nele, com dor atroz,
Vi meu pai deixando a vida,
Também nele, anos após,
Nasceu-me a filha querida!” (Recife, 1956)

E ao caçula, Eduardo, dedica o soneto “A Manhã de um novo Dia”:

“Cada dia é a manhã de um novo dia,
Nauta nas vagas de alongada vela,
Que a presença do viver constela
Os destinos da vida fugidia.

“Pelo ritmo solar da fantasia
E na força sombria da procela,
Desvelos de concórdia e de querela
Vão e vêm na manhã de um novo dia.

“Querê-lo assim, no mar dos desenganos,
Em convívio da fonte criadora,
Ou sedução do corpo apeteçada,

“É transcender o perpassar dos anos,
Como se instantes o viver não fora,
E de mortal não se fizesse a vida.” (Recife, 1983)

12. O GÊNIO

Everardo foi um gênio. E, como todo gênio, um ser agitado por forças telúricas e cósmicas. Ver-lhe a vida, e sentir-lhe o estro, lembra o poema “Ahasverus e o Gênio”, com que CASTRO ALVES abre as *Espumas Flutuantes*, na coletânea de Homero Pires, para celebrar o Centenário do Poeta dos Escravos, cujas estrofes ainda reboam nas Arcadas da Faculdade de Direito de Olinda e Recife, nas tertúlias com Tobias Barreto:

“O Gênio é como Ahasverus... solitário
A marchar, a marchar no itinerário
Sem termo do existir.
Invejado! A invejar os invejosos,
Vendo a sombra dos álamos frondosos...
E sempre a caminhar... sempre a seguir...”

“Pede u’a mão de amigo – dão-lhe palmas:
Pede um beijo de amor – e as outras almas
 Fogem pasmas de si.
E o mísero de glória em glória corre...
Mas quando a terra diz: – ‘Ele não morre’,
Responde o desgraçado: ‘Eu não vivi!...’”

(S. Paulo, 1868, in: *Poesias Escolhidas de Castro Alves*, seleção, prefácio e notas de Homero Pires, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1947, p. 33)

Todavia, a despeito do dramático poema de “O Poeta dos Escravos”, Everardo amou e foi amado. Teve mão e ombro de amigo, juntamente com os aplausos onde proferiu suas sábias conferências.

Por tudo isso, Everardo, a despeito do evento de 1991, não morreu. Porque seus ensinamentos continuam com todos aqueles que, como nós, operadores do Direito, colaboradores na missionária distribuição da Justiça, a todo momento sentimos sua presença inspiradora, quer no recôndito da biblioteca, na oficina de trabalho, nos pretórios, na tribuna forense.

Everardo vive, eternamente!

Suas lições como consagrado jurista, sua sensibilidade como poeta de sublime inspiração, sua retidão de caráter, seu extremado apego à família, sua lealdade inexpugnável aos amigos, – tudo faz dele uma referência perene como aqueles avatares da humanidade que figuram, cintilantes, na galeria dos Varões de Plutarco, como faróis inextinguíveis para guiar os navegantes nas tormentas e nas procelas do mar revolto de nossa existência.

Pois esta é a existência! A nossa existência!

A IMPORTÂNCIA DA OBRA DE EVERARDO LUNA NA CONSTRUÇÃO DOS TIPOS PENAIIS ATUAIS¹

Ivan Lira de Carvalho

Juiz Federal - 5ª Vara / RN

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Mudanças no cenário jurídico impulsionadas pelos fatos sociais e persistências de obras doutrinárias de consistência; 3. A obra de Everardo Luna marcada pela ousadia e a importância política transcendente ao Direito formal; 4. O estudo do crime em sua estrutura e em sua manifestação; 5. Seleta, mais que pontual, das opiniões de Everardo Luna; 6. Subsunção de alguns aspectos da chamada Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1988) à doutrina de Everardo Luna; 7. A contribuição de Everardo Luna ao Anteprojeto de Código Penal de 1983. Paralelismo com tipos criados recentemente ou em vias de criação; 8. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Em sede de Direito Penal, mercê do dogma da legalidade e, especificamente, da anterioridade, é curial que surjam as leis tipificando condutas para que ao seu reboque venham os doutrinadores, com comentários ou com a construção de doutrina em torno do que já está vigente.

Essa regra, aparentemente cômoda para os que se apresentam como produtores intelectuais do Direito Penal, há que ceder espaço, em nome da serieda-

¹ Elementos da palestra homônima, proferida pelo autor durante o *Ciclo de Estudos em homenagem ao Professor Everardo da Cunha Luna*, realizado em João Pessoa-PB, de 08 a 10 .03.2007, sob os auspícios da Escola Superior de Magistratura Federal da 5ª Região.

de científica desse ramo jurídico, aos pesquisadores que oferecem o seu saber e o seu trabalho para uma análise conjuntural mais sólida, na maioria das vezes apurada mesmo antes da iniciativa legislativa, dê que o bem jurídico já esteja a reclamar alguma providência no campo penal. E em alguns casos, a sensibilidade do jurista é tamanha, que mesmo antes do bem jurídico ser posto à prova dos mais diversos setores da sociedade, já está ele a lucubrar propostas para evitar que danos ou perigos venham a macular esses bens quando eles estiverem sendo fruídos na sua plenitude.

Também de inegável importância a abordagem teórica feita nos sítios do Direito Penal sobre o crime e a pena (principalmente estes, pois do criminoso cuidarão com maior perfeição a criminologia, a antropologia criminal e a sociologia criminal), objetivando dirigir os estudos e a aplicação dos tipos criados ou em processo de criação.

Everardo da Cunha Luna, lente que irradiou desde a cátedra da Faculdade de Direito do Recife, elementos teóricos e práticos para a consolidação de um Direito Penal sério e útil, decerto não se enquadra no rol dos intelectualmente frágeis que colhem da oportunidade de mudanças legislativas (às vezes estapafúrdias) para galgarem notoriedade e ganho fácil com a mercancia de livros efêmeros.

O fito maior deste trabalho é pedir a atenção dos que hoje manejam o Direito Penal (a as ciências que lhe são afins) para a consistência da obra de Everardo Luna, mesmo que já passados tantos anos do seu falecimento.

2. MUDANÇAS NO CENÁRIO JURÍDICO IMPULSIONADAS PELOS FATOS SOCIAIS E PERSISTÊNCIAS DE OBRAS DOCTRINÁRIAS DE CONSISTÊNCIA

Um aluno de universidade pública nordestina reclama ao professor de Direito Processual Civil acerca da possível inservibilidade de determinado livro doutrinário, mercê das constantes e pontuais reformas que estão sendo impostas ao CPC. Responde-lhe o mestre, com simplicidade e agudeza: “Eu só confirmo que uma obra é boa se, realizadas modificações no texto da lei por ela comentada, mesmo assim permanecer atual.”. É mais ou menos como a certeza de que ainda que desapareçam as flores o jardim permanecerá belo, pois lhes são adequadas as novas plantas.

Mas nem todas as obras da literatura jurídica cabem na afirmação do professor acima referido, como nem todos os jardins se eternizam para acolher

novos espécimes da flora. Existem, e são muitas, as peças doutrinárias tão descartáveis como as leis às quais se unem, formuladas para atender a interesses dos poderosos do dia, quer no campo político, quer no terreiro da economia ou mesmo – pasmem – no pântano da ilicitude e da imoralidade.

Não é o caso, decerto, da obra de Everardo da Cunha Luna, capitaneada pelo estudo sobre a “Estrutura Jurídica do Crime”², pelos “Capítulos de Direito Penal – Parte Geral”³, por “O Erro de Direito e o Concurso de Pessoas, no anteprojeto do Código Penal de 1981”⁴, pelos “Trabalhos de Direito Penal”⁵ por “A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal”⁶, por “Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969”⁷ e muitos outros contributos às ciências criminais. O pensamento do penalista em apreço continua atual, mesmo que superado pontualmente pelos novos rumos das ciências que se ocupam dos delitos e das penas. Paradoxal? De modo algum! As idéias, quando construídas e divulgadas com convicção e fundamentos, não se deixam arrasar com o tempo. Servem, pelo menos, de referência histórica ou contraponto para as novas formulações gizadas para alcançar os emergentes reclamos sociais.

No conjunto de opiniões de Everardo da Cunha Luna estão presentes mais do que elementos históricos ou nostálgicos de uma época em que, por exemplo, as condutas de informática ainda não estavam tão preponderantemente postas a serviço do crime e nem o meio ambiente reclamava uma tutela penal tão acentuada como nos dias atuais. Mas a visão adiantada do referido doutrinador alcançava essa evolução dos fatos e já cuidava de fornecer elementos que visassem colocar o Direito Penal a serviço da prevenção ou da repressão a condutas voltadas contra bens jurídicos sem tão difundida importância à época em que ele viveu e teve fértil produção intelectual.

² LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva. 1993.

³ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 1985.

⁴ LUNA, Everardo da Cunha. O Erro de Direito e o Concurso de Pessoas, no anteprojeto do Código Penal de 1981. *Vox Legis*, vol. 154. São Paulo: Sugestões Literárias. out/1981.

⁵ LUNA, Everardo da Cunha. *Trabalhos de Direito Penal – Coleção Jurídica*, vol. IV. Recife: Biblioteca Universitária Pernambucana. 1971.

⁶ LUNA, Everardo da Cunha. A causalidade da omissão no anteprojeto de Código Penal. *Revista Acadêmica*, a. LXIII – 1966 – 1967. A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal. , p. 77-103. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito. 1967.

⁷ LUNA, Everardo da Cunha. Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969. *Justitia*. São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, 1º trim/1974.

Nesse agrupamento de idéias não precisa arte de garimpagem para que sejam encontrados fundamentos e orientações para a construção e a compreensão de tipos penais da mais acendrada atualidade, conforme se pretende fazer neste artigo. Seleção se faz necessária, no entanto, para a escolha de apenas algumas das contribuições do mencionado autor para a otimização do cenário do Direito Penal atual, pondo-as na vitrine das publicações especializadas, com miras a evitar o infortúnio do esquecimento, ao roldão dos holofotes novidadescos.

3. A OBRA DE EVERARDO LUNA MARCADA PELA OUSADIA E A IMPORTÂNCIA POLÍTICA TRANSCENDENTE AO DIREITO FORMAL

Um traço sociopolítico e cultural que não pode ser olvidado na realidade brasileira é o da tentativa de estabelecimento de uma fronteira de prestígio entre as regiões onde floresceu o governo do conquistador português pós-quinhentista e os outros cantões do país, a exemplo do Nordeste e da Amazônia. Fundouse a idéia – equivocada, diga-se – de que somente as pessoas próximas da sede governamental (Rio de Janeiro ou Brasília) ou com maior contato com as matrizes européias (São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul...) dispunham de conhecimento acadêmico para ditar os rumos da produção intelectual brasileira. Conquanto essas páginas da história social nacional estejam sendo viradas em ritmo crescente, ainda vagueiam enganos desse jaez no nosso universo pensante, inclusive no meio jurídico. A realidade do trespassse dessa vesguice de avaliação tem dupla paternidade: o *mea culpa* dos intelectuais originários ou sediados nessas regiões política e economicamente mais aquinhoadas e a insistência dos provenientes dos outros locais em provar que a inteligência e o esforço não escolhem torrão para brotar.

Assim, num período em que os grandes vultos das letras penais estavam no centro-sul do país, com cintilações esparsas vindas da metade norte do Brasil, a exemplo de Aníbal Bruno – agora lembrado como emblema de tantos outros de igual valor, atreveu-se Everardo da Cunha Luna a ir de encontro a vetustas teorias defendidas por personalidades cercadas de aparente intocabilidade, como Antolisei e Bettiol, apenas para exemplificar, como será visto adiante.

A ousadia de Everardo Luna não se circunscreve apenas às tertúlias dos iluminados que estudam a ciência jurídica. Há que ser vista, também, como um

elemento da demolição dessa etérea barreira entre “colonizador” e “colonizado”. Dês que um Nordesteño impôs, com argumentos, novos olhares sobre institutos jurídico-penais havidos por cristalizados, tais como na abordagem dos fundamentos da tentativa⁸, só por exemplo.

Quando aqui se invoca o arrojo de Everardo da Cunha Luna na discussão de assuntos sacralizados nos vetustos meios científicos do Direito Penal, destacando o color sociopolítico dessas investidas, não se pode deixar ao largo o componente histórico que divide (ou insiste em dividir) este país continental em duas grandes porções populacionais, sob o sinete da “melhor situação”. Assim, desde a virada do Império para a República, essa demarcação de terrenos cresce em vida e só não se espalha mais em razão daqueles impeditivos já acima reportados (o reconhecimento dos próprios leste-sul-centristas e a insistência dos povos da outra metade).

Antonio Jorge de Siqueira, em “Nação e região: seus discursos fundadores”⁹, situa a expansão desse mito da distorção regional a partir do segundo império, rumando ao final do Século Dezenove, mesclando elementos econômicos e políticos, estes carregando aqueles. Apoiado em José Antonio Gonsalves de Mello, resgata trecho do editorial do Diário de Pernambuco, edição de 29.08.1959, que assim diz:

“E como poucas vezes sucede que as Províncias do Norte sejam representadas no gabinete por algum filho seu, os seus interesses, por mais que eles importem à prosperidade geral, raras vezes são atendidos devidamente. Ao passo que Províncias do Sul são largamente dotadas de toda a sorte de melhoramentos, as do Norte só por um favor especial recebem de tempos em tempos um escasso subsídio que por mingüado deixa muitas vezes de lhes aproveitar.”

Nesse contexto, até Euclides da Cunha – quem diria – cometeu o que hoje chamam de “ato falho” em “À margem da história”, componente da sua “Obra completa”¹⁰, onde aborda o Brasil com a exclusão dos nordestinos po-

⁸ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 6.

⁹ SIQUEIRA, Antonio Jorge de. *Nação e região: seus discursos fundadores*. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obte025.pdf>. Acesso em 07.03.2007.

¹⁰ CUNHA, Euclides. *Obra completa*. vol. 1, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995. p. 276.

bres que ciganeavam em busca do eldorado da borracha, bandas do Acre conflagrado. Veja-se:

“Quando as grandes secas de 1879-1880, 1889-1890, 1900-1901 flamejavam sobre os sertões adustos, e as cidades do litoral se enchiam em poucas semanas de uma população adventícia, de famintos assombrosos, devorados das febres e das bexigas – a preocupação exclusiva dos poderes públicos consistia no libertá-las quanto antes daquelas invasões de bárbaros moribundos que infestavam o Brasil. Abarrotavam-se, às carreiras, os vapores, com aqueles fardos agitantes consignados à morte.”.

Flui do texto de Euclides da Cunha que o Brasil-nação, asséptico, poderoso e rico, não se confunde e não contém o contingente populacional pobre, “bárbaros moribundos”. Estes infestavam negativamente aquele, do qual não eram parte, mas sim parasitas.

Essa cisma econômica, política e cultural rendeu muitas manifestações de rebeldia, algumas delas investindo até mesmo contra o ideal da unidade nacional, cantado inclusive no pórtico da Constituição Federal, logo no seu primeiro artigo. É o caso, por exemplo, da composição “Nordeste independente”¹¹, autoria de Bráulio Tavares e Ivanildo Vilanova¹², clamando pela formatação jurídica daquilo que entendem já existir no mundo dos fatos.

¹¹ Letra de “Nordeste independente”, gravada por Elba Ramalho: “Já que existe no sul esse conceito/ Que o nordeste é ruim, seco e ingrato/ Já que existe a separação de fato/ É preciso torná-la de direito/ Quando um dia qualquer isso for feito/ Todos dois vão lucrar imensamente/ Começando uma vida diferente/ De que a gente até hoje tem vivido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente. // Dividindo a partir de Salvador/ O nordeste seria outro país/ Vigoroso, leal, rico e feliz/ Sem dever a ninguém no exterior/ Jangadeiro seria o senador/ O cassaco de roça era o suplente/ Cantador de viola o presidente/ O vaqueiro era o líder do partido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente // Em Recife o distrito industrial/ O idioma ia ser nordestinense/ A bandeira de renda cearense/ “Asa Branca” era o hino nacional/ O folheto era o símbolo oficial/ A moeda, o tostão de antigamente/ Conselheiro seria o inconfidente/ Lampião, o herói inesquecido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente // O Brasil ia ter de importar/ Do nordeste algodão, cana, caju/ Carnaúba, laranja, babaçu/ Abacaxi e o sal de cozinhar/

O arroz, o agave do lugar/ O petróleo, a cebola, o aguardente/ O nordeste é auto-suficiente/ O seu lucro seria garantido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente // Se isso aí se tornar realidade/ E alguém do Brasil nos visitar/ Nesse nosso país vai encontrar/ Confiança, respeito e amizade/ Tem o pão repartido na metade./ Tem o prato na mesa, a cama quente/ Brasileiro será irmã da gente/ Vai pra lá que será bem recebido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente/ Eu não quero, com isso, que vocês/ Imaginem que eu tento ser grosseiro/ Pois se lembrem que o povo brasileiro/ É amigo do povo português/ Se um dia a separação se fez /Todos os dois se respeitam no presente/ Se isso aí já deu certo/ antigamente/ Nesse exemplo concreto e conhecido/ Imagina o Brasil ser dividido/ E o nordeste ficar independente.”.

¹² TAVARES, Bráulio. VILLANOVA, Ivanildo. *Nordeste independente*. In: Long-play nº , 823 030-1 - “Do jeito que a gente gosta”, Elba Ramalho. São Paulo: Ariola, 1984.

Assim, a sã birra acadêmica de Everardo da Cunha Luna, conforme acima foi pontuado, transcende, em muito, os domínios do puramente jurídico – onde já tem o seu devido e elevado valor – e alcança o domínio político da afirmação nordestina perante os destinatários da sua obra.

4. O ESTUDO DO CRIME EM SUA ESTRUTURA E EM SUA MANIFESTAÇÃO

Para que se construa um tipo penal, muito há que se analisar em termos de estrutura e manifestação dessa norma criada. Não basta apenas a vontade do legislador nem a obediência cega aos parâmetros da política criminal instituída com vistas ao processo legislativo. É necessário que se cubra de cientificidade esse fruto do querer social (e não somente da vontade estatal), desde a escolha do bem jurídico timbrado de dignidade penal até a própria estrutura – aí num sentido de arcabouço mesmo – e a exteriorização do tipo.

Desse assunto ocupou-se Everardo da Cunha Luna no correr da sua obra, notadamente no livro “Estrutura Jurídica do Crime”¹³, trabalhando o fato punível em sua *estrutura* e em sua *manifestação*. Diz o Professor da Escola do Recife que na análise da estrutura considera-se o crime sob a ótica do seu próprio conjunto – aí a *síntese* do crime – e em seus elementos, é dizer, a *análise* do crime. E o fato punível, visto como um todo se expõe como *fato jurídico* e *fato antijurídico*. Já visto pelas suas partes, mostra-se como *fato material* e *fato moral*.

Pelo prisma da *manifestação* do fato punível, tinha o crime considerado em circunstâncias e em formas, sendo aquelas os elementos acidentais do delito e estas últimas a representação da tentativa, da consumação, da autoria, da participação, do concurso formal e do concurso material.

Uma abordagem aparentemente presa aos domínios da teoria estéril, tem, em verdade, grande importância na construção dos tipos penais, independentemente do tempo em que se processe tal confecção.

No quesito *antijuridicidade*, por exemplo, é esta de tão vital importância para a formação e a formatação do delito, que Cláudio Roberto C. B. Brandão¹⁴ reforça a essencialidade do instituto nestes termos: “Faz prova de ser a

¹³ op. cit., p. 3.

¹⁴ BRANDÃO. Cláudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*. a. 34. n. 133. Brasília: Senado Federal. 1997. p. 23.

antijuridicidade a essência do crime o fato de todos os elementos do crime só adquirirem significação jurídico-penal à luz da antijuridicidade.”.

O próprio Everardo da Cunha Luna¹⁵ elege a antijuridicidade como a essência do crime, estremando essa classificação da idéia-comum de que é ela uma mera contrariedade ao direito. E não receia contestar a doutrina italiana:

“Dizer que a antijuridicidade é o elemento jurídico do crime (Petrocelli, *Pricipi di diritto penale*, cit. p. 257) é, a nosso ver, incidir em um erro e cair numa tautologia: em erro, porque a antijuridicidade não é *elemento*; em tautologia, porque todos os elementos do crime, que é um ente jurídico, são, necessariamente, jurídicos. Elementos são fatos, fato material e fato psíquico, como elemento do crime. A antijuridicidade não é *fato*, não pode ser *elemento*. A antijuridicidade é *juízo*, não podendo, por isso, figurar, ao lado do fato material e do fato psíquico, como elemento do crime. É manifesta a heterogeneidade dos termos (Carnelutti, *Teoria Generale del reato*, cit., p. 82-3, nota 2). Depois de verificar-se que um determinado fato é contrário ao direito, isto é, depois de verificada a antijuridicidade do fato, passa-se à decomposição do crime em seus elementos constitutivos (Antolisei, *Problemi penali odierni*, cit. p. 122-3).

Em suma muitíssimo apertada, pode ser sintetizado o pensamento de Everardo da Cunha Luna, acerca da matéria em foco, na assertiva de que a teoria jurídica do crime estuda o fato punível desde a sua *estrutura* (conjunto do crime, integrado pela síntese e pelos elementos) e da sua *manifestação*, integrada pelas *circunstâncias* (elementos acidentais do fato punível) e pelas *formas* (tentativa e consumação; autoria e participação; concurso material e concurso formal).

Já especificamente sobre a estrutura do crime, a formulação conceitual de Everardo Luna se bifurca em *síntese* e *análise*. A síntese do crime subdividida em fato jurídico e fato antijurídico. A análise do crime em fato material e fato moral.

5. SELETA, MAIS QUE PONTUAL, DAS OPINIÕES DE EVERARDO LUNA

Delineada e firme foi a opinião de Everardo da Cunha Luna sobre o embate teórico (mas com inegáveis reflexos no campo prático) de ser o crime um

¹⁵ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, cit., p. 49.

ato ou um *fato* jurídico. No seu entender, o crime é *fato* e é, ao mesmo tempo, um *fato jurídico*, pois assim é definido pelo direito, e um *fato antijurídico*, dês que contrário ao ordenamento jurídico.

Só não aceitava o argumento de que o crime é um *ato* jurídico, como queria Pontes de Miranda¹⁶ ao justificar que “atos jurídicos não são somente os atos conforme o direito, os atos (lícitos) sobre os quais a regra jurídica incide, regulando-os; são também os atos ilícitos sobre os quais incidem regras penais”. Preferiu Everardo Luna acatar a doutrina de José Frederico Marques¹⁷, que afirmou ser o delito “um fato jurídico voluntário, não possuindo, porém, apesar do elemento volitivo, os traços específicos do ato jurídico. É que a ação delituosa se prende a um ato de vontade, enquanto, seus efeitos jurídicos, consubstanciados nas sanções punitivas, não decorrem do querer do agente.”

Já a propósito das *circunstâncias* do crime, declarou Everardo Luna que não existem delitos sem elas. Não há um crime exclusivamente nuclear; é impossível esse isolamento absoluto do crime, que só se sustenta como ocorrência (anti)social nos outros fatos e influências que o rodeiam. Diz o Professor¹⁸: “Por serem as circunstâncias elementos acidentais do crime, não se pode falar em um *crime incircunstanciado*. Todos os crimes são circunstanciados, o que significa que todos os crimes são acompanhados dessa ou daquela circunstância.”. Nessa linha, por exemplo, o homicídio será sempre o tipo fundamental e as circunstâncias de tempo e lugar podem criar tipos privilegiados ou qualificados.

No estudo do crime a partir da sua *forma*, lembra o autor em destaque que não existe uma divergência ontológica entre *crime tentado* e *crime consumado*. Ao seu pensar, para ambos existe um só fundamento: “O fundamento da tentativa é o mesmo do crime consumado. Não há por que procurar outro fundamento: o crime tentado é o fato determinado e concreto, cuja sanção eficaz é a adequada pena criminal.”¹⁹

Também interessante é a visão deixada por Everardo Luna acerca da *autoria* e da *participação*. Focando o problema a partir da *teoria da equivalência das causas*, com mitigação, adotada no nosso Direito Penal e estampada

¹⁶ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1954. p. 80.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva. 1967. p. 34.

¹⁸ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit. p. 5.

¹⁹ LUNA, Everardo da Cunha. ob. cit., pp. 5 e 6.

no Código Penal em vigor, art. 29²⁰, afirma que entre autoria e participação existe uma diferença apenas *quantitativa* e não *qualitativa*. Assim, cada participante do fato plurissubjetivo deve ser castigado conforme a sua própria culpabilidade, sem importar a dos demais.

O objetivo desta parte do presente artigo outro não foi senão o de joeirar poucas – porém emblemáticas – opiniões de Everardo da Cunha Luna a propósito de elementos da teoria do delito, mostrando como permanecem atuais e como servem à construção de novos tipos criminais, bem como à interpretação e à aplicação das suas normas de regência.

6. SUBSUNÇÃO DE ALGUNS ASPECTOS DA CHAMADA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1988) À DOCTRINA DE EVERARDO LUNA

A comunidade jurídica ligada às questões ambientais, refletindo o restante da sociedade, rejubilou-se com a edição da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trouxe para o campo infraconstitucional a regulamentação do que já estatuirá a Carta Magna de 1988, no art. 226, § 3º, em termos de proteção penal do meio ambiente. Esse diploma, embora não seja exclusivamente de índole penal, já que contempla também aspectos administrativos, tem a maioria do seu corpo dedicado à matéria penal ambiental.

Obviamente, na elaboração de um diploma de elevada importância como é a Lei 9.605/98, não pode descurar o legislador de dar olhos para o amparo científico firmado a partir de idéias claras e bem fundamentadas preexistentes no mundo da teoria do crime, a exemplo daquelas profligadas por Everardo da Cunha Luna. Isso é afirmado tanto no sentido de acatamento dessas idéias, como no sentido de descarte das mesmas, sendo que nesta última acepção, mercê da própria respeitabilidade, servem de contraponto para opções divergentes bem justificadas, como veremos adiante.

Veja-se o que ocorre com o art. 2º do diploma em apreço, que assim dispõe:

²⁰ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”.

“Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”.

Tem-se aí, de forma clara, a presença da *teoria da equivalência das condições*, consagrada no Código Penal, art. 29 e repetida na legislação especial. Assim, a afirmação de que aquele que “de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade”, consagra, em termos legislativos, o posicionamento de Everardo Luna no que diz respeito à existência de mera diferença quantitativa – e não qualitativa – entre autoria e participação, conforme já foi antes alinhado neste trabalho.

Outro aspecto interessante, no corpo do mesmo artigo de lei acima transcrito, diz da omissão penalmente relevante ao rol de pessoas que poderiam e deveriam agir para evitar a prática do crime ambiental. Cada um desses agentes que, “sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”, incide nas penas previstas. Boa, neste particular, a opinião de Everardo Luna²¹: “Ação e omissão representam as formas de conduta humana que corporificam o ilícito penal, ora consideradas, por lei e doutrina, como entes autônomos, ora unidas numa superior categoria, sob a denominação comum de atividade, ação, conduta, comportamento, fato. Somos partidários (...) do conceito unitário, o que não impede, é evidente, de acolhermos as formas, variadas e ricas, com que a ação se manifesta na realidade social e jurídica.”.

Eivado de previsível vocação para polêmicas, veio a lume no art. 225, § 3º, da Constituição Federal a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, disciplinada ordinariamente na Lei 9.605/98, assim posta:

“Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração

²¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Revista Acadêmica*, a. LXIII – 1966 – 1967. A causalidade na omissão, no anteprojeto de Código Penal. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito. 1967, p. 77.

seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”.

Os argumentos dos que contestam a possibilidade de a pessoa jurídica ser penalmente responsável têm as mais diversificadas origens, indo desde a inutilidade da intervenção estatal em casos tais, até a curiosa interpretação dividida do art. 225, § 3º do texto constitucional, numa singular ligação entre responsabilidade administrativa (somente sanções administrativas para pessoas jurídicas) e responsabilidade penal (somente sanções penais *stricto sensu* para as pessoas físicas). Everardo Luna, embora escrevendo antes mesmo da vigência da Carta Política de 1988, abordou o tema com temperança. De início, afirma²²: “Cousas, animais e pessoas jurídicas, portanto, não podem ser sujeito ativo do crime.”. E mais adiante contemporiza²³: “Quanto às pessoas jurídicas, o assunto ainda não está inteiramente pacificado, havendo mesmo quem, na doutrina, afirme a capacidade penal dessas entidades coletivas, num esforço para contrariar o princípio *societas delinquere non potest*, tão arraigado na consciência jurídico-penal moderna quanto o princípio da reserva legal *nullum crimen, nulla poena sine lege*.”. Depois define a sua posição: “As medidas, portando, a serem tomadas contra a atividade subversiva das pessoas jurídicas, não são medidas de natureza jurídico-penal, mas administrativas, medidas de polícia.”.

Como já dito, a questão da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas ainda hoje, passados tantos anos da sua inserção formal no mercado legislativo brasileiro, desperta oposições e defesas consistentes. Na linha de contestação a essa responsabilidade filiam-se, em pleno acordo com a opinião de Everardo Luna, doutrinadores da estirpe de Luiz Vicente Cernicchiaro²⁴, José Carlos de Oliveira Robaldo²⁵, René Ariel Dotti²⁶, Cezar Roberto Bitencourt²⁷,

²² LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit., p. 19.

²³ op. cit., pp. 19 e 20.

²⁴ *Direito Penal na Constituição*, 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1991.

²⁵ ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 95-103.

²⁶ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 11, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, ps. 184 a 207.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.51-71.

Luiz Regis Prado²⁸ e José Henrique Pierangelli²⁹, exemplificativamente. No lado oposto, em defesa dessa mesma responsabilização estão Toshio Mukai³⁰, Paulo Affonso Leme Machado³¹, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas³², Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha³³, Klaus Tiedemann³⁴, Ada Pellegrini Grinover³⁵, João Marcello de Araújo Júnior³⁶, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos³⁷, Sérgio Salomão Shecaira³⁸, William Terra de Oliveira³⁹, Luiz Antonio Bonat⁴⁰, Tupinambá Pinto de Azevedo⁴¹, Walter Claudius Rothemburg⁴² e Artur Migliari Júnior⁴³, entre outros.

²⁸ *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 84.

²⁹ PIERANGELLI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição, em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, vol. I, nº 28, Porto Alegre, 1992, p. 56.

³⁰ *Direito Ambiental Sistematizado*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 79.

³¹ *Direito Ambiental Brasileiro*, 4ª. edição. S. Paulo: Malheiros, 1992, p. 35.

³² FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 66.

³³ ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

³⁴ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.25-45.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.46-50.

³⁶ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Societas delinquere potest. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.72-94.

³⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.104-130.

³⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1998.

³⁹ OLIVEIRA, William Terra. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistema de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.160-174.

⁴⁰ BONAT, Luiz Antonio. Pessoa Jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 75-100.

⁴¹ AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 208-240.

⁴² ROTHEMBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminoso*. Curitiba, Juruá Editora. 1997.

⁴³ MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo/Campinas: Lex Editora e CS Edições Ltda, 2002.

O autor destas linhas, por exemplo, filia-se ao rol dos que entendem pela compatibilidade constitucional dessa responsabilização, fundado no afastamento do elemento *culpabilidade*, integrante do crime, para substituí-lo pelo *risco* e pela *disfunção*. Sobre o assunto, em tese apresentada para o seu doutoramento em Direito⁴⁴, assim foi dito:

“Repisa-se, nesta quadra, que a culpabilidade continua a ser um elemento definidor da responsabilidade penal da pessoa individual (ou física). Esteia-se, na construção do delito, na conduta (positiva ou negativa) desenvolvida pelo autor ou partícipe direto do crime. Mas também não é menos certo que esse elemento, a culpabilidade, é plenamente dispensável quando se perquire a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Aí a culpabilidade cede lugar ao risco e à disfunção. Aliás, ainda com a atribuição à culpabilidade do *status* de dogma, em termos de construção do delito formal clássico (aquele atribuído exclusivamente à pessoa física), é certo dizer que esse vem sendo relativizado há tempos, conforme lembra Everardo da Cunha Luna^{45 46}, ao registrar que muitos autores têm como de responsabilidade objetiva os crimes insertos no Código Penal como preterintencionais ou qualificados pelo resultado⁴⁷. No meio desses autores está o próprio Everardo da Cunha Luna⁴⁸, porém afirmando que essas ocorrências são excepcionais, uns tipos anômalos de delito, que como *exceptio* não podem justificar a destruição de uma doutrina edificada para a grande maioria dos crimes como fundamento na culpabilidade, rematando assim: “Quando muito, poder-se-ia conceber uma doutrina particular da exceção, se destas os casos se impusessem pelo número e pelo

⁴⁴ CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006. pp. 165 a 166.

⁴⁵ Ob. cit., p. 89.

⁴⁶ Deve ser lembrado, para fins de contextualização, que a argumentação aqui reproduzida foi traçada por Everardo da Cunha Luna no ano de 1958, quando da apresentação da sua tese de livre-docência à Faculdade de Direito do Recife, posteriormente transformada no livro acima citado, cujo texto foi revisto em 1991, pouco antes da morte do referido autor.

⁴⁷ A lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 7º), a omissão de socorro seguida de morte (CP, art. 135, parágrafo único) e o latrocínio (CP, art. 157, § 3º)

⁴⁸ Ob. cit., pp. 89-90.

valor (Nunes, *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, 1946, p. 24-6), o que não acontece na matéria de que nos ocupamos.”.

Há que ser indagado: e a proteção penal do ambiente, da ordem consumerista e da ordem econômica não pode ser arrolada como essa “exceção” lembrada por Everardo Luna, de sorte a desafiar a responsabilização penal das pessoas jurídicas? Parece-nos razoável que sim, especialmente se for tomado em conta que toda a teoria clássica da estruturação do crime foi edificada em uma época em que os problemas sociais não eram tão destacados nas mencionadas áreas (meio ambiente, consumo e ordem econômica) e a macrocriminalidade apenas engatinhava. O que era exercício de futurologia à época da publicação da obra do destacado penalista da Escola do Recife, atualmente é realidade e objeto de preocupação de juristas e de outros responsáveis pela consecução de remédios oficiais para os males impostos aos citados bens jurídicos.”.

A excelência de posicionamentos como o de Everardo Luna acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica serve até mesmo para qualificar as idéias que lhe são antagônicas e mantêm acesas as chamas do debate, para aperfeiçoamento do instituto ou mesmo o seu banimento – hipótese remota – do universo jurídico nacional.

Outro ponto da Lei 9.605/98 que agradece o contributo de Everardo Luna para a vivificação da norma diz respeito às regras específicas para a aplicação da pena nos crimes ambientais. Estatui o diploma ambiental:

“Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.”.

Estabeleceu-se, nesse artigo, a necessidade de o aplicador do Direito subsumir os fatos criminosos ao crivo da essencialidade e da circunstancialidade, para fins da imposição e da gradação da pena. Aí entra a importante afirma-

ção de Everardo Luna⁴⁹, destacando as circunstâncias como indispensáveis para a realização e para a caracterização dos delitos, bem como para a modulação das penas. É enfático, definindo o papel desse elemento: “As circunstâncias graduam a pena, não o crime.”⁵⁰.

Outro aspecto que tem merecido discussões acerca da Lei 9.605/98 diz respeito à possível infidelidade do art. 54 ao princípio da legalidade estrita, mais especificamente ao subprincípio da *lex certa*. Assim é o *caput* do artigo em referência:

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.”.

É criticada a redação do artigo, por usar expressões vagas, como “de qualquer natureza”, “em níveis tais” e “destruição significativa”, o que, em primeiro olhar, tem o apoio da doutrina de Everardo Luna⁵¹, assim exposta: “A reserva legal e o tipo penal constituem uma garantia para o cidadão, mas a reserva legal não alcança os tipos demasiado abertos (...). Desse modo não se compadecem, como conceito moderno da reserva legal e da certeza jurídica, descrições como estas: violar a ordem democrática, violar o regime político etc.”.

Como dito em ponto anterior, até mesmo para ser contrariada a doutrina de Everardo da Cunha Luna tem grande importância. Com efeito, a ampliação dos fatos anti-sociais e o crescimento da necessidade de que o Direito Penal adquira maior flexibilidade – sem esquecer as garantias individuais básicas – para rebatê-los, tem exigido do criador e do manejador dessa rama do Direito Público uma plasticidade mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado. Assim, sendo o bem jurídico meio ambiente portador de inequívoca fragilidade, é razoável a exceção que se abre à rigidez do sub-princípio da *lex certa*. Em trabalho acadêmico acima já reportado, defendi a seguinte posição⁵²:

⁴⁹ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit., p. 5.

⁵⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 1985. p. 24.

⁵¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura...*, cit., p. 36.

⁵² CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006. p. 159 a 160.

“Volvendo ao cerne da problemática dos tipos abertos, lembra Francisco de Assis Toledo⁵³ que a exigência de lei certa diz respeito à clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem “abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.”. Vê-se, da lição de Assis Toledo, que não devem ser tolerados o “abuso do emprego” de normas “muito gerais” e de tipos incriminadores “genéricos” e “vazios”. Pois, mesmo com o autorizativo ético de flexibilizar o fechamento dos tipos penais respeitantes ao meio ambiente, o legislador de 1988 assim não agiu – pelo menos nos dispositivos acima comentados – dêis que sobre eles não cabem os qualificativos de “muito gerais”, “genéricos”, “vazios” ou abusivos.

Outro que assim explica a matéria tipos penais abertos é René Ariel Dotti⁵⁴, quando diz: “A opinião dominante rechaça a teoria dos tipos abertos e reprova o abuso que o legislador comete ao se exceder na previsão de tais normas”. Novamente o esclarecimento de que o reprovável é o abuso e o excedimento na produção de normas com essa característica. Por sinal, sem imputar-lhes a pecha de inconstitucionais ou de imprestáveis, René Ariel Dotti arrola como casos de tipos penais abertos no vigente ordenamento penal brasileiros, os seguintes: a) crimes culposos (CP, art. 18, II; art. 121, § 3º; art. 129, § 6º; art. 180, § 1º; e 250, § 2º, dentre outros); b) os crimes comissivos por omissão (CP, art. 13, § 2º); c) dos crimes cujo preceito se refere à ilicitude “com o emprego de expressões ou vocábulo como ‘contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito’ (CP, art. 150); ‘indevidamente’ (CP, arts 151; 151, § 1º, I e II); ‘sem justa causa’ (CP, arts. 153 e 154); ‘sem consentimento de quem de direito’ (CP, art. 164); ‘sem a necessária autorização’ (Lei nº 6.453/77, art. 20), etc.”.

É de ser repetido que o chamado Direito Penal “clássico” admite, com moderação, o uso de tipos penais flexibilizados (ou “abertos”, conforme nomina a maioria da doutrina). Com maior razão, portanto, tendo em vista as peculiaridades do bem jurídico que protege, que esses tipos flexíveis sejam acolhidos, com normalidade, no âmbito do Direito Penal Ambiental, desde que não configurem prática abusiva.”.

⁵³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª edição. São Paulo, Saraiva. 1991. p. 29.

⁵⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 60 a 61.

Portanto, no exemplo em foco, é permitida a flexibilização da rigidez do texto da norma penal, em homenagem à fragilidade do bem jurídico protegido, isto é, do meio ambiente.

7. A CONTRIBUIÇÃO DE EVERARDO LUNA AO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL DE 1983. PARALELISMO COM TIPOS CRIADOS RECENTEMENTE OU EM VIAS DE CRIAÇÃO

O Código Penal brasileiro, vigente desde 1º de janeiro de 1942, tem reclamado sucessivas modificações, ora pontuais ora de forma mais abrangente. Assim foi que se operou a grande reforma da Parte Geral, implementada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e assim também acontece nas reformas setoriais levadas a efeito por leis esparsas, principalmente na Parte Especial.

Uma dessas investidas reformadoras do Código Penal foi materializada através da Portaria nº 518, de 06 de setembro de 1983, do Ministério da Justiça, designando - para o mister de elaborar um anteprojeto da Parte Especial - uma comissão formada por Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada. Fruto de profícuas discussões entre os membros, restou um texto consentâneo com a realidade social e política do Brasil de então, contendo também previsões bem avançadas para a época, antevendo assuntos até então ainda não perfeitamente delineados nas relações da sociedade, mas já despertando preocupações, como é o exemplo dos temas ambientais, de bioética e de informática.

A 27 de outubro de 1987, o Ministro da Justiça fez publicar a Portaria nº 790, dando divulgação ao texto em apreço, bem como a fundada exposição do penalista Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, fazendo um apanhado do conteúdo do anteprojeto em referência. Um trabalho plúrimo, sem conhecida reserva de assuntos para este ou aquele membro, demonstra a sensibilidade de todos e de cada um para os problemas sociais com reflexos criminais que já afligiam ou ameaçavam as relações interpessoais e interinstitucionais. Destarte, os pontos que adiante serão comentados têm a autoria creditada à comissão, não se podendo escolher um ou outro membro como donatário da idéia. Mas é certo que pelo assentimento ou pela efetiva colaboração de todos pode-se homenagear - pelo menos neste artigo - o contributo de um dos seus integrantes para o descortino de assuntos até bem polêmicos na área penal.

O anteprojeto, ao cuidar dos crimes contra a vida, contemplou a *ortotanásia*⁵⁵, que é justamente a possibilidade de exclusão de ilicitude quando se faz cessar a vida de um moribundo sem comprovadas chances de restabelecer a vida com um mínimo de dignidade. O assunto tem levado ao embate opiniões as mais diversas. Exemplo disso é a opinião de Edílson Miguel da Silva Júnior⁵⁶, para quem “o direito à vida não pode ser aplicado para se exigir tratamento inútil e doloroso de doente terminal porque nega o valor que busca realizar, isto é: a dignidade da pessoa humana.”. E arremata⁵⁷: “Submeter doente terminal, contra vontade consciente e esclarecida, a tratamento que apenas prolonga artificialmente o seu sofrimento, viola sua condição de pessoa humana para transformá-lo, na hora da morte, em mera coisa – algo sem direitos. Por isso, a ortotanásia não é um crime, mas procedimento médico de cuidado e respeito à pessoa humana na hora certa da sua morte.”.

Com referência ao *aborto*, ampliou a exclusão de ilicitude, contemplando a hipótese de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais⁵⁸. Mesmo *de lege ferenda* o tema foi discutido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como no caso do *habeas corpus* 8425, originário da Comarca de Teresópolis, Relator Ministro Joaquim Barbosa, onde uma gestante tentava interromper a gravidez, em razão do diagnóstico de *acrania* (ausência de crânio) do feto. O assunto está sempre na pauta do parlamento brasileiro e tema de diversos fóruns especializados, com prós e contras.

O anteprojeto em comento deu larga importância à *pessoa jurídica*⁵⁹ no campo penal, deixando claro a possibilidade desta ser sujeito passivo de crimes

⁵⁵ “Art. 121 - § 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.”.

⁵⁶ SILVA JÚNIOR, Edílson Miguel da. *Consultor Jurídico*. Ortotanásia não é crime. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/54046,1>. Acessado em 04.03.2007.

⁵⁷ op. cit.

⁵⁸ “Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:

I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar de grave e irreversível dano a saúde da gestante;

II - a gravidez resulta da prática de crime contra a liberdade sexual;

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro.”.

⁵⁹ “Art. 140- Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de abalar o conceito ou o crédito de pessoa jurídica: Pena – Detenção, de sete meses a dois anos e multa.

contra a honra, protegendo o seu crédito de abalos infundados. Reflexo desse arrojo na inserção da pessoa jurídica como sujeito do Direito Penal, de modo a que não mais se questionasse a estrita legalidade desse albergamento, foi a chegada, para o nosso sistema penal, da figuração da pessoa moral como responsável criminal, a exemplo do que dispõe o art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado no art. 3º da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Também ousou o anteprojeto ao deitar proteção à vida privada, tutelando não apenas a casa, mas também a intimidade e a imagem, enfeixando o *abuso de informática*⁶⁰. Anteviu, pois, a importância que as comunicações virtuais teriam na vida social vindoura, tanto para esta trazendo benefícios como oportunizando condutas distanciadas da ética, ensejadores de resposta penal. Nessa linha foi que surgiram diversos projetos de lei criminalizando condutas reprováveis perpetradas por meios informáticos, a exemplo do PL 84-1999, subscrito pelo Deputado Luiz Piauhyllino e a PEC 407-2005, subscrita pelos Deputados José Ivo e outros.

No que tange aos *crimes contra o patrimônio*, o anteprojeto contemplou a *fraude de publicidade enganosa*⁶¹ que veio a ser materializada anos depois no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), artigos 66 a 68.

Buscando proteção para o *trabalho humano*, o anteprojeto foi avançado até na sua omissão: deixou de criminalizar a greve. Ocupou-se, tão-somente, da garantia da liberdade de trabalhar e de assegurar a organização do labor (arts. 208 a 219).

Tutelando penalmente a *propriedade imaterial*, antecipou-se o anteprojeto, nos artigos 197 a 207, à cruzada contra a chamada “pirataria” que infelicitou os meios fabris hodiernos, com reflexos negativos inclusive na arrecadação de

⁶⁰ “Art. 155. Violar, mediante processo técnico ou qualquer outro meio, o resguardo sobre fato, imagem, escrito ou palavra, que alguém queira manter na intimidade da vida privada de alguém: Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, indevidamente, revela ou divulga fato, imagem, escrito ou palavra, obtidos por ele ou por outrem, ainda que deles tenha participado.

Art. 156 – Fornecer ou utilizar, indevidamente, dado da vida privada de alguém, constante de fichário automatizado: Pena – Detenção, de três meses a um ano.”.

⁶¹ “Art. 184 – Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria danificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra: Pena – reclusão, de sete meses a dois anos e multa.

Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem, mediante publicidade, induz ou mantém em erro sobre a natureza, a qualidade e a quantidade de bens ou serviços.

tributos e na empregabilidade da mão-de-obra nacional, circunstâncias que exigiram a modificação do Código Penal de 1940 através da Lei 10.695, de 1º de julho de 2003, com incidência nos artigos 184 e 186.

Ao cuidar dos *crimes contra os costumes*, o anteprojeto eliminou a *presunção absoluta de violência*, esta ainda formalmente em vigor no art. 224 do Código Penal de 1940. Com a extirpação de um instituto que não condiz com um Direito Penal da culpabilidade, o anteprojeto antecipou-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁶², ainda claudicante, mas já sinalizando progresso nesse sentido.

Nos crimes contra a família, o anteprojeto descriminalizou o *adulterio*, buscando livrar o sistema jurídico-penal brasileiro dessa fonte de chacota, já que o nosso país era um dos poucos ditos “civilizados” e, principalmente, laicos, que ainda mantinha essa risível figura criminal. Com o advento da Lei 11.106, de 28 de março de 2005, foi revogado o art. 240 do Código Penal.

Novamente vanguardista foi o anteprojeto ao criar o tipo de *abuso de radiação*⁶³, o que depois veio a ser materializado, ainda que de forma mais abrangente, através do art. 54 da Lei 9.605/98.

Inovador foi o anteprojeto ao cuidar dos crimes contra a administração da justiça, indo da coação indireta no curso do processo até a violação de prerrogativa legal de advogado. Sensibilidade demonstrada por Everardo Luna e seus parceiros na empreitada reformadora do Código Penal para os graves problemas enfrentados para que sejam implementadas, de fato e de direito, as decisões judiciais⁶⁴.

⁶²EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal. (Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, Relator Ministro Marco Aurélio, D.J.U. 20.09.96)

⁶³ “Art. 266 – Usar radiação ionizante ou substância radioativa, expondo a perigo a vida, a integridade corporal, a saúde ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão de um a quatro anos e multa. Parágrafo único – Se o crime é culposo: Pena – Detenção, de três meses a um ano.”

⁶⁴ A propósito, em artigo que publiquei sob o título “O descumprimento de ordem judicial por funcionário público”, publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 83, nº 709, 1994, págs. 295 a 301, assim me expressei: “Afirma, preocupado, FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA: ‘Se a desobediência a ordem judicial não tipifica o crime do artigo 330 do Código Penal, quando praticado por servidor público, outra solução tem que ser estabelecida em nível legislativo.’⁶⁵. E tem razão o juiz gaúcho em clamar por um remédio que sirva a coartar procedimentos como o acima referido, já que a prisão por desatenção a ordem judicial não está prevista na legislação nacional **com força executiva**, como ocorre aos inadimplentes de pensão alimentícia e aos depositários infieis.”.

Ainda do trato das questões ambientais, o anteprojeto ocupou-se, nos artigos 401 a 414, de deitar tutela penal a bens jurídicos da maior relevância, criminalizando condutas poluidoras da água, do ar e do solo, além de atentados contra a flora, a fauna e a paisagem, bem como punindo os que favorecem os crimes contra o meio ambiente e os que investem contra a memória nacional. Como é de fácil conferência, todos esses temas foram versados, anos após, na Lei 9.605/98.

Visto assim, em rápida abordagem, o contributo de Everardo da Cunha Luna e dos demais membros da Comissão de Revisão do Código Penal para a formulação de novos tipos penais, alguns deles ainda estando em processo legislativo, bem como a influência das idéias veiculadas no citado anteprojeto na construção da jurisprudência moderna.

8. CONCLUSÕES

Abordados aspectos pontuais do pensamento e da obra de Everardo da Cunha Luna, é possível a formulação das seguintes conclusões:

- A. Mesmo que o cenário jurídico sofra mudanças, especialmente em razão da reformulação das leis, as obras doutrinárias de sabido conforto teórico se protraem no tempo, não perecendo a sua utilidade com a derrogação ou com a ab-rogação das leis.
- B. Um traço fundamental da obra de Everardo Luna foi o de veicular o seu inconformismo com o *establishment* das idéias formatadas nos grandes centros culturais ou por nomes já consagrados das Ciências Penais. Quando não concordava com a visão ou com o emprego de determinados institutos jurídicos, formulava a sua própria doutrina, em sede de respeitosa oposição.
- C. O estudo do crime, como fenômeno social e como insumo para a elaboração de tutela normativa, não prescinde de uma análise da sua própria *estrutura*, bifurcada em *síntese* e *análise* do fato punível, bem assim de uma abordagem a propósito da sua *manifestação*, esta última considerada em *circunstâncias* e em *formas*.
- D. O crime é, a um só tempo, um *fato jurídico* (definido pelo direito) e *antijurídico* (contrário ao ordenamento jurídico).
- E. Não existem delitos sem *circunstâncias*, diante da impossibilidade do isolamento absoluto do crime dos outros elementos que influenciaram a sua ocorrência ou que defluem da sua perpetração.

- F. Não há diferença ontológica entre crime tentado e crime consumado, mercê da unicidade de fundamento para ambas as formas (ou fases) do fato punível.
- G. Entre *autoria* e *participação* existe apenas uma diferença *qualitativa* e não *quantitativa*, de modo que cada participante do fato plurisubjetivo deve ter resposta penal de conformidade com a sua própria culpabilidade, sendo desimportante a culpabilidade dos demais atores do quadro delitivo.
- H. Embora Everardo Luna tenha recusado, em primeiro momento, a *responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, hoje regulamentada no art. 3º da Lei. 9.605/98, findou por fornecer argumentos que hoje servem para sustentar essa possibilidade, quando admitiu a mitigação da presença da culpabilidade na construção do crime, especificamente nos delitos preterintencionais ou qualificados pelo resultado.
- I. Também está na obra de Everardo Luna o contributo para a imposição e gradação da pena, antevista no art. 6º da Lei 9.605/98, a partir do destaque que o autor deu às circunstâncias, tendo-as como indispensáveis para a realização e para a caracterização dos delitos, assim como para a modulação das penas.
- J. É de inegável importância para o enriquecimento do debate, a posição Everardo Luna em prol do *princípio da estrita legalidade*, que se contrapõe à flexibilidade do art. 54 da Lei 9.605/98.
- K. A participação de Everardo da Cunha Luna na Comissão que elaborou o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal outorgou inegável contribuição para a construção de muitos tipos penais que vieram a lume mesmo após o seu falecimento. Igualmente para a discussão de idéias penais rodeadas de controvertibilidade, a exemplo da *ortotanásia*, do *aborto eugenésico*, do *abuso de informática*, da *fraude de publicidade enganosa*, da *greve*, da *propriedade imaterial*, da *presunção de violência nos crimes sexuais*, do *adultério*, do *abuso de radiação*, dos *crimes contra a administração da justiça* e tantos mais assuntos de índole ambiental, como *poluição do solo, do ar e da água*, bem assim atentados contra a *flora*, a *fauna*, a *paisagem* e a *memória nacional*.

Pouco foi exposto do muito que poderia ser dito acerca da considerável contribuição de Everardo da Cunha Luna na constituição ou na consolidação dos tipos penais atualmente em vigor ou em fase de gestação legislativa.

Entretanto, crê-se ter sido resgatado o objetivo primaz deste trabalho, que é justamente despertar no meio acadêmico e profissional dos que labutam com o Direito Penal atualmente, a necessidade de investigar as idéias e os suplementos dos que, em passado recente ou remoto, deram lastro para a formatação de um Direito Penal equilibrado, eficiente e eficaz. E assim é que pode ser vista a obra de Everardo da Cunha Luna.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Societas delinquere potest. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.72-94.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 208-240, abr/jun. 2006
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.51-71.
- BONAT, Luiz Antonio. Pessoa Jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 75-100, abr/jun. 2006.
- BRANDÃO. Cláudio Roberto C. B. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal. a. 34. n. 133, pp. 23 – 32, jan/mar. 1997.
- CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006. pp. 165 a 166.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1991.
- CUNHA, Euclides. *Obra completa*.. vol. 1, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1995.

- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 3, nº 11, , pp. 184 a 207, julho-setembro de 1995
- . *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8^a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 46-50.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva. 1993.
- . *Capítulos de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva. 1985.
- . O Erro de Direito e o Concurso de Pessoas, no anteprojeto do Código Penal de 1981. *Vox Legis*, vol. 154, pp. 1-12.. São Paulo: Sugestões Literárias. out/1981.
- . *Trabalhos de Direito Penal – Coleção Jurídica*, vol. IV. Recife: Biblioteca Universitária Pernambucana. 1971.
- . A causalidade da omissão no anteprojeto de Código Penal. *Revista Acadêmica*, a. LXIII – 1966 – 1967, p. 77-103. Recife: Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito. 1967.
- . Os crimes contra a fé pública e o Código Penal de 1969. *Justitia*. São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, 1º trim/1974.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 4^a. edição. S. Paulo: Malheiros, 1992.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva. 1967.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo/Campinas: Lex Editora e CS Edições Ltda, 2002.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1954.

- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- OLIVEIRA, William Terra. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistema de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.160-174.
- PIERANGELLI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição, em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, vol. I, nº 28, Porto Alegre, 1992.
- PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*. São Paulo: Editora RT, 1992, pp. 95-103.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROTHERBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminosa*. Curitiba, Juruá Editora. 1997.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.104-130.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1998.
- SILVA JÚNIOR, Edilson Miguel da. *Consultor Jurídico*. Ortotonásia não é crime. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/54046,1>. Acessado em 04.03.2007.
- SIQUEIRA, Antonio Jorge de. *Nação e região: seus discursos fundadores*. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obte025.pdf>. Acesso em 07.03.2007.
- TAVARES, Bráulio. VILLANOVA, Ivanildo. *Nordeste independente*. In: Long-play nº , 823 030-1 - “Do jeito que a gente gosta”, Elba Ramalho. São Paulo: Ariola, 1984.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.25-45.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4^a. edição. São Paulo, Saraiva. 1991.

O ERRO NO DIREITO PENAL

O erro sobre a ilicitude no Código Penal, interpretado pelo Professor Everardo da Cunha Luna

Eleonora de Souza Luna

Procuradora de Justiça

O tema a ser analisado – a interpretação do erro sobre a ilicitude no Código Penal, na visão do Professor Everardo da Cunha Luna – obriga-nos, primeiramente, a apresentar de forma superficial o seu entendimento dos principais institutos da teoria do crime, a fim de melhor compreender um tema específico - o erro sobre a ilicitude do fato.

Nas obras *Estrutura Jurídica do Crime*¹ e *Capítulos de Direito Penal*², Professor Everardo da Cunha Luna expôs a sua interpretação dos institutos essenciais e especiais da teoria do crime. Na *Estrutura Jurídica do Crime*, cuja primeira edição remonta ao ano de 1958, apresentada no concurso para Livre Docente da Faculdade de Direito do Recife, elabora uma **SÍNTESE** e uma **ANÁLISE** do Crime, compreendendo no primeiro o **CRIME COMO FATO JURÍDICO** e o **CRIME COMO FATO ANTIJURÍDICO**; no segundo, o **CRIME COMO FATO MATERIAL** e o **CRIME COMO FATO MORAL**.

No capítulo do **CRIME COMO FATO JURÍDICO** aborda o conceito de crime, os sujeitos, o objeto e o bem jurídico. No capítulo do **CRIME COMO FATO ANTIJURÍDICO** estuda a **ANTI JURIDICIDADE**. Nos capítulos do **CRIME COMO FATO MATERIAL** e **COMO FATO MORAL**, estuda, respectivamente, **AAÇÃO** e **A CULPABILIDADE**.

Busca captar, no estudo do crime, o aspecto real e o aspecto jurídico. O aspecto real do crime, por ser um fenômeno humano, é valorativo, é cultural. E

¹ LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 127 p.

² _____. **Capítulos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985. 403 p.

no enfoque jurídico do crime, apresenta-o como fato jurídico e fato antijurídico - jurídico, porque definido pelo direito e antijurídico, porque contrário ao ordenamento jurídico.

Na 4ª e última edição da Estrutura Jurídica do Crime, nas Anotações a alguns capítulos, publicada pela Saraiva em 1994, incompleta em razão do falecimento do autor, explica a afirmação da juridicidade e antijuridicidade do crime fundamentando-se em MAX SCHELER, assim discorrendo: “bem observada a realidade, não existe um antijurídico puro, um mal puro, um erro puro, porque todos eles fazem parte de um conceito superior, os quais, como espécies de um mesmo gênero, atingem um ponto de convergência infinitesimal”. Acrescenta: “em todo bem, há algo de mal; em toda beleza, há algo de feio; em toda verdade, há algo de erro. Em contrapartida, em todo mal, existe algo de bem; em todo feio, há algo de belo; em todo erro, há algo de verdade”. E, ainda: “Desse modo, o lícito e o ilícito devem subordinar-se um ao outro, e, como contrários, conciliarem-se. Em toda *desgraça* está presente, e isto não só na economia divina, como também no plano do homem, uma *graça*, muito embora escondida, e muitas vezes imperceptível. Mozart, “o maior gênio da música”, morto há mais de duzentos anos, compôs, sob a pressão da febre corporal, transfigurada em febre espiritual, a *Flauta Mágica*, a *Clemência de Tito*, o *Réquiem* e outras obras que crescem à medida que os tempos vão passando (Consulte-se H. C. Robbins Landon, 1791 – *O último ano de Mozart*, trad. Newton Goldman, e rev. Laura Rónai, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1990). Beethoven, completamente surdo, compôs a mais perfeita de suas obras: *Os últimos quartetos*. E Milton, cego, ditou para as suas filhas *O paraíso perdido*”.

Partindo de uma visão de que tudo que é humano é valorativo, é cultural, baseando-se em filósofos a partir de EDMUND HUSSERL, o Professor entende que o conceito de crime deve captar o real e o jurídico, desprezando-se assim os conceitos reais extrajurídicos, pois apresentam o fenômeno do crime com definições de natureza sociológica e interpreta o fato humano com o método das ciências naturais, falhando em apresentar o real jurídico que deve conter uma definição do crime, bem como os conceitos formais analíticos: crime como *ação típica, antijurídica e culposa*, acrescentando-se a *punibilidade* em certas definições, por entendê-los pleonásticos, utilizarem na definição fenômenos da realidade - a ação e a vontade - e produtos de abstrações - a tipicidade, antijuridicidade e punibilidade. Segundo o Professor Everardo da Cunha Luna, apenas os conceitos real jurídico (*crime é o fato do homem que reproduz a*

hipótese criminosa formulada na lei) e formal sintético (*crime é o fato do homem proibido por ele sob ameaça de uma pena*) captam o real e o jurídico.

Buscava nesses conceitos não a separação da realidade dos produtos da abstração, mas visava a não “entificar os produtos da abstração”. Afirmava que na definição “crime é o fato do homem proibido por ele sob a ameaça de uma pena” pode-se identificar dois aspectos: “no *fato do homem*, está a realidade proibida; no *proibido por lei sob a ameaça de uma pena*, a proibição da realidade. A proibição valoriza a realidade: o crime é uma realidade valorada. Diz Bettiol que “o delito não está no fato, mas no juízo sobre o fato”. Ora, se está no *juízo sobre o fato*, também está no *fato sob o juízo*: síntese de realidade e valor. Diz Petrocelli, citando Grispigni, que “o jurista teórico não estuda o fato regulado pela norma, mas sim a norma que regula o fato”. Ora, o estudo *da norma que regula o fato* implica o estudo do *fato regulado pela norma*: o direito está na norma e no fato”.

Partindo dessa premissa metodológica, a ação não é um conceito puro, isento de valor, nos moldes do conceito naturalista, mas “realidade contida por norma, é naturalista e normativa a um tempo”. Ação, sob o aspecto normativo, “é causal e finalista; às vezes, somente causal; outras vezes, somente finalista. Naturalista, porque é um fato fenomênico; normativa, porque é um fato jurídico. Causal, porque se enraíza no mundo da realidade; finalista, porque advém da realidade humana. Mas como o jurídico compreende, implicitamente, o *humano*, e, no *humano*, se contém, implicitamente, o *fenomênico*, não vemos a necessidade de fazer a análise da ação, grata a Petrocelli (*Principi di diritto penale*, cit., v. 1, p. 270 e s.), em naturalista, finalista e normativa, sendo de nossa preferência dizer, em síntese, à maneira de Pannain (*Manuale di diritto penale*, cit., v.1, p. 212), que a ação é normativa”.

Na definição de culpabilidade, segue o mesmo método, preferindo a teoria psicológica da culpabilidade, sob o seguinte fundamento: “a culpabilidade não é um juízo, e negamos a presença, nela, de elementos normativos, como contrariedade ao dever, desobediência etc. A nossa posição é contrária ao normativismo, seja o genuíno, seja o atenuado ou psicológico, porque, para nós, a culpabilidade, assim como a ação, é um fato, fato psicológico, simplesmente tratado pelo direito. Normativismo implica juízo, juízo de valor, de censura, com sede própria na doutrina da antijuridicidade. Psicologismo quer dizer fato, fato psíquico, moral, elemento enfim. O fato, como objeto do juízo; juízo como significação do fato: se o *reproche* é o conteúdo da culpabilidade, conforme o ensinamento de Asúa (*Tratado de drecho penal*, cit., t. 5, p. 163), o juízo de

um objeto está contido no objeto, o que é impossível”. Bem claro fica que não é adepto da concepção psicológica da culpabilidade entendida como concepção naturalista. A culpabilidade é normativa porque tratada juridicamente e é um fato da realidade, por ser um fato psicológico.

A vontade é entendida pelo Professor como o núcleo da culpabilidade. A vontade, como fundamento de exclusão da ação e da culpabilidade, pode ser compreendida como ausente (causa de exclusão da ação); presente, mas incapaz (nos inimputáveis por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado); presente, capaz, mas viciada (no erro, porque anulado o conhecimento sobre o qual se funda a vontade; na coação moral, porque anulada as condições normais de liberdade, em que a vontade se manifesta).

Já no trabalho Estrutura Jurídica do Crime defendia que o erro de direito devia ter tratamento idêntico ao erro de fato, títulos de acordo com o Código Penal de 1940, sustentando que ao primeiro devia ser concedido valor escusante, tal como no erro de fato. Assim, preferia a teoria estrita ou extremada do dolo, por conferir tratamento isonômico ao erro, embora não aceitasse a idéia de que o dolo para configurar-se exigisse a consciência da antijuridicidade, quer atual quer potencial.

Defendia a unificação do erro, por não existir diferença substancial entre o chamado erro de fato e de direito, existindo tão só para atender certas finalidades práticas: “Como o crime, fato jurídico que é, compreende fatos e valores, estabeleceu-se, para o desconhecimento desses fatos e valores, a milenar distinção entre *erro de fato* e *erro de direito*. E, por força da tradição, o princípio de que o erro de fato exclui e o erro de direito não exclui a culpabilidade”. Concluiu: “uma vez que fatos e valores são incidíveis, porque gravitam dentro da realidade jurídica, que é a um tempo direito e realidade, conclui-se que a distinção entre erro de fato e erro de direito não era uma distinção substancial, existindo apenas para o atendimento de certas finalidades práticas”.

Com a reforma da Parte Geral do Código Penal, pela Lei n.º 7209, de 11/07/1984, e a admissão do erro sobre a ilicitude do fato, ainda na análise do artigo 21 do anteprojeto de Reforma da Parte Geral, pugnava por uma redação mais simplificada, tomando como exemplo o Código Penal Alemão, modelo do anteprojeto. Para ele, a redação ideal deveria ser a seguinte: no título: ERRO DE DIREITO, por tradição histórica e por se tratar de expressão rica de conteúdo. Aceitava a redação ‘o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável isenta de pena’. Admitia a atenuação da pena, quando evitável o erro. Defendia a supressão do parágrafo único, por não constar no Código Penal Alemão. Discordava

da previsão da possibilidade de consciência da ilicitude, como possibilidade de consciência da anti-socialidade da ação, por entender a consciência da ilicitude *como consciência atual da contrariedade ao direito*.

Com a entrada em vigor do atual artigo 21 do Código Penal, bem como da previsão da circunstância atenuante do artigo 65, inciso II, do mesmo diploma legal, lamentou o abandono do título ERRO DE DIREITO. Manteve o entendimento da desnecessidade do parágrafo único. Mas, o essencial, segundo o Professor, “inovação corajosa e merecedora dos melhores aplausos, é o conteúdo do *caput* do referido art. 21”.

Professava o entendimento mais amplo do erro sobre a ilicitude do fato. Para ele, “em rigor de justiça, ou seja, conforme uma política criminal *plena*, só deve ser punido *criminalmente* quem sabe que praticou um *crime*, um fato que a lei sanciona, *em abstrato*, com uma pena criminal. A doutrina foi defendida por Feuerbach, que, além de teórico do direito penal, foi legislador e foi *juiz*. Sucede que nossa época não está amadurecida para tal *plenitude*”.

Assim, estranhou a primeira parte do artigo 21 do Código Penal: *o desconhecimento da lei é inescusável* em confronto com a segunda frase: *o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena*.

Com fundamento na doutrina alemã, especialmente em Maurach, o erro sobre a ilicitude do fato pode apresentar-se em três formas distintas: a) o erro sobre a existência da norma (o agente desconhece a norma e julga o seu agir como indiferente ao Direito); b) o erro sobre uma causa de justificação; c) o erro sobre uma causa de exclusão da responsabilidade (o agente crê que a observância da norma não lhe é exigível). Para distinguir o erro de proibição do erro de tipo, o citado autor alemão, afirmava o Professor, refere-se ao primeiro como um erro relativo ao mandato normativo (o erro também poderia referir-se à vigência material de uma norma (o agente considera inconstitucional uma lei formalmente existente ou ao imaginar que uma lei foi derogada).

Interpreto o desconhecimento da lei como inescusável como o desconhecimento da antijuridicidade especial, o desconhecimento da punibilidade do fato. O desconhecimento da lei, inescusável, é o erro sobre a existência da norma proibitiva.

Diverso é o desconhecimento sobre a ilicitude do fato. Este, se inevitável, isenta de pena, e se refere à antijuridicidade geral.

O conhecimento da antijuridicidade especial, segundo o Professor, implica no conhecimento da antijuridicidade geral, mas o conhecimento da segunda

(da antijuridicidade geral) não implica o conhecimento da primeira. Se o agente sabe que o fato é ilícito, é irrelevante saber se é um ilícito penal. Se não conhece o fato como ilícito, menos ainda conhecerá a ilicitude penal. Daí, o desconhecimento da norma proibitiva (da antijuridicidade especial) ser irrelevante. Assim, o desconhecimento da ilicitude do fato (antijuridicidade geral), se inevitável, é que isenta de pena.

Ocorre que o artigo 65, inciso II, do Código Penal, prevê como circunstância atenuante *o desconhecimento da lei*. Para o Professor, há a obrigatória atenuação legal no caso de conhecimento da antijuridicidade geral e desconhecimento da antijuridicidade especial, que é como deve ser interpretado o precitado artigo.

Citando a doutrina alemã, informa que essa admite que a pena pode ser atenuada quando o agente age com consciência da antijuridicidade e sabe que está praticando um crime. Dessa maneira, o Professor esclarece que, no Código Penal pátrio, a interpretação deve ser a seguinte: se o agente não sabe que o fato é criminoso (desconhecimento da antijuridicidade especial), há aplicação da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso II, do Código Penal. Na hipótese do agente saber que o fato é criminoso, pode-se considerar a aplicação de uma atenuante, mas judicial (do artigo 59, do Código Penal) e não legal (do artigo 65, inciso II, do Código Penal).

Concluindo, no quadro abaixo, está sintetizado o entendimento do Professor Everardo da Cunha Luna a respeito da interpretação dos artigos 21 e 65, II, do Código Penal:

Conhecimento da Antijuridicidade

- Desconhecimento da antijuridicidade geral: isenção de pena (artigo 21, *caput*, do CP)
- **Possibilidade do conhecimento da antijuridicidade geral:** diminuição especial da pena, obrigatória nos limites legais (artigo 21, *caput*, do CP)
- **Conhecimento da antijuridicidade geral e desconhecimento da antijuridicidade especial:** pena aplicável com obrigatória atenuante legal (artigo 65, II, do CP)
- **Conhecimento da antijuridicidade geral e especial:** pena aplicável com possível agravante ou atenuante judicial (artigo 59, do CP)

Ao dedicar-se a esse tema, externou a sua preocupação com a dificuldade de interpretação do artigo 21 do Código Penal, especialmente para quem principia a profissão de julgador, porque o primeiro período pode levar ao desprezo do segundo e, neste, no segundo, reside a grande inovação da reforma penal.

O tema permanece atual e, quanto à aplicação do referido artigo 21, do Código Penal, poucos são os julgados que a ele se referem, em especial nos Tribunais Superiores, o que ratifica a dificuldade de interpretação antevista pelo Professor Everardo da Cunha Luna.

ARTIGOS

A FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS¹

Margarida de Oliveira Cantarelli

Desembargadora Federal

Gostaria de iniciar agradecendo o convite para participar do XIX Congresso promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros e, de modo especial, pela oportunidade de fazer uma reflexão sobre tão relevante tema – A Formação de Magistrados. Ao mesmo tempo, desejo total êxito ao evento que congrega, nesta cidade de Curitiba, num clima fraterno, mais de 2000 magistrados de todos os rincões deste país, empenhados todos nas grandes questões do Judiciário de hoje.

AAMB tem desempenhado um papel importante neste difícil momento da vida nacional e, especificamente, do Poder Judiciário. A voz dos magistrados deve se fazer ouvir e, nesta tarefa, a AMB não arrefece, está sempre presente e pronta para se posicionar na defesa da magistratura, sobretudo, nos temas maiores relativos ao Poder Judiciário, este tão importante num Estado democrático de Direito.

I - Li e refleti bastante sobre os resultados da “Pesquisa AMB 2006 a palavra está com você”,² que será divulgada durante este XIX Congresso, e a nós distribuída reservada e antecipadamente, para que pudéssemos analisá-la

¹ Texto integral da participação no “XIX Congresso Brasileiro de Magistrados – Desenvolvimento uma questão de Justiça”, promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros, de 15 a 18 de novembro de 2006, em Curitiba/PR

² A “Pesquisa AMB 2006 a palavra está com você” é a continuação dos estudos realizados em 2005, coordenados pela Profa. Maria Tereza Sadek, professora de Ciência Política da Universidade de São Paulo e pesquisadora sênior do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej).

nesta oportunidade. Detive-me, em razão do tema que me foi proposto, no que diz respeito à formação dos magistrados e às Escolas de Magistratura, constantes nos itens X, XI, XII e XIII e que serão abordados nesta nossa participação.

Entendo e devo afirmar, preliminarmente, com relação à formação do magistrado, que é uma tarefa relevantíssima, pois nenhuma democracia poderá sobreviver sem juízes éticos, independentes, competentes e cumprindo com dedicação a sua missão, garantidora maior dos direitos do cidadão. A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, destaca as Escolas de Magistratura e dá especial relevância ao seu papel de modo que, sem dúvida, passarão a contribuir de forma mais eficaz na melhoria dessa formação.

A **ética** é fundamental no exercício da magistratura, pois o Judiciário é o último bastião que a sociedade busca quando lhe são fechadas todas as portas – públicas ou privadas – para ver assegurado o direito que tem ou pensa que milita a seu favor. Sem um juiz ético não se pode falar na boa aplicação da lei, e muito menos na concretização da Justiça.

A **independência** do magistrado, falo especialmente da Justiça Federal, que integro, também exige fortaleza, pois não raro se vê o particular sem condições financeiras para promover a defesa dos seus direitos recorrendo à justiça gratuita e às Defensorias Públicas, estas por sua vez já assoberbadas pelo elevado número de processos e com precárias estruturas materiais. Do outro lado, estão as Procuradorias dos grandes Órgãos Públicos, hoje devidamente instrumentalizadas, com Procuradores aguerridos, utilizando todos os meios processuais que acarretam um alongamento dos processos no tempo - realidade incontestável, além do que as leis já as favorecem, como prazos maiores, intimações pessoais, etc. É preciso que o juiz independente tenha, também, sensibilidade social e esteja atento aos excessos que muitas vezes são cometidos contra os menos favorecidos (como, por exemplo, contra os segurados da Previdência Social).

A **competência** técnica é aferida ao longo dos exames e provas a que se submetem para ingresso na carreira e é gratificante ver o elevado nível de conhecimento jurídico demonstrado pelos aprovados nos concursos públicos, onde a concorrência é enorme. Mas, se à competência não estiver aliada uma grande dose de **compromisso com a missão** a que se propuseram, com a disposição de vencer a grande carga de trabalho que os esperam, certamente os resultados serão acanhados e, às vezes, inexpressivos. Tal desempenho é bem avaliado ao longo do processo de vitaliciamento.

II - Temos consciência de que a formação do magistrado é um complexo processo, com etapas bastante distintas e que, algumas delas, estão fora das possibilidades de atuação dos órgãos destinados a tal formação, sem se ter como interferir diretamente, pois tudo começa muito cedo. Refiro-me:

1) **À família e à escola** (ensino fundamental e médio): aí se inicia a formação do caráter do **cidadão**, quer venha ele a ser magistrado ou a ter qualquer outra atividade profissional. Prepará-lo dentro da ética, da responsabilidade pessoal e social, do compromisso com o trabalho, será um primeiro e relevante passo. Só um verdadeiro cidadão (pena que esta palavra esteja hoje um tanto gasta, mas a tomemos no seu verdadeiro sentido) poderá vir a ser um bom magistrado. Também é lá, mas especificamente com relação à escola, que devem ser fincados os pilares para as bases de algumas disciplinas, cujo domínio serão indispensáveis ao exercício profissional futuro, como: o domínio do nosso idioma, a língua portuguesa; atualmente o da informática, entre outras; bem como os fundamentos para os conhecimentos humanísticos e o descortino para a cultura.

Creio que um caminho (alguns magistrados já o fazem) talvez seja o do Poder Judiciário, juntamente com os órgãos de classe, como a AMB, a AJUFE e outros, se aproximarem das Secretarias de Educação, promovendo palestras, abrindo os Tribunais ou o Fórum da cidade para visitação de alunos, explicar-lhes o papel da Justiça e do magistrado. Vemos, cotidianamente, a imagem do juiz e da Justiça ser atingida por matérias veiculadas que, muitas vezes, dizem respeito a um único ou a poucos membros da Magistratura, mas que atingem a todos que ficam maculados pela mesma pecha da improbidade.

2) **Os Cursos de Direito e o bacharelado.** A prolifera o de Faculdades de Direito em todo o país, talvez em número superior às possibilidades de oferecer currículos adequados e bons professores (algumas pagando hora-aula em valor ínfimo), superlotando as salas de aulas, sem oferecer boa prática, além de tantos outros problemas, levaram a que a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB passasse a exigir pesados exames para permitir o ingresso naquele órgão, a fim de reconhecer ao bacharel graduado a condi o de advogado. Hoje os já assustadores "Exames de Ordem" como são chamados. E isso leva a uma distor o, pois, pelas leis do mercado e da concorrência, aquelas Faculdades que têm melhores índices de aprova o no exame da Ordem atraem mais alunos, e, conseqüentemente, procuram adaptar o ensino, os currículos e a prática profis-

sional para a advocacia. As peças solicitadas aos estudantes são próprias de advogados – iniciais para ações cíveis, reclamações trabalhistas, contestações, apelações, etc., etc. Não tenho conhecimento de nenhuma prova de estágio em que se pedisse a elaboração de uma sentença, nem também de uma denúncia.

Se o vestibular já leva o aluno a marcar com “x” a resposta que considera correta, agora a primeira prova da OAB também é objetiva (marcar com “x”) e a prova de redação de peças é voltada (óbvio) para a advocacia, isto deixa cada vez mais deficiente a contribuição do curso de bacharelado para aqueles que pretendam ingressar na magistratura ou no Ministério Público, tendo que recorrer a cursos particulares nem sempre acessíveis financeiramente a todos os estudantes. Temos que pensar num processo instalado de elitização, pois os economicamente menos favorecidos terão dificuldades bem maiores de aprovação dos concursos para magistratura.

É preciso uma urgente modificação na grade curricular das Faculdades de Direito, não só, mas também por isto. Para tanto, sugiro encontro dos órgãos representativos da classe dos Magistrados, juntamente com os diretores das Escolas de Magistratura, com o Ministério da Educação e o Conselho Nacional de Educação (Comissão de Ensino Jurídico), para levar sugestões, apontando as lacunas que são sentidas quando cuidamos da formação dos novos magistrados (ex.: ausência nos currículos de disciplinas fundamentais ao exercício não só da magistratura, mas do Ministério Público, entre outras).

III - Com essas observações preliminares, passemos a apreciar o papel das Escolas no ingresso na carreira e na formação permanente do magistrado à luz da pesquisa promovida pela AMB, com alguns complementos fruto da nossa experiência pessoal.

Devo dizer que há algumas diferenças a considerar entre as Escolas de Magistratura Estaduais e as Escolas Federais. Uma delas decorre da divisão geográfica da Justiça Federal. As Escolas estaduais, em princípio, correspondem uma a cada estado da Federação. Como todos sabem, a Justiça Federal está dividida em cinco regiões, cada uma abrangendo diferente número de estados. A região à qual pertenço, a 5ª Região, engloba seis Estados: Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe. A primeira Região, por exemplo, abrange 14 Estados, da Bahia ao Acre, enquanto a 2ª Região é composta pelo Rio de Janeiro e pelo Espírito Santo. A 3ª Região é São Paulo e Mato Grosso do Sul e a 4ª Região, o sul, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Como conseqüência, muitas ações de treinamento e capacitação tor-

nam-se difíceis e caras para serem desenvolvidas, inviabilizando alguns projetos, em razão do elevado custo de deslocamento aéreo, diárias, afastamento da jurisdição, etc.

O primeiro ponto, dentro do nosso tema, que foi consultado pela pesquisa (item X) diz respeito à natureza jurídica das Escolas – se vinculadas aos Tribunais, às Associações ou Independentes? Transcrevo a Tabela para melhor compreensão:

Vinculadas aos Tribunais:	33,9% - Sim	66,1% - Não
Vinculadas às Associações:	37,2% - Sim	62,8% - Não
Independentes:	40,7% - Sim	59,3% - Não

Fonte: Pesquisa AMB 2006

Interessante observar os resultados. Cerca de 2/3 dos entrevistados acham que as Escolas não devem ser vinculadas aos Tribunais (66,1%), nem às Associações (62,8%), nem Independentes (59,3%), enquanto pouco mais de 1/3 entendem que devem ser vinculadas aos Tribunais (33,9%), às Associações (37,2%) ou Independentes (40,7%). O que eu deduzo destas respostas, especialmente pelas negativas, é que os três modelos propostos não satisfazem aos magistrados. É de se perguntar, e há outra possibilidade? Creio que sim, dependendo inclusive do papel que cada uma venha a assumir, ou que as Instituições definirem para as mesmas.

Para chegarmos a um “modelo alternativo”, precisamos adentrar num ponto extremamente delicado, qual seja o da preparação para o ingresso na magistratura, que está no item XI, o qual questiona sobre as prioridades das Escolas.

1) Preparação (antes do ingresso)

Propriedade Alta	42,2%
Propriedade Média	22,8%
Indiferente	3,8%
Propriedade Baixa	12,9%
Não Deveria Ser Feito	13,2%
Sem Opinião	5,2%

2) Formação

Propriedade Alta	62,0%
Propriedade Média	22,9%

Indiferente	1,8%
Propriedade Baixa	3,3%
Não Deveria Ser Feito	3,6%
Sem Opinião	6,5%

3) Aperfeiçoamento (formação continuada)

Propriedade Alta	76,1%
Propriedade Média	16,3%
Indiferente	0,8%
Propriedade Baixa	1,1%
Não Deveria Ser Feito	1,6%
Sem Opinião	4,0%

4) Pós-graduação

Propriedade Alta	42,6%
Propriedade Média	31,3%
Indiferente	7,1%
Propriedade Baixa	7,4%
Não Deveria Ser Feito	5,7%
Sem Opinião	5,9%

5) Treinamento de Professores

Propriedade Alta	28,4%
Propriedade Média	28,0%
Indiferente	12,3%
Propriedade Baixa	13,1%
Não Deveria Ser Feito	10,4%
Sem Opinião	7,8%

6) Administração Judiciária

Propriedade Alta	33,1%
Propriedade Média	31,7%
Indiferente	9,2%
Propriedade Baixa	10,7%
Não Deveria Ser Feito	7,7%
Sem Opinião	7,6%

7) Criação de um Centro de Pesquisas

Propriedade Alta	43,0%
------------------------	-------

Propriedade Média	31,7%
Indiferente	7,6%
Propriedade Baixa	8,7%
Não Deveria Ser Feito	3,5%
Sem Opinião	5,6%

8) Cursos regionais de aperfeiçoamento e capacitação

Propriedade Alta	65,5%
Propriedade Média	24,0%
Indiferente	2,0%
Propriedade Baixa	2,6%
Não Deveria Ser Feito	1,5%
Sem Opinião	4,4%

9) Convênios com Instituições para mestrados e doutorados

Propriedade Alta	56,9%
Propriedade Média	25,1%
Indiferente	4,0%
Propriedade Baixa	5,9%
Não Deveria Ser Feito	3,7%
Sem Opinião	4,5%

9) Outra 75,3%

Fonte: pesquisa AMB 2006

O que mais deve ser destacado no resultado obtido e exposto na tabela supra é o de que todos os itens submetidos à consulta foram considerados como “Prioridade Alta”. No primeiro deles (Preparação antes do Ingresso), 42,2% dos entrevistados respondeu que seria alta prioridade. Se somarmos os 42,2% antes citado aos que acham prioridade média (22,8%), encontramos o expressivo percentual de 65 %, contra 35% resultante da soma dos que são indiferentes (3,8%), os que vêem baixa prioridade (12,9%), os que pensam que não deveria ser feito (13,2%) ou os que não têm opinião (5,2%). Há, sem dúvida, pelo resultado da pesquisa, uma forte manifestação dos que entendem que as Escolas devam, também, cuidar dos cursos preparatórios à carreira.

Devo dizer que nada tenho contra os cursos preparatórios oferecidos pelas Escolas; vejo até alguns pontos positivos, quais sejam: o de poder suprir

eventuais deficiências da formação inicial a que já me referi, debitadas à contribuição da família e da escola (formação ética, cultural, técnica, etc.) dos candidatos à magistratura, além da qualidade do ensino que, enquanto Escolas de Magistrados, sem fins lucrativos, podem imprimir às aulas e na seleção dos professores. A dificuldade está em encontrar a melhor natureza jurídica para elas, onde e como localizá-las.

Os cursos independentes, como a própria expressão esclarece, não dependem de nós e podem ser oferecidos livremente, de acordo com as regras do mercado (oferta/procura, concorrência, qualidade). Logo nos restam as duas formas: vinculadas aos Tribunais ou às Associações, ambas com os maiores percentuais de desaprovação.

Em termos estaduais, entendo que, ou as Escolas passam a gozar de autonomia em relação aos Tribunais, podendo, legalmente (sem artifícios pouco recomendáveis), receber mensalidades, fazer pagamentos, contratar professores e servidores, etc., com regras próprias, tornando-se, por exemplo, uma Fundação ou devem ficar com as Associações, que têm possibilidade para gerir recursos. Todavia, é primordial que uma Escola de Magistratura não deva, jamais, priorizar os cursos preparatórios em detrimento das funções que, constitucionalmente, tem a cumprir. Para o desempenho das obrigações impostas pela Constituição, não devem os Tribunais se omitir deste papel, sob pena de descumprimento dos preceitos da Carta Maior.

Na Justiça Federal se torna muito difícil o oferecimento direto de cursos preparatórios ao ingresso na carreira. Se, como exemplo, a Escola da 5ª Região – ESMAFE, desejasse promover um, seria de se perguntar, em qual dos seis Estados? Não se estaria privilegiando os candidatos de uma unidade da Federação? Na 5ª Região, embora se tenha Núcleos da Escola nas Seções Judiciárias, estes têm pequena estrutura, apenas promovem encontros, seminários e cursos de curta duração, especialmente via teleconferências. Assim, só na sede do Tribunal que fica no Recife, haveria espaço físico próprio e outras condições para oferecer um curso preparatório – e aí estaria a Escola privilegiando uma unidade da Federação. Além do que, pela sua colocação no organograma do Tribunal, não poderia receber mensalidades, nem fazer gastos com qualificação de pessoas que não integrassem os seus quadros (clientela particular). Podemos abrir algumas vagas para não servidores em cursos sobre temas específicos que são oferecidos mediante convênios com outros órgãos públicos e instituições de ensino, mas não um curso completo para não integrantes da Instituição.

É um momento de opção para as Escolas que mantêm cursos preparatórios ante as novas atribuições recebidas pela EC-45. É possível servir a tantos

senhores? Não estariam deixando a um segundo plano as obrigações constitucionais em face das velhas práticas de preparação?

O que a pesquisa demonstrou claramente, aliás, o que seria de se esperar, é que os entrevistados dão maior importância à Formação inicial (62% alta prioridade+ 22,9% média prioridade = 84,9%); à Formação continuada (76,1% + 16,3% = 92,4%); à pós-graduação (42,6 + 31,3% = 73,9%); à criação dos centros de pesquisa (43% + 31,7% = 74,7%); aos cursos regionais (65,5% + 24 % = 79,5); à possibilidade de convênios com outras instituições (56,9% + 25,1%= 82,0%) e, com menor destaque, à administração judiciária (33,1% + 31,7% = 64,8) e ao treinamento de professores (28,4% + 28% = 56,4).

Observe-se que, de todos os itens pesquisados, os cursos de preparação (antes do ingresso) só obtiveram percentual mais alto de indicação pelos entrevistados que a administração judiciária (com - 0,2%) e o treinamento dos professores. Neste último, pode-se interpretar que a resposta dos entrevistados significa que já consideram os professores bem treinados (tecnicamente competentes para o mister). Logo, se houver necessidade de optar entre a preparação para concurso (pré-ingresso) e a formação (pós-ingresso), o pensamento dos entrevistados pendeu para a segunda alternativa. As prioridades estão bem definidas na pesquisa.

Os resultados apresentados no item XI dão um bom norte à definição do papel das Escolas, bem como ajudam no planejamento de suas ações.

IV - Para chegarmos ao curso de Formação inicial, temos que recorrer à análise do item XII da pesquisa, que trata do ingresso na magistratura.

1) Concurso é a melhor forma de seleção

Concorda Inteiramente	82,4%
Concorda em Parte	13,5%
Discorda em Parte	1,8%
Discorda Inteiramente	0,5%
Não Respondeu / Sem Opinião	1,8%

2) Deveria haver uma seleção prévia nacional antes do concurso de ingresso estadual

Concorda Inteiramente	9,0%
Concorda em Parte	11,8%
Discorda em Parte	40,8%

Discorda Inteiramente	30,7%
Não Respondeu / Sem Opinião	7,7%

3) O concurso de ingresso nos moldes atuais é insuficiente para selecionar os melhores quadros, devendo ser completado por um teste vocacional aplicado por entidade profissional

Concorda Inteiramente	26,0%
Concorda em Parte	33,3%
Discorda em Parte	21,9%
Discorda Inteiramente	15,0%
Não Respondeu / Sem Opinião	3,8%

4) O conteúdo das provas de seleção não é capaz de aferir as habilidades necessárias para um bom juiz

Concorda Inteiramente	28,0%
Concorda em Parte	49,6%
Discorda em Parte	13,6%
Discorda Inteiramente	5,8%
Não Respondeu / Sem Opinião	3,0%

5) Escola da magistratura em tempo integral e com salário no processo de formação

Concorda Inteiramente	48,2%
Concorda em Parte	31,2%
Discorda em Parte	12,0%
Discorda Inteiramente	4,5%
Não Respondeu / Sem Opinião	4,2%

Fonte: Pesquisa AMB 2006

O ponto principal, e que a grande maioria concorda, é que o concurso público ainda é a melhor maneira de seleção. Na realidade, apenas 0,5% discorda inteiramente. Visitei um Estado membro de uma Federação estrangeira onde há eleição para juízes pelo voto direto dos eleitores, do mesmo modo que para governador ou membro do legislativo (a escolha de juízes não segue o mesmo processo em todo o país); noutra Estado em que também estive, a convite, os presidentes dos Tribunais são escolhidos e nomeados pelo executivo

como presidentes vitalícios (até a aposentadoria). Respeito muito a opção que cada povo escolhe como o melhor modelo para si de acordo com as suas instituições. Apenas, entendo que a seleção pelo critério do conhecimento, dos méritos, da apreciação curricular e da vida pessoal do candidato, ainda é a melhor forma. Isto, contudo, não quer dizer que não devamos aprimorar o concurso, o conteúdo das provas, o modo de aplicá-las, entre outras possíveis inovações. Já fui presidente de Comissão de Concurso e acompanho com interesse cada um que se realiza na 5ª Região. Creio que a participação das Escolas no processo de seleção para ingresso na Magistratura foi uma das boas coisas da EC-45; é preciso apenas que seja cumprida.

Todavia, por mais aperfeiçoado que vier a ser o concurso, o Curso para início das atividades na magistratura é de suma importância. Não se pode, nem se deve, após duríssima seleção, largar um (ou uma) jovem com todas as responsabilidades de uma Vara sem que tenha recebido uma boa preparação oferecida pelo Tribunal. Este curso, embora não deva ser completamente padronizado, há de incluir conteúdos básicos que, necessariamente, devem integrar os programas, especialmente no que chamo “a prática no real”.

As cinco escolas federais promoviam os cursos com duração, conteúdo e formas de execução diferentes. Trabalhamos juntos (os cinco diretores) no sentido de melhorá-los. Uma dificuldade que havia era a de que, em algumas regiões, os cursos tinham caráter obrigatório, mas eram oferecidos antes da nomeação. Assim, mesmo que o Tribunal viesse a pagar as despesas (hotel, alimentação, transporte, etc.) dos candidatos aprovados, estes ainda estariam vinculados aos seus órgãos de origem, como também quase todos são provenientes de diversos Estados da Federação, poucos é que são locais. É interessante observar que dos candidatos aprovados nos últimos concursos da 5ª Região, nenhum estava desempregado ou sem um vínculo empregatício certo (eram Procuradores de Autarquias, Promotores, Advogados da União, etc.,etc.). Assim, sem a nomeação e, conseqüentemente, sem salário de magistrado, precisarão da boa vontade do então chefe (na iminência de perder um bom funcionário), para liberá-los por um tempo que não poderia ser muito longo, pois causaria problemas ao órgão ao qual pertencem e também com relação aos seus colegas de trabalho. Exigir que peçam exoneração antecipadamente também seria oneroso para o candidato e nem todos podem arcar com as despesas particulares não cobertas pelo Tribunal.

Algumas Regiões já promovem o curso com o candidato nomeado, mas ainda não localizado em Vara. Mas, já aconteceu, em razão da carência de

Juízes, que antes da conclusão do curso houvesse necessidade de o interromper e designar os nomeados para suas localizações. Um curso interrompido deixa inúmeras disciplinas sem serem ministradas e, muitas vezes, é pior do que um mais concentrado.

Os estudos realizados pelos cinco diretores das Escolas Federais (dentre os quais dois ex-presidentes e um ex-vice-presidente de Tribunais Federais) foram acolhidos pelo Ministro Fernando Gonçalves, então Coordenador-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que constituiu um grupo de trabalho mais amplo, culminando com a Resolução que foi aprovada pelo Conselho da Justiça Federal.

A Resolução instituiu o Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para Juízes Federais da Justiça Federal, tendo o Centro de Estudos Judiciários do CJF como órgão central e as Escolas de Magistratura (Federais) como órgãos setoriais responsáveis pelo plano Nacional.

O Plano Nacional compõe-se do programa de ingresso, de vitaliciamento e de aperfeiçoamento (conforme o disposto no art. 93, II, c e IV do CF) com os respectivos subprogramas nas três áreas mencionadas. Além disso, também se incluiu, no Plano Nacional, o programa de pesquisa, de editoração e de intercâmbio. Estão previstos subprogramas de fomento à pesquisa, editorial, com a possibilidade mais ampla de publicações produzidas pelos próprios integrantes da JF e o de intercâmbio institucional, com o objetivo de trocar experiências, como também atender algumas áreas não cobertas nos programas regulares (especialmente na pós-graduação).

A partir da sua aprovação pelo CJF, estão sendo detalhados os subprogramas à luz da experiência já colhida, buscando ampliar as possibilidades de formação dos nossos magistrados.

Ainda não é possível detalhar os subprogramas, porque estão em elaboração por Comitês especialmente designados com representantes da 5ª Região.

V - Muito se tem falado sobre a “juvenilização” da magistratura brasileira, ou seja, a idade cada vez mais baixa dos candidatos aprovados nos concursos, o que leva a algumas preocupações e atenções. Entendo que esta realidade não deva ser vista como algo negativo, ao contrário. Mas deve conduzir a algumas atenções especiais, tais como incluir na preparação inicial alguns temas, além da técnica jurídica. Sabe-se que a aprovação em difícilíssimo concurso, como disse anteriormente, já demonstra que os novos juizes têm um bom domínio do Direito, faltando a alguns uma maior aproximação com o dia-a-dia do seu novo mister, ou seja, a “prática no real”. Montar um curso que leve um suporte prático

não terá maiores dificuldades. Mas, achamos importante incluir também outros tópicos:

1. Cuidar do lado **emocional**, psicológico, destes jovens que, de um dia para outro, se transformam em “excelências”, com uma caneta na mão que os permite condenar, absolver, conceder ou negar liminares, enfim, uma situação de tensão e pressões, ainda não vivenciada por eles. Temos ouvido depoimentos de jovens, brilhantemente aprovados, e que sentiram o peso da responsabilidade na solidão de uma Vara (ou Comarca), muitas vezes distante da família, dos amigos, dos professores, com funcionários de cartórios desconhecidos, alguns velhos servidores com experiência (evidentemente bem maior do que a deles), advogados hábeis, em síntese, um mundo desconhecido e cheio de perigos. Isto pode levar a condutas diversas, ou trancarem-se temeroso dos estranhos, evitando contatos com advogados ou mesmo encontros puramente sociais, ou tornarem-se aparente ou realmente prepotentes (as crises de “juizite”), além de muitas outras possíveis reações ante a situação que passam a vivenciar. Um suporte psicológico pode ser de grande valia para apoiá-los emocionalmente, dando-lhes um maior conforto pessoal e evitando-se problemas de relacionamentos futuros.
2. Outro aspecto também correlacionado com a juventude refere-se ao lado **cultural**. Muitos jovens se concentram desde bem cedo, obstinadamente, no seu projeto pessoal de alcançar a magistratura e se dedicam ao estudo dos diversos ramos do Direito que estão incluídos nos programas dos concursos. Direito e só Direito, e sabem muito especialmente o direito positivo. Por falta de tempo (pela juventude e pela ocupação), por falta de meios financeiros ou mesmo de motivação fora do universo jurídico, alguns dos jovens juízes podem vir a precisar de um suporte de sociologia, de filosofia, de artes, de literatura, de música, enfim, dos contornos da própria sociedade e que vêm dentro dos processos com as contingências humanas e que não se limitam à aplicação da letra fria da lei. Assim, as Escolas não podem descuidar desta importante parte de complementação intelectual, pois estão nas circunstâncias da vida cotidiana.

Verdade que experiência e cultura não se transferem em embalagens pré-prontas, mas é possível abrir horizontes, despertá-los para um outro lado enri-

quecedor para eles próprios e que lhes permitam uma análise mais realista dos casos sob a sua apreciação.

3. **A gestão judiciária:** na formação do bacharel, nos cursos de graduação e mesmo na pós-graduação acadêmica, não se leva em conta a possibilidade de o profissional do Direito (advogado, promotor, juiz, etc.) vir a gerir um setor da sua atividade. O advogado, o seu escritório: os processos, os prazos, as intimações e, ao mesmo tempo, os seus empregados, os colegas, as despesas fixas, o pagamento dos tributos, taxas, em resumo, o seu dia-a-dia. O Juiz, na sua Vara, o Desembargador, no seu Gabinete, com milhares de processos, cujo fluxo deve ser acompanhado; uns com poucos servidores, relativamente ao volume de trabalho, além da parte cartorial executada pela secretaria. Se o Juiz é nomeado para exercer a direção ou subdireção do Foro, tem que conhecer de orçamento, da aplicação das verbas de manutenção, da execução de projetos, das despesas, da concessão de diárias, de passagens, etc.; se integra a Mesa Diretora de um Tribunal, também está às voltas com orçamento, licitações, contratos, as obrigações de ordenador de despesas, gerindo pessoal, formando equipes e sabendo ou não conduzi-las, entre muitas outras formas de gestão.

Não vou, evidentemente, debitar a morosidade do judiciário à falta de conhecimento em gestão, mas o domínio nesta área ajuda e muito o desempenho e o desenvolvimento dos trabalhos. Tenho um exemplo, o da Escola da 5ª Região, que está promovendo um MBA em Administração Judiciária, em convênio com a Fundação Getúlio Vargas. Já ultrapassamos a metade do curso e os resultados são de entusiasmar. Não é fácil, nem barato deslocar 45 pessoas dos seus Estados para Fortaleza, onde está sendo ministrado o curso, quinzenalmente, todos sacrificando os seus fins-de-semana. Mas a satisfação dos participantes é completa.

VI - Quanto à **formação continuada**, esta não é menos importante. Em todas as profissões liberais há a preocupação com a atualização de técnicas, pesquisas, a utilização e a busca do mais moderno para superar os competidores. Isto é uma exigência da qualidade e da concorrência. No caso das atividades decorrentes de funções públicas, igual preocupação deve estar presente.

Pelo fato de não haver, digamos, concorrência, mas exclusividade naquela prestação de serviço, não se pode prescindir da qualidade. Serviço público não é favor que o Órgão presta aos que o procuram, mas um dever para com o postulante individualmente e para com a sociedade que o mantém através dos impostos que paga. E isto vale para o Judiciário. Daí a necessidade de uma formação continuada, mantendo a magistratura informada através das publicações periódicas, dos congressos, dos encontros, dos cursos, de mensagens eletrônicas, etc.

As Escolas Federais desempenhavam com mais eficiência a tarefa da formação continuada, com o apoio do Centro de Estudos do CJF, ou através de patrocínios e por seus próprios meios. Para nós, este último, na 5ª Região muito excessos.

Um entrave que encontramos reside nas distâncias geográficas e nos custos dos eventos que exigem os deslocamentos, já referidos. Assim, na 5ª Região, temos usado equipamentos de transmissão a distância – as teleconferências. Foram adquiridos aparelhos para cada uma das Seções Judiciárias, para o Tribunal e para a Escola. Dessa forma, oferecemos cursos regionais com salas de recepção com monitores. Isto permite o aumento considerável no número de participantes sem aumento de custos. Num curso presencial dispo de uma sala que comporte 50 inscitos, com mais 7 salas de recepção a distância, pode-se multiplicar o número inicial, permitindo até 350 alunos. Esta experiência ainda está se consolidando, engatinhando mesmo, não só no uso da tecnologia, para nós nova, tanto para os setores técnicos (informática e de imagem) como no de apoio, além da adequação dos professores e dos alunos aos novos meios.

Dentro da Formação continuada muito se fala sobre os cursos de pós-graduação.

1) Mestrado Acadêmico

Muito	47,4%
Pouco	39,1%
Nada	8,8%
Sem opinião	4,8%

2) Mestrado Profissional

Muito	66,0%
Pouco	23,1%

Nada	4,5%
Sem opinião	6,4%

Fonte: Pesquisa 2006

A pesquisa, no item XIII nos mostra o grande interesse pelos mestrados profissionais (66,0%), bem maior do que pelos mestrados acadêmicos (47,4%). Concordo inteiramente com a opção dos entrevistados e, na Justiça Federal, o subprograma de intercâmbio institucional poderá desenvolver linhas nesse sentido. Esperemos que haja a concordância dos setores competentes do Ministério da Educação (CAPES), pois tivemos o dissabor de aprovar um projeto de Mestrado Profissional no Conselho da Justiça Federal, alocar os recursos necessários e nunca obter resposta da CAPES.

VII - Enfim, eram estas, colegas Magistrados de todo o Brasil, algumas observações que gostaria de trazer para reflexão de todos, no intuito de atender, da melhor forma, às determinações constitucionais e, acima de tudo, ao nosso próprio compromisso de oferecer à sociedade brasileira magistrados cada vez mais bem formados não só tecnicamente, mas capazes de conceder a prestação jurisdicional que ela espera de nós, com celeridade e justiça.

POR QUE CONTROLE MISTO?

Marco Bruno Miranda Clementino

Juiz Federal - 19ª Vara / PE

1. INTRODUÇÃO

É lugar comum que o direito positivo brasileiro tem suas complicações, suas complexidades, fruto da estruturação estatal deficiente e, sobretudo, da imaturidade política dos centros de poder atuantes na sua concepção, embora se reconheça, quanto a isso, um significativo avanço nos últimos anos. Esses fatores terminam por gerar uma produção normativa repleta de vicissitudes e carente de uma orientação filosófica estável que possa imprimir racionalidade ao sistema. Daí ser comum a importação indiscriminada de categorias e institutos jurídicos do direito estrangeiro, sem a devida verificação de compatibilidade (formal e muito menos sociológica). Nunca se compreendeu a mensagem da música de Milton Nascimento, de que “ficar de frente para o mar e de costas para o Brasil não vai fazer desse lugar um bom país”.

Alijado desse processo criativo, não resta ao operador jurídico senão a atividade de sistematizar o direito posto, de efetuar o exame crítico das figuras jurídicas concebidas pelo sistema e, a partir dessas conclusões, de contribuir formulando proposições voltadas ao seu aprimoramento, ousando abandonar o discurso dogmático, sob uma reflexão mais crítica.

O título é sugestivo: por que controle misto? É possível ir mais adiante: para que controle misto? A referência se volta ao controle misto de constitucionalidade adotado no Brasil e pouco visto no direito comparado, ao mesmo tempo concentrado e difuso, abstrato e concreto, com características tão complexas que tornam sua compreensão difícil não apenas para o leigo, senão também para os próprios operadores jurídicos.

De onde surgiu a idéia de se instituir um controle misto? Por que assim se estabeleceu? Qual modalidade de controle prevalece? É possível simplificar o sistema? Essas são algumas das indagações que se pretende discutir, sob um discurso não apenas dogmático, mas igualmente dogmático. Referências de cunho sociológico e filosófico serão suscitadas de modo a subsidiar a reflexão, que nem de perto se propõe a esgotar o debate sobre a temática.

O interesse pelo objeto de discussão se justifica. O controle de constitucionalidade da produção normativa geral e abstrata constitui a pedra de toque do funcionamento estrutural do Estado sob competências, por se tratar do ponto de convergência do princípio da separação dos poderes. Ao viabilizar a fiscalização quanto ao exercício abusivo da função pública na concepção das fontes primárias de funcionamento do Estado, o círculo se fecha, possibilitando o controle recíproco dos poderes entre si, inclusive na produção legislativa na qual se constroem os padrões normativos a serem aplicados por todos eles.

Dá por que se exige uma sistemática estável, eficiente, segura e legítima de exercício da fiscalização da constitucionalidade. E isso, infelizmente, o direito positivo brasileiro não está oferecendo aos destinatários, com uma dupla sistemática de atuação, com distinções quanto às competências, à legitimação ativa, aos efeitos. Trata-se literalmente de duas sistemáticas paralelas que convivem entre si, com sensíveis dificuldades de intercomunicação.

Assim, a pretensão neste texto é a de elucidar essas questões, partindo da descrição e reflexão sobre o objeto, focado na premissa de que é necessária uma sistemática que atenda minimamente a padrões de estabilidade, eficiência, segurança e legitimidade.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO

Para Canotilho, “a defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, de meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”. Mais adiante, o autor as designa como “garantias de existência da própria constituição (cfr. A fórmula alemã: *Verfassungsbestandsgarantien*)” ou “constituição da própria constituição” (2003, p. 887-888).

Característico das constituições rígidas, o controle da constitucionalidade constitui um dos meios de garantia da constituição, o que não se confunde com

as garantias constitucionais, terminologia mais propriamente empregada para indicar os instrumentos constitucionalmente estabelecidos como meios de defesa dos direitos fundamentais declarados (BONAVIDES, 1996). No sistema garantista, as declarações relevam o caráter histórico da conquista por direitos (BOBBIO, 1992); as garantias, por outro lado, trazem em si uma maior dinamicidade, expressa na finalidade de assegurar a efetividade daqueles no sistema.

A referência às constituições rígidas é importante. O controle de constitucionalidade como garantia da constituição só faz sentido nas constituições para cuja reforma se exija quorum mais elevado do que o previsto para alteração da legislação em geral. Supremacia (constituição material) e superlegalidade (constituição formal) são conceitos próprios de regimes dessa natureza, que se assentam na distinção entre poderes constituintes e poderes constituídos.

Assim, o controle da constitucionalidade, como garantia da constituição, atende ao objetivo de assegurar a prevalência da constituição material (supremacia da constituição), justificada logicamente, na pirâmide normativa, pela superioridade hierárquica da constituição formal (superlegalidade). Como diz Canotilho (2003, p. 889),

“a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma garantia de observância da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização de sua força normativa, e de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma garantia preventiva, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores de normas constitucionais” (sic).

2.2. REFERENCIAL HISTÓRICO

Embora o constitucionalismo constitua um movimento de certo modo recente na história do direito, remontando sua consolidação teórica ao fim da era moderna, a idéia de controle de constitucionalidade tem suas raízes em tempos mais antigos. Cappelletti, por exemplo, afirma a existência, na Antigüidade, de figuras jurídicas muito semelhantes ao atual controle de constitucionalidade. Como precedente, exemplifica com o direito ateniense, em que se distinguia

“entre o *nómos*, isto é, a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, ou seja, para usar um termo moderno, o decreto. Na realidade, os *nómoi*, ou seja, as leis, tinham um caráter que, sob certos aspectos

tos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais”. (1992, p. 49)

Cappelletti finda por apontar elementos que sustentam, já naquela época, a possibilidade de invalidação do decreto por contrário à lei, do *pséfisma* por contrário ao *nómos*, concluindo que

“os juízes atenienses, portanto, não obstante fossem obrigados a por solene juramento a julgar “Kata tous nómous Kaí Katá psefismata” (“segundo a lei e segundo os decretos”), não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os psefismata, a menos que estes não fossem contrários aos nómoi”. (1992, p. 51)

Também é possível identificar rudimentos de controle de constitucionalidade durante o predomínio do pensamento jusnaturalista, iniciado ainda nos tempos medievais e percorrendo praticamente toda a Idade Moderna, através da predominância do *jus naturale* em relação ao *jus positum*, sob a idéia de direito natural como norma superior, insuscetível de derrogação pelo direito positivo. Entretanto, como o direito natural e o positivo compreendiam ordens jurídicas distintas, enquanto não se estabelecia, mais adiante, uma possibilidade de comunicação entre ambas, não se tornava facilmente viável que o juiz deixasse de aplicar o direito positivo em favor do direito natural. Cappelletti então cita a doutrina da *heureuse impuissance*, criada pelos *Parlements* franceses, “do Rei de violar as leis fundamentais – a impotência, portanto, melhor, ‘feliz’ impotência do soberano legislador de promulgar aquelas que hoje chamaríamos de leis constitucionais” (1992, p. 56).

É inegável que a consolidação dessa articulação entre duas ordens jurídicas outrora concebidas como distintas, conduzindo posteriormente à positivação do direito natural, contribuiu de certa maneira para a formação do constitucionalismo em si, mas isso apenas reforça o argumento acerca da importância do controle de constitucionalidade no sistema de constituições rígidas desde as suas raízes históricas.

O interessante é que o direito natural também serviu de fundamento, no direito inglês, para anular leis contrárias à *common law* (POLETTI, 1995). A referência remonta ao século XVII, por Sir Edward Coke, que preconizava a “autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação e como guardião da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e mesmo do

soberano” (CLÈVE, 2000, p. 59). É verdade que, mais tarde, com a Revolução Gloriosa, a tese de Sir Edward Coke cedeu espaço ao princípio da supremacia do Parlamento (*parliamentary supremacy*), até hoje predominante, mas constituiu importante precedente para a consolidação, séculos depois, em 1803, da *judicial review*, no direito norte-americano, com o *case Madison vs. Marbury*, conduzido com maestria pelo Juiz John Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Esse precedente se tornou célebre, na história do direito constitucional, como marco do surgimento do controle de constitucionalidade tal como concebido até os dias de hoje. Sabe-se que mesmo na jurisprudência americana, antes de 1803, havia antecedentes em que se aplicara a doutrina da *judicial review*. Para Poletti, o precedente não se tornou célebre pelo conteúdo da idéia, que já era corrente na jurisprudência, senão porque “Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão” (1995, p. 25), além de politicamente hábil para fortalecer, naquele momento, a autoridade da Suprema Corte.

2.3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir da consagração da figura do controle da constitucionalidade como garantia das constituições rígidas, cada Estado, paulatinamente, adotou um modelo de justiça constitucional mais afinado com as peculiaridades de seu sistema jurídico, influenciado, evidentemente, por fatores históricos, sociais e políticos. O paradigma de análise para concepção do modelo a ser adotado, como não poderia deixar de ser, foi o modelo dos Estados Unidos da América, em cujo âmbito, por obra da jurisprudência, se consagrou a sistemática de controle de constitucionalidade.

Construída pela jurisprudência, sob a prática do *judge-made-law*, característico da tradição jurídica do sistema norte-americano de *common law*, a *judicial review* consiste em modelo de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade. Nesse modelo, a fiscalização acerca da constitucionalidade é executada por qualquer membro do Poder Judiciário, porém com a característica de que a declaração de inconstitucionalidade, por força do princípio do *stare decisis*, vincula as decisões dos juízes das cortes inferiores (“*a decision by the highest court in any court jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*”). Assim, o julgamento por inconstitucionalidade pela *Supreme Court*, em função da incidência desse princípio, indiretamente adquire eficácia *erga omnes* e, como esclarece Cappelletti, “não se limita então a trazer

consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada” (1992, p. 81).

Como diz Favoureu, em análise do modelo europeu, “a maioria dos países atualmente dotada de um Tribunal Constitucional ficaram, em um certo momento, tentados a adotar o sistema estadunidense e finalmente o rejeitaram – se não aberta ao menos implicitamente” (2004, p. 18). Entretanto, como explica o próprio autor, as tentativas fracassaram nos sistemas europeus de justiça, seja em virtude de uma excessiva sacralização da lei, enfraquecendo o caráter de rigidez da constituição, seja da falta de qualificação específica do juiz ordinário para a função, seja da ausência de uma unidade jurisdição. Por isso, no continente europeu, o modelo norte-americano foi implantado em apenas poucos Estados, com destaque para os escandinavos.

Há convergência de modelos entre alguns Estados europeus, porém sem uniformidade. Na França, por exemplo, foi adotado um modelo de controle político¹ predominantemente preventivo, executado pelo *Conseil Constitutionnel*, constitucionalmente situado fora da estrutura de qualquer dos poderes². Na maioria dos Estados (Alemanha, Áustria, Espanha, Itália), sob inspiração kelseniana (FAVOUREU, 2004), optou-se pela estruturação de um controle jurisdicional e repressivo, porém concentrado, exercido com exclusividade por cortes constitucionais criadas para essa finalidade.

Segundo Favoureu, “o modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada” (2004, p. 17-18). Ao contrário do modelo norte-americano, em que a fiscaliza-

¹ Frise-se que há autores que enquadram o sistema francês também na classificação dos controles jurisdicionais, embora protagonizado por instituições não judiciais (CLÈVE, 2000, p. 61; CAPPELLETTI, 1992, p. 30).

² É importante salientar que, na França, a desconfiança em relação aos juízes, fruto dos acontecimentos históricos que antecedem à Revolução Francesa, remontando, portanto, ao *Ancien Régime*, que a estrutura constitucional do Judiciário terminou sendo bem mais tímida, sem sequer os elementos necessários para que se configure de fato um Poder. Basta dizer, no sistema francês, o monopólio da jurisdição não pertence ao Judiciário, em virtude da existência do *Conseil d'État*, espécie de jurisdição administrativa concebida no seio do próprio Poder Executivo, com competência para julgamento das demandas que envolvam o poder público.

ção ocorre de forma indireta, a fim de conferir certeza à relação jurídica referente ao caso concreto, no modelo de controle concentrado o controle se dá em abstrato, constituindo em si a finalidade do exercício da função definida pela competência.

Dados esses elementos empíricos extraídos de realidades normativas no direito comparado, é possível eleger pelos menos dois critérios de classificação dos modelos, preventivos (*a priori*) ou repressivos (*a posteriori*), entre políticos e jurisdicionais. Outrossim, no que se refere aos modelos jurisdicionais, a atribuição de competências pode ser difusa, como no exemplo norte-americano, ou concentrada, como predominante nos modelos europeus. Por fim, o controle jurisdicional pode ser classificado ainda em concreto, efetuado incidentalmente ou por via de exceção, ou abstrato, em que a fiscalização da constitucionalidade constitui objeto do exame em si.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No direito positivo brasileiro, diante do arraigado formalismo e consequente dificuldade de simplificação de institutos e procedimentos, existe hoje em vigor, sob a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988 e fruto de um processo histórico, um controle misto que abrange todos os critérios de classificação mencionados, com hipóteses de incidência e competências diferenciadas. Há previsão de controles preventivo e repressivo, político e jurisdicional, concentrado e difuso, todos imbricados num mesmo sistema.

O controle preventivo é predominantemente político, executado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República, respectivamente pelas comissões de constituição e justiça (art. 85 da CF e Regimentos Internos das Casas Legislativas) e através do veto (art. 66, § 1º, da CF). É predominante e não exclusivamente político pelo fato de existir uma hipótese de controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, defendida pela doutrina (MORAES, 2000) e admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Essa espécie, bastante restrita, tem por objeto o controle do devido processo legislativo e é efetuada via mandado de segurança impetrado apenas por parlamentares. A restrição no tocante à legitimação ativa é ressaltada de forma bastante categórica em precedentes da jurisprudência do STF, em que se afirma

“a legitimidade do parlamentar – e apenas do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos

praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24667 AgR/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, 04 dez 2003).

No controle repressivo ocorre justamente o inverso. Tem predominância o controle jurisdicional e a Constituição Federal prevê duas hipóteses, bastante restritas, de controle político, executado pelo Poder Legislativo, prescritas nos artigos 49 e 62, com atribuição de competências, respectivamente, para sustação de atos normativos que exorbitem os limites do poder regulamentar e de delegação legislativa, assim como para fiscalização da constitucionalidade das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo.

O controle repressivo jurisdicional de constitucionalidade, executado pelo Poder Judiciário, é o de maior expressão no direito brasileiro. Esse controle, que se cinge mais propriamente à temática proposta, é efetuado sob dois grandes referenciais distintos: o controle concentrado e abstrato, de competência exclusiva do STF, e o controle difuso e concreto, efetuado por qualquer unidade judiciária com competência jurisdicional. Pontualmente, é possível identificar no sistema jurídico brasileiro figuras que fogem um pouco dessa combinação concentrado-abstrato e difuso-concreto, mas se trata de situações bem específicas às quais, em vista do objeto proposto e da falta de uniformidade na doutrina, não convém se ater na análise³.

A construção desse controle misto, de pouca articulação entre suas espécies, decorre de vários fatores que se conjugam entre si:

- i) de um processo histórico de instabilidade constitucional do país;
- ii) do excessivo formalismo na formação jurídica dos profissionais do direito, que insistem em interpretar as categorias e institutos da jurisdição constitucional de maneira conceitualista e sob paradigmas de direito privado;
- iii) da importação indiscriminada de categorias e institutos do direito estrangeiro, sem a devida verificação de compatibilidade com a tradição jurídica brasileira;

³ Apenas para exemplificar, há autores que enquadram a ação direta interventiva como hipótese de controle concentrado e concreto (CLÈVE, 2000).

- iv) de uma indefinição filosófica na aplicação das modalidades de controle, especialmente na difusa e concreta, talvez por uma certa rejeição ao direito norte-americano, fruto de uma idolatria acadêmica ao direito continental europeu.

3.1. REFERENCIAL HISTÓRICO NO BRASIL

Ao contrário dos Estados Unidos, cuja enxuta constituição data de mais de duzentos anos, evidentemente que com as emendas necessárias a que se adapte às exigências de evolução do processo histórico, no Brasil nunca se conseguiu obter a mesma estabilidade constitucional que possibilitasse o amadurecimento das instituições. Daí por que, mais de quinhentos anos depois de sua conquista por Cabral, o Brasil ainda é um país institucionalmente jovem, uma democracia em amadurecimento e consolidação.

Assim, o poder constituinte instituído para conceber a então futura Constituição Federal de 1988, sob os anseios de abertura democrática impulsionada pelos protestos que antecederam a Nova República, instituiu um modelo de controle de constitucionalidade que aproveitou praticamente todas as experiências anteriores, mais preocupado em democratizar o acesso à justiça (o que não se restringiu a essa questão) e menos com a estruturação de um perfil mais racional.

O controle misto resulta de uma acumulação de experiências paulatinamente implementadas de modo assistemático na história constitucional brasileira. Como não houve, nesse processo, a postura de imprimir uma sistematização entre as figuras que eram criadas e as que já vigoravam, findou que duas grandes vertentes paralelas se estabeleceram e se incorporaram à tradição. Assim, o controle de constitucionalidade surgiu inicialmente apenas difuso e concreto, mas adquiriu feição mista com a introdução de outras estruturas, próprias da modalidade concentrada e abstrata, sem a conseqüente perda de legitimidade das anteriores.

O controle difuso e concreto foi instituído inicialmente na Constituição de 1891, sob os auspícios de Ruy Barbosa e inspiração na experiência norte-americana da *judicial review*, consolidada pelo *leading case* que se tornou célebre, *Madison vs. Marbury*. O problema é que, como não se adotou, concomitantemente, a doutrina do *stare decisis*, o sistema gerou a proliferação de ações idênticas e em grande quantidade, cujas pretensões não recebiam julgamento uniforme em função da não vinculação dos juízes de instâncias superiores à jurisprudência do STF.

Para sanar esse inconveniente, a Constituição de 1934, promulgada após a Revolução de 1930, veio instituir a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, possibilitando a atribuição de efeito geral às decisões de inconstitucionalidade, procedimento que permanece em vigor, embora parcialmente modificado, no âmbito do controle difuso e concreto, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Ainda na Constituição de 1934, instituiu-se a representação interventiva (semelhante à hoje prevista no artigo 36, I, da Constituição Federal de 1988), que viabilizava a arguição pelo procurador-geral da República, da incompatibilidade de atos normativos estaduais com os princípios constitucionais sensíveis.

A Constituição de 1937, “para utilizar a tipologia de Loewenstein, uma Constituição semântica” (CLÈVE, 2000, p. 85), outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas na instituição do Estado Novo, teve como finalidade primordial legitimar formalmente o regime ditatorial que se instaurava. Daí ter sido concebida de modo a atenuar a supremacia do Judiciário e fortalecer o poder do Executivo no controle de constitucionalidade. Essa característica se reflete pela competência atribuída ao presidente da República, no artigo 96, parágrafo único, de submeter ao Parlamento novamente, que podia, sob determinado quorum de confirmação, tornar sem efeito a decisão judicial.

A Constituição de 1946 praticamente restabelecia o sistema anterior a 1937. É restaurada a *judicial review*, com a concomitante competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato normativo declarado inconstitucional, desde que pelo STF e não mais pelo Poder Judiciário em geral. Mantém-se a representação interventiva, porém com modificações quanto ao procedimento.

Em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, foi introduzida a representação por inconstitucionalidade, que viabilizava o controle abstrato, via ação direta, com maior amplitude em relação à representação interventiva, porque desvinculada dos fins de intervenção federal. A iniciativa dessa representação era de exclusividade do procurador-geral da República, que dispunha de margem de discricionariedade sobre a plausibilidade quanto ao ajuizamento da ação. A decisão proferida pelo STF tinha efeitos gerais ou *erga omnes*, já que não envolvia o interesse de partes em litígio, mas a coletividade como um todo. O exame acerca da constitucionalidade era efetuado no plano abstrato e sem um conflito de interesses subjacentes.

O conteúdo da Emenda Constitucional nº 16 foi absorvido pelo texto da Constituição de 1967, sendo que, com a Emenda Constitucional nº 07/77, ins-

tituiu-se a hipótese de controle, via representação, também para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, assim como a possibilidade de o procurador-geral da República postular, nesse procedimento, a determinação de medidas cautelares.

Esses antecedentes históricos deram origem ao controle misto hoje em vigor. O processo evolutivo reflete, até pela ordem cronológica de criação dos institutos, o fortalecimento do controle concentrado e abstrato, porém sem a derrocada do controle difuso e concreto, já consolidado na tradição jurídica brasileira, que de certo modo delimita a abrangência do próprio exercício da função jurisdicional no país⁴.

A ampliação do controle concentrado e abstrato não se esgota com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Não bastasse ter o texto originário previsto novas espécies para essa modalidade de controle⁵, foi introduzida, pela Emenda Constitucional nº 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade e, posteriormente, foram editadas as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, a primeira regulando o procedimento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e a segunda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, até então em absoluto desuso.

É importante que se esclareça, todavia, que as últimas inovações de maior importância no sistema de controle de constitucionalidade, instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ocorreram no âmbito da modalidade difusa e concreta, através da adoção da súmula vinculante e do exame da repercussão geral da questão constitucional no âmbito do recurso extraordinário. É verdade que se fixaram, no uso do poder de reforma, requisitos muito rígidos para a incidência dos efeitos desses institutos, mas, do ponto de vista político, sua incorporação no direito positivo demonstra, de um lado, o interesse na manutenção do controle difuso e concreto e, de outro, a preocupação em, finalmente, imprimir maior articulação entre as modalidades de controle, esvaziando o julgamento reiterado de matérias repetitivas pelo STF, que tanta irracionalidade tem impos-

⁴ A afirmação é corroborada pelo aprimoramento das ações constitucionais, valorizadas no texto da Constituição Federal de 1988 até sob o ponto de vista topográfico, enumeradas entre as garantias constitucionais no artigo 5º, antecedendo inclusive a atribuições de competências no exercício do poder político. A criação de novos remédios constitucionais, como o mandado de injunção (posteriormente sepultado na prática por força do conservadorismo da jurisprudência do STF), reforça o argumento.

⁵ Constituem exemplos da afirmação a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2º, da CF) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único, da CF em sua redação original).

to ao sistema judiciário, seja do ponto de vista da eficiência, seja do ponto de vista da efetividade⁶.

3.2. CONTROLE DIFUSO E CONCRETO

Inspirado na *common law* norte-americana e incorporado ao direito brasileiro pela primeira vez no texto da Constituição de 1891 por obra de Ruy Barbosa, o controle difuso e concreto é o efetuado como pressuposto do próprio exercício da função jurisdicional. Executado por via de exceção, implica a verificação da compatibilidade da lei aplicável com a constituição no caso concreto, como condição prévia indispensável ao julgamento do mérito de um determinado conflito de interesses por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Com efeito, estando a ordem jurídica instituída sob os dogmas de unidade, coerência e completude (BOBBIO, 1990) e concebida hierarquicamente com a constituição como *Grundnorm* situada no topo da pirâmide normativa (KELSEN, 1995), não é possível ao juiz, no equacionamento do conflito de interesses, determinar a aplicação de uma norma em desconformidade, material ou formal, com o texto constitucional que legitima, na estrutura formal que é o direito positivo, toda a normatização inferior.

Assim, o controle é difuso porque deve ser executado por qualquer agente público no exercício da jurisdição e em função das peculiaridades que a norteiam; é concreto, de outra parte, pelo fato de ser efetuado por via de exceção, como pressuposto à solução de conflitos de interesses por pretensões resistidas ou insatisfeitas. Nessa modalidade, enfim, o controle não constitui a finalidade primordial em si da função pública exercida, senão meio para resolver litígios em observância da constituição, permanecendo a lei válida no sistema em relação a terceiros não abrangidos pela coisa julgada.

O controle difuso e concreto encontrou nos Estados Unidos da América um terreno fértil do ponto de vista sócio-político para consolidação, depois de precedentes históricos bastante rudimentares que remontam à Antiguidade e à

⁶ Em Portugal, por exemplo, a Lei n.º 28, de 15 de novembro de 1982, que dispõe sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional português, prevê no artigo 82 procedimento que se afigura bem mais eficiente para viabilizar a comunicação entre as modalidades de fiscalização concreta e abstrata: “Artigo 82 (Processo aplicável à repetição do julgado). Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei.”

Idade Média. Avessos à interferência da lei emanada do Parlamento inglês, os norte-americanos se rebelaram contra a dominação e, ao declararem sua independência, instituíram um novo tecido social e político calcado na supremacia de uma constituição, identificada como o marco de conquista das liberdades. A constituição era a *Law of the Land* dos norte-americanos.

Já em 1787-1788, cerca de quinze anos antes do *leading case Madison vs. Marbury*, Alexander Hamilton escrevia, no artigo LXXVIII, de “O Federalista”, que

“a completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que não aprovará decretos de perdas de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada”. (MADISON, 1993)

É importante ressaltar a circunstância de que o Judiciário dos Estados Unidos, ao contrário do ocorrido no processo histórico europeu, sempre foi dotado de enorme prestígio, pelo fato de figurar como contraponto às imposições do Parlamento inglês. O Parlamento, que para o povo inglês era expressão da liberdade popular, para os norte-americanos era sinônimo de opressão colonialista. O Judiciário norte-americano, nesse contexto, sempre desempenhou papel fundamental de coragem no fortalecimento da constituição americana, que simbolizava a consagração da liberdade diante da dominação colonial.

Esse prestígio se revela até os dias atuais, o que pode se verificar facilmente na ampla discussão que põe na sociedade civil norte-americana quando da indicação dos *justices* para a *Supreme Court*. Evidentemente que esse prestígio foi obtido num longo período de tempo e o *case Madison vs. Marbury* é tido como o primeiro *constitucional test case* de consolidação dos poderes da Suprema Corte.

O *case*, como já salientado, adquiriu relevância menos pelo ineditismo e mais em função da habilidade política do então e recentemente nomeado *chief justice* John Marshall, ex-integrante do Partido Federalista que acabara de dei-

xar o cargo de secretário de Estado, no governo Adams, derrotado por Jefferson nas eleições presidenciais (POLETTI, 1995). Derrotados, os federalistas aproveitaram para proceder a um vendaval de nomeações para vários cargos públicos, notadamente do Judiciário. O próprio Marshall foi beneficiado com o cargo de presidente da Suprema Corte.

O problema é que não foi possível, até a posse do novo presidente, entregar os títulos das nomeações a todos os beneficiados, dentre os quais William Marbury, indicado a juiz de paz no Condado de Washington. Assim, quando Jefferson assumiu o poder, determinou a seu secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, entendendo que a nomeação somente se aperfeiçoava com a entrega do documento. Marbury então, alegando prejuízo, provocou a jurisdição sob um *writ of mandamus*. Notificado, Madison silenciou na apresentação de contra-razões, tendo Marbury, na terminologia brasileira, postulado a execução da ordem.

A Suprema Corte demorou certo tempo para julgar a causa, num silêncio eloquente. Brilhantemente, Marshall, ao apreciar a pretensão, primeiramente decidiu o mérito da causa, reconhecendo a contrariedade à constituição no ato administrativo praticado, porém, ao final, acolheu uma preliminar e deixou de conceder a ordem. Era um momento de tensão e se temia o desrespeito à decisão pelo Poder Executivo, em virtude da ausência de instrumentos ao Poder Judiciário para fazer cumprir, por si só, suas decisões. A genialidade do precedente reside na habilidade política em não desmoralizar institucionalmente a Suprema Corte e fixar os limites para sua atuação futura.

O argumento de Marshall é de uma lógica irrefutável, sob premissa da rigidez constitucional:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura.” (apud POLETTI, 1995, p. 33-34)

Essa sistemática foi importada para o direito brasileiro, até acompanhada de alguns outros institutos, como a cláusula de reserva de plenário, inspirada no

full bench norte-americano, porém sem a devida adaptação para que pudesse operar com eficiência e efetividade. Assim é que, a despeito da adoção do controle difuso e concreto, não se incorporou ao direito brasileiro a categoria do precedente vinculante, orientada pela doutrina do *stare decisis*. Mantendo em vigor categorias próprias da *civil law* incompatíveis com a modalidade de controle difuso e concreto, o resultado foi a criação de um modelo irracional, de decisões divergentes sobre a mesma matéria, além da multiplicação de casos repetitivos.

Cappelletti alerta que

“a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, não a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre órgãos judiciários de tipo diverso.”
(CAPPELLETTI, 1992, p. 77)

No Brasil, em vez de se prover o sistema da adaptação necessária, preferiu-se, em vista dos inconvenientes surgidos, instituir o procedimento hoje previsto no artigo 52, X, da Constituição Federal, de comunicar o STF ao Senado Federal o julgamento pela inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle difuso para que este lhe determine a suspensão, no todo ou em parte. O problema é que essa comunicação não vincula o Senado Federal, que exerce discricionariamente a competência instituída pelo artigo 52, X, conforme precedente do próprio STF e posicionamento daquele (MORAES, 2000, p. 254), de certo modo transpondo a apreciação jurisdicional já conclusiva para o plano da conveniência política.

O posicionamento constitui uma aberração tanto do ponto de vista institucional quanto lógico-formal, inclusive subvertendo o argumento irrefutável de Marshall. Em outras palavras, no Brasil se criou, sim, o meio-termo, de um Poder Legislativo que, num sistema de constituição rígida, pode se recusar a suspender a execução de lei ou ato normativa já declarada inconstitucional. O

mais grave é que o posicionamento conta com a aquiescência do STF, que terminou por anular materialmente o exercício de sua própria competência de controlar, em caráter repressivo, a constitucionalidade.

Isso decorre de interpretação equivocada do princípio da separação dos poderes, sob uma visão mais formalista e menos institucional, como se nenhum deles pudesse ser jamais obrigado a agir ativamente sob interferência de outrem. Ora, o princípio da separação dos poderes permanece, em evolução à teoria que se tornou célebre em Montesquieu, justamente com o objetivo de se promover o *checks and balances*, o necessário equilíbrio na função pública. Daí porque, no exercício desta, os poderes se controlam reciprocamente, interferindo, sim, entre si, no outro, cada um no seu espaço institucional. E, no que se refere ao controle repressivo e jurisdicional de constitucionalidade, esse espaço institucional é do Judiciário e não do Legislativo, cabendo a este apenas formalizar a decisão.

Esse respeito institucional é facilmente visível em Estados de democracia consolidada. Na Inglaterra essa verificação se torna ainda mais interessante, porque, ao contrário do Brasil, a democracia se expressa mais material do que formalmente. Na Inglaterra, não se identifica a figura do Estado, senão a da Coroa, sendo o poder político exercido para o povo, porém em nome de Sua Majestade. O interessante é que se trata de um sistema que opera sem a existência de um direito público formal, mas apenas sob convenções constitucionais cuja coercitividade decorre apenas de uma força cultural intrínseca. Basta dizer que, na história da Inglaterra, desde a instituição do Parlamento, jamais o monarca recusou o nome indicado para Chefe do Gabinete, o Primeiro Ministro, embora lhe seja assegurada formalmente essa prerrogativa. É que, materialmente, essa constitui uma convenção constitucional democrática de respeito institucional à escolha do Parlamento.

3.3. CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO

Muito antes de Cappelletti, percebeu-se que o modelo norte-americano de controle difuso e concreto não se adaptaria muito bem ao modelo europeu. Daí porque, por muitos anos, o direito da *civil law* ou europeu continental permaneceu sem um modelo de controle de constitucionalidade devidamente sistematizado. O fenômeno, conforme já demonstrado, se explica filosófica e historicamente.

A primeira dificuldade se impõe pela legitimidade social e política que adquiriu o Parlamento, na Europa, como instituição destinada a impor limites

aos demandas dos governantes. Fruto do pensamento filosófico contratualista, a lei ganhou enorme prestígio como expressão da vontade geral, fortalecendo o Parlamento como expressão dessa vontade. Por outro lado, o contexto era de um Judiciário extremamente fragilizado e carente da confiança da população, até pelas ligações muito estreitas com a monarquia absolutista, ao ponto de, em alguns Estados, o Judiciário não ter sido contemplado com o monopólio da jurisdição, o que constituía uma segunda dificuldade. Nesse contexto se punha ainda uma terceira dificuldade: faltava aos juízes ordinários, por força da estrutura obsoleta e atemporal do Judiciário, a qualificação específica para exercer essa competência.

A conjugação desses fatores ensejou um espaço institucional pouco propício a uma tentativa de forjar, como se fez nos Estados Unidos, uma situação de confronto do Judiciário com os demais poderes e sobretudo com a possibilidade de êxito por aquele. Assim, diante da impossibilidade de os juízes ocuparem esse espaço, optou-se por construir um modelo distinto de fiscalização da constitucionalidade, exercitado por cortes constitucionais com competência especial para essa finalidade.

Esse modelo, concebido a partir dos escritos de Hans Kelsen, foi implantado inicialmente na Áustria, por meio da Constituição de 1920. Sob premissa epistemológica distinta da preconizada pela *judicial review*, não entendia ele como nula ou inexistente a lei contrária à constituição, senão que essa lei permaneceria válida enquanto não revogada por outra (*lex posteriori revogat priori*) ou excluída do sistema jurídico mediante um procedimento especial instituído naquela (CLÈVE, 2000). Como em Kelsen a legitimidade decorre do conceito de autoridade, somente a manifestação, pelo órgão competente, reconhecendo a invalidade da lei, possibilitaria a exclusão desta do direito positivo, estruturando o seu pensamento a partir do sistema jurídico como um todo.

Sob essa premissa, não faria sentido a instituição de um controle difuso, porque somente concentrando esse procedimento num único órgão seria possível determinar a retirada da lei inconstitucional do sistema jurídico. É que a modalidade difusa, dessa forma, teria a rigor o inconveniente de possibilitar que qualquer juiz efetuasse o controle de constitucionalidade, invalidando em si uma lei e, ao excluí-la do sistema jurídico, vincular inclusive as instâncias superiores. Assim, pensou Kelsen na instituição de cortes constitucionais para exercer de forma concentrada essa competência (*Verfassungsgerichtshof*).

Kelsen pensou num modelo incompatível com a fiscalização concreta de constitucionalidade, exercida em conflitos de interesses específicos e com a fi-

nalidade de equacioná-los. Essa circunstância lhe exigiu, concomitantemente, a concepção de um modelo também abstrato de fiscalização, com procedimentos distintos do processo tradicional de solução de litígios entre sujeitos.

Assim, na modalidade abstrata, o controle de constitucionalidade se dá mediante processo objetivo, distinto do subjetivo pela inexistência de uma lide subjacente e tampouco de partes. Pelo caráter abstrato, esse procedimento prescinde de contraditório (a regra *audi altera parte* não tem sentido pela simples ausência de teses contrapostas) e a eficácia das decisões transcende o conceito de limite subjetivo da coisa julgada, operando-se *erga omnes*.

A instituição do controle concentrado e abstrato no Brasil, dentro do processo histórico, decorreu de uma deficiência em como se estruturou o controle difuso e concreto, que desde o início careceu de um instrumento semelhante ao *stare decisis* com a finalidade de imprimir estabilidade ao sistema, evitando que decisões divergentes sobre idêntica matéria se propagassem, gerando insegurança e desigualdade. Não custa lembrar que a preclusão constitui importante instituto na dinâmica do direito processual civil e a perda de um prazo para recurso (preclusão temporal), por exemplo, pode ensejar uma situação de extrema injustiça material, o que é perigoso no plano da constitucionalidade.

Assim, pela estrutura judiciária brasileira, concentrou-se no STF a competência para exercer a fiscalização direta da constitucionalidade, através de vários institutos estabelecidos no texto constitucional: a ação direta de inconstitucionalidade (genérica), a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Ainda se trata de um modelo em evolução, com muitas de suas questões sem uma orientação mais precisa pelo STF. A argüição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, é um instituto cuja abrangência permanece bastante indefinida (NOBRE, 2004), especialmente quanto ao conceito de preceito fundamental e ao seu âmbito de aplicação, inclusive quanto aos limites da subsidiariedade imposta pela Lei nº 9.882/99, semelhante ao recurso de amparo espanhol que, no entanto, tem incidência apenas na defesa de direitos fundamentais.

A questão do efeito vinculante também causa bastante perplexidade, inclusive porque o STF, sob a mesma interpretação formalista do princípio da separação dos poderes que permitiu ao Senado Federal exercer discricionariamente a competência que lhe é atribuída pelo artigo 52, X, da Constituição Federal, permanece com o posicionamento de que aquele não alcança a função

legislativa, senão apenas os demais poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2617 AgR/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. César Peluso. Brasília, 23 fev 2005), gerando absurdamente a possibilidade de julgamento repetitivos e, dependendo da composição do STF, possivelmente divergentes mesmo no controle concentrado e abstrato.

Se isso não bastasse, como se trata de um modelo em fase de consolidação, imperfeições empiricamente constatadas têm exigido o constante aprimoramento dos institutos, tal como ocorreu não há muito com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Sempre que isso acontece, constata-se um dado sociológico importante: a resistência às mudanças é tamanha, na doutrina e em alguns setores corporativos de algumas carreiras jurídicas, com o detalhe de que, em muitas situações se estabelecem premissas relativas a conceitos de direito privado, originários da legislação complementar e ordinária. Um dos focos de extrema resistência, até hoje, é o caráter vinculante no controle concentrado e abstrato, que muitos entendem inclusive insuscetível de emenda, sob o fundamento de violação da independência do juiz.

É possível verificar também absoluta incompreensão quanto à necessidade de se instituir mecanismos de comunicação entre os dois modelos constitucionalmente admitidos, que não devem permanecer desarticulados e estanques. Como o controle misto é fruto de um processo histórico, a providência que se afigura mais correta é a de aprimorar o que foi construído e não de abolir o que se obteve nessa evolução para, incorrendo no mesmo erro do passado, importar outros novos modelos do direito estrangeiro que não se adaptem à realidade constitucional brasileira.

Moraes cita Jorge Miranda para ressaltar a importância de manutenção da tradição jurídica de um país para, de forma contextualizada, defender a necessidade de aprimoramento do sistema brasileiro e não a importação de figuras do direito estrangeiro ou extinção de modalidades existentes, com ênfase, nesse ponto, quanto ao controle difuso e concreto que, para ele, deve ser “preservado e incentivado, uma vez que a idéia de afastar a aplicação de uma lei inconstitucional é ínsita aos magistrados brasileiros” (MORAES, 2000, p. 304).

4. O PROBLEMA DA FORMAÇÃO JURÍDICA

Os estudos de sociologia jurídica de há muito mostram, com preocupação, a deficiência do ensino no Brasil, seu excessivo formalismo e seu reflexo social bastante prejudicial ao aprimoramento das instituições democráticas e à

busca do desenvolvimento, pelo menos naquilo em que o Poder Judiciário e as funções essenciais à Justiça podem contribuir para essa finalidade (SOUTO, 2003). Assim, o jurista recebe uma formação mais dogmática e conceitualista e menos zetética e substantiva, o que dificulta o exame da ordem jurídica de maneira mais coerente e sistemática, torna reducionista a análise do direito posto e inviabiliza qualquer construção interpretativa efetivamente publicista. Na linguagem coloquial, o jurista brasileiro se preocupa mais com o varejo do que com o atacado.

Esse formalismo, no direito público, tem conseqüências extremamente preocupantes, pois torna o jurista brasileiro inapto para um correto exame do dado da realidade antes da determinação da norma jurídica aplicável. A norma se transforma num fim em si, aplicada num plano excessivamente abstrato, resultando que as instituições brasileiras não conseguem equacionar a contento os conflitos sociais que surgem em seu seio, a ponto de se instituírem ordens paralelas (e ilícitas), à margem do Estado, de solução de conflitos, especialmente nos bolsões de pobreza, em prejuízo da estabilidade social.

Essa característica está tão arraigada à formação do jurista brasileiro que, a despeito da existência de inúmeros estudos em que se expõe essa preocupação e são elencados instrumentos para rompimento desse paradigma, ele não consegue se desvencilhar desse padrão cognoscitivo. Daí porque, no Brasil, a questão da força normativa dos princípios e sua aplicação através do critério da ponderação, embora apregoado aos quatro cantos, em decisões judiciais, em artigos doutrinários e em peças processuais produzidas pelas diversas carreiras jurídicas, ainda sofre algum preconceito quando aplicada a casos concretos. Nos Estados Unidos da América, com o pragmatismo característico da filosofia jurídica e a atenção sempre voltada aos anseios da sociedade (*legal realism*), a força normativa dos princípios se incorporou naturalmente à sistemática da *judicial review*, sendo aplicada de há muito pelo Judiciário, mesmo na determinação positiva de condutas aos jurisdicionados (*case Brown vs. Board of Education*).

Essa característica do direito brasileiro se agrava no controle de constitucionalidade das leis, em que é impossível, não apenas pelo caráter publicístico como pela forte conotação política, aplicar meramente o critério subsuntivo tradicional de aplicação da norma. O interessante é que, na Europa, como já se disse, o controle concentrado e abstrato foi instituído, dentre outras razões, pela falta de qualificação dos juízes ordinários para a fiscalização da constitucionalidade. No Brasil, no entanto, essa característica de formalismo curiosamente é

vista com mais frequência principalmente nos tribunais superiores, especialmente no STF, um dos tribunais mais conservadores do país.

Já foi mencionado aqui o problema da abrangência do princípio da separação dos poderes, com reflexos importantes na efetividade do controle de constitucionalidade. A interpretação reducionista do princípio, conforme já demonstrado, configura desserviço ao aprimoramento do modelo de controle de constitucionalidade, possibilitando, por exemplo, que o Senado Federal se recuse, sob critérios políticos de conveniência e oportunidade, a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e concreto, assim como que, na declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado e abstrato, o efeito vinculante não atinja a função legislativa.

Para demonstrar que a análise é reducionista, basta retomar o argumento de Marshall sobre o meio-termo: se não se confere efetivo cumprimento, num caso ou em outro, à declaração de inconstitucionalidade pelo STF, é porque a constituição não está em posição hierárquica de superioridade em relação às leis em geral, ou então simplesmente porque não se a observa, ou porque não se respeita a autoridade do STF. Ressalte-se que, para Kelsen, é o princípio da autoridade que determina a validade e a invalidade de uma lei diante da constituição. No caso, então, o que substancialmente ocorre não é a preservação da independência do Legislativo, que fundamentalmente não se justifica, senão a anulação indireta da competência do STF.

O formalismo está arraigado na própria estruturação do sistema. Não fosse ele, sequer haveria a necessidade de um controle misto, bastando que se aprimorasse o controle difuso e concreto inicialmente instituído. É verdade que o dogmatismo decorre de certo modo do normativismo dos sistemas da *civil law*, influenciados pela ampla propagação da filosofia positivista na Europa. Entretanto, a característica do dogmatismo, do normativismo formalista, é bem mais presente no Brasil.

É com base nesse formalismo que se procura justificar racionalmente a existência de um controle (misto) em que, dependendo apenas do procedimento aplicável, uma determinada decisão proferida rigorosamente pelo mesmo colegiado terá efeitos distintos, sem qualquer possibilidade de articulação entre os dois procedimentos. No sistema brasileiro, a jurisdição constitucional está a serviço do processo, e não o contrário, numa absurda inversão de valores.

Com efeito, sob qualquer raciocínio a partir de postulados de direito público, em que, pela abrangência coletiva de suas categorias e institutos, o conteúdo das decisões, mesmo no processo individual, normalmente transcende a

esfera de interesse das partes litigantes, não se justifica filosoficamente que o plenário do STF declare a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de uma lei ou ato normativo e os efeitos sejam fixados apenas conforme o procedimento aplicado, mesmo em sistemas de controle misto.

Ainda que se trate de um controle misto, um mecanismo de comunicação entre as duas modalidades, tal como no direito português, é absolutamente necessária, não apenas por questões de coerência interna do sistema, mas também por questões de isonomia e segurança jurídica, assim como para que, simplesmente, os órgãos jurisdicionais não se obriguem a perder seu tempo com questões já amplamente discutidas, em evidente desperdício de recursos públicos, materiais e humanos.

5. IMPORTAÇÃO INDISCRIMINADA DO DIREITO ESTRANGEIRO

O problema do formalismo se alia ao da importação indiscriminada de categorias e institutos jurídicos do direito estrangeiro. É que o jurista, deparando-se com eles, imprime-lhes a mesma análise reducionista e nada substantiva, sem a percepção de que seu enquadramento no direito positivo brasileiro depende de algumas sistematizações. Essa postura assistemática, como enfatizado, resultou na formação de duas modalidades paralelas e não intercambiáveis, ensejando o controle misto atualmente em vigor.

Um exemplo bastante elucidativo dessa afirmação deu-se na incorporação do controle difuso e concreto, através da Constituição de 1891, sem nenhum mecanismo semelhante ao *stare decisis*, por absoluto e injustificado preconceito contra o precedente vinculante, sob o falso fundamento de violação à independência do juiz, que diz respeito à interpretação do caso concreto e a vinculação a teses jurídicas. O raciocínio, em última instância, conduziria ao absurdo de que a independência implicaria decidir o caso concreto segundo seu livre convencimento e independentemente de referencial normativo previamente concebido. Mesmo nos dias de hoje, em que algumas figuras afins ao *stare decisis* já podem ser encontradas no direito positivo e na jurisprudência brasileira, o preconceito injustificadamente ainda persiste.

É um equívoco pensar que o juiz decide por livre convencimento. Se assim fosse, sequer a norma lhe imporia amarras. O juiz decide os conflitos de interesses segundo padrões normativos previamente determinados que lhe são impostos, embora uns com maior abertura interpretativa, motivadamente, de modo a que se possa verificar justamente a compatibilidade da decisão com o

direito posto. A necessidade de motivação, uma exigência democrática para evidenciar a impessoalidade no exercício da função pública, deve ser observada pelo juiz inclusive no exame da prova, sem que isso implique violação a sua independência.

A independência do juiz no exercício da função é, portanto, limitada às imposições do direito positivo e à necessidade de fundamentar suas decisões. Do contrário, implicaria opressão, e não função pública. Assim, da mesma forma em que seu convencimento se limita às normas gerais e abstratas editadas na função legislativa, a atribuição de efeito vinculante ao precedente judicial, seja ou não em questão constitucional, não lhe implica violação à independência. Trata-se de uma função pública, em que não se justifica, sob pena de excessiva pessoalidade, o comprometimento com teses jurídicas. A escolha da resposta correta a determinada questão não passa pelo espírito do pensamento individual do juiz. É uma escolha do sistema, exercida sob competências.

Assim, do mesmo modo em que hoje se aceita o efeito vinculante no controle concentrado e abstrato, a despeito de permanecerem teses em sentido contrário, não existe nem jamais existiu obstáculo constitucional à adoção de mecanismos semelhantes ao *stare decisis* norte-americano, que, aliás, se pratica por lá sem qualquer previsão legal, por uma postura pragmática de entender de que o juiz exerce uma função estatal, de que se trata da resposta do Estado a uma determinada questão, e não uma atividade científica de aplicar aquilo que lhe parece a verdade. Para o juiz norte-americano, é mais fácil separar, no discurso, a lógica deontica da lógica alética.

Assim, o problema da importação indiscriminada de institutos do direito estrangeiro remonta à origem do controle de constitucionalidade no Brasil. O interessante é que, quando da entrada em vigor da Constituição de 1891, sequer o Código Civil de 1916 era vigente e, além do Código Comercial de 1850, as relações de direito privado eram reguladas pelas Ordenações Filipinas, que já estavam revogadas até em Portugal (MAZZEI, 2004). O Brasil então ainda discutia como sistematizar o direito privado sob a égide do individualismo, o que demonstra como o contexto de importação da idéia não era favorável a uma melhor sistematização.

A questão é que os anos se seguiram e o conservadorismo permaneceu impedindo o avanço até do direito público, quiçá do modelo de controle da constitucionalidade. Isso, infelizmente, predomina até hoje, porque a reforma do ensino ainda não conseguiu contemplar por completo, apesar da evolução, a mudança de paradigmas, assim como porque as universidades, e especialmente

os cursos de direito, permanecem herméticos e alijados dos reclamos da sociedade, preocupados mais com a produção intelectual voltada para uma satisfação de cunho subjetivo.

Há exemplos recentes de importação de figuras do direito estrangeiro que têm gerado perplexidade por um falta de adaptação às estruturas do direito interno. Um deles é a regulação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, com a Lei nº 9.882/99. Inspirada em institutos afins do direito estrangeiro, como a queixa constitucional alemã, o recurso de amparo espanhol e o amparo mexicano (NOBRE, 2004), a argüição de descumprimento de preceito fundamental permanece indefinida e quase incompreensível. Primeiro, não há previsão segura quanto ao conceito de preceito fundamental, que o STF tem delimitado caso a caso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1 QO/RJ. Rel. Min. Néri Da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília, 03 fev 2000). Depois, em função do veto do artigo 2º, II, da Lei nº 8.882/99, a aplicação do instituto se tornou bastante restrita, considerando o caráter da subsidiariedade, abrangendo praticamente apenas o controle concentrado e abstrato pelo STF de leis e atos normativos municipais e pré-constitucionais, previstos na lei ordinária que regula o procedimento, porém não no texto da Constituição Federal⁷.

⁷ O inciso II previa a legitimidade de “II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” para ajuizar a argüição de descumprimento de preceito fundamental. O curioso é que o presidente da República, inexplicavelmente, deixou de vetar também o § 1º, que constituía norma subsidiária em relação ao inciso II (“§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”). As razões de veto foram as seguintes: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da argüição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público”.

6. INDEFINIÇÃO FILOSÓFICA E INCOERÊNCIA DO SISTEMA

O formalismo e a importação assistemática de institutos do direito estrangeiro ensinaram, no direito brasileiro, situações não apenas de absoluta falta de coerência no sistema, especialmente das modalidades de controle entre si, mas também de verdadeira contradição entre proposições, indo de encontro, pois, até mesmo a postulados da lógica formal. Essa característica parece mais evidente no âmbito do controle difuso e concreto, até por uma histórica aversão acadêmica ao direito norte-americano, de perfil mais pragmático e menos racional, cujo processo criativo é protagonizado mais propriamente pelos juízes na práxis. O direito norte-americano é menos concebido como ciência e mais como fenômeno social.

A primeira indefinição no controle difuso remonta à própria origem, na Constituição de 1891. O preconceito em relação ao precedente vinculante ou alguma categoria ou instituto que se lhe assemelhasse terminou por criar um modelo irracional de repetição de julgamentos sem absolutamente nenhuma preocupação com a uniformidade. Se existem ressalvas à adoção de figura similar, mais adequado teria sido abandonar o controle difuso e concreto e incorporar apenas o concentrado e abstrato, isso após sua consolidação na Europa a partir da primeira metade do século XX.

Entretanto, a mesma indefinição, agora no controle concentrado e abstrato, impediria que se resolvesse o problema. É que a resistência à previsão do efeito vinculante, que ainda hoje ocorre nos mais diversos foros de debates, conduziria ao mesmo círculo vicioso, porque o juiz poderia determinar, da mesma forma, a aplicação da lei declarada inconstitucional. O efeito vinculante é da natureza do controle concentrado e abstrato, pela circunstância da validade. Declarada inválida uma lei, na perspectiva de Kelsen, não haveria como se determinar posteriormente sua aplicação, pois, em sua teoria, os conceitos de incidência e validade terminam se confundindo. Assim, se o efeito vinculante é inconstitucional, também o é o próprio controle concentrado e abstrato.

Em função das particularidades respectivas, o argumento não se transporta diretamente ao controle difuso e concreto, mas serve como premissa para afastar o fundamento de que a independência do juiz impediria o precedente vinculante. Desse modo, não existe nenhuma razão para entender inconstitucional o instituto da súmula vinculante criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, mediante acréscimo da Constituição Federal, do artigo 103-A.

No controle difuso e concreto, como a fiscalização da constitucionalidade não constitui propriamente o objeto da atividade jurisdicional, sendo efetuada

por via de exceção, o efeito primordial é reconhecer incidentalmente a nulidade da lei ou ato normativo contrário à constituição e afastar a respectiva incidência no caso concreto, sem que se determine, em caráter abstrato, a respectiva invalidação e consequência retirada do sistema jurídico. O efeito se restringe ao conflito de interesses a ser solucionado. Todavia, embora o efeito vinculante não lhe constitua traço essencial, pela circunstância de permanecer a lei ou ato normativo formalmente no sistema jurídico, não existe óbice a que seja adotado.

De fato, como dito, se a independência do juiz consistisse em impedimento à adoção do efeito vinculante, também o seria em relação ao controle concentrado e abstrato, que, de uma forma ou de outra, implica, tal como no difuso e concreto, o exercício material da jurisdição constitucional pelo STF, ou seja, o exercício da mesmíssima competência, apenas sob procedimentos distintos. Repita-se, o procedimento não pode ser a pedra de toque como fator de discriminação, sob pena de, depois de tantas advertências, invocar-se mais uma vez o discurso formalista.

É interessante ressaltar que, mesmo no processo civil, com a evolução da teoria da ação e sua crescente publicização, culminando com a incorporação da teoria abstrata na Constituição Federal de 1988, não mais se vincula a pretensão deduzida a um determinado procedimento específico (CINTRA, 1997), daí a predominância cada vez maior no foro de ações sob o procedimento ordinário ou sob procedimentos especiais assim caracterizados por pressupostos alheios à natureza da pretensão. Mesmo no direito inglês, cujo sistema de *common law* se estruturou sob os *writs* e não sobre os direitos materiais por estes tutelados, posteriormente se verificou a necessidade de buscar instâncias alternativas para equacionamento de conflitos insolúveis por aquela, ganhando relevo, em virtude dessa exigência social, o sistema de *equity law* (DAVID, 2000).

Por outro lado, a indefinição ultimamente tem se tornado bastante visível na própria legislação ordinária. O exemplo é um enunciado instituído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, que acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 741, parágrafo único, dispondo que se considera “também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

O enunciado é bastante incisivo e literalmente estabelece um efeito vinculante indireto no âmbito do processo executivo, mediante o reconhecimento da inexigibilidade do título judicial e conseqüente nulidade da execução, e o interes-

sante é que não há restrição quanto à modalidade de controle, caracterizando o instituto como bastante assemelhado ao *stare decisis*. Desse modo, por um lado, existe a previsão legal de um controle indireto na execução, mas de outro, ao adotar a súmula vinculante, instituiu-se um requisito extremamente rígido para sua determinação no caso concreto. O sistema não se define em suas diretrizes.

Não há sentido, sob pena de se recair novamente no formalismo, em se submeter a aplicação do preceito à dependência do procedimento em que atuar o STF no exercício da jurisdição constitucional, concentrado-abstrato ou difuso-concreto. Esse é um importante instituto, tal qual a súmula vinculante, para viabilizar a comunicação entre as duas modalidades de controle, de modo que a manifestação do STF quanto a questão constitucional deve ser preservada em ambos os casos, por segurança jurídica e isonomia.

Mais um exemplo dessa indefinição de diretrizes reside no entendimento de que a súmula nº 343 do STF⁸ não se aplica quando a matéria de fundo tiver cunho constitucional, isto é, quando decorrer do exercício da jurisdição constitucional. Assim, a jurisprudência do STF relativizou a hipótese de incidência mais restrita da súmula, para dela excetuar a questão constitucional, de modo a ampliar a abrangência do controle. O fundamento suscitado pelo STF é o de que “a manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328812 AgR/AM. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 dez 2002). Utiliza-se, no precedente, um argumento meramente processual, mas, substancialmente, trata-se também de uma espécie de efeito vinculante indireto numa demanda com trânsito em julgado e sem enquadramento direto na hipótese de incidência da rescisória, porque, evidentemente, o STF somente julgará procedente o pedido se a violação constitucional efetivamente existir, conforme seu próprio posicionamento.

Por fim, mais um enorme problema de falta de articulação e incoerência entre as modalidades decorria de um posicionamento do STF segundo o qual somente os legitimados para a ação direta, enumerados no artigo 103 da Constituição Federal, poderiam ajuizar reclamação constitucional para fazer valer decisão proferida em controle concentrado e abstrato (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 518 QO/BA. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Bra-

⁸ Súmula 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

sília 14 ago 1997). O problema é que os beneficiários da decisão, pela eficácia geral, normalmente eram terceiros não legitimados para o controle por via de ação. Assim, a decisão do STF muitas vezes resultaria sem efetividade e obrigaria o interessado a mover ação individual para discutir a mesma questão, com a prévia tramitação em todas as instâncias inferiores. Felizmente, o STF, posteriormente, modificou o posicionamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2143 AgR/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso De Mello. Brasília, 12 mar 2003), hoje entendendo que o interessado referido na Lei nº 8.038/90 pode ser qualquer particular lesado pelo descumprimento.

São muitos os exemplos de indefinição filosófica e incoerência do sistema, cujo estudo exigiria um trabalho bem mais aprofundado, decorrentes do formalismo e do simples preconceito – cientificamente injustificado e logicamente inconcebível – dos juristas brasileiros em relação a algumas estruturas e interpretações. É verdade que os exemplos expostos mostram que a indefinição decorre da relação dialética entre avanço e resistência, gerando, no plano legislativo e jurisdicional, posturas e diretrizes que se chocam entre si, o que constitui indício de que os paradigmas conservadores podem estar se rompendo.

7. CONCLUSÃO

Sintetizando, enfim, as provocações suscitadas na introdução, é possível afirmar, sob a fundamentação desenvolvida neste trabalho, que a instituição de um controle misto decorre de um processo histórico de construção desarticulada de duas modalidades paralelas de controle de constitucionalidade. Introduzida inicialmente a modalidade difusa e concreta, esta, por não se ter atentado quanto à necessidade de figuras afins ao *stare decisis* norte-americano, terminou insuficiente diante da circunstância da repetição de matérias constitucionais no foro, a receberem muitas vezes tratamento desigual, em prejuízo da segurança jurídica e da isonomia.

No entanto, em vez de procurar aprimorar o controle difuso e concreto, o direito positivo passou a incorporar, de forma assistemática, figuras em voga no direito continental europeu, tão apreciado pelos cientistas do direito no Brasil. Findou-se instituindo um controle misto de constitucionalidade, com categorias e institutos tanto da modalidade difusa e concreta quanto da concentrada e abstrata. Portanto, o controle misto não surgiu como uma estrutura pensada racionalmente. Surgiu da acumulação de experiências, às quais, aos pouco, se tem procurado imprimir um perfil mais sistematizado, mais racional.

Nenhuma das modalidades prevalece diante da outra. Ambas coexistem no sistema, cada qual no seu espaço material de incidência. O grande problema é que, para que os sistemas convivam sem prejuízo da efetividade, é absolutamente necessário que se estabeleça sua intercomunicação, o que viabilizaria a simplificação do sistema, com respostas mais efetivas e menos onerosas para soluções dos tantos reclamos da sociedade brasileira.

A crescente adoção do efeito vinculante nas decisões proferidas pelo STF (inicialmente no controle concentrado e abstrato, mas, aos poucos, também no difuso e concreto) é um bom exemplo de racionalização, pois constitui importante instrumento para coibir a multiplicação de demandas repetitivas, nas quais a cognição é praticamente nula, porque já incessantemente apreciadas pela jurisprudência, abarrotando o serviço judiciário, que se torna ineficiente econômica e socialmente.

O estudo demonstrou dialeticamente como se encontra esse processo evolutivo, a partir da tensão entre avanços pontuais e a resistência muito forte de setores conservadores de várias esferas. Essa tensão tende a ser importante para suscitar o debate e definir os limites de interpenetração entre as duas modalidades. Lamentavelmente, esse processo termina sendo mais lento em função da deficiência na formação, mas, gradualmente, os obstáculos vêm sendo superados.

Demonstrou-se, assim, que não é necessário romper com o modelo vigente. Basta que se o aperfeiçoe. O rompimento ensejaria novamente instabilidade. O modelo deve ser endogenamente eficiente e exogenamente seguro, operando da maneira menos onerosa e focado na excelência do serviço a ser prestado à população. Dessa forma, o sistema estará finalmente apto a recuperar a legitimidade social e política. O aprimoramento da sistemática de vinculação de precedentes do STF, reduzindo o tempo de tramitação de processos e conferindo segurança à resposta estatal, parece ser um bom caminho na busca por um controle (misto) de constitucionalidade mais legítimo.

8. BIBLIOGRAFIA

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

BALLE, Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. São Paulo, LAEL, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília, Ed. Polis, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* Teoria Geral do Processo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrato da constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DANTAS, Ivo. Constituição & processo. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: SAFE, 2000.
- DAVID, René. O direito inglês. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FAVOUREU, Louis. As cortes constitucionais. São Paulo: Landy, 2004.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LOTUFO, Renan. Curso avançado de direito civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MADISON, James *et al.* Os artigos federalistas. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1993.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. In: ALVIM, Arruda *et al.* Comentários ao Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. IX-CXLVI.
- MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: SAFE, 2004.
- PALU, Oswaldo Luiz. Controle da constitucionalidade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- POLETTI, Ronaldo. Controle de constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000.
- SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUTO, Cláudio. Ciência e ética no direito. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

UNIVERSALISMO *VERSUS* RELATIVISMO CULTURAL A afirmação universal dos direitos humanos no âmbito do Direito Constitucional Internacional*

Frederico Wildson da Silva Dantas

Juiz Federal - 7ª Vara / AL

Efetivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado da ótica da humanidade. E ao jurista encontra-se reservado um papel de crucial importância na construção deste novo “jus gentium” do século XXI, o direito universal da humanidade. (Antônio Augusto Cançado Trindade, “Memorial por um novo Jus Gentium, o Direito Internacional da Humanidade”. A Humanização do Direito Internacional)

1. INTRODUÇÃO: PROPOSTA DE TRABALHO, OBJETIVOS E METODOLOGIA

O objeto deste estudo é o problema do universalismo dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, em contraste com o relativismo cultural. A pesquisa foi inspirada pelas lições de A. A. Cançado TRINDADE na obra “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Além disso, merecem menção especial, dentre outras fontes bibliográficas, o trabalho de André de Carvalho RAMOS “Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional” e a tese de Flávia PIOVESAN “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”.

Tomando como ponto de partida a fundamentação ético-política dos direitos do homem, e sua afirmação histórica nas primeiras declarações de direitos, projetou-se uma pesquisa que analisasse o universalismo no âmbito do Di-

* Monografia apresentada como requisito para conclusão da disciplina Tratados Internacionais e Constitucionalização, do Curso de Doutorado da UFPE, ministrada pela Professora Dra. Margarida Cantarelli.

reito Internacional dos Direitos Humanos. Durante a elaboração do trabalho chamou atenção a corrente relativista que tece várias críticas ao caráter universal dos direitos humanos. Reconhecida a importância da discussão, optou-se por dedicar um item específico para a sistematização dos obstáculos que se põem à tese do universalismo.

A problemática central do trabalho está na compreensão dos fundamentos da universalidade dos direitos humanos. São objetivos: delinear a concepção universal dos direitos humanos e suas características, acompanhar o processo histórico que culminou na sua consolidação no plano do Direito Internacional, e analisar a dialética entre a corrente do relativismo jurídico e a defesa do universalismo dos direitos humanos na atualidade.

O estudo das várias formulações teóricas a respeito do universalismo dos direitos humanos adotou critério histórico, seguindo das primeiras concepções acerca do tema até os trabalhos mais modernos com as implicações que eles suscitam na atualidade.

O primeiro item trata da elaboração do conceito universal dos direitos humanos no plano teórico e no processo histórico de sua afirmação, por intermédio das primeiras declarações de direitos. Em seguida, analisa-se a consolidação do universalismo dos direitos humanos no plano internacional, inicialmente a partir da Declaração dos Direitos do Homem (1948), passando pela Conferência de Teerã (1968) e por fim com a Conferência de Viena (1993).

A segunda parte do trabalho suscita os problemas e obstáculos que são colocados em sentido contrário à universalidade dos direitos humanos, buscando-se fazer um inventário dessas críticas principalmente através das obras de Cançado TRINDADE e de André RAMOS. Conclui-se com o exame dos argumentos lançados em defesa do universalismo.

Todas as citações em língua estrangeira foram livremente traduzidas para o português, com o objetivo de tornar a leitura mais fluída e agradável, mas sem perder o sentido original do texto. Não se utilizou notas de rodapé optando-se pelo estilo de citação autor-data.

2. O UNIVERSALISMO NA FUNDAMENTAÇÃO ÉTICO-POLÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E EM SUA AFIRMAÇÃO HISTÓRICA

O caráter universal dos direitos humanos é elemento constante de sua fundamentação ético-política e se encontra bem delineado no processo de sua afirmação histórica, nomeadamente nas primeiras declarações de direitos, im-

portantes documentos que marcaram a formação do pensamento constitucional. Sem embargo, o problema do reconhecimento dos direitos humanos surgiu no início da era moderna, com a divulgação das doutrinas jusnaturalistas e a evolução das Declarações dos Direitos do Homem que acompanharam o constitucionalismo clássico ou liberal (BOBBIO, 1992, p. 49).

A origem do termo “direitos fundamentais” vem de *droits fondamentaux* que remonta ao movimento político e cultural que resultou na Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A expressão, posteriormente, alcançou relevo na doutrina para designar o estatuto de defesa dos indivíduos contra o Estado que está no fundamento da ordem jurídica (SOARES, 2000, p. 28).

Sabe-se que a doutrina dos direitos humanos nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual procura justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado. O pensamento das escolas jusnaturalistas ou jusracionalistas admite a existência de normas de validade universal que antecedem e condicionam a institucionalização do poder político, na qual direitos e deveres inerentes ao ser humano podem ser reconhecidos por intermédio de um processo racional de dedução de leis naturais ou práticas (MÖLLER, 2006, 109).

A corrente do jusnaturalismo tomista ou religiosa encontra um de seus principais ícones em São Tomás de Aquino, para quem a *lex humana* deve obedecer a *lex naturalis*, que é fruto da razão divina, mas pode ser percebida pelos homens. Já o jusnaturalismo de cunho racionalista tem como um de seus fundadores Hugo Grotius, o qual defendia a existência de um conjunto de normas ideais deduzidas da natureza a partir da razão humana. Além de ser um dos fundadores do Direito Internacional Grotius, já no século XVI, defendia a existência de uma lei natural, imutável e eterna, revelada pela razão do homem e superior à lei positiva.

A relação entre o universalismo dos direitos humanos e sua fundamentação ético-política se evidencia na forte influência do Racionalismo e do Iluminismo no processo histórico de formação da doutrina dos direitos do homem; o Racionalismo de Descartes e de Galileu serviu de inspiração para o Iluminismo, cuja tendência universalizante se apresenta como nota característica (SALDANHA, 2000, p. 41). A tendência universalizante pode ser identificada também no pensamento racionalista do Direito Natural (jusracionalismo) que admite a existência de normas jurídicas de validade universal, cujo conhecimento obtém-se através da razão.

A ideologia do Iluminismo traz subjacente a idéia de que seria possível realizar um Direito unitário a ser presidido pela razão, uma espécie de ciência do legislador que seria apta a estabelecer as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana. A propósito disso é muito significativa disposição constante do artigo I do projeto preliminar para o Código Civil francês, o qual foi posteriormente suprimido na redação definitiva, estatuidando que “existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas, não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens”.

É bem verdade que hoje em dia a fundamentação jusnaturalista de cunho racionalista que inspirou a elaboração da doutrina dos direitos humanos não é mais aceita de forma unívoca como meio de legitimar esses direitos. Com o advento do positivismo jurídico passou-se a identificar o fundamento dos direitos humanos na lei positiva, não mais em princípios de Direito Natural, ao passo que para alguns autores sequer seria possível identificar uma fundamentação absoluta para os direitos humanos. A discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos repercute em seu âmbito de eficácia, na medida em que pode implicar a negação do universalismo que lhe é característico.

Entre aqueles que negam a existência de um fundamento absoluto para os direitos humanos está Norberto BOBBIO, o qual pondera que o problema fundamental em relação aos direitos do homem não seria tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, mesmo porque a fundamentação dos direitos humanos seria impossível. BOBBIO argumenta que há divergências na definição do que seria o conjunto de direitos humanos; que esses direitos constituem uma classe variável, sendo impossível fundamentá-los de modo unívoco, pois cada contexto histórico possui sua própria fundamentação; e, por fim, que os direitos humanos são uma categoria heterogênea, contendo pretensões muitas vezes conflitantes, de maneira que a busca de um fundamento absoluto para os direitos do homem pode representar um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles já estabelecidos (BOBBIO, 1992, p. 15-24).

De outro lado, o positivismo jurídico sustenta a tese de que não existe um outro Direito senão o Direito positivo estatuído pelo Estado através da lei, no seu sentido formal, contestando a idéia de um Direito natural de caráter universal. O fundamento dos direitos humanos, portanto, estaria em seu reconhecimento formal pelo Direito positivo, cujo pressuposto de validade vem de sua conformidade com as regras estabelecidas na Constituição. A vinculação do fundamento dos direitos humanos à ordem política estatal conduz à impossibili-

dade de se lhes atribuir caráter universal, na medida em que não se trataria de direitos inerentes ao ser humano, mas sim de prerrogativas atribuídas pela ordem jurídica a indivíduos de determinada nacionalidade (COMPARATO, 2005, p. 58-59).

Uma das características mais importantes na doutrina positivista é o chamado formalismo jurídico, que importa numa separação conceitual entre o Direito e a Moral. O princípio é o de que a “lei é a lei”, significando que toda lei é válida apenas por ser lei e, conseqüentemente, deve ser obedecida; quer-se com isto dizer que a validade da lei prescinde de qualquer fundamento exterior ao próprio sistema jurídico, fazendo-se uma identificação entre o legal e o jurídico. Essa qualidade do positivismo jurídico é muito bem analisada por Francisco LAPORTA, segundo o qual, para o positivismo, a existência de um sistema jurídico se produz por alguma prática social que define os critérios de juridicidade, de modo que as conexões entre a ordem jurídica e a ordem moral, embora sejam históricas e empíricas, não são necessárias do ponto de vista lógico (LAPORTA, 1995, p. 30).

Atualmente tem-se observado uma tendência de superação dessa concepção formalista do Direito, principalmente em face da positivação de princípios e do fortalecimento do constitucionalismo. O argumento fundamental dessa concepção é de que os princípios constitucionais são dotados de normatividade o que leva à incorporação de valores à ordem jurídica, com dimensão superior de norma constitucional. Essa mudança se pode imputar em grande monta às idéias de Ronald DWORKIN, para quem não existe uma separação rígida entre o Direito e a Moral. Essa mudança de concepção dirige-se à superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, com o reconhecimento de que o Direito inclui tanto princípios quanto regras, dando origem a uma compreensão do Direito por princípios.

O sentido dessa mudança pode ser resultado de uma busca de legitimidade. Nesse quadrar, Francisco LAPORTA afirma que, ao longo de um processo histórico, o sistema jurídico vem numa crescente incorporação de princípios morais para justificar seu conteúdo, aplicando-se um esquema de controle das normas jurídicas mediante critérios éticos, um controle que se estende por todo o ordenamento, numa tarefa complexa e diversificada que se denomina de moralização do Direito (LAPORTA, 1995, p. 64).

Ronald DWORKIN defende o conceito de direitos morais, os quais seriam originados diretamente de valores contidos em princípios, independentemente da existência de prévias regras postas. Assim, os direitos do homem não

fundamentam sua validade em leis positivas, mas em valores éticos incorporados à própria civilização humana. A fundamentação dos direitos humanos como direitos morais corresponde à tentativa de conciliar o fundamento ético dos direitos humanos e sua concepção como direitos positivados, no sentido de que “há uma fundamentação ética dos direitos humanos, que consiste no reconhecimento de condições imprescindíveis para uma vida digna que se entroniza como princípio vetor do ordenamento jurídico” (RAMOS, 2005, p. 46).

Essa tendência de reaproximação entre o Direito e a Moral se revela principalmente na doutrina que prega a internacionalização dos direitos humanos, movimento que surgiu após a Segunda Guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como reação aos abusos cometidos pela Alemanha nazista antes e durante a Guerra Mundial. A traumática experiência histórica do exemplo nazista demonstrou para além de qualquer discussão o quanto é insuficiente a fundamentação dos direitos humanos com base tão-somente no Direito positivo, sobrelevando a importância de encontrar fundamentos para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Leia-se, a propósito disso, a opinião de Fábio Konder COMPARATO:

“... é irrecusável encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.” (COMPARATO, 2005, p. 59).

A busca de uma fundamentação ético-política dos direitos humanos para além da lei positiva contribui para renovar sua característica universalizante. A idéia é a de possibilitar a justificação de direitos humanos dotados de validade universal “fundada em uma base intersubjetiva e intercultural organizada sob a forma de sociedade mundial” (MÖLLER, 2006, p. 151 ss.). Releva notar que a busca de um paradigma de validade universal para os direitos humanos tem fortes repercussões no campo do constitucionalismo, designadamente nos tradicionais conceitos de cidadania e soberania.

Nesse toar, Valério MAZZUOLI defende que a prevalência dos direitos humanos e do valor democrático constitui a tônica do novo paradigma global,

ênfatizando-se os direitos dos indivíduos e os direitos dos Povos como uma dimensão da Soberania universal, o que tem provocado alterações profundas nas idéias de Soberania e Cidadania vigentes no mundo ocidental desde a Revolução Francesa (MAZZUOLI, 2005, p. 332).

A filosofia jusnaturalista que deu origem à doutrina dos direitos do homem tem presença marcante nas Declarações de Direitos das revoluções liberais, estas declarações representam a conclusão da primeira fase da história dos direitos humanos e o primeiro passo rumo à sua afirmação histórica. As declarações de direitos “emergiram da filosofia liberal e do movimento espiritual do século XVII, consistindo em princípios axiomáticos necessários à fundamentação de organização política justa e racional, sendo recepcionados e proclamados solenemente pelos constituintes dos primeiros textos constitucionais liberais” (SOARES, 2000, p. 32).

As declarações de direitos representam marcos do processo histórico de formação da teoria constitucional, originado com o movimento e a doutrina liberal. As declarações inglesas, dos séculos XVI e XVII, são antecedentes históricos da idéia de Constituição como instrumento de organização política do Estado. As idéias de um sistema de poderes divididos e em equilíbrio em que se atribui a titularidade do poder constituinte e da soberania nacional ao povo têm origem no chamado movimento constitucional, consolidado pelas revoluções americana e francesa, processo histórico analisado por Nelson SALDANHA em sua obra *Formação da Teoria Constitucional*. Dentre os vários documentos de relevância no processo de formação do pensamento constitucional inglês destacam-se a *Magna Carta* (1215) e o *Bill of Rights* (1689).

A *Magna Carta* foi uma declaração solene do rei da Inglaterra, conhecido como João Sem Terra, assinada em 51 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Existe um consenso de que esse documento constitui um pacto entre os barões feudais e o monarca pelo qual se reconhecia certos privilégios especiais aqueles. Sua importância decorre também do fato de que a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez na história que o rei está vinculado pelas leis que edita. A cláusula 39 normalmente é apontada como a parte mais importante da Carta e serve de precursora do princípio do devido processo legal do constitucionalismo americano, incorporado pela Constituição Federal brasileira de 1988. Segundo dispõe: “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

Por sua vez, o *Bill of Rights* resultou um movimento revolucionário que resultou na abdicação do monarca Jaime II. O rei foi sucedido pelo Príncipe Guilherme de Orange e sua mulher, Maria de Stuart, a convite de um grupo de nobres de dois partidos políticos. A fim de serem consagrados monarcas, ambos aceitaram o *Bill of Rights*, uma Declaração de Direitos votada pelo Parlamento, que a partir de então tornou-se uma das Leis Fundamentais do reino. O documento tem a importância de consolidar a monarquia constitucional inglesa, porque institucionalizou a separação de poderes no Estado. Embora não seja uma declaração de direitos humanos, criou uma estrutura de organização do Estado que tem a finalidade de proteger os direitos fundamentais. O seu conteúdo essencial está na consolidação da monarquia constitucional e da separação de poderes, com o reconhecimento do Parlamento como um órgão encarregado de defender os súditos contra o soberano (cf. SÁNCHEZ, 2004, p. 175).

As declarações inglesas estão nas origens das declarações de direitos norte-americanas, que sofreram grande influência do *Bill of Rights* inglês e do pensamento filosófico de Locke, Montesquieu e Rousseau. Nos Estados Unidos da América encontramos alguns dos documentos históricos mais importantes no processo de positivação dos direitos humanos como a Declaração de Independência (1776) e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. Os americanos foram além das declarações inglesas ao transformarem os direitos naturais em direitos positivos, isso por que através das Emendas Constitucionais de 1791 os direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico constitucional, com prevalência sobre as leis. Daí se dizer que a concepção formal moderna de Constituição é uma criação do constitucionalismo norte-americano.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos diz respeito às antigas treze colônias britânicas, reunidas em 1776 sob a forma de confederação e constituídas em Estado Federal em 1787. A importância da Declaração de Independência vem do fato de inaugurar a institucionalização dos princípios democráticos na história política moderna. Realmente, trata-se do primeiro documento político que reconhece a existência de direitos humanos inerentes a todos independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social (cf. COMPARATO, 2005, p. 103).

A Declaração de Independência tem uma finalidade legitimadora que toma por base idéias e fundamentos jusnaturalistas, invocando as leis da natureza e Deus como princípios de direito natural. Essa assertiva pode ser verificada do que consta de seu preâmbulo: “Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Cria-

dor de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Como se vê, essas notas de evidência e inalienabilidade são próprias de um Direito Natural jusracionalista, e estão relacionadas com a ideologia de um direito natural superior à lei positiva e que lhe serve de fundamento de validade.

Juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional Francesa em 1789, as declarações americanas representam a emancipação do indivíduo através da afirmação de sua autonomia, doutrina que vinha se afirmando na consciência europeia desde fins da Idade Média. Há, no entanto, traços característicos que distinguem as declarações americanas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. Os americanos estavam voltados para o estabelecimento de sua independência e a elaboração de seu regime político, ao passo em que os revolucionários franceses acreditavam ter a função de anunciar uma nova era de liberdade a outros povos, daí o estilo abstrato e universalizante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A idéia é a de que os direitos humanos são universais, eternos e invariáveis. Fábio Konder COMPARATO menciona que em razão desse espírito de universalismo militante o espírito da Revolução Francesa foi difundido por todo o mundo desencadeando a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais (COMPARATO, 2005, p. 130-132).

As primeiras declarações de direitos foram marcos importantes do processo de afirmação histórica dos direitos do homem e apresentam forte característica universalizante, especialmente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já que os revolucionários franceses assumiram a tarefa de divulgarem o ideário liberal com um fervor quase religioso. É importante notar que o pensamento jurídico contemporâneo acerca dos direitos humanos aproxima-se e muito de suas origens nas declarações de direitos do constitucionalismo clássico. A busca por um Direito Natural fruto da razão humana tem a mesma base ideológica da concepção, hoje difundida mundialmente, de que esses direitos são provenientes de imperativos éticos superiores vinculados a uma consciência jurídica coletiva, retirando daí sua qualificação de princípios transcendentais de Direito supranacional, já que transcendem as fronteiras nacionais e assumem a característica da universalidade (MIRANDA, 2002, p. 107).

A esse respeito, CANOTILHO observa que o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de Direito Internacional; como se

o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais, cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional, destacando-se, ainda a tendencial elevação da dignidade da pessoa humana como pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos (CANOTILHO, 2003, p. 826 ss.). No mesmo sentido Francisco Javier Quel LÓPEZ observa que os Estados possuem uma obrigação geral de proteção e respeito de determinados direitos fundamentais, especialmente a proteção contra a prática da escravidão e a discriminação racial, decorrente de normas imperativas do Direito Internacional geral contemporâneo: “... resulta claro que existem normas imperativas no setor da proteção dos direitos humanos cuja violação pode por em questão os princípios básicos de coexistência entre Estados” (In ROMANI, 2003, p. 95).

3. O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O universalismo dos direitos humanos possui vários significados, implicando que seus titulares são todos os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem; que esses direitos são atemporais, porque os homens possuem direitos humanos em qualquer época e que os direitos humanos permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte o globo. O universalismo é uma tese que goza de acatamento generalizado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos que surgiu a partir do pós-guerra, nomeadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como parte da reação aos crimes cometidos pelo nacional-socialismo antes e durante a Segunda Guerra Mundial (PÉREZ LUÑO, 1996, p. 97 s.). Juntamente com a regionalização e a globalização econômica, o “cosmopolitanismo ético”, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos, é um dos fatores que mais influencia o realinhamento e rearticulação do constitucionalismo contemporâneo (SUNDFELD, 1999, p. 29).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é o ponto de partida da moderna sistemática de proteção internacional dos direitos do homem, mas já encontra precedentes históricos no Direito Humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho. O Direito Humanitário constitui o conteúdo de direitos humanos no Direito da guerra, estabelecido com a finalidade de limitar a atuação do Estado na observância da proteção humani-

tária, designadamente para proteger os militares postos fora de combate e as populações civis. A Convenção da Liga das Nações de 1920 reforçou a concepção do Direito Humanitário e da proteção dos direitos do homem ao prever sanções de caráter econômico e até mesmo militar a serem impostas pela comunidade internacional nas hipóteses de comprovada violação desses direitos, abrindo a discussão pertinente à necessidade de relativizar a soberania estatal. Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho contribuiu para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua atuação dirigida ao estabelecimento de padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (cf. PIOVESAN, 2006, p. 109 ss.).

A despeito da importância desses antecedentes, o fato é que somente após a Segunda Guerra Mundial se chegou a um amplo consenso no sentido de que a comunidade internacional deveria zelar pela proteção aos direitos do homem, de maneira que essa questão não mais poderia ser tida como uma competência exclusiva dos Estados, mas devia ser assumida por todas as nações. Segundo Karl-Peter SOMMERMANN, embora essa afirmação possa parecer surpreendente em face das declarações de direitos do homem americanas e francesas, até o início do Século XX a doutrina internacionalista “partia do pressuposto de que só podiam ser objeto do Direito Internacional os direitos e deveres dos Estados, e que, portanto, os indivíduos, que carecem de personalidade jurídica internacional, só podiam ser protegidos de maneira indireta ou reflexa por normas internacionais” (PÉREZ LUÑO, 1996, p. 98). Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o primeiro texto jurídico internacional que estabelece um catálogo de direitos humanos destinado a valer universalmente.

A Declaração Universal, entretanto, tendo sido aprovada sob a forma de resolução pela Assembléia Geral das Nações Unidas, não apresenta a normatividade própria dos tratados ou acordos internacionais, logo, o propósito da Declaração é apenas o de promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Sucede que muito embora não assuma a forma de tratado internacional a Declaração Universal de 1948 se consolidou na prática internacional como uma espécie de modelo com inegável valor jurídico como “interpretação legítima das normas da Carta (das Nações Unidas) relativas à obrigação jurídica dos Estados de promover a observância dos direitos humanos”; assim, a despeito do debate doutrinário acerca de sua força jurídica “a Declaração foi se integrando no Direito das Nações Unidas como parte da estrutura constitucional da comunidade internacional” (cf. SALCEDO, 2004,

p. 70). A normatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos ganha relevo em virtude de se tratar de um documento jurídico internacional extremamente relevante e que tem sido reconhecido como Direito Internacional costumeiro.

O universalismo dos direitos humanos proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 foi objeto de debates na I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968, que avaliou as duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas. Segundo A. A. Cançado TRINDADE, a grande contribuição da Conferência de Teerã consistiu no tratamento e reavaliação globais da matéria, sendo que “algumas resoluções adotadas referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria” (TRINDADE, 1993, p. 1).

A Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada na Conferência, é considerada um marco na evolução da sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, por abrir caminho para a consolidação da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, merecendo destaque o seu parágrafo 13: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível”. Foi muito importante nesse sentido a atuação de ex-colônias emancipadas que suscitaram discussões relativas à problemática da miséria, das doenças endêmicas e da discriminação racial.

A Conferência de Teerã (1968) foi sucedida pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993), que teve como temáticas principais a pobreza, a democracia e os instrumentos legais e jurídicos de efetivação dos direitos humanos. Nos trabalhos preparatórios da Conferência de Viena a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas recomendou que o Comitê Preparatório mantivesse em mente o tema da interrelação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, assim como a igual importância e indivisibilidade de todas as categorias de direitos humanos, tendo sido assinalado pelo Secretário-Geral da Conferência Mundial de Direitos Humanos a importância da formulação de programas concretos no campo da educação em direitos humanos, insistindo na “ratificação universal dos tratados de direitos humanos, e exortando os Estados a que lograssem um maior grau de cooperação internacional em favor dos direitos humanos” (cf. TRINDADE, 1993, p. 7).

A Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos ocorreu num momento histórico bastante significativo uma vez que a guerra fria tinha terminado e a Alemanha havia sido reunificada, de maneira que as circunstâncias eram favoráveis à construção de um amplo consenso a respeito dos direitos humanos. Durante a Conferência de Viena os esforços se concentraram no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos e o resultado foi a elaboração de uma Declaração e um Programa de Ação para a promoção e proteção dos direitos humanos.

A importância da Conferência de Viena de 1993 decorre principalmente da consolidação definitiva da noção de indivisibilidade dos direitos humanos, cujos preceitos devem se aplicar tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, enfatizando também direitos de solidariedade, como a paz, o direito ao desenvolvimento e o a proteção ao meio-ambiente. Já quanto ao tema do universalismo dos direitos humanos houve muita controvérsia, tendo sido ressaltada a questão da diversidade cultural que tornaria os princípios de direitos humanos não aplicáveis ou relativos, segundo os diferentes padrões culturais e religiosos. Apesar de haver clara resistência à noção de universalidade dos direitos humanos, o primeiro artigo da Declaração estabeleceu que “a natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas”. Já no seu parágrafo 5º reconheceu-se a universalidade como característica marcante do regime jurídico internacional dos direitos humanos, afirmando que “todos os direitos humanos são universais”.

Essas resistências não representaram nenhuma surpresa uma vez que, segundo A. A. Cançado TRINDADE, já durante os trabalhos preparatórios da Conferência houve sinais de que a noção do universalismo dos direitos do homem seria objeto de polêmicas. O jurista, que participou de todo o processo preparatório da Conferência Mundial, inclusive da Reunião Regional Preparatória da América Latina e do Caribe (San José de Costa Rica, janeiro de 1993) como Consultor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, observa que a manifestação mais notória nesse sentido veio “de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros da Organização da Conferência Islâmica, que resistentemente identificam no movimento internacional dos direitos humanos um suposto produto do ‘pensamento ocidental’ que não tem levado em conta as chamadas ‘particularidades regionais’, razão pela qual ainda não há Convenções regionais de direitos humanos em seus espaços geográficos respectivos” (TRINDADE, 1993, p. 28).

Posteriormente, ao tratar do tema no seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, o autor reconheceu que o tema da universalidade dos direitos humanos e dos “particularismos culturais” tem sido objeto de debates prolongados e inconclusos nos foros internacionais tanto acadêmicos quanto políticos. Segundo afirma:

“A suposta contraposição dos “particularismos” culturais à universalidade dos direitos humanos foi uma das questões centrais dos debates da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), seguidos dos da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994). A questão foi retomada com eloquência na IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 1995). No plano regional interamericano, os *travaux préparatoires* da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994) reconheceram que a violência de gênero existe em grande parte porque a estrutura legal, econômico-social e cultural das sociedades da região “a permitem e até a fomentam”, cabendo assim combatê-las.” (TRINDADE, 2003, p. 304).

A despeito da controvérsia suscitada a respeito do tema, a Declaração de Viena foi clara ao estabelecer o universalismo dos direitos humanos, admitindo tão-somente que as particularidades culturais locais deveriam ser consideradas, bem como os diferentes contextos históricos, culturais e religiosos, sendo dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos, independentemente de seus sistemas, políticos, econômicos e culturais. Todavia, há ainda dúvidas e críticas em relação à universalidade dos direitos humanos, que é vista por muitos como um pretexto para a intromissão de países ocidentais em assuntos internos dos Estados, resultando na imposição de uma pauta de valores unilateral em prejuízo da diversidade cultural.

Ainda que não venham a ser acolhidas em sua totalidade, as críticas opostas ao universalismo dos direitos humanos ao menos têm o mérito de chamar atenção para uma questão digna de reflexão: o universalismo não pode ser imposto. Com efeito, constata-se que é inviável a busca de um ideal de universalidade cunhado exclusivamente a partir de padrões valorativos ocidentais, tidos como parâmetro de todos os povos e nações. Pelo contrário, existe um razoável consenso no sentido de que o projeto de uma civilização humana universal é contraditória com a própria idéia de cultura, pois a cultura é intrínseca e essencialmente

uma questão de diferenças, de maneira que a busca de uniformização deve-se dar com base no consenso, respeitadas as particularidades de cada nação.

Não significa dizer que toda universalização seja boa ou ruim em si mesma, mas tão-somente que o universalismo dos direitos humanos não deve servir de pretexto a uma aculturação das nações, sendo importante privilegiar as uniformizações pautadas no comum acordo. Nesse sentido as observações de TOMLINSON: “a modernidade global implica várias formas de universalidade, mas a universalidade não é *em princípio* má. Ao reconhecer suas formas nocivas, temos de evitar tirar o trigo bom com o mal, posto que ... a conectividade complexa da globalização faz com que algumas perspectivas universalizadoras benignas – na forma de políticas culturais cosmopolitas – sejam cada vez mais pertinentes” (TOMLINSON, 1999, 77-82).

Com efeito, é preciso atentar para a necessidade de um diálogo intercultural que possibilite a busca de um consenso nas políticas de proteção aos direitos humanos, sem que se possa aventar uma injustificável imposição unilateral de valores pelos países ocidentais, principalmente no que diz respeito à valorização do mercado em detrimento do ser humano. Vale mencionar a esse respeito a reflexão de Ahmet DAVUTOGLU, professor turco, no sentido de que “O falso universalismo, no sentido da consciência do consumismo na globalização econômica e da exclusão geopolítica na ordem mundial, é uma barreira real para o diálogo e a cooperação entre civilizações. O consumismo, voltado à padronização dos estilos de vida, cria uma pseudoglobalização sem qualquer esforço para desenvolver um sistema de valores que funcione como referência maior de universalidade” (In BALDI, 2004, p. 135).

Isso conduz à necessidade de se abordar a questão do universalismo de uma perspectiva multicultural, reconhecendo-se que os valores universais somente podem ser produzidos a partir da diversidade cultural. Em outras palavras, nenhuma cultura pode ser tomada como padrão ou verdade absoluta, pelo contrário, deve-se abrir a ampla aceitação para as diversas culturas e, ao mesmo tempo, dirigir esforços no sentido de fazer com que as culturas aceitem determinados valores básicos próprios aos direitos humanos. Nesse contexto, a diversidade não funciona como obstáculo à universalidade dos direitos humanos, mas constitui verdadeira premissa para esse universalismo ao contribuir para a busca de valores universais básicos do gênero humano.

Do que se vem de ver, o reconhecimento do universalismo dos direitos humanos esteve presente na elaboração de sua fundamentação ético-política e no seu processo de afirmação histórica, nomeadamente nas declarações de di-

reitos dos homens que permearam as revoluções liberais. Todavia, no plano jurídico essa universalidade somente foi reconhecida definitivamente através do processo de internacionalização dos direitos humanos, no pós-guerra, consolidando-se na Declaração de 1948 que, nos mais de cinquenta anos de sua vigência, alcançou um altíssimo grau de aceitação em todas as civilizações, o que foi possível apesar das diferenças culturais. Ocorre que as resistências identificadas na Conferência de Viena de 1993 demonstram que existe uma corrente de pensamento que opõe críticas à aplicação de determinados direitos que seriam contrários a práticas culturais ou opções legislativas locais. Daí por que é importante refletir sobre esse importante tema da universalidade dos direitos humanos, enfrentando com desassombro o discurso relativista.

4. RELATIVISMO CULTURAL E OUTRAS OBJEÇÕES AO CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Já se asseverou alhures que o tema atinente ao relativismo cultural é dos capítulos mais difíceis do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para os objetivos dessa pesquisa afigura-se importante identificar e sistematizar as principais críticas opostas ao universalismo dos direitos humanos, o que se fará a partir das relevantes observações de A. A. Cançado TRINDADE, André de Carvalho RAMOS e Flávia PIOVESAN.

Para Cançado TRINDADE os aspectos mais importantes da contraposição entre universalismo e relativismo dizem respeito à diversidade cultural; à proteção dos direitos das minorias; à evolução dos direitos dos povos; à ameaça da idolatria do mercado; à contraposição dos particularismos regionais, sobretudo nas relações de direito privado; aos direitos humanos da mulher; aos vínculos entre os vivos e os mortos e ao legado universal das religiões.

Em termos de diversidade cultural se identificam divergências sobre pontos como a liberdade de religião e problemas atinentes à adoção de menores. Observa-se também que alguns direitos fundamentais podem se afigurar mais relevantes em um determinado meio social do que em outro. Assim, o relativismo cultural seria consequência do fato de que cada cultura possui uma identidade e valores próprios.

No campo da proteção dos direitos das minorias (culturais, étnicas, lingüísticas, religiosas, dentre outras), importa gizar que há direitos que são mais bem protegidos através do grupo ou comunidade a que pertencem, designadamente a salvaguarda da identidade cultural; assim, a preocupação manifestada

na proteção dos direitos das minorias dirige-se contra a imposição de modelos, a insensibilidade e a uniformização, “um alerta em relação aos dogmas, por definição absolutos e excludentes ... em relação à recusa de considerar o *modus vivendi* dos demais, como se a verdade pudesse prestar-se ao apanágio de uns poucos detentores da mesma” (cf. TRINDADE, 2003, p. 311 ss.).

No item dedicado à “ameaça da idolatria do mercado” o autor sustenta que a globalização da economia tem gerado um paradoxo na medida em que o aumento da competitividade econômica vem aumentando a pobreza e o endividamento, e diminuindo a capacidade dos Estados de proteger os direitos dos seres humanos sob suas jurisdições. A abertura das fronteiras aos capitais tem sido acompanhada pelo fechamento das fronteiras a milhões de seres humanos, que tentam fugir da miséria em busca de melhores condições de sobreviver. Segundo afirma:

“... as disparidades crescentes em escala global dão mostra de um mundo em que um número cada vez mais reduzido de ‘globalizadores’ tomam decisões que condicionam as políticas públicas dos Estados quase sempre em benefício de interesses privados, – com conseqüências nefastas para a maioria esmagadora dos ‘globalizados’. Só a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base na solidariedade humana poderá levar à superação deste trágico paradoxo” (cf. TRINDADE, 2003, p. 330-331).

Trata-se, na realidade, de uma posição compartilhada por boa parte da doutrina nacional dedicada ao estudo dos direitos humanos. Relativamente à situação brasileira, no que diz respeito ao reconhecimento e à implementação dos direitos humanos universais em face da globalização, vale mencionar trabalho de Yolanda CATÃO que examinou detidamente os avanços e retrocessos dos direitos humanos no Brasil, demonstrando grande preocupação com a questão. Segundo essa autora, as conquistas da globalização só alcançam as elites brasileiras e, em contrapartida ao avanço da informática e das telecomunicações, o Brasil perdeu posições no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o que demonstra que não estão ocorrendo avanços suficientes nos problemas da diminuição da desigualdade de renda e do desenvolvimento humano. Em sua opinião enquanto o processo de globalização privilegiar os interesses de corporações multinacionais haverá uma divisão entre os privilegiados incluídos nos benefícios da globalização e os excluídos desse processo (In ARNAUD, 2005, p. 378-379).

Essa também a opinião de António José Avelãs NUNES, crítico mordaz do processo de globalização, o qual sustenta que o desenvolvimento econômico deve necessariamente passar por caminhos que respeitem a dignidade humana. Segundo defende, o desenvolvimento econômico desacompanhado do desenvolvimento humano é perverso, um modelo que atende aos interesses das multinacionais e das elites a quem “pouco importa que milhões de pessoas não tenham poder de compra. Pura e simplesmente, não contam com elas, é como se elas não existissem”, sendo certo que “a exclusão social crescente (a ‘nadificação do outro’, na expressão do cineasta brasileiro Walter Salles) é a outra face deste tipo de desenvolvimento perverso ou maligno” (cf. NUNES, 2003, p. 107-109).

No que diz respeito, propriamente, à contraposição dos particularismos à universalidade dos direitos humanos Cançado TRINDADE explica que a manifestação mais notória nesse sentido vem de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros da Organização da Conferência Islâmica. A crítica consiste em identificar no movimento internacional dos direitos humanos um fruto do pensamento ocidental que não leva em consideração as chamadas particularidades regionais. As resistências se manifestam principalmente no domínio das relações privadas dos indivíduos, como o tratamento dispensado à condição da mulher, ao direito de casar e divorciar, da escolha quanto ao planejamento familiar, da proteção das crianças e outras (TRINDADE, 2003, p. 346).

Outro ponto sensível na questão do universalismo dos direitos humanos consiste nos direitos humanos da mulher em face das tradições e práticas seculares. Neste aspecto os particularismos culturais têm sido utilizados para justificar discriminações e atos de violência contra a mulher, como a prática baseada no costume, crenças religiosas ou origens étnicas de permitir casamentos forçados, discriminações no direito de família e sucessões, circuncisão feminina, obstáculos na educação além de atos de violência privada. A IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing (1995), insurge-se fortemente contra essas práticas adotando um amplo programa para promover e emancipar a mulher, eliminando todos os aspectos, inclusive as práticas baseadas no costume e na cultura, que a impedem de exercer um papel ativo em pé de igualdade em todos os domínios da vida pública e privada, erradicando a discriminação (cf. TRINDADE, 2003, p. 355).

A questão da vinculação entre os vivos e os mortos é um dos temas que denotam com mais clareza a questão da universalidade, uma vez que o respeito aos mortos é cultivado nas mais diversas culturas e religiões e sua proteção visa

preservar não só a memória do morto como também os sentimentos dos vivos. Disso decorre que o sentimento de harmonia entre os vivos e os mortos merece ser reconhecido como objeto de preocupação e tutela do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que sobressai ainda mais nos casos de negligência e desrespeito aos restos mortais das vítimas de violações dos direitos humanos. O consenso existente acerca do respeito aos mortos assenta como demonstração inequívoca de que a diversidade cultural não é obstáculo para o universalismo dos direitos humanos, devendo-se distinguir o necessário pluralismo, que implica o respeito às identidades culturais, do relativismo cultural, o qual abdica da própria noção de valor ao rejeitar a possibilidade de sua objetivação.

No mais, questão relevante no que diz respeito à universalidade dos direitos humanos é aquela pertinente ao legado universal das religiões. As religiões influenciaram muito na evolução do Direito Internacional exercendo papel importante nos esforços em busca da construção da paz mundial e da preservação dos direitos humanos, entretanto, o desvirtuamento das religiões pela intolerância e pelo fanatismo leva a graves violações dos direitos humanos. Em comunicado apresentado durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos a Comunidade Baha'i Internacional, em seu nome e no de diversas organizações não-governamentais, sustenta vários argumentos dentre os quais o de que “a intolerância não raro tem raízes nos antagonismos culturais e históricos associados com tradições religiosas. Dado que os antagonismos nascem com frequência da ignorância e do conhecimento limitado, a educação pode revelar os valores espirituais comuns subjacentes a várias crenças e práticas e pode desse modo fomentar a tolerância religiosa” (cf. TRINDADE, 2003, p. 378-379).

Ao tratar da questão do relativismo cultural André de Carvalho RAMOS se pronuncia de forma mais sistemática, ainda que se abstenha de abordar questões pontuais importantes no debate entre o universalismo e o relativismo. Nesse passo, o autor identifica seis argumentos fundamentais em prol do relativismo: a existência de cosmovisões inconciliáveis nas diversas culturas; a falta de adesão formal à Declaração de Viena ou sua adesão apenas para fins de política externa; o uso do discurso dos direitos humanos como instrumento para fins econômicos e políticos; as diferenças de relação do homem e sua comunidade existente na cultura ocidental e na cultura africana e asiática; a imposição de valores do pensamento ocidental e o argumento desenvolvimentista que justifica o desrespeito a direitos humanos básicos, sob a alegação de falta de recursos econômicos suficientes.

O primeiro argumento, de cunho filosófico, funda-se na existência de diversas cosmovisões na comunidade humana. O autor menciona Raimundo PAN-

NIKAR – “*Is the notion of human rights a western concept?*” – o qual argumenta que “o conceito de direitos humanos é fundado na visão antropocêntrica do mundo, desvinculada da visão cosmoteológica que ainda predomina em algumas culturas, o que contraria a sua alegada universalidade” (RAMOS, 2005, p. 184). Além disso, existem poucos elementos antropológicos e filosóficos comuns para formar o conjunto de direitos humanos universais, como o direito à vida e à liberdade, o que torna o próprio universalismo desprovido de significado na maioria dos casos (RAMOS, 2005, p. 184).

O segundo argumento, atribuído a Adamantia POLLIS e Peter SCHWAB – “*Human Rights: a western construct with limited applicability*” –, é no sentido de que embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada sem voto em sentido contrário sob a forma de resolução da Assembleia Geral da ONU, houve oito abstenções e, na época, as potências ocidentais possuíam colônias e diversos territórios dominados que não participaram de sua formulação. Além disso, a pretensa adesão dos Estados às declarações de direitos do homem não é prova do universalismo, porque muitas vezes essa adesão é mero instrumento de política externa que não se traduz em ações práticas (cf. RAMOS, 2005, p. 185).

O terceiro argumento consiste em que vários Estados, especialmente os Estados ocidentais, utilizam do discurso dos direitos humanos como instrumento para fins econômicos e políticos, mostrando-se incoerentes quando se trata da defesa de seus interesses e descartando o discurso dos direitos humanos quando inconveniente. Um exemplo claro disso seria a condução das relações internacionais dos Estados Unidos da América, seja no embargo econômico a Cuba ou nas violações a direitos humanos na prisão de supostos terroristas na base militar norte-americana em Guatánamo, Cuba, e em Abu Ghraib, no Iraque, isso sem mencionar o constante apoio norte-americano a Estados que violam sistematicamente direitos humanos (cf. RAMOS, 2005, p. 186-187).

O autor menciona a crítica de BOAVENTURA DOS SANTOS ao que denomina de supervisibilidade de certas violações de direitos humanos e total opacidade de outras, a depender de critérios geopolíticos, a exemplo do caso *Otto-Preminger Institut* em que houve a censura e confisco de filme na Áustria considerado ofensivo à Igreja Católica; além de outros para quem “a incoerência está na defesa de direitos humanos universais no plano externo e na preservação, do plano interno, da margem de manobra dos Estados, como já visto na análise da polêmica teoria da margem de apreciação no sistema europeu de direitos humanos” (cf. RAMOS, 2005, p. 188).

O quarto argumento refere-se às diferenças de relação do homem e sua comunidade existente na cultura ocidental e na cultura africana e asiática, isso porque, na maioria das sociedades africanas, os direitos da comunidade precedem os direitos individuais; as decisões são tomadas por meio do recurso ao consenso do grupo e a riqueza também sofre formas de apreciação coletiva (cf. RAMOS, 2005, p. 189). De outro lado, as sociedades asiáticas possuem valores culturais de difícil assimilação com as normas de direitos humanos promovidas pelo Ocidente, segundo NIARA SUDARKASA: “a complexa relação entre o indivíduo e sua comunidade, baseada em quatro obrigações: respeito, responsabilidade, auto-restrição e reciprocidade, não sendo baseada, então, na noção de direito oriunda da tradição ocidental” (cf. RAMOS, 2005, p. 189).

O quinto argumento é no sentido de que a doutrina dos direitos humanos possui um forte viés cultural ocidental o que gera o sentimento de que o pretenso universalismo dos direitos humanos corresponderia, na realidade, a uma tentativa de impor valores ocidentais às demais culturas. A doutrina dos direitos humanos opõe-se a várias práticas costumeiras e crenças de diversas culturas, como a clitoridectomia, os direitos sucessórios desiguais no mundo mulçumano, o dote obrigatório das noivas, os casamentos combinados, entre outros casos (cf. RAMOS, 2005, p. 190).

Finalmente há o argumento, de grande importância para os países latino-americanos, de que a proteção a alguns direitos humanos, nomeadamente os direitos sociais e culturais, dependem do atingimento de um grau superior de desenvolvimento econômico, de maneira que a falta de recursos materiais suficientes serve de pretexto para o inadimplemento de direitos humanos básicos. Segundo o autor, “os direitos sociais, com isso, são sistematicamente, violados, existindo, por exemplo, regiões no Brasil com índices de desenvolvimento que fariam corar Estados miseráveis da África” (RAMOS, 2005, p. 191).

Além dos argumentos delineados, merece destaque a “Teoria da Margem de Apreciação” – *margin of appreciation* – antes mencionada. Essa teoria é um dos instrumentos de interpretação dos direitos humanos adotados pela Corte Européia de Direitos Humanos. A tese se fundamenta no princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional, argüindo que determinadas questões polêmicas relacionadas às limitações estatais impostas aos direitos humanos devem ser discutidas pelas comunidades nacionais, pois em princípio caberia ao próprio Estado estatuir as condições e limites para o exercício desses direitos em face do interesse público (cf. RAMOS, 2005, p. 110-111).

A utilização dessa teoria é controlada pela Corte Européia com base no princípio da proporcionalidade, mas para muitos críticos a sua aceitação tende

ao relativismo dos direitos humanos ao admitir que práticas costumeiras possam servir de pretexto para impedir mudanças sociais, especialmente na esfera da moralidade pública, resultando na opressão e discriminação de minorias. Segundo André de Carvalho Ramos: “Essa perigosa aceitação do relativismo na proteção de direitos humanos é ainda mais dramática por advir de uma Corte especializada de direitos humanos e não de um Estado autoritário qualquer ou de membros dirigentes de uma comunidade religiosa opressora. É bom lembrar que o texto da Convenção Européia de Direitos Humanos não contém nenhuma menção à ‘margem de apreciação’ nacional: pelo contrário, há a expressa obrigação dos Estados em garantir e respeitar os direitos humanos, sem ressalvas ou titubeios” (RAMOS, 2005, p. 117).

Finalmente seguem as observações de Flávia PIOVESAN sobre o tema que traduzem em feliz síntese os principais argumentos do relativismo cultural à tese seguinte: “Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos (Declaração Universal dos Direitos do Homem) simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural” (PIOVESAN, 2006, p. 144).

5. ARGUMENTOS EM DEFESA DA AFIRMAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A busca de caminhos para a afirmação universal dos direitos humanos demanda, antes de tudo, o enfrentamento de todas e cada uma das objeções antes mencionadas que põem em dúvida a legitimidade e a substância jurídica do universalismo. Como se vem de ver, ainda que o problema possa parecer superado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em virtude da adesão maciça à Declaração de Viena (1993), do ponto de vista acadêmico não se pode simplesmente ignorar a existência de teses contrárias à universalidade dos direitos humanos. Seguem, a propósito disso, os argumentos apresentados pelos autores antes citados para rebater as críticas do relativismo cultural.

Além de ser uma das grandes autoridades no tema, A.A. Cançado TRINDADE é um dos maiores defensores do universalismo dos direitos humanos. Em seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* o autor faz várias ponderações sobre o problema, as quais são explicadas em seguida, ainda que em apertada síntese.

Inicialmente, tratando das objeções de alguns círculos de países asiáticos, Cançado TRINDADE articula que conquanto tradicionalmente as concepções prevalecentes nesses países não prevejam limitações à autoridade estatal ainda assim tem-se notícia de protestos contra abusos do poder público, o que demonstra que o reconhecimento do direito de resistência à opressão não é algo estranho à cultura asiática. Assim, a questão não seria tanto a de se opor a cosmovisão ocidental à tradição oriental, mas sim de colocar a questão de saber se as elites governantes atendem ou não às necessidades básicas dos governados. O autor menciona que “a própria Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico, em documento apresentado à quarta sessão do Comitê Preparatório da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), assinalou as implicações para os direitos humanos da diversidade e heterogeneidade dos países da região asiática” (cf. TRINDADE, 2003, p. 339-340).

Outro ponto relevante desenvolvido pelo autor é o de que a Convenção de Viena apenas tinha a intenção de desenvolver a legislação e de melhorar os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que a questão dos particularismos culturais já parecia superada. Antes mesmo da Conferência a questão do universalismo já tinha sido objeto de três Convenções regionais, a europeia, a americana e a africana, e em todas elas houve o reconhecimento de direitos universais do homem. O autor cita o exemplo da Convenção Africana de 1981, que confirma o caráter universal dos direitos humanos, sem perder de vista os traços culturais especiais da região (TRINDADE, 2003, p. 340).

Assim, é de se considerar que a questão do universalismo dos direitos humanos não constitui nenhuma inovação, de forma que seria até mesmo desnecessário seu reconhecimento na Conferência de Viena, já que os instrumentos globais atuam de forma complementar aos instrumentos regionais. Em outras palavras, carece de fundamento a oposição ao caráter universal dos direitos humanos adotado na Declaração de Viena quando se sabe que os instrumentos de proteção desses direitos no níveis global e regional são complementares, conforme vasta prática internacional, de forma que interagem e se reforçam mutuamente em prol dos seres humanos por eles protegidos.

Quanto à alegada vinculação da doutrina dos direitos humanos ao “pensamento ocidental” o autor observa que esta na realidade é uma expressão muito vaga, uma vez que por tal pensamento podem-se identificar tanto as raízes gregas da democracia quanto o humanismo da renascença, o legado do iluminismo e o pensamento filosófico ocidental moderno. Ademais, muito do que se diz

parte do pensamento ocidental tem um alcance muito mais amplo estando presente em vários países de várias regiões do mundo; nas palavras do autor “muito do que se atribuía àquele pensamento passava na atualidade a encontrar manifestações em países de diferentes regiões do mundo, sobretudo no tocante a determinados pontos básicos como as liberdades fundamentais, o direito de participação na vida pública, e a igualdade de todos perante a lei; por outro lado, em relação a tantos outros aspectos tornava-se difícil reduzir aquele pensamento a um todo homogêneo...” (TRINDADE, 2003, p. 341-342).

Igualmente, o argumento da diversidade cultural não pode ser utilizado como obstáculo para o universalismo, porque os valores universais resultam de um consenso elaborado a partir da diversidade do gênero humano, o que se manifesta em uma consciência jurídica universal; logo, as culturas ao invés de obstaculizar a universalidade dos direitos humanos. Em outras palavras “o argumento das ‘culturas regionais’ não há de ser exagerado ou levado a extremos. Tais culturas não são e nunca foram obstáculos à evolução dos direitos humanos; ao contrário, é perfeitamente possível a elas incorporar os valores dos direitos humanos, como passo rumo à cristalização de obrigações de direitos humanos, como o demonstram os avanços nos últimos anos, e.g., nos campos dos direitos da mulher, da criança, e dos povos indígenas” (TRINDADE, 2003, p. 342).

Para além disso, apesar de se valerem do argumento dos particularismos regionais, vários desses mesmos países efetivamente são partes em tratados universais de proteção e ratificaram diversas convenções internacionais do trabalho adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), de maneira que não se pode ter esse posição como uma posição em bloco, mas sim como “um argumento pouco convincente avançado por alguns círculos em alguns daqueles países”, sendo mesmo que vários direitos humanos há se incorporaram ao direito costumeiro, o que reforça seu caráter universal independentemente de uma adesão formal a tratados ou convenções (TRINDADE, 2003, p. 343).

Assim, na abalizada lição de A. A. Cançado TRINDADE, uma vez examinando-se a universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada não se verifica fundamento para a crítica relativista. É importante, porém, enviar esforços no sentido de buscar um consenso mínimo entre as diversas culturas que poderá ser ampliado mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos. Em conclusão, cumpre registrar um excerto da obra em análise bastante significativa da posição sustentada pelo autor acerca do tema:

“Nos últimos anos, vêm-se envidando esforços meritórios no sentido de, a partir da diversidade cultural, buscar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, para então ampliá-lo mediante um *cross-cultural dialogue*, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos. Este enfoque da matéria, cujo propósito é o de ampliar e aprofundar o consenso universal sobre os direitos humanos, pressupõe que os indivíduos, assim como as sociedades que integram, compartilham certos interesses e preocupações e valores básicos, desvendando o quadro geral para a conformação de uma cultura comum dos direitos humanos universais. A busca da universalidade dos direitos humanos requer a identificação e o cultivo de suas *cross-cultural foundations*.” (TRINDADE, 2003, p. 310).

Insista-se nesse ponto. A universalidade, ora perseguida, não consiste em aplicar a todos os povos as idênticas normas de direitos humanos sem nenhuma adaptação nem, por outro lado, permite que se deixe a proteção dos direitos humanos ao capricho de cada Estado, sem que se eleja um critério objetivo. A idéia defendida é a de que se possam construir valores universais a partir de valores particulares, numa espécie de processo de abstração em que se respeitam as identidades culturais e se aprende com a experiência coletiva, num diálogo intercultural que conduz ao consenso (cf. BEUCHOT, 2005, p. 65 ss.).

Veja-se agora a posição de André de Carvalho RAMOS que também rebate as críticas do relativismo, enfrentando cada um dos seis argumentos que menciona em sua obra e já relacionados anteriormente.

Às objeções filosóficas o autor responde com base em Shashi THAROR – “*The universality of human rights and their relevance to developing countries*” –, especialista de direitos humanos indiano, para quem “é razoável afirmar que conceitos de justiça e Direito, legitimidade do governo, dignidade do ser humano, proteção contra a opressão ou arbítrio, participação na vida da comunidade, são encontrados em qualquer sociedade”. Com base nessa reflexão o autor pondera que os direitos humanos não pretendem substituir os valores ou a cosmovisão das sociedades, apenas oferecendo um substrato jurídico-normativo para a tutela da liberdade (cf. RAMOS, 2005, p. 192).

Relativamente ao suposto caráter ocidental da doutrina dos direitos humanos André de Carvalho RAMOS argumenta que o fato de que os direitos do homem têm origem no jusnaturalismo europeu e nas primeiras declarações de direitos é meramente um dado histórico, porque os direitos humanos são uma

conquista que não pertence a determinada tradição cultural. Pelo contrário, trata-se de um objeto de constante disputa política, durante a qual tradições culturais e religiosas podem se modificar e novas leituras dessas tradições podem surgir (cf. RAMOS, 2005, p. 193).

Realmente, os direitos humanos hoje se contrapõem a tradições religiosas e culturais como já o fizeram no passado, inclusive em relação a tradições ocidentais, sendo exemplo disso a necessidade de mudanças da Igreja Católica em relação à liberdade religiosa. O autor conclui que não se trata de buscar uma denominação mínima dos valores culturais, mas de afirmar a pluralidade de culturas com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos. Em boa verdade, as justificativas culturais a condutas contrárias a direitos humanos têm forte traço totalitário ao implicar a possibilidade e discriminar as minorias que não se identificam com os valores da comunidade (cf. RAMOS, 2005, p. 192-193).

No que toca à questão geopolítica, identificada com o uso seletivo do discurso dos direitos humanos para camuflar interesses econômicos ou políticos, ou mesmo a hipocrisia de defender algo externamente e não aplicar internamente, o autor argumenta que a mesma crítica vale para qualquer outro aspecto do Direito Internacional. Em suas palavras, “... não é somente o Direito Internacional dos Direitos Humanos que sofre com o uso seletivo e politicamente orientado de suas normas. A história do Direito Internacional mostra que o direito dos tratados, a teoria da responsabilidade internacional, entre outros temas, já sofreram interpretações de modo a justificar o atingimento de fins políticos e econômicos por parte de Estados (em geral, os mais poderosos), da mesma forma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos” (RAMOS, 2005, p. 195).

Com essas razões conclui que a crítica não deve se aplicar ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim às próprias características da sociedade internacional, designadamente quando no campo dos direitos humanos existem mecanismos coletivos aptos à averiguação de violações de direitos humanos, dado que demonstra o significativo avanço no sentido de extirpar a seletividade antes criticada. Aliás, relativamente à teoria da margem de interpretação nacional, além de não registrar que não há nada parecido com essa construção na Corte Interamericana de direitos humanos, deve-se mencionar que existem precedentes na própria Corte Européia em que foram rejeitadas essas alegações do Estado embasadas nessa teoria, para se reconhecer a universalidade dos direitos do homem (cf. RAMOS, 2005, p. 196).

Ainda nesse tema há a registrar o argumento do autor de que a subsidiariedade da jurisdição internacional não pode importar na redução da competên-

cia dos órgãos internacionais na avaliação de eventuais violações de direitos humanos, porque os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos foram elaborados justamente para fornecer uma garantia dos indivíduos contra o Estado, quando esgotados os recursos internos. Dessa forma, o caráter polêmico de determinada questão não poderia justificar o afastamento da jurisdição internacional sob pena de esvaziar-se a sua própria razão de existir (cf. RAMOS, 2005, p. 120).

Afinal, no que pertine à crítica “desenvolvimentista” contra a universalidade dos direitos humanos, o autor observa que o acatamento desse argumento em última análise importa em negligenciar uma determinada classe de direitos sob o falso argumento de sua realização progressiva que é indefinidamente adiada. Tal argumento seria falho porque desmentida pela realidade, segundo alega, “o Brasil, com uma das maiores economias industriais do mundo, é amostra evidente que o aumento da riqueza não leva a maior proteção de direitos humanos. Muito pelo contrário: a lógica da postergação da proteção de direitos humanos e em especial dos direitos sociais faz com que o desenvolvimento econômico beneficie poucos, em geral àqueles que circundam a elite política dominante” (RAMOS, 2005, p. 197).

Do exposto, na opinião do autor as objeções ao caráter universal dos direitos humanos não devem ser acolhidas, pelo contrário, impende prevalecer a exigência de garantia da plena e universal realização dos direitos humanos que consta do preâmbulo da Declaração de Viena de 1993, sendo importante prosseguir na supervisão internacional dos direitos humanos com a finalidade de garantir um mínimo de garantias a todos em cada comunidade humana.

Concluindo essa análise, importa trazer as importantes reflexões de Flávia PIOVESAN acerca do tema.

Após indicar resumidamente a crítica relativista ao universalismo dos direitos humanos a autora traz o argumento contrário dos universalistas, o sentido de que “a existência de normas universais constitui uma exigência do mundo contemporâneo” e que “se alguns Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais” (PIOVESAN, 2006, p. 146). A autora defende a posição de que a abertura do diálogo entre as culturas que respeite a diversidade cultural é condição para a obtenção de um consenso e a formação de uma cultura universal dos direitos humanos que observe um mínimo irreduzível alcançado por um universalismo de confluência (cf. PIOVESAN, 2006, p. 148).

6. CONCLUSÕES: A AFIRMAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O universalismo dos direitos humanos é um legado do Iluminismo no processo histórico de formação da doutrina dos direitos do homem e do processo de sua afirmação através das primeiras declarações de direitos emitidas nas revoluções liberais. A ideologia do Iluminismo traz subjacente a idéia de que seria possível realizar um Direito unitário a ser presidido pela razão, uma espécie de ciência do legislador que seria apta a estabelecer as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana.

A despeito do positivismo jurídico e de sua concepção formalista do Direito, que reduz a fundamentação dos direitos humanos ao seu reconhecimento pelas leis positivas, há uma tendência atual no sentido de buscar fundamentos jurídicos para os direitos humanos além da organização política estatal. Nesse passo é importante a concepção de direitos morais de Ronald DWORKIN segundo a qual é possível identificar um fundamento ético-político para os direitos humanos independentemente de sua positivação.

A adoção de fundamentos jurídicos supra-estatais para o reconhecimento dos direitos humanos é amplamente aceita no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente em se considerando que o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos deveu-se em grande medida a uma reação contra os abusos cometidos pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Essa experiência histórica, por mais hedionda que seja, produziu um grande bem para a humanidade ao assentar definitivamente a necessidade de se reconhecer e tutelar um mínimo de direitos inalienáveis inerentes ao ser humano independentemente do reconhecimento interno do Estado.

O consenso acerca da responsabilidade da comunidade internacional para com a proteção dos direitos humanos é um marco histórico de enorme relevância para o progresso da humanidade, daí decorrendo mudanças significativas em conceitos tradicionais como a cidadania e a soberania. Isto porque o indivíduo passa a ser titular de direitos no plano internacional o que implica a limitação da soberania dos Estados, vez que estes ficam obrigados perante a comunidade internacional a envidar esforços no sentido de respeitar e garantir a efetivação plena desses direitos, sob pena de responsabilização.

A existência de direitos humanos universais e inalienáveis é um fato incontestável no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em vista a força normativa adquirida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como princípio geral de Direito Internacional, e por força da Conferência de Viena (1993) que assentou irrevogavelmente a indivisibilidade e o universalismo dos direitos do homem.

Nesse contexto, as discussões travadas acerca do caráter universal dos direitos do homem, embora relevantes, tendem a desaparecer naturalmente em virtude do fato inegável de que o universalismo já foi incorporado à ordem jurídica internacional. Não obstante isso, as críticas opostas à universalidade dos direitos humanos têm o mérito de ressaltar a necessidade se ter uma adequada perspectiva dessa característica dos direitos do homem.

Quer-se dizer com isso que o universalismo não se pode confundir com o unilateralismo nem muito menos com a imposição de valores da cultura ocidental às demais civilizações. Os valores não são entes ideais e objetivos que podem ser deduzidos da Natureza através da razão humana, como defendiam os iluministas. Apesar de bem intencionada essa construção peca em negligenciar os particularismos e diversidades das culturas, além das diferenças de cosmovisões e de valores.

A definição de direitos humanos universais não se opera em um processo intelectual de descoberta, demandando uma atividade muito mais elaborada que não prescinde da tolerância e do diálogo, nem dispensa o respeito pelas várias identidades culturais nessa busca de uma pauta mínima de direitos reconhecidos universalmente a partir de valores particulares. Isso porque, na lição de Norberto BOBBIO, embora os direitos do homem não sejam ideais e objetivos eles são podem ser reconhecidos a partir do consenso, quando então se tornam referência objetiva dotada de caráter universal a partir do seu acatamento generalizado e pela prática do costume internacional.

Tem razão, portanto, Caçado TRINDADE, em considerar que é possível alcançar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, que pode então ser ampliado através de um diálogo intercultural legitimado pela cultura universal dos direitos humanos. Não se trata de uma utopia, mas sim de uma possibilidade real e concreta, não é apenas um sonho, mas um desafio atual para a humanidade para que, ao lado do progresso científico e tecnológico, possa alcançar o desenvolvimento humano em busca da paz e em prol de um futuro melhor para nossos filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LIVROS

- ARNAUD, André-Jean (org). *Globalização e Direito I: impactos regionais e transnacionais*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, **2005**.
- BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio. *Interculturalidad y derechos humanos* [Interculturalidade e direitos humanos]. México: Siglo XXI, **2005**.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, **1992**.
- _____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, **1995**.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional: internacionalização do Direito Constitucional – Direito Constitucional Internacional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, **1996**.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constitucional. Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, **2003**.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, **2005**.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, **2005**.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, **1999**.
- LAPORTA, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. 2.ed., México: Fontamara, **1995**.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, **2002**.

- MÖLLER, Josué Emilio. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, **2006**.
- MORAES, Germana de Oliveira: *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, **1999**.
- NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, **2003**.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid: Marcial Pons, **1996**.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, **2005**.
- ROMANI, Carlos Fernández de Casadevante (coord). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [Direito Internacional dos Direitos Humanos]. 2 ed., Madrid: Dilex, **2003**.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Soberania de los Estados y derechos humanos em Derecho Internacional contemporâneo* [Soberania dos Estados e direitos humanos no Direito Internacional contemporâneo]. 2 ed., Madrid: Tecnos, **2004**.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2 ed. at. amp., Rio de Janeiro: Renovar, **2000**.
- SÁNCHEZ, Yolanda Gómez (coord). *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* [Passado, presente e futuro dos direitos humanos]. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Universidad Nacional de Educación a Distancia, **2004**.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, **2000**.
- SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena, *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, **1999**.
- TOMLINSON, John. *Globalización y cultura*. [Globalization and Culture]. Trad. Fernando Martínez Valdés. Oxford: University Press, **1999**.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III, Porto Alegre: SAFE, 2003.

_____. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

2. ARTIGOS

MAZZUOLI, Valério de Oliveira “Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, a. 13, n. 52, p. 327-337, jul./set., 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, 1993. Disponível em <http://ftp.unb.br/pub/unb/ipr/rel/rbpi/1993/130.pdf>, consulta em 10/02/2007.

HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO: UM ESTUDO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

Juiz Federal - 2ª Vara / PE

Sumário: 1. Intróito; 2. Disposições da Carta Magna sobre a matéria; 3. A problemática do conflito entre normas internas e tratados ou convenções internacionais; 4. Posicionamento do STF quanto à questão; 4.1. Entendimento do STF até 1977; 4.2. Entendimento firmado pelo STF após o RE 80.004-SE, em 1977; 5. Críticas ao entendimento do STF; 6. Reflexões sobre o §3º do art. 5º da Constituição Federal; 7. O Pacto de San José da Costa Rica; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. INTRÓITO

O presente artigo tem por objeto a realização de um estudo sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, acerca do nível hierárquico em que os tratados e convenções internacionais são recepcionados no ordenamento jurídico interno brasileiro.

A questão tem extrema relevância, na medida em que o nível hierárquico dos tratados é o que vai determinar qual norma deve prevalecer na hipótese de conflito entre tratado e lei ordinária ou entre tratado e a Constituição Federal. A necessidade de uma pesquisa desse jaez torna-se premente quando se percebe o elevado nível de integração entre Estados e entre blocos de Estados atingido no presente momento histórico, o que é demonstrado pelo número crescente de tratados internacionais firmados.

Procederemos a uma análise das diversas teorias referentes à matéria e, então, selecionaremos alguns casos que espelhem a evolução do pensamento

do Excelso Pretório sobre o tema. Observaremos, no ponto, as mudanças trazidas pela Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), com a inclusão do §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, faremos as nossas críticas à visão atual do STF relativamente à problemática em estudo e remataremos com as nossas conclusões.

Após essa breve introdução, passemos ao estudo do tema.

2. DISPOSIÇÕES DA CARTA MAGNA SOBRE A MATÉRIA

A Reforma do Poder Judiciário, veiculada através da EC nº 45/2004, incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o seguinte texto:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Daí deflui que a Carta Magna trouxe disposições especiais referentes apenas aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, criando discrimen entre estes e os demais tipos de tratados e convenções internacionais.

Antes de tudo, cabe registrar que uma parte da doutrina defendia – entendimento este com o qual manifestamos integral concordância –, desde antes do advento da EC nº 45, que a CF/88, em seu art. 5, §2º, já conferia aos tratados de proteção dos direitos humanos o *status* de norma constitucional. Nesse sentido, peço vênica para transcrever *ad litteram* os ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade, lançados no belo prefácio escrito para a obra de George Galindo¹:

“A disposição do artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os di-

¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade, p. XX-XXIII.

reitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.

(...).

O referido artigo 5º, §2º, de nossa Constituição Federal, resultou de proposta que apresentei, na época como Consultor Jurídico do Itamaraty, à Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública no dia 29 de abril de 1987, tal como consta das *Atas das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte*.

(...).

O propósito do disposto nos §§2º e 1º do artigo 5º da Constituição Federal não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional.

(...).

A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira.

(...).

O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).”

Corroborando o referido entendimento, trago à colação a lição de Flávia Piovesan, *in verbis*²:

“O valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e

² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 44- 48.

parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional inaugurado em 1988.

(...).

É nesse contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5, §2º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos.

(...).

Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§1º e 2º - apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.”

Essa posição foi defendida na seara jurisprudencial pela Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, no julgamento proferido por unanimidade pela Primeira Turma do TRF-5ª Região, na AC 238.842-RN (2000.05.00.057989-2), julgado em 30/08/2001, quando a eminente relatora afirmou que³:

“não poderia deixar de mencionar que os princípios acima elencados estão presentes em diversos Tratados internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é parte, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU – 1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (San Jose, 1969), ambos em vigor entre nós, desde 1992. **Estes e muitos outros textos internacionais estão, nos termos da própria Constituição, à mesma equiparados, na melhor interpretação dada ao §2º do seu art. 5º.**” (grifos nossos)

Outro não é o posicionamento de Fernando Luiz Ximenes Rocha⁴, que defende a:

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 238.842-RN (2000.05.00.057989-2)**. Primeira Turma. Decisão unânime. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Origem: 5ª Vara Federal-RN. Recife, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2002/03/200005000579892_20020313.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2006.

⁴ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF: Senado Federal, a. 33, n. 130, p. 81, 1996.

“posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§º1 e 2º do art. 5º da Constituição Federal”.

Interessante referir, ainda, a posição manifestada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79.785/RJ (DJ 10.04.2000), do qual foi relator, no sentido de que os tratados de direitos humanos teriam nível supralegal, mas infraconstitucional, ou seja, estariam acima das leis federais mas abaixo da Constituição Federal⁵.

Por outro lado, nota-se que a Constituição Federal de 1988 não foi expressa com relação à posição hierárquica dos tratados internacionais não referentes a direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro⁶. Tal questão restou, desse modo, delegada à jurisprudência e à doutrina pátrias, o que causou imensa polêmica, cujo relato será procedido adiante.

3. A PROBLEMÁTICA DO CONFLITO ENTRE NORMAS INTERNAS E TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Há quatro possíveis níveis hierárquicos que se pode atribuir aos tratados e convenções internacionais⁷: 1) hierarquia supraconstitucional⁸; 2) hierarquia constitucional; 3) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 4) paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Destarte, o problema do conflito entre tratados internacionais e leis internas infraconstitucionais será resolvido de forma diversa em cada Estado, de acordo com o nível hierárquico que cada ordenamento atribua aos tratados.

⁵ A título de registro, essa mesma qualificação é expressamente consagrada nas Constituições francesa, holandesa e grega, conforme indicam André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros *apud* MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. **Revista Direito Público**, a. II, n. 8, abr./mai./jun. 2005, p. 80.

⁶ No sentido do texto, vide Celso de Albuquerque Mello *apud* MENDES, Gilmar. *Op. cit.*, p. 68.

⁷ Consoante classificação criada por Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 48, nota 25.

⁸ Exemplo dessa hipótese é a Constituição holandesa posterior à revisão de 1956, o qual permite, na presença de certas circunstâncias, que tratados internacionais derroguem seu próprio texto.

Imprimindo prevalência aos tratados sobre o direito interno infraconstitucional, temos os exemplos das constituições francesa de 1958 (art. 55), grega de 1975 (art. 28, §1º) e peruana de 1979 (art. 101). Neste caso, o tratado vai prevalecer sobre leis infraconstitucionais posteriores. Noutras Constituições, adota-se o tratamento paritário com as leis infraconstitucionais. Utiliza-se nessa hipótese o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) para definir se prevalecerá no caso concreto o tratado ou a lei.

O Brasil, segundo vem entendendo o STF desde 1977, enquadra-se na corrente que atribui paridade hierárquica entre tratados/convenções internacionais e a lei federal, corrente esta conhecida como monismo nacionalista moderado⁹.

4. POSICIONAMENTO DO STF QUANTO À QUESTÃO

Enfrentaremos, neste ponto, o tema central do trabalho, isto é, qual a posição hierárquica que o STF atribui aos tratados e convenções internacionais frente à Constituição Federal e às leis ordinárias.

4.1. ENTENDIMENTO DO STF ATÉ 1977

Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Com efeito, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional¹⁰. Tal situação, contudo, não prevaleceu após o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977.

4.2. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF APÓS O RE 80.004-SE, EM 1977

O hodiernamente clássico RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977), foi o *leading case* que veio modificar o ponto de vista

⁹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 113.

¹⁰ Nesse sentido, conferir: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 131.

anterior do STF. A partir de então, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, segundo o qual, tratados e convenções internacionais têm *status* de lei ordinária. Faz-se mister proceder-se à transcrição da doutrina de Francisco Rezek sobre o tema¹¹:

“De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

(...).

Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.”

Tratava-se de conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto nº 57.663 de 1966, e uma lei interna posterior, o Decreto-lei nº 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, ao final do julgamento, o Decreto-lei nº 427/69, valendo-se o STF da regra *lex posterior derogat priori*¹². A partir de então, passou a predominar na Suprema Corte a paridade entre lei interna e tratado internacional, com a utilização do critério cronológico – i.e., da regra *lex posterior derogat priori* – para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais.

¹¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 106-107.

¹² Para examinar o extenso inteiro teor do acórdão referido, consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004-SE**. Pleno. Decisão por maioria. Relator: Min. Cunha Peixoto. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/finmap?SEQ=17336&PROCESSO=8004&CLASSE=RE&ord_cas=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1083>. Acesso em: 08 dez. 2006.

O STF continua com esse mesmo entendimento até o momento atual. Na ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. em 04/09/1997), que tinha por objeto a Convenção nº 158 da OIT, o Pleno do STF decidiu que todos os tratados internacionais estão subordinados à CF, que tem irrestrita precedência hierárquica sobre eles. Há, portanto, uma relação de paridade normativa entre a lei ordinária e os tratados. Em eventual conflito entre leis e tratados, deve ser utilizado o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

Outros precedentes interessantes em que o Pleno do STF corroborou a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais são a Ext. 662-2/Peru, julgada em 28/11/1996, e a ADIn 1.347-DF, julgada em 05/09/1995, ambas relatadas pelo Min. Celso de Mello.

Portanto, para o STF, após 1977 e antes da EC nº 45, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) seriam recebidos como lei ordinária¹³, posição seguida pelo STJ¹⁴.

Por essa razão, entendeu o STF, no HC nº 72.131-RJ e no HC nº 75.306-RJ, que a prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária é constitucional. Nesses julgados, o Pleno do Excelso Pretório entendeu pela constitucionalidade da prisão referida, uma vez que o Pacto de San José de Costa Rica teria natureza geral em face das normas especiais previstas em lei ordinária sobre a prisão civil do depositário infiel. A propósito, foi a partir desses julgamentos que o STF passou a aceitar a adoção do critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*) para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais, uma vez que, antes desses julgados, adotava-se apenas o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*). Em suma, a partir do HC nº 72.131-RJ, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que nem todo tratado novo revoga lei anterior que com ele conflite. Exige-se que além de novo, esteja o tratado apto a revogar a lei anterior, e isso apenas acontece quando ambas as

¹³ O entendimento do STF, de que os tratados, uma vez recepcionados, têm *status* de lei ordinária, é bem demonstrado na lição de Carlos Mário da Silva Velloso. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro-RJ: Renovar, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.

¹⁴ Conforme nos informa Carlos Henrique Gasparoto, que indica como fundamento de sua afirmação os julgados proferidos pela Terceira Turma do STJ, no REsp 74.376-RJ e no REsp 58.736-MG. Ver GASPAROTO, Carlos Henrique. Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca-SP, a. 8, n. 14, 1º semestre 2005.

espécies normativas sejam gerais ou ambas sejam especiais. É o primado da *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral.

Necessário esclarecer que o entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b”, em que está disposto que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Nesse sentido, observe-se o afirmado por Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, cujas lições transcrevo a seguir:

“Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, “b” do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional.”¹⁵

“Assim é que, quando a Carta de 1988 diz competir ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, *quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*, estaria ela igualando em mesmo grau de hierarquia os dois diplomas legalmente vigentes.”¹⁶ (grifos no original)

Assim, a interpretação destes doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa “ou” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado internacional de caráter geral encontram-se num mesmo patamar hierárquico. Destaco, no entanto, que, enquanto Flávia Piovesan adota tal posicionamento, Valério Mazzuoli apenas refere ser essa a opinião do STF e de outros doutrinadores, com a qual manifesta sua discordância, uma vez que entende que os tratados internacionais têm caráter infraconstitucional, mas supralegal, situando-se em um nível hierárquico intermediário, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, como veremos adiante.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 114.

5. CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO DO STF

A crítica principal à paridade normativa instaurada após o julgamento do RE 80.004-SE funda-se nas conseqüências danosas que o descumprimento do tratado, com a chancela do STF, traz para o Estado no plano internacional, revelando um desrespeito e desconsideração em relação aos acordos feitos voluntariamente com os demais Estados-contratantes. Nesse diapasão, transcrevo a abalizada lição de Flávia Piovesan¹⁷:

“Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de fazer parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.”

Ademais, se o Congresso Nacional confere sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. É a teoria do *venire contra factum proprium non valet*, plenamente aplicável

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 83-84.

nessa seara, segundo a qual não se pode ir contra um fato praticado por si próprio, sob pena de prática de má-fé internacional.

Até porque, como afirma Valério Mazzuoli¹⁸:

“Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Qual o valor de um tratado se por meio de lei interna se pudesse deixar de aplicá-lo?

(...).

Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. Pensar de outra forma seria admitir o absurdo.”

Por fim, cabe acrescentar ao tema a lição de Mirtô Fraga, *in verbis*¹⁹:

“Afirmar, como muitos, que o Poder Executivo não pode, pela celebração do tratado, limitar a competência e a liberdade do Poder Legislativo seria válido, se ocorresse no século XVIII. (...) A manifestação obrigatória do Poder Legislativo sobre os tratados assinados pelo Chefe de Estado surgiu, justamente, como resultado da democratização do poder. Na época atual, admitir-se possa o Legislativo, por lei, contrariar o tratado, que aprovou, é, em suma, reconhecer o predomínio das Assembléias, em franca oposição a dispositivo constitucional que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado, se não há, para tanto, expressa autorização da Lei Maior.”

Assim, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e a sua ratificação pelo Presidente da República, devem os três Poderes cumprir a parte que lhes cabe no processo, nomeadamente: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias à concretização do tratado, abstando-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentar os

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001, p. 115.

¹⁹ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 83-84.

tratados e cumpri-los no que lhe competir; ao Judiciário, por sua vez, incumbe o papel de aplicar os tratados internamente, bem como as leis e os regulamentos que lhe dão concretude, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrários.

Por essas razões, Mazzuoli criou a seguinte posição crítica – com a qual concordamos – em face do entendimento do STF²⁰:

“os tratados internacionais ratificados pelo Brasil situam-se em um nível hierárquico intermediário: estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais”.

6. REFLEXÕES SOBRE O §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como afirmado adrede, a Reforma do Poder Judiciário incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988, *ad litteram*:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos **que forem aprovados**, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (grifos nossos)

Observa-se logo na primeira leitura do dispositivo constitucional referido, que o processo legislativo nele previsto é idêntico ao processo legislativo das emendas constitucionais²¹.

O dispositivo dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “que forem aprovados”, referindo-se a um tempo futuro. E como fica a situação dos tratados antigos? Outra questão: é possível aprovar um tratado sobre direitos humanos por um quorum menor do que 3/5 (três quintos) e ter hierarquia de lei ordinária ou é imprescindível a aprovação pelo quorum de

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 118.

²¹ Hudson Luís Viana Bezerra chama atenção para esse fato. BEZERRA, Hudson Luís Viana. Classificação dos Tratados e Convenções no Ordenamento Jurídico Brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo-SP, n. 9, v. I, p. 349, 1ª quinzena de mai. 2006.

3/5? Esses questionamentos estão gerando uma grande polêmica doutrinária, que em breve chegará ao STF. Vejamos.

Alexandre de Moraes²² entende que a Emenda Constitucional nº 45 concede ao Congresso, somente na hipótese de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, a possibilidade de incorporação com *status* ordinário (com base no art. 49, inciso I, da CF) ou com *status* constitucional (com espeque no §3º do art. 5º da CF/88), caso se adote, respectivamente, o quorum normal ou o quorum de emenda constitucional.

Então, para o referido autor, a regra é que os tratados de direitos humanos sejam recebidos como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese de aprovação com o quorum qualificado do art. 5º, §3º, o que, faz-se mister dizer, será uma opção discricionária do Congresso Nacional. É o que se depreende de sua lição, a seguir transcrita²³:

“As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando prevêm normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*, salvo na hipótese do §3º, do artigo 5º, pelo qual a EC nº 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

(...).

A opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I, ou do §3º do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional”.

Esse também é o entendimento de José Levi Mello do Amaral Júnior²⁴. Inclusive, esse último autor acrescenta que, em função do caráter disjuntivo do

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 460.

²³ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 461-462.

²⁴ Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 39, mar. 2005.

novo dispositivo constitucional, não há que se cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes. Segundo ele, nada impede que um tratado já recepcionado antes da EC nº 45 seja novamente deliberado na forma do §3º do art. 5º, passando a ter *status* constitucional. Transcrevo o entendimento supra-referido²⁵:

“O §3º do artigo 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo. Claro: nada impede que um tratado, já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do §3º do artigo 5º combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando, então, a ter *status* constitucional. Em função do caráter *alternativo* do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes.”

7. O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Faz-se mister frisar-se que, para o STF, após 1977 e antes da EC nº 45, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) são recebidos como lei ordinária.

Por esse motivo, o STF entendeu, nos HC's 72131-RJ, 73.044-SP e 75306-RJ, dentre outros, que a prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária é constitucional. Nesses julgados, o Pleno do STF entendeu pela constitucionalidade da prisão referida, uma vez que o Pacto de San José de Costa Rica teria natureza geral em face das normas especiais previstas em lei ordinária sobre a prisão civil do depositário infiel.

Relevante observar-se que o Ministro aposentado Carlos Mário da Silva Velloso já sustentava que²⁶:

²⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Op. cit.*, p. 39.

²⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Seminário “O Direito na era da globalização: tratados internacionais na ordem jurídica”. Palestra proferida em 12.05.2003, em São Paulo-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, na Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Harvard Law School Association do Brasil.

“No caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado §2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese.”

Na verdade, quanto ao Pacto de San José de Costa Rica, há duas correntes no momento atual: 1) a convenção possui natureza de lei ordinária, uma vez que não houve os requisitos de aprovação de emenda constitucional, previstos no art. 5º, §3º, da CF, e o pacto é anterior à vigência da EC nº 45; 2) a convenção possui natureza jurídica de emenda constitucional, pois trata de direitos humanos, e a questão do preenchimento do quorum qualificado não é relevante, uma vez que tal processo legislativo inexistia à época da aprovação do pacto. O raciocínio, para essa corrente, deve ser o mesmo que se aplicou ao CTN e à CLT, que foram alçados à condição de leis complementares, mesmo sem votação com quorum de lei complementar²⁷. O autor que indica as duas correntes existentes é Hudson Luís Viana Bezerra, que, no entanto, não se vincula a nenhuma das duas²⁸.

O antigo entendimento do STF sobre o Pacto de San José da Costa Rica está sendo superado agora na votação do RE 466.343/SP (Rel. Min. Cezar Peluso). No recente informativo nº 449 do STF consta que sete Ministros já votaram pela inconstitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária. O Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando que “os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel”²⁹. Votaram com o relator os

²⁷ Como será adiante explicado, o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP foi nesse sentido.

²⁸ BEZERRA, Hudson Luís Viana. *Op. cit.*, p. 348.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. **Informativo do STF nº 449**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, sendo que o processo encontra-se atualmente com vista ao Min. Celso de Mello.

A propósito, acresça-se que, caso a corte brasileira determine pela inobservância do conteúdo de tratado internacional, há a possibilidade de a parte interessada corrigir o imbróglio e reaver seu direito via decisões arbitrais ou de cortes internacionais, as quais, segundo interpretação do art. 105, I, alínea “i”, da CF, não demandam homologação por parte do STF ou STJ para a execução das ordens manifestadas.

8. CONCLUSÃO

Por fim, enumeremos as conclusões atingidas no presente trabalho:

- 1) o RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977), foi o *leading case* que veio modificar o ponto de vista anterior do STF. A partir de então, o Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, segundo o qual tratados e convenções internacionais possuem *status* de lei ordinária, devendo os conflitos entre ambos serem resolvidos através do critério cronológico combinado com o da especialidade (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*), ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral;
- 2) a crítica principal à paridade normativa instaurada após o julgamento do RE 80.004-SE funda-se nas conseqüências danosas que o descumprimento do tratado, com a chancela do STF, traz para o Estado no plano internacional, revelando um desrespeito e desconsideração em relação aos acordos feitos voluntariamente com os demais Estados-contratantes. Ademais, se o Congresso Nacional confere sua aquiescência ao conteúdo do compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está impedido de editar normas posteriores que o contradigam. É a teoria do *venire contra factum proprium non valet*, plenamente aplicável nessa seara, segundo a qual não se pode ir contra um fato praticado por si próprio, sob pena de prática de má-fé internacional;
- 3) o §3º do art. 5º da CF/88 dispõe sobre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “que forem aprovados”. Discu-

te-se se é possível aprovar um tratado sobre direitos humanos por um quorum menor do que 3/5 (três quintos) e ter hierarquia de lei ordinária ou é imprescindível a aprovação pelo quorum de 3/5. Essa questão está gerando uma grande polêmica doutrinária e já há voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP (Relator o Min. Cezar Peluso), entendendo que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, sejam eles posteriores ou anteriores à EC nº 45/04, como o Pacto de San José da Costa Rica, apreciado no indigitado julgado;

- 4) os tratados internacionais possuem forma própria de revogação, qual seja, a denúncia, não se podendo defender que a legislação interna, pelo critério cronológico ou da especialidade, tem poder para revogar ou derogar tratado internacional.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a Reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, ano IX, n. 197, p. 38-39, mar. 2005.
- ARAÚJO, Nádia de. A Internalização dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e a Ausência de Regulamentação Constitucional. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro-RJ, v. XV, p. 1-15, 2005.
- ARIOSI, Mariângela F. Conflito entre tratados internacionais e leis internas: a opção do Judiciário brasileiro e as possíveis tendências frente aos movimentos de cooperação regional e globalização das relações internacionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro-RJ, v. 344, p. 497-505, out./nov./dez. 1998.
- BARBOSA, Salomão Almeida. O Poder de celebrar Tratados no Direito Positivo Brasileiro – a experiência prática do Brasil. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo-SP, n. 20, v. I, p. 746-752, 2ª quinzena de out. 2004.
- BEZERRA, Hudson Luís Viana. Classificação dos Tratados e Convenções no Ordenamento Jurídico Brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo-SP, n. 9, v. I, p. 348-350, 1ª quinzena de mai. 2006.

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 238.842-RN (2000.05.00.057989-2). Primeira Turma. Decisão unânime. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Origem: 5ª Vara Federal-RN. Recife, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2002/03/200005000579892_20020313.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004-SE**. Pleno. Decisão por maioria. Relator: Min. Cunha Peixoto. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=175365&PROCESSO=80004&CLASSE=RE&cod_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1083>. Acesso em: 08 dez. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. **Informativo do STF nº 449**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.
- DUARTE, Leonardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 41, p. 69- 96.
- FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo-SP, v. 4, n. 4, p. 619-641, jul./dez. 2004.
- FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GASPAROTO, Carlos Henrique. Controle de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca-SP, a. 8, n. 14, 1º semestre 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 14, p. 112-120, mai./ago. 2001.

- _____. **Direito Internacional:** Tratados e Direito Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- _____. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, a. 2. n. 13, p. 32-50, jan. 2001.
- MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. **Revista Direito Público**, n. 8, p. 54-91, abr./mai./jun. 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF: Senado Federal, a. 33, n. 130, 1996.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 43, p. 7- 30.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro-RJ: Renovar, n. 229, p. 5-25, jul./set. 2002.
- _____. **Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Seminário “O Direito na era da globalização: tratados internacionais na ordem jurídica”. Palestra proferida em 12.05.2003, em São Paulo-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, na Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Harvard Law School Association do Brasil.

A CAPACIDADE DO ESTADO-MEMBRO DA FEDERAÇÃO PARA CELEBRAR TRATADOS INTERNACIONAIS

Luciana Santos Pontes de Miranda

Procuradora Estadual

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Capacidade para celebrar tratados internacionais; 3. O Estado no cenário jurídico internacional; 4. Federação e princípio da subsidiariedade; 5. A paradiplomacia como alternativa; 6. A paradiplomacia institucionalizada. 6.1. Alemanha; 6.2. Áustria; 6.3. Bélgica; 6.4. Suíça; 6.5. Argentina; 7. A paradiplomacia não institucionalizada; 8. A atividade paradiplomática no Brasil; 9. Conclusão; 10. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A contingência da noção de sujeito de direito internacional, a revisão do conceito de soberania e a necessidade de atender aos anseios de comunidades locais/regionais em busca de uma posição na sociedade global, tornam insuficiente a tradicional concentração do exercício das relações internacionais pelos governos centrais.

O objetivo do presente trabalho é contribuir para a compreensão das conexões entre a dimensão federativa do Estado e a atribuição de capacidade para celebrar tratados internacionais, analisando, em especial, o caso brasileiro.

Para tanto, desenvolver-se-á, primeiramente, um estudo sobre a capacidade internacional, com a posterior análise da inserção do Estado como sujeito de direito.

Em seguida, será procedido exame da forma federativa de Estado, e dos problemas enfrentados pelos Estados-membros e município na efetivação de suas políticas sociais, para então se referir ao fenômeno da paradiplomacia.

Após breve menção à existência da paradiplomacia institucionalizada, e de alguns Estados em que assim se manifesta, observar-se-á o caráter extradogmático do fenômeno em outros países.

Por fim, com observação mais detida de sua ocorrência no Brasil, serão apresentadas conclusões sobre sua incidência e disciplina.

2. CAPACIDADE PARA CELEBRAR TRATADOS INTERNACIONAIS

Tratado internacional, consoante a lição de Francisco Rezek, “é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”¹ (*grifou-se*).

Nessa linha de pensamento, as partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público, a saber, os Estados soberanos (aos quais de equipara a Santa Sé) e as organizações internacionais, conforme a doutrina tradicional².

Entretanto, deve-se ter em vista que o direito é manifestação da vida social. Desta forma, o Direito Internacional de hoje corresponde a uma determinada sociedade internacional, que se encontra em constante transformação.

Nesse contexto, Celso de Albuquerque Mello afirma que a noção de sujeito de direito internacional apresenta uma dimensão histórica, uma sociológica e uma lógico-jurídica³.

Conforme a perspectiva sociológica, inexistem sujeitos de direito *a priori*, devendo-se sempre observar quais os poderes decisórios na vida internacional em um determinado momento histórico. Assim, sujeitos de direito são as forças sociais realmente influentes e atuantes no cenário internacional.

Por outro lado, sob a dimensão histórica, constata-se a efetiva alteração da composição da sociedade internacional ao longo da história.

Por fim, a dimensão lógico-jurídica se caracteriza pela circunstância de que não pode haver ordem jurídica sem destinatários, uma vez que a norma jurídica deve se dirigir sempre a um ente.

¹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

² REZEK, José Francisco. *Op. Cit.*, p. 17-18.

³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol. I, 15. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 346-347.

Destarte, enquanto em Roma o *jus gentium* orientava suas normas mais ao indivíduo que ao Estado, no período medieval a comunidade política ingressa no plano jurídico internacional de forma definitiva.

Na verdade, conforme ressalta Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, a ordem internacional européia, entre o final do século XV e as últimas décadas do século XVIII, foi essencialmente um sistema de poderes monárquicos absolutos, tendo o Direito Internacional por sujeitos os reis e não os Estados⁴.

William Blackstone, em seus *Commentaries on the Laws of England* (1761), afirmou que:

Também é prerrogativa do Rei fazer tratados, ligas e alianças com Estados e Príncipes estrangeiros. Segundo o Direito das Nações, é essencial para a excelência de uma liga que ela seja efetuada pelo poder soberano; só então obrigará a comunidade inteira: e, na Inglaterra, o poder soberano, **quoad hoc**, é conferido à pessoa do Rei⁵.

Pode-se afirmar, então, que, até o início da Revolução Francesa, a Europa era governada por monarcas, que incluíam a condução da política externa entre seus privilégios pessoais. Essa personalização era tão evidenciada, que em alguns casos a vigência dos acordos era condicionada ao tempo de vida dos monarcas responsáveis por sua celebração.

Neste ponto, oportuno distinguir, como o faz Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros⁶, a capacidade para a celebração dos tratados (*treaty-making capacity*), um dos predicados da capacidade internacional, da competência dos poderes constituídos do Estado para formar e declarar a vontade do Estado de assumir compromissos internacionais (*treaty-making power*)⁷.

⁴ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 27.

⁵ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England apud* MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Op. Cit., p. 28.

⁶ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Op. Cit., p. 136.

⁷ Nesse mesmo sentido, cf. José Francisco Rezek (*Op. Cit.*, p. 34-35): “Tanto quanto possível convém evitar o uso da expressão inglesa ‘treaty-making power’, já que não oferece segurança conceitual à altura de sua popularidade, visto que experimentada, às vezes em doutrina, e freqüentemente em linguagem diplomática, para significar três coisas diversas. Num primeiro extremo, cuida-se da capacidade que têm

Durante o Antigo Regime, vigorou a confusão entre as duas noções, decorrente, sobretudo, da vinculação da idéia de capacidade internacional ao predicado da soberania, e da inserção da competência para celebrar os tratados dentre os privilégios pessoais do soberano.

Somente com a divulgação da obra de Samuel Von Pufendorf (*De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* – 1672), a doutrina passou a qualificar claramente a *treaty-making capacity*.

Destarte, conforme ensina Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros,

Pufendorf teve o mérito de demonstrar a natureza específica da capacidade para celebrar tratados, como componente essencial do poder exterior do Soberano.

Seguindo os passos de Hobbes, insistiu Pufendorf na necessidade de um governo com dos os poderes soberanos concentrados em torno de uma só autoridade.

Entre tais poderes soberanos, inseriu a *potestas belli et pacis, idemque foederum feriendorum* (faculdade de fazer a guerra e celebrar a paz, bem como de concluir tratados).

Assim, a partir da monumental obra de Pufendorf, os juristas passaram a separar a faculdade de celebrar tratados (*potestas foederum feriendo-rum*) da faculdade do Soberano para fazer a guerra e celebrar a paz (*potestas belli et pacis*)⁸.

os Estados, e outras personalidades jurídicas de direito das gentes, para convencionar sob o pálio desse mesmo direito: a República do Peru e a Comunidade Econômica Européia ostentam o ‘treaty-making power’, não possuído pelas unidades federadas do Arizona ou da Bahia, nem pela Ordem de Malta, nem pela United Fruit Corporation; e ficando casos como o da Organização de Libertação da Palestina a critério de cada co-pactuante potencial. No extremo oposto, trata-se da competência que pode revestir certo servidor do Estado para falar externamente em seu nome, comprometendo-o: neste sentido diz-se, por exemplo, que o presidente do conselho de ministros detém o ‘treaty-making power’ independentemente da apresentação de uma carta de plenos poderes. O emprego correto da expressão há de corresponder, todavia, a um plano intermediário, primordialmente afeto à ordem jurídica do Estado. A pesquisa lógica do ‘treaty-making power’ não consiste, sob este prisma exato, em saber se o objeto de análise é ou não uma personalidade jurídica internacional, hábil para concluir tratados; e menos ainda em determinar quais as pessoas que falam em seu nome nos foros exteriores. Consiste, sim, em investigar o processo de formação da vontade do Estado quando ao comprometimento externo, e tem por domínio, em razão disso, o seu direito constitucional. O ‘treaty-making power’ é, dessarte, aquela competência que a ordem jurídica própria a cada Estado costuma partilhar entre o governo e o Parlamento. Não é uma competência negocial: é o poder de determinar, em definitivo, a disposição do Estado em relação ao compromisso. Este o sentido do ‘treaty-making power’ nas obras clássicas de Hans Blix e Paul de Vischer, como ainda em O’Connell (p. 219-220) e Rousseau (p. 33 e s.)”.

⁸ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Op. Cit.*, p. 140.

Assim, não possuindo vontade própria, os Estados, dotados da capacidade internacional, manifestam-se por meio de órgãos, investidos, por sua vez, de competência para celebrar tratados ou acordos externos.

A confusão da capacidade e da competência na pessoa do soberano, entretanto, sofreu golpe decisivo com a declaração de independência dos Estados Unidos da América (1776), que proclamou o direito dos povos de dispor de si mesmos, substituindo o princípio da legitimidade dinástica pelo da legitimidade democrática, com o posterior respaldo da Revolução Francesa (1789)⁹.

A capacidade para a celebração de tratados passou, destarte, a ser prerrogativa dos Estados, que consubstanciavam a autoridade suprema em torno da qual se organizava o povo.

Por outro lado, a história registrou, ao longo do tempo, um incremento do papel monopolizador da figura estatal no mundo jurídico internacional, que “acabou por se reduzir, no século XIX, a uma ‘aristocracia de Estados’”, com a exclusão do indivíduo ou outros sujeitos de direito internacional, conforme anotou Celso de Albuquerque Mello¹⁰

Com efeito, consoante a observação de Celso Lafer, o Tratado de Westfália (1648)

representou a consolidação de uma ordem mundial constituída exclusivamente pelos governos de estados soberanos. Estes teriam liberdade absoluta para governar um espaço nacional – podendo entrar em acordos voluntários – tratados – para regular as relações externas e intraconexões de variados tipos¹¹.

Não obstante, conforme acentuado pelo próprio ex-chanceler, verificasse a corrosão dos paradigmas da Lógica de Westfália,

motivada, precipuamente, pela tensão entre a igualdade na teoria e a desigualdade de fato, o que se aprofunda, ainda mais, em razão de dois

⁹ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Op. Cit.*, p. 190.

¹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 347.

¹¹ BARBOSA, Salomão Almeida Barbosa. **O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro: a experiência prática do Brasil**. Disponível em <<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/Artigo%20Salomao%20Almeida%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 08 out. 2006.

fenômenos que abalam o conceito tradicional de soberania: a necessidade da cooperação intergovernamental e o transnacionalismo, aqui entendido como aquele conjunto de relações que não transitam necessariamente pelos canais diplomáticos do Estado, mas que têm o poder de influir nas sociedades (cf. LAFER, 1982, p. 71-83)¹²

Assim, a sociedade internacional se deparou, especialmente a partir das primeiras décadas do século XX, com uma nova modalidade de sujeito de direitos e obrigações: as organizações internacionais¹³.

Nesse contexto, a sociedade internacional do século XX foi marcada por uma profunda transformação, com a redução do domínio reservado aos Estados, o retorno do homem ao cenário internacional como destinatário de direitos e deveres, e, sobretudo, o fortalecimento das organizações internacionais, que assumem o papel de um dos principais e mais atuantes sujeitos no cenário jurídico internacional.

Oportuno transcrever, neste ponto, a análise de Francisco Rezek, *in verbis*:

Sujeitos de direito internacional público – ou pessoas jurídicas de direito internacional público – são os *Estados soberanos* (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as *organizações internacionais*. Aí não vai uma verdade eterna, senão uma dedução segura daquilo que nos mostra a cena internacional contemporânea. Não faz muito tempo, essa qualidade era própria dos Estados, e deles exclusiva. Hoje, é certo que

¹² BARBOSA, Salomão Almeida Barbosa. *Op. Cit.*

¹³ Conforme observa Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (*Op. Cit.*, p. 190), “hoje, está assentado que as organizações possuem personalidade internacional e, portanto, capacidade para celebrar tratados, mas essa capacidade é limitada pelos propósitos e funções das próprias organizações, previstas em seus respectivos tratados constitutivos, ou nas decisões de seus órgãos, uma vez que os referidos tratados não podem tudo prever.

Evidentemente, a capacidade para celebrar tratados das organizações e dos Estados não tem a mesma amplitude.

Os Estados, sujeitos primordiais do Direito Internacional, podem celebrar tratados de toda a índole, enquanto as organizações só podem celebrar aqueles tratados que forem necessários para a consecução das suas finalidades específicas.

As diferenças entre a capacidade dos Estados e a das organizações internacionais ficam evidenciadas até pela elaboração recente, sob a égide da ONU, de suas convenções distintas sobre o Direito dos Tratados: a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969 (só se aplica aos tratados entre Estados); e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 21 de maio de 1986”.

outras entidades, carentes de base territorial e de dimensão demográfica, ostentam também a personalidade jurídica de direito das gentes, porque habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação *imediate e direta* com aquele corpo de normas. A era das organizações internacionais trouxe à mente dos cultores dessa disciplina uma reflexão já experimentada noutras áreas: os sujeitos de direito, num determinado sistema jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades¹⁴.

Assim, constatou-se a existência de certos problemas cuja solução não se efetivaria somente com a atuação do Estado, demandando auxílio de outros atores da sociedade internacional. Por esta razão, conforme observa Celso de Albuquerque Mello¹⁵, a época atual caracteriza-se pelo **associacionismo internacional**, que se manifesta não apenas com a criação de organizações intergovernamentais, mas igualmente com a formação de entidades não-governamentais, falando-se, inclusive, no surgimento de uma paradiplomacia.

3. O ESTADO NO CENÁRIO JURÍDICO INTERNACIONAL

Cabe indagar, neste ponto, que Estado pode ser considerado sujeito de direito internacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, em seu art. 6º, prescreve que “todo Estado tem capacidade para concluir tratados”.

Ora, afirma-se ser originária a personalidade jurídica do Estado no direito internacional, e derivada a das organizações internacionais. Com efeito, conforme observa José Francisco Rezek, além de sua precedência histórica, o Estado é “uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de indivíduos”¹⁶. A organização internacional, por sua vez, não possui essa dupla dimensão material, caracterizando-se como uma formação decorrente da vontade conjugada dos Estados que a compõem.

¹⁴ REZEK, José Francisco. *Op. Cit.*, p. 145

¹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁶ REZEK, José Francisco. *Op. Cit.*, p. 145.

Não obstante, os elementos território, população e governo são insuficientes para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de Direito Internacional, uma vez que sua presença pode ser verificada em outras circunscrições administrativas (províncias, municípios etc.). Exige-se, pois, a soberania, consoante o ensinamento de José Francisco Rezek:

Identificamos o Estado quando o seu governo – ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições – não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores¹⁷.

Ressalte-se, por oportuno, que atualmente a soberania não deve ser entendida em sentido absoluto, como ausência de subordinação a qualquer outra esfera de poder. Assim, o Estado soberano não é aquele que detém poder incondicionado, mas sim o que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional.

Os Estados soberanos, quanto à sua estrutura, podem ser classificados em simples ou compostos¹⁸. Os Estados simples constituem um todo homogêneo e indivisível, sem divisão de autonomias no tocante às relações internas.

De outro lado, colocam-se os Estados compostos por coordenação ou por subordinação. No primeiro grupo se enquadram os constituídos pela associação de Estados soberanos ou pela associação de unidades estatais que, em pé de igualdade, conservam apenas uma autonomia de ordem interna, restando o poder soberano investido em um órgão central, como é o caso da união pessoal, da união real, da confederação e da união federal.

¹⁷ REZEK, José Francisco. *Op. Cit.*, p. 216.

¹⁸ SILVA, G. E. Nascimento e & ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 70-74.

Na segunda categoria, hoje inexistente, inseriam-se as uniões de Estados em que os integrantes não se achavam em pé de igualdade, não apresentavam plena autonomia, ou se achavam despidos do gozo de determinados direitos, conferidos a outros. Era o caso dos Estados vassallos, protetorados ou clientes.

Conforme visto anteriormente, o Estado é dotado de soberania quando inexistente qualquer ente interposto em sua relação com a ordem jurídica internacional. Sob essa perspectiva, os chamados Estados-membros das federações ou confederações não podem ser considerados soberanos, uma vez que se encontram subordinados a uma ordem central.

Desta forma, gozam os Estados-membros (e no caso do Brasil, os Municípios) de autonomia, consubstanciada no poder de autodeterminação, exercido de forma independente, porém dentro das limitações impostas por lei estatal superior.

Ora, seguindo a concepção tradicional acerca da capacidade para celebrar tratados internacionais, aos Estados e Municípios, carentes de soberania, seria negado o *jus tractuum*, atribuído somente à unidade consubstanciada no Estado soberano, representado, no cenário internacional, pela União¹⁹. Tal negativa, entretanto, é destituída de fundamento, conforme será visto a seguir.

4. FEDERAÇÃO E PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Com o advento do Estado social, fortaleceu-se a assunção de atividades econômicas e sociais pela Administração. O Estado intervencionista se empenhou no controle do processo produtivo, visando à distribuição dos bens sociais. Tal postura, todavia, mostrou-se ineficiente após algum tempo.

Com efeito, o Estado, diante da escassez de recursos e da diversidade de interesses da população, enfrenta sérias dificuldades para alcançar o bem-estar social, sobretudo em razão do fortalecimento de uma estrutura de poder centralizada, burocratizada e hierarquizada.

Tais falhas acabam por gerar espaço para a atuação de outros entes (organizações não-governamentais, entidades religiosas, associações comunitárias,

¹⁹ Ressalte-se, por oportuno, como o fez Carlos Alberto Simões de Tomaz, que a União não é soberana. Na verdade, a soberania é atributo do Estado federal, podendo-se tributar esse equívoco ao fato de que, nas federações, está resguardada à União (governo central) a competência internacional, como o fez a Constituição Brasileira, em seu art. 21, incisos I a IV (TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Alopoiese das relações internacionais**. Validação de procedimentos extradogmáticos em decorrência de novos paradigmas nas concepções de Direito e de Soberania. Disponível em http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/CarlosAlbertoSimoes_DissertacaoFinal.pdf#search=%22legitimidade%20celebra%C3%A7%C3%A3o%20tratados%20internacionais%22%22. Acesso em 08 out. 2006, p. 79-80).

empresas, organizações da sociedade civil etc.), mais próximos e, por isso, mais identificados com as necessidades locais e regionais.

Fala-se, então, em um princípio da subsidiariedade, assim referido por Carlos Alberto Simões de Tomaz:

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade.

(...)

Obviamente, o florescimento do princípio da subsidiariedade pressupõe um espaço público alçado no pluralismo político, onde o Estado passa a densificar, coordenar e viabilizar os interesses dos variados segmentos. Isso significa que o Estado transforma-se em propulsor de uma liberdade-participação contrafática da antiga liberdade-autonomia do liberalismo, o que adquire conotação sob o influxo da versão democrática.

(...)

Nessa linha, a expansão do poder ascendente, sem dúvida, processa-se em maior extensão numa federação, onde deixando o poder político mais próximo da realidade local, enseja tomada de decisão com maior rapidez, além de erigida, sem dúvida, num maior conhecimento da situação²⁰.

Destarte, o mencionado princípio consubstancia não só a transferência de atividades do Estado para a sociedade civil, mas também do governo central para a administração pública local/regional, consoante ressaltou Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo:

O conteúdo essencial do princípio está em que uma entidade superior não deverá realizar os interesses da coletividade quando ela tiver meios de supri-los, por si mesma, de maneira mais eficaz. E, numa perspectiva positiva, que a subsidiariedade apenas autorizará o ente maior a atuar nas matérias que não possam ser assumidas de maneira mais adequada pelos grupos sociais menores.

A subsidiariedade traz em si a idéia de supremacia da sociedade (10) sobre o Estado, tomando-se como referência um poder público situado no topo do processo decisório. A esse último, na distribuição política e social das Competências, caberá a missão de encorajar, estimular, co-

²⁰ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Op. Cit.*, p. 81-83.

ordenar e, somente em último caso, substituir a ação dos indivíduos e dos grupos²¹.

5. A PARADIPLOMACIA COMO ALTERNATIVA

Nesse contexto, insere-se a paradiplomacia como uma das práticas alternativas que permitem uma releitura do Estado, objetivando promover melhor interação entre a esfera de poder central e o regional/local, bem como uma maior efetivação das políticas sociais.

Sob essa perspectiva, a paradiplomacia (diplomacia não central, relações internacionais de entes sub-estatais ou diplomacia paralela) consiste no irrompimento de relações internacionais por governos locais ou regionais, que buscam implementar de forma mais efetiva suas políticas sociais, diante da impotência dos governos centrais²², constituindo, como ressalta Carlos Alberto Simões de Tomaz, em uma “opção para a resistência diplomática”²³.

A expressão, noticia José Vicente da Silva Lessa²⁴, “foi trazida ao centro do debate acadêmico pelo basco Panayotis Soldatos para designar a atividade diplomática desenvolvida entre entidades políticas não-centrais situadas em diferentes Estados”.

Tradicionalmente, o exercício das relações internacionais se restringia aos governos centrais. Entretanto, a partir das últimas duas décadas do século XX,

²¹ TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 46, n. 1, 2005, Disponível em <http://gi.fd.ul.pt/biblioteca/revista_fdl/XLVI-1-P.%20169%20a%20214.pdf>. Acesso em 28 jan. 2007, p. 172.

²² Carlos Alberto Simões de Tomaz (*Op. Cit.*, p. 12) se refere, inclusive, a uma paradiplomacia judiciária, que consistiria na “possibilidade de relacionamento visando à prática de atos processuais entre órgãos judiciários locais sem o crivo do órgão judiciário central e sem intermediação da Chancelaria do Estado”.

²³ Segundo esse autor, “(...) o implemento do princípio da subsidiariedade tornou-se pedra angular para a institucionalização da paradiplomacia e nas federações modernas tem invertido a tendência antidemocrática da ordenação do poder do vértice para a base, permitindo se divisar um novo paradigma na concepção do Estado federal quando, a par do contorno constitucional tradicionalmente delineado na esfera da competência internacional, propugna pela possibilidade de governos não-centrais irromperem relações internacionais ao escopo de implementar suas políticas públicas suprimindo a escassez de disponibilidade financeira, o que, observe-se, não se perfaz apenas mediante financiamentos externos, mas igualmente por meio de acordos de cooperação científica e cultural, de troca de experiências, de aperfeiçoamento de recursos humanos, entre outros” (*Op. Cit.*, p. 84).

²⁴ LESSA, José Vicente da Silva. A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais. In: XLIV Cursos de Altos Estudos. Brasília: Ministério das Relações Exteriores (Instituto Rio Branco), 2002 apud TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Op. Cit.*, p. 77

os governos locais ou regionais iniciaram uma série de contatos com outros governos não centrais, e inclusive com governos soberanos de outros Estados. A prática se fortaleceu, sobretudo, na região Basca (Espanha) e na Baviera (Alemanha), difundindo-se, então, para o resto do mundo.

O fenômeno, entretanto, não é tão recente. Segundo dados do Instituto de *Ciencias Políticas, Sociales y Económicas para el Desarrollo Bonaerense – INDEB*²⁵, dentre as regiões de maior êxito na cooperação binacional, destaca-se o Distrito de Steinfurt, região fronteira entre Alemanha e Holanda, em que a celebração de tratados ocorre há mais de quarenta anos, oriunda da necessidade de integrar as regiões naturais que se encontravam isoladas por limites nacionais, e visando à flexibilização dos acordos referentes ao mercado de aço e carvão.

Conforme noticia José Francisco Rezek²⁶, em razão de situações desse tipo, a Comissão do Direito Internacional havia projetado, para a conferência de Viena sobre o direito dos tratados, um dispositivo assim concebido: “Estados membros de uma união federal podem possuir capacidade para concluir tratados se tal capacidade for admitida pela constituição federal, e dentro dos limites nela indicados”.

Não obstante, o referido texto, que seria o §2º do art. 5º, foi afastado na sessão de 1969, após debates que evidenciaram certa indiferença dos Estados unitários acerca da questão. Com efeito, à exceção do grupo soviético, as demais federações (aí incluídas a Alemanha e a Suíça) contestaram a conveniência de que a Convenção expressisse semelhante norma.

Colacione-se, por oportuno, trecho do pronunciamento emitido na ocasião pelo Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, então representante da delegação brasileira, para quem era como Estados a título pleno, e não como estados-membros, que as repúblicas socialistas soviéticas da Ucrânia e da Bielo-Rússia vinham exercitando o relacionamento internacional, afigurando-se

“inconcebível que um país que já havia assinado a Carta das Nações Unidas, e participava de conferências internacionais em pé de igualdade

²⁵ Instituto de Ciencias Políticas y Sociales para el Desarrollo Bonaerense. Investigaciones. Los nuevos ejes de la discusión regional. Disponível em <<http://www.indeb.com.ar/investigacion01b.htm>>, Acesso em 17 jan. 2007.

²⁶ REZEK, José Francisco. Op. Cit., p. 225.

com os demais Estados, pudesse ser considerado como componente de uma união federal (...) com direitos limitados. Províncias ou unidades de uma união federal não podem ser membros de organizações internacionais ou assinar tratados”²⁷.

Tal conclusão, entretanto, não constituiu óbice ao exercício da paradiplomacia, conforme será visto a seguir.

6. A PARADIPLOMACIA INSTITUCIONALIZADA

Atentos às circunstâncias antes referidas, alguns Estados já consagraram em suas constituições a possibilidade de celebração de tratados por governos não centrais, a exemplo da Alemanha, Áustria, Bélgica, Suíça e Argentina.

6.1. ALEMANHA

A Constituição alemã, em seu art. 32, disciplina as relações internacionais, prescrevendo que:

Artigo 32 [Relações internacionais]

- (1) As relações com os Estados estrangeiros devem ser conduzidas pela Federação.
- (2) Antes da conclusão de um tratado que afete particularmente um Estado, esse deve ser consultado com a devida antecedência.
- (3) No âmbito de sua competência legislativa, os Estados federados podem, com o consentimento do Governo Federal, concluir acordos com Estados estrangeiros²⁸.

Assim, os Estados federados podem, mediante autorização do governo central, celebrar tratados internacionais, no âmbito de sua competência legislati-

²⁷ REZEK, José Francisco. *Op. Cit.*, p. 225-226.

²⁸ “Article 32 [Foreign relations]

(1) Relations with foreign states shall be conducted by the Federation.

(2) Before the conclusion of a treaty affecting the special circumstances of a Land, that Land shall be consulted in timely fashion.

(3) Insofar as the Länder have power to legislate, they may conclude treaties with foreign states with the consent of the Federal Government” (Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/1f/42/bc2d658ded2190a1e81ae196eda7.pdf>. Acesso em 27 jan. 2007).

va. Ademais, ressalte-se a exigência de consulta prévia ao Estado-membro quando a matéria possa lhe afetar.

Sob o manto dessa moldura normativa, os *länder* alemães têm desenvolvido intensa atividade paradiplomática.

Com efeito, conforme ressalta Klaus Dirscherl²⁹, o Estado Livre da Bavária foi o primeiro a sinalizar a necessidade de incorporar o princípio da subsidiariedade na base da construção da Comunidade Européia. Assim, por iniciativa bávara, o referido princípio foi adotado na Declaração de Munique da Conferência Ministerial de outubro de 1987, sendo conhecidas, ademais, as listas de esferas de competência das instituições centrais da Comunidade que a Bavária propõe sejam limitadas.

A Bavária também iniciou a Conferência sobre “a Europa das Regiões” de 1989, que abriu caminho para a criação do Comitê das Regiões no Tratado de Maastricht, com a exigência da presença necessária das regiões nos órgãos de decisão quando se tratasse de assuntos de seu interesse.

Para o referido autor, o desenvolvimento das novas tecnologias na Bavária prova o que o federalismo pode alcançar ao deixar que o poder político mais próximo às realidades regionais tome decisões com rapidez e conhecimento da situação. Com efeito, a Bavária, que tinha uma economia de tradição agropecuária secular, transformou-se em algumas décadas em um dos *länder* pioneiros em alta tecnologia, referindo-se a essa região, inclusive, como um “Vale do Silício” europeu. Além da menor taxa de desemprego na Alemanha, apresenta, depois de Berlim, os mais altos preços no mercado imobiliário e índices de custo de vida.

Tal não significa, entretanto, que os outros *länder* não se façam notar na representação de seus interesses, como é o caso do Baden-Württemberg ou da Renânia do Norte-Palatinado.

6.2. ÁUSTRIA

Por outro lado, a Constituição da Áustria, em seu art. 16, dispõe que:

Art. 16. (1) Nas matérias compreendidas no seu âmbito de atividade autônoma, os Estados podem celebrar tratados internacionais com Estados limítrofes da Áustria ou com partes dos referidos Estados.

(2) O Governador do Estado deve informar o Governo Federal, antes de

²⁹ DIRSCHERL, Klaus. A paradiplomacia de Bavaria. In **Tempo Exterior**, n. 3, segunda época, jul.-dez., 2001, Disponível em <<http://www.igadi.org/index.html>>, Acesso em 17 jan. 2007.

iniciadas as negociações, sobre os referidos tratados internacionais. A aprovação do Governo Federal deve ser obtida pelo Governador do Estado antes de sua conclusão. Considera-se concedida a aprovação se o Governo Federal não se manifestar em oito semanas, contadas a partir do dia em que o requerimento foi recebido pela Chancelaria Federal. A autorização para o início das negociações e conclusão do tratado compete ao Presidente da República, após recomendação do Governo do Estado e com a assinatura do Governador.

(3) Os tratados concluídos por um Estado em conformidade com o §1º serão denunciados mediante requerimento do Governo Federal. Se o Estado não cumprir essa obrigação, a competência acerca da matéria é transferida para a Federação.

(4) Os Estados estão obrigados a adotar as medidas que, dentre de sua esfera autônoma de competência, sejam necessárias para a implementação dos tratados internacionais; caso o Estado falhe no cumprimento dessa obrigação, a competência para a matéria, inclusive para a edição da legislação necessária, transfere-se para a Federação. As medidas tomadas pela Federação em atendimento a esse dispositivo, em especial leis ou regulamentos, perdem a vigência assim que o Estado realizar a ação requisitada³⁰.

³⁰ “Art. 16.

(1) In matters within their own sphere of competence the Laender can conclude treaties with states, or their constituent states, bordering on Austria.

(2) The Governor must inform the Federal Government before the initiation of negotiations about such a treaty. The Federal Government’s approval must be obtained by the Governor before their conclusion. The approval is deemed to have been given if the Federal Government has not within eight weeks from the day that the request for approval has reached the Federal Chancellery told the Governor that approval is withheld. The authorization to initiate negotiations and to conclude the treaty is incumbent on the Federal President after the recommendation of the Land Government and with the countersignature of the Governor.

(3) Treaties concluded by a Land in accordance with para. 1 above shall be revoked upon request by the Federal Government. If a Land does not duly comply with this obligation, competence in the matter passes to the Federation.

(4) The Laender are bound to take measures which within their autonomous sphere of competence become necessary for the implementation of international treaties; should a Land fail to comply punctually with this obligation, competence for such measures, in particular too for the issue of the necessary laws, passes to the Federation. A measure taken by the Federation pursuant to this provision, in particular the issue of such a law or the issue of such an ordinance, becomes invalid as soon as the Land has taken the requisite action.

(5) In the same way the Federation is in the case of implementation of international treaties entitled to supervision also in such matters as belong to the Laender’s own sphere of competence. The powers vested in the Federation as against the Laender are in this instance the same as in matters pertaining to indirect Federal administration (Art. 102)” (Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/7d/0e/9533b7bfafda8e640a82346ab246.pdf>, Acesso em 27 jan. 2007).

Ressalte-se, primeiramente, que a Constituição austríaca limitou as relações internacionais dos Estados-membros à chamada paradiplomacia transfronteiriça. Exige-se, ademais, autorização (expressa ou tácita) do governo central, que pode requerer aos Estados a denúncia dos tratados.

Por fim, destaque-se que, em caso de omissão dos Estados na execução dos tratados, cabe ao governo central implementar as medidas necessárias para tanto, podendo, inclusive, editar legislação que tenha por objeto matéria de competência estadual.

6.3. BÉLGICA

A Constituição da Bélgica igualmente se preocupou com a institucionalização da paradiplomacia, conforme previsão de seu art. 167:

Art. 167

§ 1. O Rei dirige as relações internacionais, sem prejuízo da competência das Comunidades e das Regiões para a cooperação internacional, incluindo a assinatura de tratados, para aqueles assuntos que sejam da sua competência, de acordo com a Constituição ou em virtude desta.

(...)

§ 3. Os Governos de Comunidades e Regiões enunciados no Artigo 121 concluem, nas matérias a eles concernentes, tratados sobre questões que estejam dentre as responsabilidades de suas Câmaras.

§ 4. Lei aprovada pelo voto majoritário previsto no Artigo 4, último parágrafo, especifica a forma de conclusão dos tratados enunciados no § 3, e sobre os tratados que não se referem, exclusivamente, a matérias da competência das Comunidades e Regiões, segundo a Constituição ou em virtude da mesma³¹.

³¹ “Art. 167

§ 1. The King manages international relations, without prejudice to the ability of communities and regions to engage in international co-operation, including the signature of treaties, for those matters within their responsibilities as established by the Constitution and in virtue thereof.

The King commands the armed forces, and determines the state of war and the cessation of hostilities. He notifies the Chambers as soon as State interests and security permit and he adds those messages deemed appropriate. Territorial transfers, exchanges, and additions may take place only by virtue of a law.

§ 2. The King concludes treaties, with the exception of those described in § 3. These treaties may take effect only following approval of the Chambers.

Constata-se, assim, que além do governo central, os demais entes federados podem celebrar tratados cujo objeto se situe dentre as matérias de sua competência.

Carlos Alberto Simões de Tomaz vincula essa institucionalização da paradiplomacia ao caráter multinacional do Estado belga:

Efetivamente, existem na Bélgica três grandes comunidades: a comunidade francesa, a comunidade flamenga e a comunidade germânica. O sincretismo destas três comunidades é o elemento caracterizador do Estado belga e, por isso, no estabelecimento do pacto federativo não poderia ser questão olvidada. E assim o foi até mesmo em defesa do princípio unitário em nome da existência e manutenção da própria federação.

6.4. SUÍÇA

A Constituição da Suíça, em seu art. 54, dispõe que as relações internacionais são matéria de competência federal (§1º), porém estabelece a obrigação de considerar os poderes dos Cantões, e de proteger seus interesses (§3º)³².

O art. 56, por sua vez, trata especificamente da possibilidade de estabelecimento de relações entre os Cantões e os países estrangeiros:

§ 3. Those Community and Regional Governments described in Article 121 conclude, in matters that concern them, treaties regarding matters that are in the scope of the responsibilities of their Councils. These treaties may take effect only following approval by the Council.

§ 4. A law adopted by majority vote as described in Article 4, last paragraph, specifies the terms for conclusion of treaties described in § 3, and for those treaties not exclusively concerned with issues within the competence of regions or communities or by virtue of the Constitution.

§ 5. The King may denounce treaties concluded before May 18th, 1993 and covering matters described in § 3, of common accord with those community or regional governments concerned.

The King denounces these treaties if the community or regional governments concerned invite him to do so. A law adopted by majority vote as described in Article 4, last paragraph, establishes the procedure in the event of disagreement between the community or regional governments concerned” (Disponível em <http://www.fed-parl.be/gwuk0012.htm#E11E12>. Acesso em 27 jan. 2007).

³² “Art. 54 Foreign Relations

1 Foreign Relations are a federal matter.

2 The Confederation shall strive to preserve the independence of Switzerland and its welfare; it shall, in particular, contribute to alleviate need and poverty in the world, and to promote respect for human rights, democracy, the peaceful coexistence of nations, and the preservation of natural resources.

3 It shall take into consideration the powers of the Cantons, and shall protect their interests” (Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/3a/be/06208f224b343c06d51d5c4d887a.pdf>. Acesso em 27.jan. 2007)

Art. 56 Relações entre os Cantões e os Países Estrangeiros

1 Os Cantões podem celebrar tratados com países estrangeiros no âmbito de seus poderes.

2 Esses tratados não devem contrariar a lei ou os interesses da Confederação, nem as leis de outros Cantões. Antes da conclusão do tratado, os Cantões devem informar a Confederação.

3 Os Cantões podem negociar diretamente com autoridades estrangeiras de hierarquia inferior; nos demais casos, as relações dos Cantões com os países estrangeiros serão conduzidas pela Confederação em favor daqueles³³.

Registre-se, outrossim, que a Constituição suíça, além de prever a celebração de tratados pelos Cantões, disciplina sua participação e manifestação nas negociações de acordos que afetem seus interesses, ainda que não constituam matéria de sua competência:

Art. 55 Participação dos Cantões em Decisões de Política Internacional

1. Os Cantões participarão dos preparativos de decisões de política estrangeira que afetem seus poderes ou interesses essenciais.

2. A Confederação informará os Cantões tempestiva e integralmente, consultando-os.

3. A posição dos Cantões terá peso especial quando seus poderes forem afetados. Nesses casos, os Cantões participarão das negociações internacionais de forma apropriada³⁴.

³³ “Art. 56 Relations between the Cantons and Foreign Countries

1 The Cantons may conclude treaties with foreign countries within the scope of their powers.

2 These treaties may not be contrary to the law nor to the interests of the Confederation nor to the laws of other Cantons. Before concluding a treaty, the Cantons must inform the Confederation.

3 The Cantons may deal directly with lower ranking foreign authorities; in other cases, the relations of the Cantons with foreign countries shall be conducted by the Confederation acting on their behalf” (Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/3a/be/06208f224b343c06d51d5c4d887a.pdf>. Acesso em 27.jan. 2007)

³⁴ “Art. 55 Participation of the Cantons in Decisions of Foreign Policy

1 The Cantons shall participate in the preparation of decisions of foreign policy which concern their powers or their essential interests.

2 The Confederation shall inform the Cantons timely and fully, and consult them.

3 The position of the Cantons shall have particular weight when their powers are concerned. In these cases, the Cantons shall participate in international negotiations as appropriate” (Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/3a/be/06208f224b343c06d51d5c4d887a.pdf>>. Acesso em 27.jan. 2007)

Constata-se, assim, que à semelhança da Constituição alemã, o texto constitucional suíço consagrou a subsidiariedade como princípio informativo da federação, afastando qualquer tendência centralizadora e burocratizante, de modo a abrir espaço para a expressão democrática da vontade local na condução da política externa.

6.5. ARGENTINA

Oportuno colacionar, por fim, a disciplina da Constituição da Argentina acerca da celebração de relações internacionais por governos regionais:

Artículo 124.- Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y **podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación**; con conocimiento del Congreso Nacional. La Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Artículo 125.- **Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios.**

Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Artículo 126.- **Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni estable-**

cer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo en el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno Federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros³⁵.

- grifou-se -

A Constituição argentina segue a linha das constituições européias acima referidas, condicionando, porém, a celebração dos tratados à ciência do parlamento e à inexistência de imposição de gravame ao crédito público da Nação.

7. A PARADIPLOMACIA NÃO INSTITUCIONALIZADA

Saliente-se, entretanto, que o exercício da paradiplomacia não se limita aos Estados em que, a exemplo dos acima estudados, permitem-na expressamente. Com efeito, em diversas hipóteses, os governos locais/regionais agem à revelia de autorização constitucional ou legal, falando-se, então, em uma paradiplomacia não-institucionalizada.

Ressalte-se, primeiramente, o caso dos Estados unitários, nos quais, a despeito da impossibilidade de existência de previsão autorizativa, inerente à natureza dessa forma de Estado (unicidade do núcleo de decisão jurídico-política), pode-se verificar a prática da diplomacia paralela.

Destarte, conforme salienta Carlos Alberto Simões de Tomaz³⁶, nessa modalidade de Estado, a ausência de auto-governo “sufoca uma latente vontade decisória a nível local”, que se apresenta mais evidenciada quanto maior a força da unidade de vínculos (cultural, econômico, financeiro, turístico) que se manifestam na comunidade local. E “(...) a não satisfação integral dos interesses mesclados nesses vínculos pelo poder centralizado dá ensejo a uma atuação local à margem desse poder, abrindo espaço, assim, para a atividade paradiplomática por províncias ou departamentos que sequer gozam de autonomia”.

³⁵ Disponível em <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em 27 jan. 2007.

³⁶ TOMAZ, Carlos Alberto da Silva. *Op. Cit.*, p. 97.

Nesse contexto, José Vicente da Silva Lessa³⁷ indica a atividade desenvolvida pelas regiões fronteiriças da França com as congêneres da Suíça, assim como pelas autoridades locais e provinciais do Japão, sob forte estímulo do governo japonês, resultando inclusive na criação do *Council of Local Authorities for International Relations* (CLAIR), com sede em Tóquio, de agências regionais nas principais cidades japonesas e de escritórios espalhados pelo mundo.

No que pertine à paradiplomacia nos Estados federados, impende destacar, dentre outros, os Estados Unidos, o Canadá, a Espanha, a Itália e o Brasil.

Conforme levantamento de José Vicente da Silva Lessa³⁸, na década de 1980, os Estados Unidos se converteram nos maiores receptores de investimentos estrangeiros, e em consequência desse surto econômico-comercial, os governadores dos Estados desenvolveram interesse direto nas relações econômicas internacionais. Por esta razão, tornou-se cada vez mais crescente o número de escritórios de representação abertos pelos Estados norte-americanos no exterior, passando esses a desenvolver, outrossim, intensa paradiplomacia transfronteiriça com as províncias canadenses, em defesa de seus interesses comuns.

No Canadá, por seu turno, é igualmente crescente o número de escritórios de representação no exterior, abertos pela província de Ontário.

Já na Espanha e na Itália, mesmo sem autorização normativa, a paradiplomacia expande-se também sob o influxo dos interesses comuns das regiões fronteiriças, mas ultrapassando esse âmbito de atuação.

Com efeito, a região Basca, na Espanha, tem projetado sua participação no Comitê das Regiões da União Européia, registrando-se, fora deste âmbito, conforme assinala Alexander Ugalde Zubiri³⁹, viagens e visitas pelas autoridades governamentais a outros governos não centrais; intercâmbios financeiros, culturais; atividades promocionais visando à promoção da região no âmbito cultural, comercial, financeiros, tecnológico, turístico, em eventos como feiras e congressos; contatos com corpos diplomáticos, além de acordos de cooperação firmados com os *länder* da Baviera, a província italiana de Emilia-Romagna, o cantão helvético de Jura e, ainda, com regiões da República Russa.

³⁷ LESSA, José Vicente da Silva. Op. Cit. apud TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Op. Cit., p. 97.

³⁸ LESSA, José Vicente da Silva. Op. Cit. apud TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Op. Cit., p. 95.

³⁹ ZUBIRI, Alexander Ugalde. **La acción exterior del Gobierno Vasco hacia Europa**. Disponível em <http://www.euskonews.com/0139zkb/gaia13904es.html>. Acesso em 29 jan. 2007.

Ressalte-se, entretanto, como o faz Carlos Alberto Simões de Tomaz, que a paradiplomacia desenvolvida pela região Basca, na verdade, vincula-se ao seu ímpeto separatista, podendo-se falar, muitas vezes, no exercício de uma atividade protodiplomática, entendida como “a prática mediante a qual um governo não-central atua de forma a pavimentar o caminho para sua independência, preparando a opinião pública internacional e estabelecendo relações externas de amizade com países e regiões que possam apoiá-lo em seu projeto secessionista”⁴⁰.

Assim, deve-se distinguir a paradiplomacia não institucionalizada, procedimento extradoméstico mediante o qual o governo local/regional desenvolve relações internacionais no âmbito de seus interesses e competências, da chamada protodiplomacia, caracterizada pela usurpação da competência do governo central e efetivada no intuito de romper, e não de fortalecer o pacto federativo.

8. A ATIVIDADE PARADIPLOMÁTICA NO BRASIL

O art. 21, da Constituição Federal de 1988, estabelece que compete à União, “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (inciso I); “declarar a guerra e celebrar a paz” (inciso II); “assegurar a defesa nacional” (inciso III); e “permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente” (inciso IV)⁴¹.

O art. 84, inciso VIII, por sua vez, dispõe que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional⁴².

Ressalte-se, ademais, o disposto no art. 49, inciso I, segundo o qual é da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos gravosos ao patrimônio nacional”⁴³.

⁴⁰ KEATING, Michael. Paradiplomacy and Regional Networking *apud* TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Op. Cit., p. 96.

⁴¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 jan. 2007.

⁴² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 jan. 2007.

⁴³ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 jan. 2007.

Por fim, o art. 52, inciso V, dispõe que compete ao Senado Federal autorizar as operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios⁴⁴.

Entretanto, a despeito da inexistência de autorização constitucional (disciplina vigente desde a Constituição de 1891), verifica-se a expansão da paradiplomacia no Brasil. Nesse sentido, José Flávio Sombra Saraiva ressalta que

Ganha força no Brasil, a diplomacia de múltiplas camadas, exercida em diferentes níveis do processo decisório. A *high politics*, encaminhada pela diplomacia estatal clássica no Itamaraty, aceita e acata, mas também reage e convive de forma cooperativa, com a diversidade da *low politics*, espaço natural dos entes subnacionais. Na acepção de Barros Leal Farias, que estudou de forma pioneira o caso brasileiro, a paradiplomacia federativa vem crescendo, ainda que de forma discreta⁴⁵.

Com efeito, os entes federativos não-centrais do Estado brasileiro não poderiam ficar à margem do processo que irrompe em outras federações.

Na verdade, no Brasil, além da tendência centralizadora do governo federal, que atrai para Brasília as tomadas de decisão, reforçando o déficit de consulta institucional e engajamento das secretarias estaduais e municipais nas questões afetas aos governos regionais/locais, e do extenso território e diversidade cultural brasileiros, evidencia-se a ilusória autonomia dos entes federados, que desprovidos de recursos suficientes para implementar suas políticas sociais, partem para uma atuação internacional em busca de auxílio, intercâmbio de experiências, tecnologias e aprimoramento humano.

Oportuno recorrer, neste ponto, à pesquisa efetuada por José Vicente da Silva Lessa⁴⁶, em que esse registrou a existência de 65 (sessenta e cinco) ocorrências de atividade paradiplomática no Brasil, sendo 53 (cinquenta e três) com Estados (Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Espa-

⁴⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 jan. 2007.

⁴⁵SARAIVA, José Flávio Sombra. A busca de um novo paradigma: política exterior, comércio externo e federalismo no Brasil. In **Revista Brasileira de Política Internacional**, a. 47, n. 2, jul.-dez., 2004, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, p. 131-162. Disponível em <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/358/35847205.pdf>>. Acesso em 17 jan. 2007, p. 139.

⁴⁶ LESSA, José Vicente da Silva. *Op. Cit. apud TOMAZ*, Carlos Alberto Simões de. *Op. Cit.*, p. 98-99.

nha, Estados Unidos, França, Israel, Itália, Japão, Noruega, Paraguai, Polônia, Suíça e Ucrânia), 7 (sete) com Municípios e 5 (cinco) com outros agentes.

Os acordos abrangeriam as seguintes áreas: geral, comércio, indústria (pequena e média empresa, *joint-ventures*, infra-estrutura, energia, construção naval, zonas francas), agroindústria (pesca e agricultura), turismo, serviços (transportes e portos), meio ambiente, administração pública (planejamento urbano, segurança pública e legislação), governo (processo legislativo, processo eleitoral, políticas sociais e finanças públicas), educação, esporte e cultura, saúde e saneamento, ciência e tecnologia (informática) e integração regional.

Os objetivos, por sua vez, compreenderiam a cooperação técnica, científica e tecnológica, a promoção de intercâmbio, informações recíprocas, investimentos e capacitação.

Esses dados, entretanto, são apenas os oficiais (fornecidos pelas unidades federadas e pelo Itamaraty). E, tratando-se de procedimento extradogmático, realizado à margem da Constituição, é legítimo presumir que os números ultrapassam os referidos.

Não obstante, a pesquisa apresenta extrema relevância, por revelar a ocorrência do fenômeno no Brasil. Constata-se, outrossim, pelas matérias mencionadas, que, em regra, a atuação paradiplomática dos entes federados no Brasil se encontra voltada para a realização da competência material prevista na Constituição Federal.

Dentre as formas de atuação dos entes subnacionais, pode-se destacar: 1) pressão política direta dos governadores na direção do Poder Executivo federal ou do Congresso Nacional vem sendo a forma mais explícita de agir das unidades subnacionais; 2) utilização de viagens ou escritórios internacionais para intervenção direta nas fontes financiadoras do comércio internacional; 3) criação de agências, assessorias e secretarias de governo com atribuições no campo da internacionalização de suas estratégias de desenvolvimento, cabendo ressaltar o grau de competência técnica média que se observa nessas operativas. Assim, conforme observa José Flávio Sombra Saraiva, “governadores viajam, muitas vezes, com mais objetividade e mais bem preparados para a negociação de interesses comerciais, que membros do governo central em suas diligências internacionais”⁴⁷.

Atento a tais circunstâncias, porém ainda preocupado com a descentralização do exercício da capacidade internacional, o governo central abriu Escri-

⁴⁷ SARAIVA, José Flávio Sombra. *Op. Cit.*, p. 150.

tórios de Representação Regional do Ministério das Relações Exteriores em Belo Horizonte, Curitiba, Florianópolis, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo, visando a colocar-se mais perto dos entes federados, viabilizando os caminhos julgados corretos, ao menos sob a perspectiva do Ministério das Relações Exteriores, para a satisfação dos interesses regionais e locais.

Entretanto, afigura-se insuficiente essa atuação do governo central, que deve evidenciar, de forma mais efetiva, a vontade de construção de um novo paradigma, apto a promover melhor articulação e maior fortalecimento do federalismo brasileiro.

Nesse contexto, José Flávio Sombra Saraiva sugere posturas que devem ser imediatamente adotadas pelos entes envolvidos:

A primeira refere-se ao reforço que se faz necessário no acompanhamento de experiências subnacionais que demonstram êxito na operação externa.

(...)

Em segundo lugar, a diplomacia dos governadores necessita operar em maior consonância com a diplomacia do Estado federal e vice-versa. Área sensível, animadora de crises permanentes do federalismo inconcluso do Brasil, este é um campo em que será necessária maior coordenação política. Uma medida imediata nesta direção seria a incorporação, no processo negociador externo do Estado Nacional, de representantes dos entes federativos.

Em terceiro e último lugar, será necessário aparelhar melhor o Itamaraty e os entes subnacionais com operadores para estes novos marcos das relações externas federativas. O conservadorismo cooperativo do Itamaraty, embora muito positivo no que se refere aos grandes temas de interesse externo do Brasil, não tem demonstrado capacidades operativa e cooperativa para as novas possibilidades que se ensaiam. Burocracia excessiva e centralismo, nesta matéria, são nefastos⁴⁸.

Oportuna, por outro lado, a institucionalização da paradiplomacia, que pode ser efetivada por meio da edição de uma emenda constitucional que consagre a extensão aos Estados e Municípios do poder de celebrar tratados no âmbito de sua competência material e legislativa.

⁴⁸ SARAIVA, José Flávio Sombra. *Op. Cit.*, p. 157-159.

E tal não configuraria ofensa à forma federativa de Estado, mas sim fortalecimento da federação, na medida em que, em consonância com o princípio da subsidiariedade, proporcionaria aos Estados-membros e Municípios o efetivo exercício de sua autonomia, diversas vezes prejudicado pela escassez de recursos e por uma atuação centralizadora e burocrática da União.

Com efeito, conforme salientado em parecer de Hildebrando Accioly, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, datado de 24 de maio de 1954,

É princípio geralmente reconhecido o de que a capacidade para celebrar tratados pertence aos chamados Estados soberanos. Nada deve impedir, porém, que esta capacidade possa ser estendida por quaisquer destes, aos seus territórios dependentes. (...) Lauterpacht, na qualidade de membro da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, redigiu notável relatório sobre o direito dos tratados, no qual diz que: ‘O direito internacional autoriza aos Estados a determinar a capacidade de suas subdivisões políticas para fazer tratados’ (doc. A/CN. 463, de 24.3.1953, pg. 149/150), o que, a seu ver, se assemelha a uma delegação de poder, pg. 151)⁴⁹.

Obviamente, a atividade paradiplomática estaria sujeita a limitações. Assim, eventual onerosidade não poderia ultrapassar a barreira da autonomia, ou seja, os entes federados regionais/locais não poderiam se obrigar externamente em extensão maior do que aquela que internamente, em decorrência de sua autonomia, podem fazê-lo, sem que, para tanto, necessitem do aval do poder central. Com feito, nas operações externas de natureza financeira, a Constituição Federal exige a autorização pelo Senado (art. 52, inciso V), porque o endividamento, neste caso, exige a presença da União como garantidora.

Desta forma, constata-se a inexistência de soluções simples, que se fazem, porém, necessárias para acompanhar as mudanças econômicas, políticas, sociais e tecnológicas das últimas décadas, que fizeram emergir novas realidades, já presentes na realidade brasileira, a despeito do esforço do governo central em suprimi-las.

⁴⁹ In Revista da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n. 19-20, 1954, p. 126-130 *apud* BARBOSA, Denis Borges. Capacidade do Município de Participar de Atos Internacionais de Caráter Não Vinculante com Entidades Infraestatais. Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/capacidade_do_municipio.html>. Acesso em 08 out. 2006.

9. CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, podem ser enunciadas as seguintes conclusões:

- 1) O fenômeno jurídico não pode ser enfrentado sem a consideração dos sistemas econômico, político e social, e de que, sob determinadas circunstâncias, os paradigmas vigentes devem ser rompidos, por não mais atenderem aos problemas postos pela sociedade;
- 2) Nos Estados federados, diante da insuficiência da centralização do exercício das relações internacionais pelo governo central para o atendimento aos anseios da sociedade, em face de sua estrutura burocrática e hierarquizada, incapaz de conviver com a diversidade dos interesses locais e regionais, faz-se necessário divisar novas perspectivas de atuação dos entes subnacionais, consagrando-se a capacidade para celebrar tratados internacionais no âmbito de sua competência material e legislativa;
- 3) Afigura-se como procedimento extradogmático, no Brasil, a intensa celebração de tratados internacionais pelos Estados-membros e Municípios (paradiplomacia não institucionalizada), uma vez que a Constituição expressamente prescreve a competência da União para representar o Estado soberano no cenário jurídico internacional;
- 4) Diante da impossibilidade de negar ou impedir a ocorrência do fenômeno, cabível sua institucionalização no Brasil, devendo-se ressaltar, por fim, a inexistência de óbice para a edição de emenda constitucional nesse sentido, na medida em que a paradiplomacia, longe de ofender o pacto federativo, fortalece a federação, permitindo que os Estados-membros e Municípios desenvolvam de forma mais efetiva suas políticas sociais.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/1f/42/bc2d658ded2190a1e81ae196eda7.pdf>. Acesso em 27 jan. 2007.

- ARGENTINA. **Constituição da Nação Argentina**. Disponível em <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em 27 jan. 2007.
- ÁUSTRIA. **Constituição Federal da Áustria**. Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/7d/0e/9533b7bfafda8e640a82346ab246.pdf>, Acesso em 27 jan. 2007.
- BARBOSA, Denis Borges. **Capacidade do Município de Participar de Atos Internacionais de Caráter Não Vinculante com Entidades Infra-estatais**. Disponível em <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/capacidade_do_municipio.html>. Acesso em 08 out. 2006
- BARBOSA, Salomão Almeida Barbosa. **O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro: a experiência prática do Brasil**. Disponível em <<http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/pdf/Artigo%20Salomao%20Almeida%20Barbosa.pdf>>. Acesso em 08 out. 2006.
- BÉLGICA. **Constituição Federal da Bélgica**. Disponível em <http://www.fed-parl.be/gwuk0012.htm#E11E12>. Acesso em 27 jan. 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 jan. 2007.
- DIRSCHERL, Klaus. A paradiplomacia de Bavaria. *In Tempo Exterior*, n. 3, segunda época, jul.-dez., 2001, Disponível em <<http://www.igadi.org/index.html>>, Acesso em 17 jan. 2007.
- INSTITUTO DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES PARA EL DESARROLLO BONAERENSE. **Investigaciones**. Los nuevos ejes de la discusión regional. Disponível em <<http://www.indeb.com.ar/investigacion01b.htm>>, Acesso em 17 jan. 2007.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Vol. I. 15. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

- SARAIVA, José Flávio Sombra. A busca de um novo paradigma: política exterior, comércio externo e federalismo no Brasil. *In Revista Brasileira de Política Internacional*, a. 47, n. 2, jul.-dez., 2004, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, p. 131-162. Disponível em <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/358/35847205.pdf>>. Acesso em 17 jan. 2007, p. 139.
- SILVA, G. E. Nascimento e & ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- SUÍÇA. **Constituição Federal da Confederação Suíça, de 18 de abril de 1999**. Disponível em <http://www.legislationline.org/upload/legislations/3a/be/06208f224b343c06d51d5c4d887a.pdf>. Acesso em 27.jan. 2007.
- TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 46, n. 1, 2005, Disponível em <http://gi.fd.ul.pt/biblioteca/revista_fdl/XLVI-1-P.%20169%20a%20214.pdf>. Acesso em 28 jan. 2007.
- TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Alopoiese das relações internacionais**. Validação de procedimentos extradogmáticos em decorrência de novos paradigmas nas concepções de Direito e de Soberania. Disponível em <http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/CarlosAlbertoSimoesDissertacaoFinal.pdf#search=%22legitimidade%20celebra%C3%A7%C3%A3o%20tratados%20internacionais%22%22>. Acesso em 08 out. 2006.
- ZUBIRI, Alexander Ugalde. **La acción exterior del Gobierno Vasco hacia Europa**. Disponível em <http://www.euskonews.com/0139z/bk/gaia13904es.html>. Acesso em 29 jan. 2007.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O ISS

Maria Elza Bezerra Cirne
Advogada

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a chegada do século XX deu início ao processo de transferência do homem do campo para a cidade e ocasionou uma demanda crescente por imóveis nos centros urbanos, especialmente na periferia das grandes cidades, levando o Presidente Getúlio Vargas a editar o Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, como forma de disciplinar o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

Na ocasião, os considerandos¹ utilizados pelo então Presidente da República para editar o referido Decreto-lei refletem a preocupação com a necessidade de disciplinar os negócios jurídicos imobiliários.

Vinte e sete anos depois, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 19/64, transformado na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, também com o objetivo de disciplinar, incrementar a ocupação do solo urbano e resguardar os direitos dos adquirentes.

¹ Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras; Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos; Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores.

O cenário demográfico brasileiro mudou drasticamente desde a edição das referidas normas. No início do século passado, a população concentrava-se basicamente no campo. Atualmente, os números são inversamente proporcionais: segundo dados do IBGE, em 2000, mais de 81% (oitenta e um por cento) da população estava situada na zona urbana, com apenas 18% (dezoito por cento) dos brasileiros residindo na zona rural.

Essa transformação ocasionou sério déficit habitacional nas cidades, com reflexos importantes nas relações sociais, além de demandar do Estado uma infra-estrutura adequada ao novo perfil.

A preocupação do Presidente Getúlio Vargas permanece bastante atual e as normas supramencionadas ainda têm importante papel na regulação da ocupação urbana, a despeito dos planos diretores, do Estatuto da Cidade e da legislação ambiental.

Em que pese a “longa” existência da Lei nº 4.591/1964, se confrontada com as duas Constituições do período e as infindáveis Emendas Constitucionais à Carta de 1988, o tratamento tributário da incorporação imobiliária apresenta divergências importantes na jurisprudência, sobretudo em relação à possibilidade de incidência do ISS sobre tal atividade empresarial.

A matéria volta à tona, sempre que se verifica uma expansão urbana acentuada em municípios do nosso território, com a presença da incorporadora edificando ou fazendo edificar novos condomínios especiais.

Os municípios, no anseio de incrementarem suas receitas e garantirem a autonomia financeira, terminam por tratar a incorporação imobiliária como simples contrato de construção civil, fazendo incidir o ISS sobre essa atividade, desconsiderando a especificidade desse instituto jurídico.

O presente trabalho tem a pretensão de tentar fornecer subsídios para averiguar a possibilidade de incidência do ISS nos contratos de incorporação imobiliária, a partir da análise da legislação, da doutrina e, sobretudo, dos precedentes judiciais aplicáveis aos casos concretos.

Discorrendo sobre as diversas ações envolvidas nesse complexo negócio imobiliário, define-se a incorporação como atividade autônoma, instituto jurídico do direito privado, que não pode ser alterado pela legislação tributária, para fins de enquadrá-lo como prestação de serviços, hipótese de incidência do ISS, imposto sujeito à competência tributária dos municípios, conforme atribuição conferida pela Constituição Federal.

2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS

O final da Idade Média foi marcado pelo declínio do feudalismo, a ascensão da burguesia e o surgimento do capitalismo. Nesse período, a população aglomerou-se em núcleos urbanos limitados por portas e uma muralha, com a finalidade de proteger-se das guerras.

Com o surgimento das cidades, além dos burgueses – representados por homens de negócios e de lei, financistas, médicos de renomes –, os nobres, grandes senhores, príncipes e reis habitavam os palácios. O grupo mais representativo do meio urbano, formado pelos homens de ofício, habitava casas privadas, servindo-lhes de residência, oficina de produção e local de venda de seus produtos. O *habitat* coletivo era habitualmente destinado às comunidades religiosas, de escolares, de doentes e de soldados.

Já na Idade Moderna, com o advento do Renascimento, as cidades desenvolveram-se e surgiram os primeiros imóveis que serviam a mais de uma residência, ocupando planos diferentes. Esse modo de moradia caracterizava-se por unidades habitacionais distintas dividindo áreas comuns, alterando o conceito de propriedade.

Com a Revolução Industrial, a concentração demográfica fez inchar as cidades, sem infra-estrutura adequada para o novo contingente populacional. A intervenção do Estado fez-se necessária para organizar a ocupação, impor limitações ao direito de construir, dotar as cidades de infra-estrutura, reorganizar o espaço urbano.

No Brasil, respeitadas as particularidades de cada momento histórico, registrou-se e ainda se verifica fenômeno semelhante ao relato acima. A demanda por unidades habitacionais nos grandes centros urbanos intensificou-se na região Sudeste, no período de 1950 a 1970, sobretudo em razão do processo de industrialização, e levou o Congresso Nacional a aprovar o Projeto de Lei nº 19/1964, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, transformado na Lei nº 4.591/1964, que disciplina o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Surgia uma nova espécie de negócio imobiliário – a incorporação – conjugando contratos diversos numa espécie autônoma, voltada para atender a uma finalidade específica, qual seja, a constituição do condomínio especial ou edilício.

2.2. A LEI ESPECIAL

Ao dispor sobre a propriedade imóvel, o Código Civil de 1916 abriu um capítulo para tratar do condomínio geral, ordinário ou tradicional, “caracterizando-se pela indivisão do objeto e divisão dos sujeitos”², nas palavras do civilista Orlando Gomes.

Com o advento da Lei nº 4.591/1964, introduziu-se no ordenamento jurídico o condomínio em edifícios, também denominado condomínio horizontal. Trata-se de um condomínio especial em que os condôminos detêm a propriedade exclusiva, individual, de uma unidade autônoma, mas agregada a uma parte comum, indivisa, utilizada por todos os comproprietários, representada por uma fração ideal.

Estão incluídos na parte comum o terreno, as fundações, a fachada, o telhado, a estrutura de concreto, os muros e paredes divisórias, as escadarias, os elevadores, os vestíbulos, os corredores, a área de lazer e outras partes de utilidade comum para os condôminos e que não são suscetíveis de utilização exclusiva.

Até o advento do novo Código Civil, a Lei nº 4.591/1964 disciplinou integralmente os condomínios especiais, ficando a cargo do Código Civil de 1916 a regulação do condomínio ordinário. O Código Civil de 2002 introduziu novas regras aplicáveis aos condomínios edilícios, que se sobrepõem às normas da Lei nº 4.591/1964, quando incompatíveis.

Em relação à incorporação imobiliária, a Lei nº 4.591/1964 permanece sendo-lhe integralmente aplicável, com pouquíssimas alterações ao longo de sua existência, sendo a mais significativa a introdução do patrimônio de afetação pela Lei nº 10.931/2004.

Embora a Lei nº 4.591/1964 utilize unicamente a expressão “condomínio”, identificado pela doutrina como condomínio especial, por estar disciplinado em lei especial, o novo Código Civil preferiu adotar a nomenclatura “condomínio edilício”, resultado do ato de edificação, que se caracteriza pela existência de uma edificação, com partes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedades comuns dos condôminos.

A construção de unidades autônomas em planos horizontais distintos fez com que parte da doutrina, a exemplo de Orlando Gomes, denominasse esse condomínio especial em edifícios de “propriedade horizontal”³.

² GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 211.

³ Ob. cit., p. 224.

Entretanto, em razão da atual propagação dos condomínios horizontais, no sentido de diversas casas distribuídas em lotes de terrenos no plano horizontal, não sobrepostas às demais, adota-se no presente trabalho a denominação de condomínio edilício do novo Código Civil.

A sobreposição de unidades autônomas em planos horizontais distintos traz mais a idéia de um condomínio vertical, se analisarmos sob o ponto de vista do plano geométrico, do que propriamente de horizontalidade. Assim, adotaremos a partir de agora a denominação de condomínio edilício, para evitar confusões na terminologia.

Independentemente da denominação utilizada, o importante para o presente trabalho é fixar que a incorporação imobiliária foi criada por lei especial como forma de reduzir o déficit habitacional através da constituição de condomínios edilícios, que concentram mais unidades autônomas, sejam residenciais ou comerciais, em menor espaço físico.

Portanto, a Lei nº 4.591/1964 introduziu no ordenamento jurídico o condomínio edilício e regulamentou uma atividade empresarial – a incorporação imobiliária – voltada unicamente para a constituição desse novo direito de propriedade.

Nos itens seguintes, ao detalhar as características dessa atividade, demonstrar-se-á a autonomia da incorporação imobiliária, envolvendo obrigações de dar e de fazer, que deve ser tratada com sua identidade própria, evitando-se destacar um ou outro contrato inerente à mesma, pois a sua existência depende da utilização de todos os meios envolvidos na consecução de seu objetivo.

2.3. CONCEITO

A Lei nº 4.591/1964 tratou de conceituar a incorporação imobiliária no parágrafo único do art. 28, que assim dispõe:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidade autônomas.

Em primeiro lugar, a Lei nº 4.591/1964 considera a incorporação imobiliária como uma atividade. Plácido e Silva designa atividade como “a soma de

ações, de atribuições, de encargos ou de serviços desempenhados pela pessoa. É este o seu sentido genérico”.⁴

Apesar de a Lei referir-se à atividade, Orlando Gomes prefere considerar a incorporação imobiliária como “o negócio jurídico de constituição da propriedade privada”.⁵

Entendemos, todavia, que a diferenciação está no ângulo de visão. A referência da Lei à atividade é decorrente do negócio jurídico que não se esgota em uma única ação, mas numa sucessão de atos jurídicos, que têm por finalidade a conclusão da obra e a constituição definitiva do condomínio. Estaria a definição da Lei a ressaltar a continuidade da ação até o objetivo final – negócio jurídico realizado, na visão de Orlando Gomes.

A atividade envolve não só a construção, tratada mais adiante, mas as ações de promoção dessa construção. Vale dizer, a procura do terreno adequado, o conhecimento do mercado, o estudo de viabilidade técnica e econômica da obra, a aprovação dos órgãos públicos competentes, o registro do memorial de incorporação, a oferta no mercado, a captação de adquirentes em número suficiente para viabilizar o projeto, a negociação de financiamento (se houver), a celebração dos contratos, a constituição do patrimônio de afetação (opcional), a entrega das unidades autônomas devidamente averbadas no Registro de Imóveis e a constituição do condomínio, dentre outras atividades relacionadas.

Todas essas atividades são do incorporador, que poderão ser por ele exercidas, quando o caso, ou contratadas de terceiros, sem eximi-lo de sua responsabilidade.

Nesse ponto, importa destacar que o incorporador tem a obrigação de realizar a construção para alienação das edificações. Por realizar, entenda-se a possibilidade de ele mesmo efetuar a construção ou contratar um construtor para tal fim. A Lei ainda faculta aos adquirentes o direito de contratarem diretamente o construtor.

Mesmo quando o incorporador não efetua a construção, ainda incorre em todas as atribuições a ele conferidas pela Lei nº 4.591/1964, que somente se esgota após o “habite-se”, a averbação das edificações no Registro de Imóveis e a constituição definitiva do condomínio.

As ações desempenhadas pelo incorporador visam à alienação, total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidade autô-

⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92.

⁵ Ob. cit., p. 227.

nomas, que nada mais são do que o próprio condomínio edilício, consoante definição dada pelo art. 1º da Lei nº 4.591/1964, a seguir transcrito:

Art. 1º. As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienadas, no todo ou em parte, objetivamente consideradas, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta Lei.

Convém destacar que essa propriedade autônoma está encravada no terreno, cujo condômino tem direito apenas a uma fração ideal da parte comum, não dissociada da parte exclusiva, mas com ela formando um todo.

De Plácido e Silva define incorporação como: “derivado do latim *incorporatio*, de *incorporare* (dar corpo, juntar, unir), em sentido geral e amplo quer significar a inclusão, a união, a introdução ou a ligação de uma coisa no corpo de outra, a que ficará pertencendo, ou a agremiação, congregação, agrupamento promovido entre pessoa para a formação de um só corpo”.⁶

Justifica-se, portanto, a denominação dada a essa atividade.

Ressalte-se que a incorporação imobiliária é formada por um plexo de ações, formando um todo coeso na consecução do seu objetivo. Esta afirmação pode ser mais bem compreendida nas palavras do legislador ao dispor sobre a definição do incorporador no art. 29 da Lei nº 4.591/1964, nos termos seguintes:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

⁶ Ob. cit., p. 423.

A presunção de vinculação do terreno à construção da unidade autônoma em regime de condomínio edilício é expressa no parágrafo único do art. 29, *in verbis*:

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

A Lei nº 4.591/1964 estabelece no seu artigo 31 quais as pessoas que poderão atuar como incorporador: o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea “a” do art. 32, o construtor ou corretor de imóveis.

As ações envolvidas na incorporação imobiliária trazem, como consequência, um número expressivo de contratos envolvidos, que merecem uma análise mais acurada, para se delimitar se eles podem ser tratados individualmente ou devem ser vistos como um todo, para fins de avaliação da incidência ou não de ISS sobre os mesmos.

2.4. CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA

A incorporação imobiliária é uma atividade complexa, que envolve contratos distintos, dentre os quais interessa, especialmente à finalidade do presente trabalho, a construção das unidades autônomas.

Como uma sucessão de ações desenvolvidas numa seqüência lógica, a incorporação pressupõe, inicialmente, a existência do terreno disponível para construção, dentro das exigências do ordenamento jurídico administrativo.

A propriedade do terreno pode ser do incorporador ou este contratar com o proprietário uma permuta por unidades autônomas, por exemplo, ou ainda, no caso de o incorporador ser o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário, estar devidamente imitado na posse, com expressa autorização para demolir o prédio (caso existente), dividir o terreno e alienar as respectivas frações ideais.

Além dos contratos envolvidos na aquisição do terreno, podem existir contratos com corretora, agência de publicidade, engenheiros e arquitetos, den-

tre outros, que não integram o contrato de incorporação propriamente dito, mas que têm repercussão no valor da incorporação imobiliária como atividade com finalidade lucrativa.

Nas palavras da professora Maria Helena Diniz, “economicamente, a incorporação é um empreendimento que visa obter, pela venda antecipada dos apartamentos, o capital necessário para a construção do prédio”.⁷

Logo, o valor do contrato envolve o custo da fração ideal, da construção, das demais despesas envolvidas e o lucro do incorporador.

No que tange à venda da fração ideal do terreno, abre-se espaço para uma observação importante sobre a questão posta na Lei. O art. 28 da Lei nº 4.591/1964, já mencionado anteriormente, refere-se ao incorporador, como sendo aquele que “compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial”.

Do enunciado acima, pode-se tirar as seguintes conclusões:

- 1) a venda de coisa atual – fração ideal do terreno – pode acontecer e faz parte do contrato de incorporação imobiliária. Todavia, para caracterizar tal instituto, a fração ideal do terreno deve estar vinculada à construção de unidade autônoma em edificação, bem como representar a fração ideal das partes comuns do condomínio – coisas futuras.
- 2) sendo unidades a serem construídas ou em construção, o objeto do contrato é coisa futura, prevista no art. 483⁸ do Código Civil;
- 3) a simples venda de fração ideal de terreno, sem estar vinculada à edificação em condomínio, não se caracteriza como incorporação imobiliária;
- 4) o mesmo pode-se dizer em relação à venda de unidade autônoma de condomínio já concluída, pois estaríamos apenas diante de uma compra e venda comum, que foge à definição jurídica do instituto.

Quanto à fase da construção, a legislação especial prevê a possibilidade de o incorporador promover diretamente a construção, contratar a construção, caso em que os serviços serão elaborados pelo construtor, mediante empreitada

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.

⁸ Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

ou administração, ou os adquirentes contratarem diretamente com um construtor diferente do incorporador, conforme previsto no art. 48, da Lei nº 4.591/1964.

No primeiro caso, temos a incorporação a preço global, caracterizada pelo compromisso de o incorporador vender e entregar as unidades prontas, no preço e prazo ajustado no contrato, compreendendo a quota do terreno e a construção.

Nos demais casos, o construtor, seja contratado pelo incorporador ou pelos adquirentes, poderá efetuar a construção pelo regime de empreitada ou por administração.

Na empreitada, o preço da construção tem seu valor estabelecido no contrato, podendo ser fixo ou reajustável, por índice previamente determinado. Na administração, também denominada incorporação a preço de custo, a construção é contratada por estimativa e os adquirentes assumem o risco pelo aumento do preço dos insumos e da mão-de-obra.

Qualquer que seja a forma de construção, após a sua conclusão, o incorporador tem a obrigação de averbar as construções no Registro de Imóveis e constituir definitivamente o condomínio.

Extingue-se, então, a incorporação imobiliária que abrange os seguintes ajustes, nas palavras de Orlando Gomes: “a) de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; b) de construção do edifício; c) do condomínio a ser constituído”⁹.

Portanto, o contrato de incorporação imobiliária envolve obrigações distintas, sendo tanto obrigação de dar – entrega da coisa –, quanto de fazer – construir a edificação nos moldes das especificações previstas no Memorial de Incorporação devidamente registrado no Registro de Imóveis, no prazo, no preço e nas condições do contrato.

Todavia, tais obrigações não podem ser tratadas isoladamente, pois descharacterizariam a incorporação imobiliária. Os ensinamentos de Melhim Namem Chalub sintetizam essas conclusões:

[...] Essa é a causa do negócio jurídico da incorporação: a formação de direito de propriedade sobre edificação coletiva, em frações ideais, e sobre as unidades imobiliárias integrantes dessa edificação, e, bem assim, a

⁹ Ob. cit., p. 446.

atribuição do direito sobre essas unidades às pessoas que, nos termos dos respectivos títulos, vierem a adquiri-las.¹⁰

Convém observar que estamos tratando de um contrato sinalagmático, consensual, oneroso, formal e de execução diferida. Logo, a propriedade das unidades autônomas somente se transfere aos adquirentes após a averbação da construção, a constituição do condomínio e o cumprimento das obrigações recíprocas, já que antes disso existe apenas o contrato de promessa de venda de coisa futura.

Quanto à natureza jurídica do contrato, transcreve-se a lição de Orlando Gomes:

Embora certas disposições legais deixem a impressão de que a venda da fração ideal do terreno, a construção do edifício e a instituição do condomínio conservam a independência como contratos distintos, tão interpenetrados se acham como meios jurídicos para ser alcançada certa e invariável finalidade, que se não pode duvidar de sua unificação numa espécie contratual de traços inconfundíveis. A incorporação imobiliária é hoje objeto de contrato típico.¹¹

Sendo assim, a incorporação imobiliária é um instituto jurídico com conceito, características e natureza jurídica próprios.

3. O ISS

3.1. A AUTONOMIA MUNICIPAL

Em que pese à discussão doutrinária sobre o município ser ou não um ente federado, por motivo da ausência de representação no Congresso Nacional, o certo é que a Constituição Federal de 1988 introduziu importante modificação no pacto federativo, com a inclusão indiscutível dos municípios na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.

O constituinte brasileiro colocou os municípios em um patamar nunca antes ocupado em nossas Constituições. Os artigos 1º, 18, 29 e 30 da Constitui-

¹⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 139.

¹¹ Ob. cit., p. 451.

ção Federal atribuem-lhes autonomia política, normativa, administrativa e financeira, garantidas pela cláusula pétrea inserta no seu art. 60, § 4º, inciso I, que veda a proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado.

Dentre as diversas facetas da autonomia municipal, importa ao presente estudo a autonomia financeira, decorrente da capacidade de instituir e arrecadar tributos e aplicar suas rendas, conforme previsto no art. 30, inciso III, da Constituição Federal.

Todavia, essa autonomia é limitada por regras e princípios constitucionais. A própria Constituição disciplinou o Sistema Tributário Nacional, estabelecendo as competências dos entes políticos para instituírem os tributos necessários à garantia de sua autonomia financeira, mediante a adoção do critério territorial e material para tal fim.

Esse sistema viabiliza o pacto federativo e tem como principais qualidades, nas palavras do professor Ricardo Lobo Torres: “a) a equidade entre os entes públicos, com a distribuição equilibrada de recursos financeiros, em consonância com os serviços e gastos que também lhe sejam reservados; b) a autonomia dos entes públicos menores para legislar e arrecadar os seus tributos”.¹²

Há de se ressaltar que a competência para instituir tributos já nasce limitada pela própria configuração do sistema e das regras e princípios lá inseridos.

A Constituição não cria tributo, ela outorga poderes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o exercício de sua competência tributária, dentro dos limites por ela traçados. Assim, se a própria Constituição estabelece os limites para o exercício dessa competência, o legislador infraconstitucional deve se ater a eles, por estarem todos no ápice da pirâmide normativa, na mesma origem constitucional.

No caso do ISS, o art. 156, inciso III, da Constituição Federal, estabelece competência aos municípios para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inciso II, definidos em lei complementar.

Portanto, o legislador constituinte elegeu duas condições para os municípios instituírem o Imposto sobre Serviços: 1) os serviços não podem ser aqueles previstos na competência dos Estados e do Distrito Federal, quais sejam os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; 2) e os serviços tributáveis devem estar previamente definidos em lei complementar.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 359.

Essa última limitação provoca discussões na doutrina, pois diversos autores, dentre eles Paulo de Barros Carvalho¹³ e Roque Carrazza¹⁴, seguidores do pensamento de Geraldo Ataliba¹⁵, entendem que a definição dos serviços por lei complementar nacional afronta a primazia da Federação e a autonomia municipal. Nessa visão dicotômica, a lei complementar, prevista no art. 146, da Constituição Federal, tem as seguintes funções: a) dispor sobre conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios; e b) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Uma outra corrente doutrinária, representado no pensamento de Gilberto de Ulhoa Canto¹⁶ filia-se à visão tricotômica da lei complementar em matéria tributária, dividida em três funções distintas: a) emitir normas gerais de direito tributário; b) dispor sobre conflitos de competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios; e c) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

José Souto Maior Borges apresenta uma terceira alternativa, reduzindo as três funções a uma só: “dispor a norma geral sobre a legalidade tributária das pessoas constitucionais”.¹⁷ Nessa solução, a norma prevista no art. 156, inciso III, seria uma espécie do gênero ‘norma geral’ do art. 146, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988.

A tese desse tributarista decompõe o preceito do art. 156, III, da Constituição Federal, em duas normas distintas, melhor examinadas no item seguinte, ao tratarmos da lista de serviços do ISS.

Por enquanto, é suficiente saber que a Constituição adotou a corrente tricotômica, consoante disposições do art. 146 e seus três incisos. Assim, no âmbito do ISS, a lei complementar que definirá os serviços sobre os quais incidirá o imposto tem por finalidade, sobretudo, afastar os conflitos de competên-

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 207 a 209.

¹⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 614 e 615.

¹⁵ GERALDO, Ataliba. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p. 89 a 101.

¹⁶ CANTO, Gilberto Ulhoa. *Lei complementar tributária in* Cadernos de Pesquisas Tributárias, Coordenação de Ives Gandra Martins, São Paulo, v. 15, p. 02 e 03.

¹⁷ BORGES, José Souto Maior. *Aspectos fundamentais da Competência Municipal para instituir o ISS (do Decreto-lei nº 406/68 à LC nº 116/2003) (à memória de Geraldo Ataliba)*. in ISS na Lei complementar 116/2003 e na Constituição / organizador Heleno Taveira Tôres. Barueri, SP: Manoel, 2004, p. 30.

cia, em matéria tributária, entre as entidades políticas que compõem o Estado Federal brasileiro.

Além de afastar os conflitos de competência cabe-lhe, ainda, estabelecer o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte do ISS, conforme disposto no art. 146, inciso III, alínea “a”; fixar as alíquotas máximas e mínimas do ISS; excluir da sua incidência exportação de serviços para o exterior; e regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, com base no art. 156, § 3º, incisos I, II e III, todos da Constituição Federal.

3.2. A LISTA DE SERVIÇOS

O ISS foi introduzido no ordenamento constitucional, através da Emenda Constitucional nº 18/1965, que atribuía competência aos municípios para cobrar “o imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados”, mediante edição de lei complementar com a finalidade de estabelecer critérios para distinguir essas atividades daquelas previstas para o exercício da competência tributária dos Estados, através do ICM.

Já na vigência da Constituição Federal de 1967, o seu art. 25, inciso II dispunha sobre a competência de os municípios decretarem impostos sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Coube ao Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, definir a lista de serviços tributáveis pelo ISS, sofrendo diversas alterações, promovidas, especialmente, pelo Decreto-lei nº 834/1969, pela Lei Complementar nº 56/1987 e pela Lei Complementar nº 100/1999.

Atualmente, vigora a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que estabelece como fato gerador do ISS a prestação de serviços constantes na lista anexa, contendo 40 itens, divididos em sub-itens, nem todos eles constitucionais.

As alterações promovidas na lista de serviços tributáveis têm por objetivo adequar as transformações verificadas nas relações jurídicas que originam a obrigação tributária, decorrentes da introdução de novos serviços no mundo dos fatos, a exemplo dos criados pela globalização e desenvolvimento tecnológico.

A lista dos serviços tributáveis tem por fundamento de validade a previsão da 2ª parte do art. 156, inciso III, da Constituição Federal. Todavia, boa parte

da doutrina nacional critica veementemente tal preceito, por suposta violação ao princípio da autonomia dos municípios.

José Souto Maior Borges, no artigo mencionado no item anterior¹⁸, apresenta uma solução interessante para o conflito, partindo da premissa que o art. 156, inciso III, da Constituição Federal, engloba um único preceito com duas normas distintas.

Para esse tributarista, a primeira parte do artigo, norma constitucional de eficácia plena, seria dirigida aos municípios, através da outorga para a instituição do imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência dos Estados.

A segunda parte do artigo, norma constitucional de eficácia contida, seria destinada à União para, mediante lei complementar, definir tais serviços. Nesse caso, como norma geral de direito tributário, a lei teria como finalidade estabelecer critérios parciais vinculantes para a legislação ordinária municipal instituir o tributo, somente naquelas hipóteses em que poderia haver conflito de competência com o ICMS.

Nos demais casos de prestação de serviços, excetuados, logicamente, os já previamente atribuídos pela Constituição aos demais entes federados, os municípios teriam autonomia para instituir a cobrança do ISS, com fundamento na 1ª parte do art. 156, inciso III, da Constituição Federal.

Com base nessa tese, o tributarista pretende afastar de vez a discussão em torno de a lista de serviços ser taxativa ou exemplificativa, propondo a taxatividade para as hipóteses de solução dos conflitos de competência com os Estados e nos demais casos a relação seria meramente exemplificativa, podendo os municípios exercer a competência plena de tributar serviços de qualquer natureza.

Em que pese os ponderáveis argumentos dos doutrinadores, a jurisprudência adotou entendimento contrário, defendendo a taxatividade da lista de serviços anexa à Lei Complementar.

Desde a edição do Decreto-lei nº 406/1968, o Supremo Tribunal Federal¹⁹ decidiu pela taxatividade da lista de serviços, embora admitindo a possibilidade de uma interpretação ampla e extensiva de seus itens, sobretudo naqueles em que a lista referia-se aos serviços congêneres.

¹⁸ Idem.

¹⁹ RE 71.177/SP, Ministro Rodrigues Alckmin, RTJ 70/121; RE 77.183/SP, Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ 73/490; RE 100.858/PE, Ministro Carlos Madeira, RTJ 117/214; RE 90.183/SP, Ministro Thompson Flores, RTJ 93/404; RE 105.477/PE, Ministro Francisco Rezek, RTJ 115/925.

Ressalte-se que esse entendimento remonta ao tempo em que os municípios não detinham a autonomia conferida pela atual Constituição, nem faziam parte da Federação, possuindo apenas um governo próprio e competência exclusiva.

Todavia, mesmo após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal permaneceu com o entendimento sobre a taxatividade de lista de serviços, consoante decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ²⁰, julgado em 13 de dezembro de 2005.

Na parte relativa aos serviços definidos em lei complementar, transcreve-se as lições do Ministro Carlos Velloso, ao proferir seu voto como relator do recurso extraordinário supramencionado:

O ISS é um imposto municipal. É dizer, ao Município competirá instituí-lo (CF, art. 156, III). Todavia, está ele jungido à norma de caráter geral, vale dizer, à lei complementar que definirá os serviços tributáveis, lei complementar do Congresso Nacional (CF, art. 156, III).

(...)

Os serviços que poderão ser tributados pelo ISS são, em princípio, todos os serviços, menos os que estão compreendidos no art. 155, II. Mas o citado preceito constitucional, inciso III do art. 156, acrescenta a cláusula “definidos em lei complementar”. É dizer, todos os serviços definidos em lei complementar, menos os compreendidos no art. 155, II, poderão ser objeto do ISS.

Dir-se-á que estamos fazendo interpretação gramatical. Não. A interpretação é sistemática e teleológica. É que a lei complementar, definindo os serviços sobre os quais incidirá o ISS, realiza a sua finalidade principal, que é afastar os conflitos de competência, em matéria tributária, entre as pessoas políticas (CF, art. 146, I). E isto ocorre em obséquio ao pacto federativo, princípio fundamental do Estado e da República (CF, art. 1º), erigido, pelo constituinte originário, em cláusula pétreia ou limitação mate-

²⁰ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR: LISTA DE SERVIÇOS: CARÁTER TAXATIVO. LEI COMPLEMENTAR 56, DE 1987: SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL: EXCLUSÃO. I. – É taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à lei complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87. II. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III. – Ilegitimidade da exigência do ISS sobre serviços expressamente excluídos da lista anexa à Lei Complementar 56/87. IV. – RE conhecido e provido. (RE 361.829-6/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 24/02/2006).

rial ao constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I). A norma constitucional tem por finalidade, portanto, afastando conflitos entre pessoas políticas que compõem o Estado Federal, garantir, no campo da repartição da competência tributária, estabilidade ao pacto federativo.

Depreende-se da lição do Ministro Carlos Velloso o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a definição dos serviços tributáveis pelo ISS não afronta a autonomia municipal. Ao contrário, a lei complementar teria a função de garantir, no campo da repartição da competência tributária, estabilidade ao pacto federativo.

Neste ponto, é importante retomar a lição de José Souto Maior Borges, embora com algumas ressalvas. Na sua proposta, a primeira parte do preceito contido no art. 156, inciso III, da Constituição Federal, contém uma norma de eficácia plena, ou seja, “desde a entrada em vigor da constituição, produz, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular”²¹, no dizer do constitucionalista José Afonso da Silva.

A referida norma está dirigida ao legislador infraconstitucional, determinando o critério material da incidência do imposto municipal sobre a prestação de serviços. Nunca é demais lembrar que a Constituição apenas outorga poder ao município para instituir o tributo no exercício de sua competência tributária.

Entretanto, o critério material é insuficiente para gerar o fato jurídico tributário, faltando-lhe elementos essenciais à sua caracterização, dentre os quais o critério quantitativo, reservado à lei complementar, por disposição do art. 146, inciso III, alínea “a”, da Constituição.

Para José Souto Maior Borges, a lei complementar teria a função de definir ou regular uma limitação constitucional ao poder de tributar, complementando a Constituição apenas nos casos de conflito de competência com o ICMS, classificando a norma contida na 2ª parte do art. 156, inciso III, da Constituição Federal como de eficácia contida.

No dizer do constitucionalista José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia contida “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou mar-

²¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

gem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”²².

Em contra-ponto, a norma constitucional de eficácia jurídica limitada, impositiva e de princípio institutivo, seria aquela em que “o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.²³ Em relação às condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais de princípio institutivo, o constitucionalista assevera “que elas são aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham”.²⁴

Diante da classificação apontada, discordamos do professor Souto Maior Borges, pois a hipótese de incidência do ISS não está plenamente regulada na Constituição. Portanto, a norma contida no art. 156, inciso III, da Constituição Federal, seria de eficácia limitada, tendo em vista que o critério material não fornece todos os elementos necessários à ocorrência do fato jurídico tributário.

A norma constitucional de eficácia jurídica limitada enquadra-se mais precisamente na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, pois o constituinte teve o cuidado de atribuir competência ao legislador municipal para estruturar definitivamente a instituição desse tributo, com todos os demais critérios necessários à exação – temporal, espacial, base de cálculo, alíquota, mas tomando por critério material os serviços definidos na lei complementar nacional, conforme lista que foi considerada taxativa.

A realidade dos municípios brasileiros justifica a posição do Supremo Tribunal Federal. Se considerarmos que a lista prevista na Lei Complementar nº 116/2003, editada pelo Congresso Nacional, contém inúmeras inconstitucionalidades, ao relacionar atividades que não têm características de prestação de serviços, certamente haveria um caos se os mais de 5.000 (cinco mil) municípios relacionassem cada um os seus “supostos” serviços tributáveis, sem qualquer esquema geral de estruturação.

Daí a importância, em termos de política tributária, de lei complementar definir os serviços tributáveis, mediante aprovação do Congresso Nacional,

²² Ob. cit., p. 116.

²³ Ob. cit., p. 126.

²⁴ Ob. cit., p. 135.

dando uma certa uniformidade ao tratamento tributário da prestação de serviços.

3.3. SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS

Embora a taxatividade da lista de serviços tributáveis pelo ISS tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não significa dizer que toda atividade ali relacionada tenha a natureza jurídica de prestação de serviço.

O conceito de serviço supõe uma relação com outra pessoa, a quem se serve, sem subordinação. É todo o esforço humano – fazer – desenvolvido em favor de outrem, de forma que o prestador fornece uma utilidade ao tomador do serviço.

Serviço de qualquer natureza é um conceito utilizado pela Constituição segundo as definições do direito civil, mas desde que possua efetivamente natureza jurídica de serviço, como conceituado anteriormente.

Todavia, nem todo serviço pode ser tributado por meio do ISS. Vale lembrar que o serviço tributável é a prestação do esforço humano em favor de terceiro com conteúdo econômico, sem subordinação e dentro da demarcação constitucional – art. 156, inciso III, da Constituição Federal – e das demais limitações constitucionais, incluindo o princípio da imunidade recíproca, que permite excluir os serviços públicos, passíveis da incidência de taxas.

Além das limitações supramencionadas, deve-se abrir um parêntese para discorrer sobre o campo de incidência do ICMS como definido na Constituição Federal, a teor do seu art. 155, inciso II, que atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Sendo assim, o ISS poderá ser instituído sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar, consoante dispõe o art. 156, inciso III, da Constituição Federal.

A primeira distinção é fácil de se perceber. Sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidirá o ICMS, de competência estadual. Os demais serviços serão tributados pelo ISS, desde que previamente definidos em lei complementar.

O problema surge quando há fornecimento de mercadoria com concomitante prestação de serviços. Nesse caso, o constituinte fornece a solução ao

delimitar o campo de incidência do ICMS no art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “b”, determinando que o imposto incidirá sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios. Nesse caso, o ICMS incidirá sobre a totalidade da operação.

Estando definidos em lei complementar, os serviços prestados com concomitante fornecimento de mercadorias sofrerão a incidência do ISS, destacando-se o valor da operação com mercadoria, que sofrerá a incidência do ICMS.

Conseqüentemente, o ISS incidirá somente sobre serviços de qualquer natureza que estejam relacionados na lei complementar, ao passo que o ICMS, além dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, terá por objeto operações relativas à circulação de mercadoria, ainda que as mercadorias sejam acompanhadas de prestação de serviços, salvo quando o serviço esteja relacionado em lei complementar como sujeito à incidência do ISS.

Ressalte-se que a tributação de serviços tem como hipótese de incidência ou fato gerador tão-somente a obrigação de fazer, afastando-se os fatos geradores decorrentes de obrigações de dar.

Esse foi o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal para afastar a incidência do ISS sobre locação, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP²⁵, declarando inconstitucional o item 79 – locação de bens móveis – da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/1964, com as redações posteriores.

Fundamenta tal decisão o fato de a locação constituir uma obrigação de dar, não caracterizada como uma obrigação de fazer, esta sim passível de incidência do ISS, pois não cabe à legislação tributária afastar o conceito de um instituto de direito privado utilizado pela Constituição Federal, para delimitar a competência dos municípios.

Por essa razão, o Presidente da República, usando de sua prerrogativa constitucional, vetou a locação de bens móveis – subitem 3.01 – da atual lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003.

²⁵ EMENTA: TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. RE Nº 116.121/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. DJU 25/05/2001).

3.4. O ART. 110 DO CTN

O direito civil sedimentou-se, ao longo da história da humanidade, sempre voltado à defesa do indivíduo no campo das relações privadas, apresentando um caráter mais permanente e que remonta ao Império Romano.

O direito constitucional, ao contrário, é bem mais novo e sofre influência bem mais direta das vicissitudes de cada momento histórico, percorrendo um caminho mais curto do que o direito civil, até sedimentar o papel da constituição como “norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”, no dizer de Hans Kelsen.²⁶

Nesse momento deu-se, então, o processo de constitucionalização dos princípios fundamentais do direito civil ao plano constitucional. Todavia, seguindo o ditado de que “antiguidade é posto”, ainda hoje alguns renitentes teimam em interpretar a Constituição segundo o Código Civil.

A interpretação correta do Código Civil segundo a Constituição é fenômeno recente no Brasil, talvez decorrente da pouca legitimidade de nossas efêmeras Constituições.

Situado esse contexto, passa-se ao art. 110 do Código Tributário Nacional, que remonta ao ano de 1966, fruto do Projeto nº 4.834, de autoria de Rubens Gomes de Sousa, ainda na vigência da Constituição de 1946, alterada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.

O art. 110 do Código Tributário Nacional possui a seguinte redação:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Segundo as palavras do tributarista Aliomar Baleeiro, “Para maior clareza da regra interpretativa, o CTN declara que a inalterabilidade das definições, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas do Direito Privado é estabelecida para resguardá-los no que interessa à competência tributária”.²⁷

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

²⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. atualizadora Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 688.

A regra do Código Tributário Nacional confirma a apreensão dos institutos milenares do direito civil no processo de constitucionalização. Se levarmos em conta o momento da elaboração do mencionado dispositivo legal, percebe-se a preocupação do legislador em garantir a interpretação do direito civil em face da Constituição, numa época em que prevalecia a interpretação da Constituição segundo o direito civil.

Atualmente, a regra pode ser interpretada de outra maneira, direcionada ao legislador infraconstitucional, para fazer a vontade da norma fundamental no exercício da competência tributária, no que diz respeito aos institutos do direito civil absorvidos pela Constituição.

Nas palavras do tributarista Luciano Amaro:

A matéria, claramente é de definição de competência, e, a nosso ver, enquadra-se nas atribuições que a Constituição outorga à lei complementar para regular as chamadas ‘limitações constitucionais do poder de tributar’, que, em última análise, são normas sobre o exercício da competência tributária. Cuida-se de explicitar, em suma, que o legislador não pode expandir o campo de competência tributária que lhe foi atribuído, mediante o artifício de ampliar a definição, o conteúdo ou o alcance de institutos de direito privado utilizados para definir aquele campo.²⁸

No caso do ISS, a Constituição outorga poderes aos municípios para tributar a prestação de serviços, tal como entendida no direito civil, já que a competência tributária é exercida com base nesse critério material.

Conforme exposto no item 3.3, os serviços tributáveis pelo ISS são aqueles que envolvem uma obrigação de fazer, “é um esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial”, nas palavras de Aires Barreto.²⁹

No atual Código Civil, a prestação de serviços é conceituada no art. 594, como “toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial ... contratada mediante retribuição”.

A matéria é importante ao presente estudo, pois a incorporação imobiliária é, sem dúvida, um instituto do direito privado com natureza jurídica e caracte-

²⁸ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 216.

²⁹ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 62.

terísticas próprias. Avaliar se ela pode ser caracterizada como prestação de serviço e, portanto, tributável pelo ISS, ou, tratando-se de um contrato complexo, se poderia ser desmembrado para ser tributado em cada etapa do processo ou, por fim, se caberia a incidência do imposto sobre a totalidade da atividade, que envolve obrigação de dar e de fazer, é assunto para o próximo capítulo.

Ressalte-se que a análise das três possibilidades aventadas passa pelo cotejo do art. 110 do Código Tributário, no que tange à competência tributária dos municípios.

4. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O ISS

4.1. A COBRANÇA PELOS MUNICÍPIOS

Atualmente, a Lei Complementar nº 116/2003 dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos municípios e do Distrito Federal, cumprindo as funções previstas na Constituição Federal como norma geral de direito tributário, bem como definindo os serviços tributáveis pelo ISS.

A referida Lei contempla uma lista com a relação dos serviços sujeitos à incidência do ISS, dentre os quais se encontra o item 7, englobando “Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres”.

O subitem 7.02 detalha os serviços de engenharia e possui a seguinte redação:

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Muito embora a lista não relacione a incorporação imobiliária dentre os serviços tributáveis pelo ISS, alguns municípios estão cobrando o imposto, com base na dicção do referido subitem, enquadrando essa atividade específica nos serviços de execução por administração ou empreitada de obras de construção

civil, sem qualquer distinção para os casos em que o incorporador também realiza, ele próprio, a construção.

Vimos anteriormente que a incorporação imobiliária tem por finalidade a constituição de um condomínio edilício e o incorporador tem a obrigação de realizar a construção para alienação das edificações, mas tem as seguintes opções: a) ele mesmo realizar essa tarefa; b) contratar um construtor; e c) os adquirentes contratarem diretamente a construção. Essa tripla possibilidade traz reflexos diretos na hipótese de incidência do ISS.

Nas opções “b” e “c” é mais fácil visualizar a hipótese de incidência do ISS. Quando o incorporador contrata uma construtora para realizar a obra, seja mediante empreitada ou administração, incidirá o ISS, pois o construtor estará prestando um serviço ao incorporador, constante no subitem 7.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

O mesmo ocorre quando os adquirentes contratam uma construtora, diferentemente da incorporadora, para realizar a construção das edificações. O caso também recai no subitem 7.02 da lista de serviços tributáveis pelo ISS.

Nas duas opções, o construtor é uma pessoa física ou jurídica diferente do incorporador. Ele estará prestando uma obrigação de fazer para o incorporador ou para os adquirentes.

Traçando um paralelo com as outras ações envolvidas na incorporação imobiliária, poderíamos dizer que é o caso de o incorporador contratar uma agência de publicidade para o lançamento do empreendimento – prestação de serviço prevista no subitem 17.06 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Ou quando contrata uma corretora imobiliária para negociar o empreendimento, prestação de serviço prevista no subitem 10.05 da referida lista.

Nos exemplos acima mencionados, o incorporador é o tomador do serviço, enquanto que os contribuintes do ISS serão os prestadores dos serviços, nos termos do art. 5º, da Lei Complementar nº 116/2003, salvo na hipótese de substituição tributária prevista no art. 6º da mesma Lei.

A análise da incidência do ISS é bem mais complexa nos casos em que o incorporador é o próprio construtor das edificações e que vem recebendo tratamentos distintos, por vezes conflitantes, por parte dos municípios e também da jurisprudência.

4.2. O INCORPORADOR COMO CONSTRUTOR E O ISS

Antes de adentrar nesse assunto, é importante registrar que os contratos de incorporação imobiliária nem sempre permitem caracterizar claramente a distinção das opções antes expostas.

Todavia, quando resta devidamente caracterizado que o incorporador atua como construtor, a análise deve ser feita por três aspectos distintos: a) a prestação de serviço para si próprio; b) a posição da jurisprudência sobre a taxatividade da lista; e c) a incorporação imobiliária como um contrato típico, específico, com natureza jurídica própria.

O incorporador que atua como construtor presta um serviço para si próprio, pois o negócio jurídico de produção de um novo bem imóvel e a constituição de direitos de propriedade sobre ele, elemento finalístico da incorporação imobiliária, somente se perfectibiliza após a conclusão de todos os ajustes abrangidos em conjunto nesse instituto jurídico, quais sejam a alienação da fração ideal do terreno, a construção do edifício e sua averbação e a constituição definitiva do condomínio.

Antes disso, o adquirente possui apenas um contrato de promessa de compra e venda, que engloba a fração ideal do terreno vinculada a uma futura edificação, bem como da unidade autônoma a ser concluída. A transferência da titularidade da propriedade somente se consuma com o registro do título translativo no Registro de Imóveis, conforme preceitua o art. 1.245 do Código Civil, após cumpridas todas as obrigações devidas pelas duas partes contratantes.

Ressalte-se que o § 1º do art. 1.245, do Código Civil, determina que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”.

Nesse sentido a lição de Melhim Namem Chalhub, para quem:

Na configuração do contrato de promessa de compra e venda, verifica-se que o promitente vendedor transmite ao promitente comprador os poderes inerentes ao *jus utendi* e ao *jus fruendi*, mas conserva para si a parte essencial dos poderes inerentes ao *jus disponendi*, pois só depois que o promitente comprador complementa o pagamento do preço é que o promitente vendedor lhe outorga a escritura de compra e venda, viabilizando a transmissão do domínio.³⁰

³⁰ Ob. cit., p. 177.

O argumento exposto encontra respaldo na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.927/RJ³¹, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro.

No seu voto, o Ministro Aliomar Baleeiro destaca:

[...]

II. O poder tributário de o Município decretar e cobrar imposto de serviço está limitado à lista que, em lei complementar, definirá quais as hipóteses taxativamente sujeitas ao tributo.

Essa lista, atualmente, integra o Dec.-lei n. 834, de 8.9.69, que, no item 19, contempla apenas a execução de construção civil etc. por “administração, empreitada ou subempreitada”. Não abrange, pois, a atividade da Recte. que compra terrenos, obtém financiamento do BNH ou de outrem, constrói por si mesma e para si mesma as casas que vende, ficando diretamente responsável para com os financiadores.

III. É um caso de integração, no sentido econômico da palavra, em que o empresário assume e acumula diferentes etapas do processo produtivo, como, por exemplo, a fábrica de açúcar que faz doces, ou a tecelagem que confecciona roupas prontas com os tecidos de sua lavra, etc.

No caso, a lei complementar poderia tributar a fase da construção, - penso – mas não o fez. Limitou o I. S. à “empreitada, subempreitada ou administração” de obra alheia.

E não cabe interpretação analógica para estabelecer obrigação tributária e definir fato gerador (Código Tributário Nacional, art. 97).

O Supremo Tribunal Federal afastou, no caso concreto, a incidência do ISS sobre a incorporação imobiliária, sob o argumento de que o incorporador compra terrenos, obtém financiamento e constrói por si mesmo e para si mesmo as casas que vende. No voto proferido na ocasião, o Ministro Aliomar Baleeiro também fez referência à possibilidade de a lei complementar tributar a fase da construção da incorporação, mas essa atividade não estaria definida nos serviços tributáveis pelo ISS e, portanto, obedecendo a taxatividade da lista, não caberia uma interpretação analógica para criar essa obrigação tributária.

³¹ EMENTA: IMPOSTO MUNICIPAL DE SERVIÇOS – CONSTRUÇÃO PARA A PRÓPRIA EMPRESA. I. O item 19, da Lista de Serviços tributáveis pelo Município, do Dec.-lei 834/69, nos termos do art., 24, II, da CF de 1969, só abrange as construções “por empreitada, subempreitada ou administração”. II. A Lista do Dec-lei 834 é taxativa e não pode ser ampliada por analogia *ex-vi* do art. 97 do CTN. Não são tributáveis as construções que a empresa imobiliária realiza para si própria, ainda que para revender.” (RE nº 78927/RJ, Rel. Min. Aliomar Baleeiro. DJU 02/10/1974).

O posicionamento dos tribunais em relação à taxatividade da lista de serviços impede a cobrança de ISS sobre a incorporação imobiliária, pois essa atividade não está incluída entre os serviços definidos na lei complementar, nem pode ser caracterizada, exclusivamente, como serviço de execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil.

Mesmo acatada a tese de José Souto Maior Borges – função única da norma geral tributária – ou a dúplici função da lei complementar, segundo a doutrina majoritária, ainda assim, seria impossível aos municípios incluírem a incorporação imobiliária como prestação de serviços, passível de incidência do ISS, pois os contratos dessa espécie envolvem, indiscutivelmente, obrigação de dar – a entrega da unidade autônoma edificada em condomínio – e a obrigação de fazer – construção da edificação, predominando a primeira sobre a segunda.

Portanto, a cobrança de ISS pelos municípios nas atividades de incorporação imobiliária em que o incorporador é o próprio construtor é inconstitucional, devendo ser repelida pelo Poder Judiciário, para fazer prevalecer a norma constitucional que escolheu a prestação de serviços como critério material para a exação.

4.3. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A discussão sobre a incidência ou não do ISS na incorporação imobiliária não possui uma posição unânime da jurisprudência, encontrando-se precedentes no Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar a exigência³², bem como no sentido de ser devido o referido imposto³³.

³² EMENTA: ISS - CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIOS. Não fica sujeito ao ISS a parte que promove construções em terrenos de sua propriedade por sua conta e risco, visto ser impossível falar-se em prestação de serviço. Recurso provido. (REsp nº.13.385/-RJ. Rel. Min.Garcia Vieira, DJ).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. I – Comprovado que a parte promovia as construções em terrenos de sua propriedade pelo sistema de incorporação, na qualidade de proprietária-incorporadora, não há falar-se em prestação de serviço, pois impossível o contribuinte prestar a si próprio o serviço desvanecido, destarte, o fato imponível do ISS. Precedentes. Recurso desprovido. (REsp nº 1.625/RJ, Rel. Min. Geraldo Sobral, DJ 25/03/1991).

³³ EMENTA: TRIBUTÁRIO. ISS. DL 406/68. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA. TABELA ANEXA AO DL 406/68. ITEM 32. Na incorporação, fundem-se dois contratos: Compra e Venda e Empreitada. Assim, o construtor-incorporador é, também, empreiteiro. Sua atividade constitui execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, correspondendo ao tipo fiscal descrito no item 32 da Tabela Anexa ao DL 406/68. ISS devido. Segurança denegada. (REsp nº 57.478/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 15/05/1995).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ISS. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA. I – Na incorporação verifica-se a presença de dois contratos: o de compra e venda e o de empreitada. Portanto, não há dúvida de que o construtor também é um empreiteiro, enquadrando-se na atividade descrita no item 32 da Lista Anexa ao Decreto nº 406/68. Sendo assim, deve incidir o ISS sobre essa atividade. II – Recurso especial improvido. (REsp 746.861/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10/04/2006).

Os precedentes citados não adentram na questão do caráter autônomo da incorporação imobiliária. Nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça considerou indevida a incidência do ISS, filiou-se ao entendimento do Ministro Aliomar Baleeiro, exposto no item anterior, sobre a impossibilidade de prestar serviço para si próprio. A outra corrente preferiu equiparar a incorporação imobiliária à prestação de serviço de engenharia, esta sim sujeita à incidência do imposto, sem qualquer aprofundamento sobre a natureza jurídica daquele instituto de direito civil.

Em duas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de discutir a divergência interna, mas, por questões processuais, não foram examinados os méritos dos recursos. A primeira ocorreu no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 57.478/RJ³⁴, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, em que a Primeira Seção não conheceu do recurso. Mais recentemente, em julgamento proferido em 04/05/2006, a Primeira Turma conheceu parcialmente do Recurso Especial nº 619.122/MS³⁵, mas negou-lhe provimento.

³⁴ EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISS. INCORPORAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DAS UNIDADES NO CURSO DA OBRA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA DESASSEMBELHADA. NÃO CONHECIMENTO. I – A divergência somente se configura quando os órgãos do Tribunal dão a situações fáticas rigorosamente idênticas, interpretação jurídica diversa. II – Tal não acontece quando o acórdão embargado entendeu legítima a incidência do ISS sobre a incorporação imobiliária em caso de venda das frações ideais com a obrigação de a empresa alienante edificar o prédio com suas unidades residenciais autônomas, enquanto o aresto paradigma examinou questão de fato distinta, em que a construtora edificou em imóvel próprio, somente procedendo à venda a terceiros ao final, após a conclusão da obra. III – Embargos de divergência não conhecidos. (REsp nº 57.478/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 30/11/1998).

³⁵ EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUTORA-INCORPORADORA. TRIBUNAL DE ORIGEM. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. À falta do indispensável prequestionamento, não merece ser conhecido o recurso especial, no ponto em que se alega violação dos arts. 1º da Lei 1.533/51 e 97, IV, do CTN. Incidência dos enunciados das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Não se conhece do recurso especial em relação à alegada ofensa aos arts. 146, III, a, 150, I, e 156, III, da Constituição Federal, porquanto desvia-se da competência do Superior Tribunal de Justiça o exame de eventual violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. 3. A jurisprudência desta Corte consagra entendimento no sentido de que “na incorporação fundem-se dois contratos: compra e venda e empreitada” (REsp 57.478/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15.5.1995). Desse modo, o construtor-incorporador é também empreiteiro, cuja atividade corresponde ao tipo fiscal descrito no item 32 da tabela anexa ao Decreto-lei 406/68, incidindo, portanto, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. 4. Essa jurisprudência, no entanto, formou-se neste Tribunal ao lado de outra que excluía a incidência de tal imposto quando a construção era promovida em terreno de propriedade do próprio construtor-incorporador, por sua conta e risco. 5. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório inserto nos autos, entendeu pela incidência do ISS nos serviços prestados pela construtora-incorporadora, sob o fundamento de que a atividade por ela empregada na construção da obra possuía natureza de empreitada, portanto, prevista no item 32 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68. Desse modo, a pretensão da recorrente em rediscutir os fatos e as provas em que se embasaram as instâncias de origem para considerar devido o ISS é inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp nº 619.122/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 25/05/2006).

Embora não haja uma discussão aprofundada em torno da autonomia do instituto jurídico da incorporação imobiliária, alguns elementos colhidos dos julgados permitem retirar duas conclusões:

- 1) as decisões desfavoráveis à incidência do ISS têm como fundamento a titularidade do imóvel, sendo impossível a exigência do imposto quando o serviço é prestado para si próprio;
- 2) nas decisões favoráveis à incidência do ISS, o Superior Tribunal de Justiça tomou por fundamento a mera equiparação da incorporação imobiliária à prestação de serviço de execução, por empreitada ou administração, de obra de construção civil.

A fundamentação no primeiro caso é apenas um dos aspectos da presente análise, que afasta a incidência do ISS sobre a incorporação imobiliária no caso do incorporador assumir a função de construtor.

Entretanto, discordando do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendemos que a segunda conclusão não resiste a um aprofundamento jurídico sobre a questão, seja porque não há previsão na lista de serviços para a atividade de incorporação imobiliária, seja porque uma atividade tão complexa não pode ser equiparada a uma simples construção por empreitada ou administração.

Nesse caso, as decisões do Superior Tribunal de Justiça terminaram por criar, por analogia, uma obrigação tributária, violando o princípio da legalidade tributária, bem como o § 1º do art. 108, do Código Tributário Nacional, que veda o emprego da analogia que resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Utilizando a lição de Noberto Bobbio³⁶, pode-se dizer que a diferença entre a analogia e a interpretação extensiva repousa no critério de seus efeitos. Na analogia, existe a criação de uma nova norma para casos não previstos por esta. Na interpretação extensiva, simplesmente se alarga o alcance da regra dada, redefine-se um termo, mas a norma aplicada é sempre a mesma.

Portanto, mais acertadas parecem as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, nos julgamentos dos Agravos de Instru-

³⁶ BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4ª ed. Brasília: Edunb, p. 155 e 156.

mento nº 2001.000215-4³⁷ e nº 01.000307-0³⁸, relatados pela Desembargadora Célia Smith e pelo Desembargador Rafael Godeiro, respectivamente.

No primeiro precedente citado, a Relatora fundamentou sua decisão no fato de a lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/1968, modificada pela Lei Complementar nº 56/87, não incluir a construção de imóveis mediante incorporação imobiliária entre os serviços listados.

Afastou, assim, o argumento do município, no sentido de que o ISS incidiria sobre a execução da obra em regime de incorporação sempre que os imóveis fossem alienados no decorrer da construção, pois nessa ocasião o incorporador passaria a qualificar-se como empreiteiro dos novos adquirentes.

O julgamento do Agravo de Instrumento nº 01.000307-0, relatado pelo Desembargador Rafael Godeiro também utiliza o mesmo argumento.

Os fundamentos citados utilizam a taxatividade da lista de serviços da lei complementar prevista no art. 156, inciso III, da Constituição Federal, para afastar a incidência do ISS sobre incorporação imobiliária, desvinculando-a da construção civil pura e simples. De qualquer forma é um reconhecimento da autonomia desse instituto jurídico.

Recentemente, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte reconheceu o caráter autônomo da incorporação imobiliária, com natureza jurídica própria, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Ins-

³⁷ EMENTA: PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO TRANSFERIDA PARA O MÉRITO. 1. A Lei Complementar nº 104D 2001, alterou o inciso V, do art. 151, do CTN, passando a admitir como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar em ação cautelar. 2. Examinando a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, modificada pela Lei Complementar nº 56D 87, é possível verificar que o imposto sobre serviços não incide sobre a construção de imóveis por incorporação. 3. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso conhecido e improvido (Agravo de Instrumento nº 2001.000215-4. Rel. Des. Célia Smith, DJ 04/10/2002)

³⁸ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. Agravo de Instrumento interposto contra decisão “a quo”, concessiva de liminar cautelar, determinando que a Agravante se abstenha em inscrever a Agravada na dívida ativa do Município, bem como que forneça as certidões requeridas, até o julgamento final da Ação Anulatória ou ulterior deliberação. Os tributos somente podem ser instituídos ou aumentados através de lei (Art. 150, I, da CF). Inexistindo previsão legal para a cobrança de ISS sobre a construção de imóveis, através de incorporação imobiliária, não pode o Fisco Municipal exigir a sua incidência sobre tais empreendimentos. Configuração do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”, necessários à concessão da liminar cautelar. Decisão mantida. Agravo conhecido e improvido. (TJRN, 2ª Câmara Cível, AI nº 01.000307-0, rel. Des. Rafael Godeiro, j. 11D 05D 2001, v. u., DJ de 07D 06D 2001)

trumento nº 2005.006401-6/0001.00³⁹, conforme voto do Relator, Desembargador Cláudio Santos, nos termos seguintes:

O agravante argumentou que a empresa agravada atuava administrando obras sob o regime de empreitada, atividade essa que constitui fato gerador do ISS, razão pela qual requereu o prosseguimento dos processos administrativos já instaurados, de forma a possibilitar a cobrança do imposto devido.

Em que pesem os argumentos delineados pelo agravante, não restou configurada a relevância da fundamentação, eis que inexistente o fato gerador da obrigação tributária.

Conforme já ressaltado na decisão recorrida, são contribuintes do ISS todas as pessoas que prestam serviços, isto é, que forneçam trabalho, aluguem bens imóveis ou cedam direitos. Os pressupostos para a existência do contribuinte estão consignados nos seguintes elementos: efetiva prestação de serviços, habitualidade da atividade e autonomia no seu exercício.

No caso em tela, verifica-se que a construtora não está realizando qualquer prestação de serviço, pois que, na verdade, sua atividade constitui a edificação, construção de unidades imobiliárias, com a posterior exposição deste produto à venda, de forma que se o consumidor desejar adquiri-lo poderá efetuar a sua compra.

Não existe, portanto, qualquer prestação de serviço, pois não há vínculo de subordinação a futuro e eventual adquirente, até mesmo porque a figura do comprador, por ocasião da construção do imóvel, muitas vezes é incerta e desconhecida.

Ademais, o fato de a empresa agravada ter encontrado comprador para seu produto antes de sua finalização, em hipótese alguma pode modificar a natureza de sua atividade, pois o adquirente não contrata um serviço, não celebra um contrato para a construção de um imóvel, ele compra, adquire um produto devidamente individualizado, fato, inclusive, bastante

³⁹ EMENTA: Processual Civil. Agravo Regimental. Decisão que negou efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento. Decisão *a quo* que determinou a suspensão da cobrança de ISS e suspendeu a inscrição do contribuinte na dívida ativa municipal. Ausência de relevância da fundamentação. Inexistência de fato gerador do ISS. Empresa de construção civil em atividade de incorporação. Não configuração da prestação de serviço. Recurso conhecido e improvido. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2005.006401-6/0001.00. Rel. Des. Cláudio Santos, DJ 11/03/2006)

comum no ramo imobiliário, em que as construtoras lançam empreendimentos e iniciam as vendas de suas unidades antes mesmo do início da obra.

Desta forma, impossível se torna a reforma da decisão recorrida, no intuito de conceder-se o efeito suspensivo ao recurso, uma vez que inexistente a relevância da fundamentação.

Depreende-se dos argumentos utilizados que ao adquirir um imóvel sob o regime de incorporação imobiliária, o comprador não contrata um serviço, mas adquire um produto devidamente individualizado, segundo as características previamente definidas no memorial de incorporação.

Todavia, verifica-se no teor do voto uma referência ao aspecto temporal da venda que, por vezes, tem causado decisões conflitantes na jurisprudência, pois alguns intérpretes têm entendido que a incorporação imobiliária somente se caracteriza se a venda das unidades for efetuada após a construção, fato que justificaria a utilização dos recursos próprios do incorporador-construtor.

Nesse ponto, convém abordar novamente o parágrafo único do art. 28, da Lei nº 4.591/1964, na parte em que estabelece que a incorporação imobiliária tem o intuito de promover e realizar a construção de edificações em condomínio. Vale lembrar, aqui, as palavras de Maria Helena Diniz⁴⁰, quando diz que a incorporação é um empreendimento que visa obter capital para a construção do prédio.

Ora, como o objetivo da Lei é reduzir o déficit habitacional através da constituição de condomínio e a incorporação imobiliária encerra-se com a sua constituição definitiva, qualquer venda de unidade autônoma após essa última etapa é simples compra e venda de imóvel sob regime de condomínio edilício.

A utilização de recursos do incorporador ou dos adquirentes, mediante financiamento ou não, também não desnatura a incorporação imobiliária, pois o próprio legislador ordinário prevê a possibilidade de financiamento, conforme disposição do § 11 do art. 31-A⁴¹, da Lei nº 4.591/1964, incluído pela Lei nº

⁴⁰ Ob. cit. p. 11.

⁴¹ Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

[...]

§ 11. Caso decidam pela continuação da obra, os adquirentes ficarão automaticamente sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver.

10.931/2004, que introduziu o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária.

5. UMA NOVA ABORDAGEM

O art. 110 do Código Tributário Nacional tem a função de relembrar ao legislador e ao intérprete que a legislação tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir competência tributária.

Se o constituinte elegeu a prestação de serviço como critério material para a incidência do ISS, não há como desmembrar um instituto jurídico autônomo, para fazer prevalecer apenas uma das atividades envolvidas na sua consecução.

Vale lembrar que a tributação tem conteúdo econômico, ou seja, o tributo incide sobre determinada atividade que expresse valor econômico. A opção por privilegiar uma espécie do gênero afeta diretamente a base de cálculo do tributo.

Tomando-se um exemplo prático: a incorporação imobiliária envolve contrato de compra e venda e de construção; se o incorporador for o construtor, o preço da unidade exposta à venda deve incluir os custos com a aquisição do terreno, a construção e todas as demais atividades envolvidas, inclusive o lucro.

Se a opção do legislador ou mesmo do intérprete for tributar unicamente a construção através do ISS, deveria excluir os demais elementos relacionados à atividade de incorporação imobiliária, sob pena de descaracterizar o perfil da prestação de serviços. Todavia, essa não parece ser a alternativa adequada, pois se encontrariam dificuldades enormes em quantificar a base de cálculo, elemento integrante da regra-matriz constitucional do tributo.

Amílcar Falcão traz ensinamento aplicável a esse entendimento: “Essa base de cálculo tem de ser uma circunstância inerente ao fato gerador, de modo a afigurar-se como sua verdadeira e autêntica expressão econômica. [...] Não obstante, é indispensável configurar-se uma relação de pertinência ou inerência da base de cálculo ao fato gerador: tal inerência ou pertinência afere-se, como é óbvio, por este último. De outro modo, a inadequação da base de cálculo pode representar uma distorção do fato gerador e, assim, desnaturar o tributo”.⁴²

⁴² FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 78 e 79.

Além de desnaturar o tributo, a base de cálculo incluindo elementos não pertinentes à prestação de serviço, pode levar, eventualmente, o município a invadir a competência tributária de outro ente federativo.

Essa discussão relembra os conflitos sobre a incidência do ISS ou do ICMS na prestação de serviços com concomitante fornecimento de mercadoria, em que o próprio constituinte forneceu a solução na disposição do art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988.

Todavia, a proposta de uma nova abordagem não estaria completa sem a referência à tese do professor Paulo de Barros Carvalho sobre a regra-matriz tributária, desmembrada em hipótese de incidência – antecedente – e fato jurídico tributário – conseqüente.

A previsão legal da hipótese tributária, de âmbito abstrato, em relação à incidência do ISS é a prestação de serviços, excluídos os de competência dos Estados. No conseqüente, a ocorrência do fato jurídico tributário e a geração dos efeitos jurídicos somente ocorrerão se preenchidos todos os critérios para sua caracterização.

Os critérios presentes na regra-matriz tributária são classificados por Paulo de Barros Carvalho em material, espacial e temporal – no antecedente – e pessoal e quantitativo – no conseqüente.

Até o presente momento, o trabalho esteve restrito à análise da hipótese de incidência do ISS sobre a incorporação imobiliária, em termos de exercício da competência tributária dos municípios, mas especialmente em relação ao critério material, núcleo da descrição fática, que no caso do ISS é a prestação de serviços.

Entretanto, a análise do critério temporal pode oferecer importantes subsídios para a conclusão do presente estudo sobre a tributação da incorporação imobiliária pelos municípios.

Paulo de Barros Carvalho compreende o critério temporal da hipótese tributária “como o grupo de indicações, contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra devedor e credor, em função de um objeto – o pagamento de certa prestação pecuniária”.⁴³

⁴³ Ob. cit., p. 258 e 259.

O Código Tributário Nacional trata do critério temporal no art. 116, separando o momento de ocorrência do fato jurídico tributário com base na situação de fato e na situação jurídica, nos termos seguintes:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

No caso da incorporação imobiliária, tem aplicação o art. 116, inciso II, do Código Tributário Nacional, pois se trata de uma situação jurídica regulada por lei especial do direito civil. Sendo assim, o fato jurídico tributário somente se dá quando estiverem definitivamente constituídos e integrados todos os elementos dessa atividade.

Nesse ponto, os estudos desenvolvidos pelo tributarista Amílcar Falcão fornecem elementos, que podem afastar a incidência do ISS sobre a incorporação imobiliária, quando a construção for realizada pelo próprio incorporador.

Em sua obra “Fato gerador da obrigação tributária”, Amílcar Falcão classifica os fatos geradores segundo vários critérios, assim sintetizados: estrutura, formação, integração ou constituição no tempo.

Analisando o fato gerador do ponto de vista estrutural, esse tributarista classifica-o em simples e complexo. “No primeiro caso, teremos um fato isolado, único e singelo [...] No caso do fato complexo, ter-se-á em presença u’ a multiplicidade de fatos congregados de modo a constituir, para repetir as expressões de Mario Bracci, uma unidade teleológica objetiva. Se o fato gerador consistir em um fato complexo ou, como o designamos na definição, em um conjunto de fatos, evidente é que a produção do efeito jurídico genético sobre

a relação tributária somente se verificará quando estiverem integrados todos os seus elementos”⁴⁴.

As palavras parecem encaixar-se como uma luva ao caso de incorporação imobiliária, que envolve uma multiplicidade de fatos congregados pelo incorporador, com a finalidade de constituição de um condomínio edilício.

Os diversos fatos, ações ou contratos envolvidos na busca dessa finalidade somente podem dar origem a uma relação tributária, quando estiverem integrados todos os elementos, com a conclusão da obra, a averbação da construção e a constituição do condomínio.

Fechada a cadeia produtiva, não se pode falar em relação tributária baseada na incidência do ISS, pois a conclusão da incorporação imobiliária somente se opera com a obrigação de dar – entregar a unidade autônoma em regime de condomínio edilício, prevalecendo sobre a obrigação de fazer, que é apenas um meio para esse fim.

Quanto à classificação do fato gerador em razão da integração ou formação no tempo, Amílcar Falcão classificou-o em instantâneo e complexo, também chamado de completivo, continuativo, periódico ou de formação sucessiva, a despeito da crítica formulada por Paulo de Barros Carvalho, comentada mais adiante.

Nas palavras de Amílcar Falcão “Instantâneos são os fatos geradores – ‘obrigações tributárias simples, no que respeita ao fato gerador’, no dizer de Merk – que ocorrem num momento dado de tempo e que, cada vez que surgem, dão lugar a uma relação obrigacional tributária autônoma. [...] Complexivos ou periódicos (*fattispecie continuative*, segundo Vanoni) são os fatos geradores – ‘obrigações tributárias complexas, no que respeita ao fato gerador’ – cujo ciclo de formação se completa dentro de um determinado período de tempo (*Zeitabschnitt, Steuerabschnitt, período d’imposta*) e que consistem num conjunto de fatos, circunstâncias ou acontecimentos globalmente considerados”⁴⁵.

O autor traz como exemplo o antigo imposto de lucros imobiliários, que incidia sobre a diferença entre o valor de aquisição e o de venda do imóvel e que era devido na venda deste, quando ocorresse a quitação do respectivo preço – o que atualmente ocorre na apuração do imposto de renda sobre ganho de capital – classificando-o como fato gerador complexo, incidindo sobre um

⁴⁴ Ob. cit., p. 68.

⁴⁵ Ob. cit., p.70 e 71.

valor global cujo ciclo de formação se inicia no momento da aquisição do imóvel e só vai aperfeiçoar-se quando da alienação.

Paulo de Barros Carvalho critica essa classificação, pois, na sua visão, “o acontecimento só ganha proporção para gerar o efeito da prestação fiscal, mesmo que composto por mil outros fatores que se devam conjugar, no instante em que todos estiverem concretizados e relatados, na forma legalmente estipulada”, para concluir que “antes dele, nada de jurídico existe, em ordem ao nascimento da obrigação tributária”.⁴⁶

Conjugando-se as duas teses e aplicando-se o art. 116, inciso II, do Código Tributário, chega-se à conclusão da impossibilidade de ocorrência do fato gerador (fato jurídico tributário na visão de Paulo de Barros Carvalho) do ISS na atividade de incorporação imobiliária em que o incorporador é também o construtor, pois o fato complexo não permite desmembrar as várias etapas desse instituto jurídico para tributar exclusivamente a prestação de serviços.

Tal raciocínio encontra guarida também no critério quantitativo do conseqüente, conforme exposto no item 4.1 desse capítulo, pois a base de cálculo de um imposto não pode incluir elementos de outra hipótese de incidência, sob pena de distorção do fato jurídico tributário e descaracterização do tributo e, até mesmo, de invasão de competência tributária.

Impossível tributar isoladamente a etapa da construção prestada pelo próprio incorporador, pois o fato deve guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese, especialmente quando se trata de uma situação jurídica regulada por outro ramo de direito.

Nunca é demais relembrar os ensinamentos do professor Paulo de Barros: “Para que seja tido como *fato jurídico tributário*, a ocorrência da vida real, descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese da norma geral e abstrata. Que apenas um não seja reconhecido, e a dinâmica que descrevemos ficará inteiramente comprometida”.⁴⁷

Portanto, desprezar as características da incorporação imobiliária para tributá-la como mera prestação de serviços é afastar a finalidade para qual o legislador pátrio instituiu-a, qual seja, a atividade destinada à constituição de

⁴⁶ Ob. cit., p. 265.

⁴⁷ Ob. cit., p. 244.

condomínio edilício, conforme exposto no início deste trabalho e tão bem colocado na lição do advogado Melhim Namem Chalub.

Decompor um instituto jurídico meramente para efeito tributário é abandonar a interpretação teleológica e sistêmica do direito, além de clara violação aos arts. 150, inciso I, e 156, inciso III, da Constituição Federal, além dos arts. 108, § 1º, 110 e 116, inciso II, todos do Código Tributário Nacional.

6. CONCLUSÃO

A incorporação imobiliária é um instituto jurídico do direito civil com características e natureza jurídica próprias, criado pelo legislador ordinário para reduzir o déficit habitacional, através da constituição de condomínio edilício, com a concentração de unidades autônomas em menor espaço físico.

Para atingir tal objetivo, a incorporação imobiliária abrange três ajustes integrados: a alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; a construção do edifício; e a constituição do condomínio.

Em relação à construção, o incorporador poderá executar ele próprio, contratar um construtor ou este ser contratado diretamente pelos adquirentes. Por causa dessas diversas facetas do contrato de incorporação, verifica-se uma certa confusão na posição dos municípios, que passam a exigir o ISS sobre a construção, independente da forma de contratação, levando a discussão aos tribunais, sem uma posição ainda definitiva sobre a questão.

Quando o construtor é contratado pelo incorporador ou pelos adquirentes, haveria incidência do ISS, pois o prestador do serviço seria pessoa distinta do tomador – incorporador ou adquirentes.

No caso em que o incorporador assume também a função de construtor, não haveria incidência do ISS, pelos seguintes motivos: ocorrência de prestação de serviço para si próprio; posição da jurisprudência sobre a taxatividade da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003; e incorporação imobiliária como um contrato típico, específico, com natureza jurídica própria.

A prestação de serviço para si próprio não é alcançada pelo ISS, posto que prestar serviço pressupõe o fazer algo em prol de outro. Não há que se falar em tributar uma atividade que o executor presta para si mesmo, pois, no caso da incorporação imobiliária, a titularidade do imóvel em edificação ou a ser edificado permanece com o incorporador até a constituição definitiva do condomínio e o registro do título translativo.

O argumento da taxatividade da lista de serviços da Lei Complementar repousa na posição da jurisprudência e no entendimento do constitucionalista

Jose Afonso da Silva, diante da eficácia limitada da norma contida no art. 156, inciso III, da Constituição Federal.

Por fim, o desmembramento da incorporação imobiliária em etapas distintas, para efeito de tributação da construção pelo ISS, nos casos em que o incorporador é também construtor, afronta os arts. 108, § 1º, 110 e 116, inciso II, todos do Código Tributário Nacional. A análise da regra-matriz tributária permite finalizar tais conclusões, posto que um fato jurídico tributário somente se concretiza quando todos os elementos do antecedente e do conseqüente estão presentes.

Tratando-se de uma atividade que envolve uma obrigação de dar se sobrepondo à obrigação de fazer, não se pode adotar uma posição simplista, desconsiderando toda a complexidade da matéria, para tributar unicamente a fase da construção em detrimento do todo, conforme argumentos expostos ao longo deste trabalho.

A REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO E OS REFLEXOS NA “EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE”

Julio Cezar Hofman

Advogado

RESUMO: Dando seqüência às reformas que vêm sendo implementadas no livro II do CPC, que trata do processo de execução, foi editada em 06/12/2006 a Lei nº 11.382, a qual, após o fim da dicotomia dos processos de conhecimento e execução, decorrente da entrada em vigor da Lei nº 11.282, de 22/12/2005, introduziu importantes alterações na sistemática da execução de título extrajudicial, em especial na modalidade da “execução por quantia certa contra devedor solvente”.

No presente trabalho, sem se pretender esgotar o tema - até porque, considerando-se que algumas das alterações implementadas por aquele diploma legal constituem inovações em nosso sistema processual, que, seguramente, demandarão tempo para que a doutrina e a jurisprudência as sedimentem - buscar-se-á analisar alguns dos aspectos mais relevantes da citada reforma, no tocante, especificamente, à modalidade da “execução por quantia certa, contra devedor solvente”.

Palavras-chaves: Execução Título Extrajudicial Reforma.

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O direito positivo, de um modo geral, vivencia, hoje, uma forte tendência à descodificação, com o conseqüente surgimento de micro-sistemas (v.g.: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança de Adolescente, Lei dos Juizados Especiais, etc.) permeados de conceitos abertos, tratando tanto de

direito material quanto processual, acompanhada da valorização da efetividade do processo, decorrente, em grande parte, do fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais, em especial do direito a todos assegurado, no âmbito judicial e administrativo, à “... razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, assumindo relevo a possibilidade de deferimento de tutelas satisfativas, baseadas em cognição sumária.

A par disso, o próprio processo de execução vem sofrendo profundas transformações, das quais cabe salientar a implementada pela Lei nº 11.232/2005, que rompeu definitivamente com o dogma da separação das atividades cognitiva e executiva, fazendo surgir no ordenamento jurídico uma nova fase dentro do próprio processo de conhecimento, denominada fase de “cumprimento de sentença”, destinada a dar efetividade às sentenças condenatórias, passando, a partir da entrada em vigor daquele diploma legal, o processo de execução a ter por objeto apenas e tão somente os títulos executivos extrajudiciais, procedimento este que, por sua vez, há muito reclamava alterações estruturais e principiológicas, a fim de imprimir-lhe maior efetividade.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, espera-se que mais este anseio seja, ao menos em parte, atendido, uma vez que o processo de execução sofreu substanciais alterações, não apenas procedimentais, mas também na sua principiologia e estrutura, de forma a amoldar-se às exigências de um processo cada vez mais célere, eficiente e efetivo.

No presente trabalho, sem se pretender esgotar o tema, proceder-se-á à análise das alterações implementadas pela Lei nº 11.382/2006, especificamente no tocante à “execução por quantia certa contra devedor solvente”.

Contudo, para que se possa ter uma visão mais abrangente do real alcance das reformas implementadas, far-se-á, a título de introdução, menção a algumas alterações que, conquanto não estejam diretamente inseridas no contexto do processo de “execução por quantia certa contra devedor solvente”, por se tratarem de normas de caráter geral, sendo, portanto, aplicáveis a todas as espécies de execução, incidem sobre aquela modalidade executiva.

A fim de propiciar um entendimento sistemático do alcance das alterações implementadas, far-se-á a sua análise seguindo a mesma ordem das disposições no Livro II do CPC, citando-se apenas os dispositivos legais que tenham sofrido alguma alteração.

Capítulo III
Dos Requisitos Necessários para Realizar Qualquer Execução
Seção I
Do Inadimplemento do Devedor

Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

O art. 580 encontra-se inserido na Seção I, Capítulo III, do Livro II do CPC, que trata dos requisitos necessários para a realização de qualquer execução.

E um dos requisitos apontados como necessário para realizar qualquer execução, é o inadimplemento do devedor.

Na novel redação daquele dispositivo legal, ao contrário do anterior, evitou o legislador definir o inadimplemento, limitando-se a aludir à não satisfação, pelo devedor, de obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo, como requisito do processo de execução.

Com isso, pôs-se fim à discussão acerca do ônus da prova do inadimplemento, que na redação anterior gerou controvérsia doutrinária e jurisprudencial, especialmente no tocante à natureza da decisão que aprecia a presença de tal requisito, conforme bem o apontou Araken de Assis.

(...), a doutrina mais ortodoxa e fiel a Liebman se rendeu à realidade: o inadimplemento é causa da extinção da obrigação e motivo de improcedência da demanda (Cândido Dinamarco, Marcelo Lima Guerra).¹

Como é notório, influenciado por Liebman, o CPC em vigor organizou o título executivo e o inadimplemento como requisitos necessários para realizar qualquer execução. No entanto, nenhum deles se relaciona com as condições da ação executiva. O pronunciamento judicial sobre a existência, ou não, de inadimplemento respeita ao mérito, tanto que cabe ao executado alegar pagamento mediante embargos. A falta de prova do implemento do termo ou da condição ou do título, é que constituem re-

¹ ASSIS, Araken. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VI, (Arts. 566 a 645), Rio de Janeiro. 2000. pp. 118.

quisitos de admissibilidade da demanda executiva. Eventual declaração de que o documento exibido não é título, porque refoge à tipologia legal, envolve julgamento de mérito. Desta maneira, conforme o grau de cognição do juiz, o ato decisório, tendo por objeto o título e o inadimplemento, variará de natureza. Limitando-se o juiz à prova do título ou do inadimplemento, há simples juízo de inadmissibilidade; declarando a inexistência desses elementos, ao invés, proverá o órgão judiciário sobre o mérito.² Embora a designação de pressuposto, em realidade o inadimplemento, considerando o trinômio de questões – pressupostos processuais, condições da ação e mérito – que, no processo brasileiro, ao juiz é dado conhecer, integra o objeto litigioso, ou mérito, da demanda.³

Com a reforma implementada, dúvidas não persistem de que ao credor basta apenas e tão somente comprovar que o devedor não satisfaz obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo, relegando-se o exame acerca de eventual adimplemento (causa extintiva ou modificativa da obrigação) ao exame de mérito a ser realizado quando do julgamento da ação de embargos à execução.

Este, aliás, já era o entendimento de Araken de Assis⁴, mesmo na vigência do art. 580 em sua redação revogada:

A causa de pedir, no processo executivo, consiste na afirmação, realizada pelo credor, de que o obrigado não satisfaz, espontaneamente, o direito de crédito reconhecido no título executivo.

Andou bem ainda legislador ao corrigir a deficiente redação do § único do art. 580, cujo teor foi deslocado para o caput daquele artigo, a qual conduzia ao equivocado entendimento de que a *obrigação* é que teria força executiva, quando, em verdade, sabe-se que a força executiva independe da natureza da obrigação, estando afeita à existência de título formal que a represente e que possua força executiva atribuída por lei.

² Op. cit. pp. 319.

³ Op. cit. pp. 121.

⁴ Op. cit., pp.

Seção II Do Título Executivo

Art. 583. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

O art. 583, segundo o qual “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial” foi expressamente revogado, já que, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, não há mais que se falar em execução de título *judicial*.

O art. 585, que atribui, exemplificativamente, força executiva a alguns documentos que se consubstanciam no segundo requisito para o aviamento de qualquer processo de execução, que é o *título executivo extrajudicial*, sofreu pequenas alterações em alguns de seus incisos.

Os incisos I e II não foram alterados. No inciso III foi corrigida a deficiente redação que fazia referência a “... contratos *de* hipoteca, *de* penhor, *de* anticrese e *de* caução ...” (destaquei), quando em verdade se tratam de “... contratos *garantidos* por hipoteca, penhor, anticrese e caução ...” (destaquei), além de ser suprimida a sua parte final, que atribuía força executiva aos contratos de “... seguro de vida e *de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade*; (destaquei)”, que tantas críticas recebeu, passando a fazer alusão apenas e tão somente aos contratos de “...seguro de vida.”

O inciso IV foi desdobrado nos incisos IV, que passou a tratar somente do foro e laudêmio e V, que passou a tratar do “... crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;”

É bom lembrar que este dispositivo atribui força executiva aos “... encargos, tais como taxas e despesas de condomínio”, apenas em relação ao inquilino ou fiador que tenha expressamente assumido tais ônus no contrato de locação e não aos débitos resultantes da relação proprietário-condomínio.

O inciso V foi apenas renumerado para VI, sem qualquer alteração. O VI, além de ser renumerado para VII, teve sua redação alterada apenas para colocar no plural a referência aos territórios e municípios. O VII foi renumerado para VIII, com a exclusão da excedente vírgula que existia em sua primeira parte.

Foi corrigida ainda a deficiente redação do caput do art. 586, cujo teor, à exemplo do art. 580, § único, conduzia à equivocada ilação de que a *obrigação* é que teria força executiva, o que, como visto, não é verdade. Foram revogados, ainda, os §§ 1º e 2º daquele artigo, que tratavam do título executivo *judicial ilíquido*, por não haver mais que se falar em execução de título *judicial*, seja líquido, seja ilíquido, já que as sentenças condenatórias, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, são objetos de “cumprimento de sentença”, na forma dos artigos 475-I e seguintes, submetendo-se, se for o caso, à liquidação de que cuidam os artigos 475-A e seguintes.

Seção II **Do Título Executivo**

Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Segundo se colhe da nova redação do art. 587, é definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo.

Conforme preceitua o art. 739-A, os embargos do executado não terão efeito suspensivo. Excepcionalmente, porém, o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir tal efeito aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (CPC, art. 739-A, § 1º).

Pela interpretação conjunta dos artigos 587 e 739-A caput e § 1º, percebe-se que a execução de título extrajudicial será em regra definitiva, já que os embargos à execução não mais possuem efeito suspensivo.

Será provisória, porém, quando, excepcionalmente, os embargos forem recebidos no efeito suspensivo, desde que presentes os pressupostos a que alude o § 1º do art. 739-A. Neste caso, mesmo que a ação de embargos venha a ser julgada improcedente, se o efeito suspensivo dos embargos não for revogado, a execução será provisória até o trânsito em julgado da sentença, independentemente de ter sido ou não atribuído efeito suspensivo ao recurso contra ela aviado.

É o que se colhe da parte final daquele dispositivo: “... é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando *recebidos* com efeito suspensivo” (destaquei).

É que, enquanto na sistemática anterior a propositura da ação de embargos à execução, *ipso facto*, tinha o condão de suspender o andamento da execução, na sistemática atual, para que tal efeito possa ser atribuído à ação de embargos, o juiz deverá antes, mediante requerimento do embargante, verificar se estão presentes os pressupostos a que alude o § 1º do art. 739-A, em seguida decidindo fundamentadamente.

Logo, não mais decorrendo o efeito suspensivo de imposição legal, mas sim de decisão judicial, somente pela revogação desta, que, diga-se de passagem, poderá ser revogada a qualquer tempo, cessando as circunstâncias que a motivaram (art. 739-A, § 2º), tal efeito poderá ser afastado.

Não há que se confundir, portanto, a suspensividade atribuída aos embargos, com o efeito suspensivo do recurso, sendo certo que este, em se tratando de apelação contra sentença de improcedência daqueles, conforme dispõe o art. 520, V, não possui tal efeito.

Ou seja, ajuizada execução fundada em título executivo extrajudicial e não sendo ela embargada ou ainda sendo embargada sem que, excepcionalmente, tenha sido atribuído efeito suspensivo aos embargos, a execução será sempre definitiva, o que implica dizer que prosseguirá sua marcha até a integral satisfação do crédito exequendo, inclusive com a expropriação do patrimônio do executado e a entrega do produto ao exequente, tanto é assim que na nova sistemática os embargos devem ser autuados em apartado e não mais em apenso como o era anteriormente (art. 736, § único).

Já na hipótese de ser atribuído efeito suspensivo aos embargos, a execução será definitiva até o oferecimento destes, quando passará a ser provisória, assim permanecendo até o trânsito em julgado da sentença prolatada nos embargos ou a revogação do efeito suspensivo a eles atribuído (e não ao recurso), caso em que prosseguirá somente até os atos de apreensão e avaliação, quando então será suspensa, até o julgamento do recurso ou a revogação do efeito suspensivo (art. 739-A, § 6º).

Deslocou-se, portando, para o juízo da execução o poder de decisão acerca da suspensividade dos embargos, o que nos parece salutar, já que ninguém melhor que o juiz que conduz o processo para avaliar se o prosseguimento da execução poderá causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, o que, seguramente, não inibirá que se busque, por meio de agravo de instrumento ou mesmo mandado de segurança, quando isto for possível, atribuir-se tal efeito aos embargos, restando aguardar o comportamento da jurisprudência acerca da matéria.

Capítulo IV **Da Responsabilidade Patrimonial**

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II – omissis

O art. 592 sofreu alteração em seu inciso I apenas para excluir a referência à “... sentença proferida em ação fundada em direito real”, já que o livro II passou a tratar somente da execução fundada em título executivo extrajudicial, bem como para incluir em sua parte final a referência à obrigação reipersecutória.

Capítulo V

Das Disposições Gerais

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 600, que elenca os atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, sofreu alteração no caput para ampliar a sua incidência a todos os *executados* e não mais apenas ao *devedor*.

Aliás, fica evidente a preocupação do legislador em se utilizar do termo *executado* ao invés de *devedor*, em todas as hipóteses em que este termo havia sido adotado de forma pouco técnica, como sinônimo de executado, que efetivamente não o é.

Já o inciso IV teve sua redação alterada a fim de adequá-lo ao que dispõe o art. 652, § 3º, considerando como ato atentatório à dignidade da justiça o fato do executado, intimado, não indicar ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Remanesce a crítica no sentido de que o legislador olvidou o fato de que também o exequente poderá, em determinadas circunstâncias, praticar atos em tese atentatórios à dignidade da justiça.

Título II

Das Diversas Espécies de Execução

Capítulo I

Das Disposições Gerais

Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:

I - com o título executivo extrajudicial; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 618. É nula a execução:

I - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 614 teve seu inciso I alterado apenas para adequá-lo à novel sistemática do Livro II do CPC, excluindo-se a alusão à sentença.

Já o art. 615-A, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, trouxe importante inovação ao permitir que o exequente, munido de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, possa promover a averbação, no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, a indisponibilidade de bens do executado, suficientes à integral satisfação do débito em execução (CPC, art. 615-A), caso em que, nos 10 dias seguintes deverá comunicar o juízo acerca de tais averbações (CPC, art. 615-A, § 1º), sendo certo que uma vez efetivada a penhora ou o arresto sobre bens suficientes para cobrir a dívida, serão liberados da indisponibilidade os bens que não forem penhorados ou arrestados (CPC, art. 615-A, § 2º).

A partir da averbação da indisponibilidade, qualquer alienação ou oneração dos bens objetos da averbação presumir-se-á efetuada em fraude à execução, sendo, portanto, ineficaz em relação à execução (CPC, art. 615-A, § 3º), ficando o exequente que efetuar averbação manifestamente indevida, sujeito a indenizar o executado nos termos do § 2º do art. 18 do CPC, cujo valor será apurado em incidente autuado em apenso (CPC, art. 615-A, § 4º).

Conforme preceitua o art. 593, II, do CPC, a fraude à execução resta caracterizada quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

Esta é a definição tradicional do marco inicial da fraude à execução, que tanta controvérsia gerou acerca da definição do momento em que se considera *pendente* a demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Atualmente, no STJ, prevalece o entendimento de que “Só há fraude de execução quando a alienação ocorre depois de consumada a citação.” (STJ - ADRESP 199700926729 - (160382 SP) - 3ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.12.2004 - p. 00512).

O art. 615-A, ao estabelecer que o exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, presumindo-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (§ 3º), deslocou para o momento da averbação o marco inicial da fraude à execução quando tal faculdade for exercida, pondo fim à longa controvérsia em torno da definição do momento em que restava caracterizada a litispendência para fins de incidência do instituto da fraude à execução.

Há ainda a vantagem adicional de que o ato de averbação, por si só, gera presunção absoluta de conhecimento por terceiros (*erga omnes*), aplicando-se por analogia o § 4º do art. 659. Já no caso do exequente não exercer tal faculdade, somente após a ocorrência da citação do executado e do registro da penhora é que haverá tal presunção (art. 659, § 4º).

Portanto, se o exequente utilizar-se da faculdade a que alude o art. 615-A, prevalece como marco inicial da fraude à execução o momento em que se der a averbação de que cuida o referido dispositivo legal. Contudo, caso o exequente não se valha da referida faculdade, permanecerá a necessidade de se indagar o momento em que se configura a litispendência para fins de caracterização da fraude à execução, cujo marco inicial, conforme entendimento do STJ, é a citação, sendo manifesto pois o prejuízo do exequente em tais circunstâncias, uma vez que eventuais alienações ou onerações ocorridas após o ajuizamento e antes da citação não serão consideradas em fraude à execução, mas sim em fraude contra credores, cujo ato, para ser anulado, carecerá da propositura de ação pauliana, com todos os seus percalços, inclusive a difícil tarefa de se demonstrar a presença do *consilium fraudis*, ao contrário da fraude à execução, cuja ineficácia do ato poderá ser reconhecida no próprio processo de execução, sendo de todo recomendável, portanto, que o exequente se valha da faculdade de que cuida o art. 615-A do CPC.

A averbação, conforme se depreende do § 2º do art. 615-A, tem natureza de ato construtivo (pré-penhora), já que se destina a assegurar a eficácia da própria penhora, nela se convolvendo quanto aos bens suficientes à satisfação do crédito em execução, cancelando-a apenas em relação aos bens que excederem ao necessário.

Para tanto, deverá o exequente, nos dez dias seguintes à averbação, comunicar a sua ocorrência ao juízo da execução, possibilitando que sobre tais bens venha a incidir a penhora, bem como a análise de eventual alegação de excesso.

Deve-se observar, contudo, que apesar do manifesto avanço que o art. 615-A representa, permanece a dificuldade de se evitar que o executado se desfaça de bens móveis como ações ao portador, saldos em contas bancárias, aplicações financeiras, etc., que podem ser facilmente transferidos para terceiros de boa ou má-fé com um simples *click* de mouse, acobertados, na maioria das vezes, pelo sigilo bancário, tornando quase que impossível ao credor sequer tomar conhecimento de tais transações a tempo de evitá-las. A penhora *on-line*, de que cuida o § 6º, do art. 659 do CPC, introduzido pela Lei nº 11.382/2006, sem dúvida é outro avanço, mas, diante da velocidade com que evolui a informática e se integram os mercados, é cada vez mais fácil a transferência de vultosas quantias para os chamados paraísos fiscais, lesando mesmo aqueles credores mais precavidos.

Outra alteração que merece menção diz respeito ao depósito dos bens seqüestrados, arrestados ou penhorados, que na sistemática anterior eram depositados, via de regra, em mãos do próprio executado, o que propiciava que mesmo tais bens, mantidos na posse do executado, como depositário, pudessem ser eficazmente alienados a terceiros de boa-fé. A alteração do art. 666 do CPC e em especial a introdução do § 1º àquele mesmo artigo tornam exceção o depósito de bens em mãos do próprio executado, o que, seguramente, contribuirá para minimizar a possibilidade de alienação ou oneração fraudulenta de tais bens a terceiros de boa-fé.

Ainda a respeito do tema, não descuro o legislador da possibilidade do exequente, ao exercer a faculdade a que alude o art. 615-A, promover “averbação manifestamente indevida”, razão pela qual, além da responsabilidade pelos danos provocados pela execução injusta (art. 574), o exequente fica sujeito à reparação dos danos que vier a causar ao executado por eventual “averbação manifestamente indevida”.

É o que estabelece o § 4º do art. 615-A: O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

Trata-se, contudo, de responsabilidade subjetiva, já que fundada no art. 18 do CPC, que cuida da litigância de má-fé, sendo os danos apurados em incidente autuado em apartado.

Diante disso, é de todo recomendável que o exequente que pretenda se valer da faculdade do art. 615-A, já na petição inicial indique à penhora os mesmos bens que irá indisponibilizar, a fim de evitar excesso de constrição (averbação + penhora de bens diversos) e eventual alegação de “averbação manifestamente indevida”, com suas indesejáveis consequências.

Por fim, o § 5º do art. 615-A faculta aos Tribunais a expedição de instruções sobre o cumprimento deste artigo, instruções estas que, em relação aos veículos automotores, será imprescindível, a fim de que os DETRAN adotem procedimentos uniformes e que não venham a tornar ineficaz tão benfezeja inovação.

A alteração implementada no inciso I do art. 618 visou apenas adequá-lo ao Livro II do CPC, que passou a ter por objeto apenas os títulos executivos extrajudiciais, bem como corrigiu a imprecisão técnica de sua redação, que identicamente ao que ocorria com o art. 580, § único e o caput do art. 586, conduzia à equivocada ilação de que a *obrigação* é que teria força executiva, o que, como dito alhures, não é verdade.

Feitas estas breves observações sobre as alterações implementadas nas disposições gerais relativas ao processo de execução de título extrajudicial, passar-se-á em seqüência à análise das alterações implementadas naquele que é o objeto do presente trabalho, qual seja, o processo de execução de título extrajudicial por quantia certa contra devedor solvente.

Capítulo IV
Da Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente
Seção I
Da Penhora, da Avaliação e da Expropriação de Bens
(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
Subseção I
Das Disposições Gerais

Art. 647. A expropriação consiste:

I - na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - na alienação por iniciativa particular; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - na alienação em hasta pública; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - o seguro de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 647 teve seus incisos alterados, com a redefinição de institutos já consolidados, como a adjudicação, que passou a constituir o primeiro possível ato de expropriação, bem como a inserção de novéis modalidades de alienação dos bens penhorados, como a alienação por iniciativa particular e a alienação em hasta pública, que passou ser o gênero que comporta diversas espécies, como se verá mais adiante, quando da análise dos respectivos dispositivos que os regulamentam.

O art. 649, que trata da impenhorabilidade absoluta, sofreu algumas alterações em seus incisos II a X. Nos incisos II e III, apenas se atualizou a sua vetusta redação para a realidade de nossos dias; No inciso IV, foram agrupados os incisos IV e VII, alargando-se a sua abrangência a quaisquer pessoas e não mais apenas aos magistrados, com a inclusão expressa ainda dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal como verbas impenhoráveis.

O inciso VI foi reenumerado para V e passou a abranger os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; os incisos IX e VIII foram reenumerados para VI e VII; o X foi reenumerado para VIII e teve a sua redação adequada ao texto constitucional; e o V foi revogado.

Como novidades, temos os incisos IX e X que passaram a tratar, respectivamente, da impenhorabilidade dos “recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;” e “até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança”.

Das alterações implementadas, a que vem sofrendo maiores críticas é a constante do inciso X, que estendeu a impenhorabilidade aos saldos existentes em contas de caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos (R\$ 15.000,00).

Tal disposição está na contramão da busca da efetividade do processo de execução, que vem evoluindo exatamente no caminho oposto, qual seja, a via-

bilização da penhora *on-line* de valores depositados ou aplicados em instituições financeiras como uma das formas mais rápidas e eficazes de satisfação do crédito do exequente.

O que mais preocupa é que o referido dispositivo deixa ampla margem para a prática de chicanas como, *v.g.*, transferências de valores aplicados em outras modalidades de conta ou mesmo de aplicações financeiras para contas de cadernetas de poupança, como forma de tornar impenhoráveis tais valores e frustrar a execução.

Note-se que não há qualquer limite temporal mínimo de permanência dos recursos depositados nesta modalidade de aplicação para que incida a impenhorabilidade, o que possibilitará, *v.g.*, que um valor depositado em conta corrente em um determinado dia, no dia seguinte ou quiçá até no mesmo dia, através de uma simples transferência eletrônica (*on-line*), se torne impenhorável por ter sido transferido para uma conta de caderneta de poupança do executado.

Imagine as discussões que tais transferências irão gerar quanto à incidência ou não do instituto da fraude à execução.

O fato é que além da ampla margem para a prática de atos destinados a frustrar a execução, o que se percebe é o efeito colateral consistente no involuntário incentivo ao nefasto hábito de *poupar para não pagar*, não se vislumbrando nenhuma razoabilidade que possa justificar tal infeliz novidade.

Foram incluídos ainda os §§ 1º e 2º ao art. 649, que estabelecem, respectivamente, que “A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem”, bem como que “O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia”, os quais, pela sua clareza, dispensam maiores comentários.

O art. 650 teve seus incisos revogados e o caput foi alterado nele incluindo-se parte do conteúdo do inciso I, passando a dispor que “Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia.”

O art. 651 teve sua redação adequada ao novo modelo da execução por quantia certa contra devedor solvente, ampliando ainda a possibilidade de remir a execução a todos que figurem no processo na condição de executado e não mais apenas ao devedor.

É bom lembrar que somente foi mantido o direito do executado remir a execução, pagando o débito ou consignando o seu valor, não mais subsistindo a possibilidade de os bens adjudicados ou arrematados serem remidos, como se verá mais adiante.

Subseção II
Da Citação do Devedor e da Indicação de Bens
(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 652-A. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, a verba honorária será reduzida pela metade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - veículos de via terrestre; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - bens móveis em geral; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - bens imóveis; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - navios e aeronaves; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - ações e quotas de sociedades empresárias; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - percentual do faturamento de empresa devedora; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - pedras e metais preciosos; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

XI - outros direitos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - se não obedecer à ordem legal; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - se incidir sobre bens de baixa liquidez; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 657. Ouvida em 3 (três) dias a parte contrária, se os bens inicialmente penhorados (art. 652) forem substituídos por outros, lavar-se-á o respectivo termo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. O juiz decidirá de plano quaisquer questões suscitadas. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A Seção II do Capítulo IV do Livro II do CPC, antes denominada “Da Citação do Devedor e da Nomeação de Bens”, foi renomeada para “Da Citação do Devedor e da Indicação de Bens”.

O art. 652 sofreu substancial alteração, passando o executado a ser citado para, no prazo de três dias efetuar o pagamento da dívida, não mais lhe assistindo o *direito* à nomeação de bens.

Com efeito, na sistemática anterior o executado era citado para, no prazo de vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora, sob pena de não o fazendo serem penhorados tantos bens quantos bastassem à satisfação do débito, de sorte que somente após a citação e desde que não ocorresse a nomeação de bens à penhora é que o oficial de justiça poderia promover a penhora de bens do executado.

No novo sistema, “Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado”, podendo o credor, “... na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655)”, devendo observar o disposto no art. 655, que estabelece a ordem *preferencial* em que deve se dar a penhora.

Nada obstante não mais assistir ao executado o *direito* de nomear bens à penhora, persiste a sua *obrigação* de indicar os bens de sua propriedade suscetíveis de serem penhorados, consoante estabelece o § 3º do art. 652, para o que será intimado na pessoa de seu advogado (§ 4º) e não o tendo pessoalmente.

Efetuada a penhora, do mesmo modo, a intimação do executado que possuir advogado será a este dirigida.

Não possuindo advogado constituído, a intimação do executado deverá ser pessoal, com a observância de que “Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências.”

Esta é mais uma salutar inovação, que seguramente contribuirá para a celeridade do processo executivo, neutralizando eventuais manobras do executado no sentido de se ocultar da intimação, dificultando a regular tramitação do processo.

Vale lembrar que com a introdução do art. 615-A ao CPC, o exeqüente, munido de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, poderá promover a averbação, no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, da indisponibilidade de bens do executado, caso em que, a partir da averbação da indisponibilidade, qualquer alienação ou oneração dos bens objetos da averbação presumir-se-á efetuada em

fraude à execução, sendo, portanto, ineficaz em relação à execução (CPC, art. 615-A, § 3º).

É salutar, portanto, como dito alhures, que na hipótese de o exequente pretender utilizar-se de tal faculdade, indique desde logo à penhora, na petição inicial, os mesmos bens que pretende indisponibilizar, a fim de evitar a possível imputação de “alienação manifestamente indevida”, decorrente da indisponibilidade de determinados bens e da penhora de outros, diversos daqueles, em manifesto excesso de constrição, que poderá sujeitá-lo à reparação de eventuais danos que o executado venha sofrer (CPC, art. 615, 4º).

Com a inclusão do art. 652-A do CPC, ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado, na conformidade do art. 20, § 4º do CPC (consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do art. 20 do CPC), sendo que no caso de integral pagamento do débito, no prazo de três dias após a citação, a verba honorária será reduzida pela metade (art. 652-A, § único).

De acordo com o art. 745-A, no prazo para embargos (15 dias após a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido), reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês, sendo que na hipótese de ser deferida pelo juiz a proposta, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos, importando o não pagamento de qualquer das prestações, de pleno direito, o vencimento das subsequentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos. Indeferida a proposta, o depósito será mantido e seguir-se-ão os atos executivos.

Parece claro que na hipótese de o executado utilizar-se da prerrogativa de que cuida o art. 745-A, os honorários advocatícios não sofrerão a redução a que alude o § único do art. 652-A, já que aquela hipótese faz alusão ao pagamento integral, nos três dias após a citação.

Ainda no que concerne à citação, com a nova dicção do art. 738, é da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido (e não da intimação da penhora) que começa a fluir o prazo de 15 dias para o executado opor-se à execução por meio de embargos, sendo que quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da junta-

da do seu respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges (CPC, art. 738, § 1º), não se aplicando à hipótese o disposto no art. 191 do CPC (prazo em dobro quando os executados tiverem advogados distintos), por disposição expressa do § 3º do próprio art. 738.

Já na hipótese da execução processar-se por carta precatória, a citação do executado deverá ser imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação (e não da carta precatória).

De acordo com o art. 655, tanto o oficial de justiça, ao penhorar os bens do executado, quanto o credor ao indicar bens à penhora na petição inicial (CPC, art. 652, § 2º), deve observar, *preferencialmente*, a ordem estabelecida nos incisos daquele dispositivo legal quais sejam:

- I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - veículos de via terrestre;
- III - bens móveis em geral;
- IV - bens imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
- VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
- VIII - pedras e metais preciosos;
- IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
- X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- XI - outros direitos.

Vale lembrar que na sistemática anterior a ordem de nomeação era dirigida essencialmente ao executado, que ao exercer o direito à nomeação de bens, estava adstrito à ordem legal de preferência, sob pena de ineficácia da nomeação, devolvendo-se o direito de nomear ao exequente.

Na sistemática atual, também o executado, quando intimado a indicar bens passíveis de serem constritos, deverá, *preferencialmente*, observar aquela ordem. A diferença é que quando proceder à indicação de bens passíveis de serem penhorados não mais estará exercendo um *direito*, mas sim cumprindo *obrigação* legalmente imposta (art. 652, § 3º).

Pela nova redação do § 1º do art. 655, a penhora do bem dado em garantia passou a ser apenas *preferencial* e não mais impositiva, como o era por força do art. 655, § 2º em sua antiga redação. A razão de ser de tal alteração nos parece ter sido a preocupação com a efetividade da execução, já que, muitas vezes, a penhora do bem ofertado em garantia não se mostrava a forma mais eficaz do credor ter seu crédito satisfeito.

O disposto no § único do art. 669 foi deslocado para o § 2º do art. 655, alterando-se ainda sua redação para fazer referência ao “cônjuge do executado” e não do “devedor”, como constava anteriormente.

Com a inserção do art. 655-A e do § 6º ao art. 659 do CPC, restou regulamentada a possibilidade do juiz, a requerimento do exequente, requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução, convalidando a penhora *on-line* de ativos em depósito ou aplicação financeira. As informações solicitadas, contudo, devem limitar-se à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução (art. 655-A, § 1º), competindo ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 do CPC ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade, como a decorrente do inciso X do art. 649 (CPC, art. 655-A, § 2º).

A penhora *on-line* teve sua origem no processo de execução trabalhista, tendo o TST firmado, em março de 2002, um convênio com o BACEN, denominado Convênio BACEN JUD, que tinha por objetivo permitir aos juízes trabalhistas encaminharem ofícios eletrônicos (através da Internet) ao BACEN, determinando o bloqueio e o desbloqueio de contas correntes ou aplicações financeiras dos executados, limitadas ao valor em execução. Pelo fato do Convênio BACEN JUD possibilitar a penhora de créditos dos executados através da Internet, ou seja, de maneira virtual e imediata, convencionou-se denominar tal modalidade de constrição judicial como “penhora *on-line*.”

Posteriormente, foi firmado Convênio de Cooperação Técnico Institucional entre o BACEN e o STJ, para fins de utilização do Sistema BACEN JUD pela justiça comum estadual e federal, utilização esta que gerou acirrada discussão jurisprudencial, entendendo alguns tribunais que somente poderia se dar após o “Esgotamento dos meios ao alcance do credor para encontrar bens penhoráveis.” (1º TACSP - AI 7012830-6 - (59746) - São Paulo - Rel. Juiz Rui Cascaldi - J. 18.05.2005), ou que “O bloqueio de contas bancárias, conhecido

como penhora on line, por meio do Banco Central, assim como a determinação judicial à Receita Federal e às instituições financeiras para prestar informações sobre a existência de bens penhoráveis, constitui medida excepcional a ser compreendida pelo juízo da execução quando exauridas as providências ao alcance do credor para realização da constrição.” (TJRO - AI 100.001.2003.015982-1 - C.Cív. - Rel. Des. Péricles Moreira Chagas - J. 04.10.2005), ou ainda que “O bloqueio de verbas constantes em saldo de conta corrente é uma faculdade conferida ao magistrado singular, a qual depende de demonstração de fato concreto que a justifique.” (TJMS - AG 2005.011303-4/0000-00 - Bela Vista - 3ª T.Cív. - Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli - J. 26.09.2005), o que tornou escassa a aplicação de tal modalidade de penhora no âmbito da justiça comum federal e estadual.

Como o art. 655-A não estabelece qualquer restrição ao uso da penhora *on-line*, como, *v.g.*, o esgotamento dos meios ao alcance do credor para encontrar bens penhoráveis, parece que não poderão os tribunais, ao regulamentar a operacionalização de tal modalidade de penhora, conforme lhes faculta o § 6º do art. 659, estabelecer restrições à sua utilização, devendo apenas ser disciplinado o procedimento operacional para a sua efetivação, esperando-se que a regulamentação possa ao menos reduzir a ojeriza dos magistrados ao uso de tal modalidade de penhora.

Em verdade, o que se percebe é que a resistência ao uso de tal modalidade de penhora se deve, basicamente, à dificuldade de alguns magistrados de distinguir com clareza a abrangência do denominado sigilo bancário, o qual, por óbvio, não foi instituído com a finalidade de propiciar a ocultação de ativos pelos devedores a fim de se safar do pagamento de seus débitos.

A penhora *on-line*, na forma como concebida, não irá violar o sigilo da movimentação financeira do executado, já que as informações a serem solicitadas restringir-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

Não deverá o juiz, por óbvio, requerer o detalhamento da movimentação financeira do executado, o qual é absolutamente irrelevante para a efetivação da penhora *on-line*, a não ser a informação de eventual movimentação a débito ocorrida após a expedição da determinação judicial com o fito de frustrá-la.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a via ordinária da quebra do sigilo bancário é exatamente a judicial, sendo incompreensível a resistência dos magistrados à implementação da penhora *on-line*, mormente considerando-se que, via de regra, não há quebra do sigilo propriamente, já que as informações limitam-se à propriedade de ativos depositados em instituições financeiras.

Outro ponto que não pode ser ignorado é o fato de a nova redação do art. 655 fazer menção, além do dinheiro, em espécie, ao *depósito ou aplicação em instituição financeira*, situando-os no ápice da ordem de preferência para fins de penhora, em seu inciso I.

Aliás, é bom que se recorde o que foi dito quanto ao disposto no art. 649, X, acerca da janela que se abriu para a fraude e a ocultação de ativos depositados em instituições financeiras, com a impenhorabilidade a que alude referido dispositivo legal, o qual seguramente trará reflexos negativos, diretos e imediatos na penhora *on-line*.

De todo modo, a inovação é importante e o que se espera é que restrições muitas vezes insustentáveis sob o ponto de vista jurídico, não venham a tornar inócua tão importante ferramenta posta à disposição do Poder Judiciário e dos jurisdicionados, como forma de dar maior efetividade ao processo de execução.

O § 3º do art. 655-A regulamenta a penhora de percentual do faturamento da empresa executada, medida esta que já vinha sendo determinada por alguns juízes antes mesmo da reforma.

Outra inovação importante foi introduzida pelo art. 655-B, ao estatuir que “Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.”

É mais um entendimento que já estava consolidado pela jurisprudência. Contudo, a sua positivação traz maior segurança jurídica e é de todo bem vinda.

Pela nova redação do art. 656, que anteriormente tratava da ineficácia da nomeação de bens à penhora pelo devedor, cujo direito foi extinto, “A parte poderá requerer a substituição da penhora: I - se não obedecer à ordem legal; II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados; IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; V - se incidir sobre bens de baixa liquidez; VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei.”

A primeira observação que se faz é que o pedido de substituição pode ser feito tanto pelo exequente como pelo executado, já que o dispositivo refere-se à parte.

No mais, o que se verifica é que o legislador aproveitou as hipóteses anteriormente previstas como passíveis de ineficácia da nomeação efetuada pelo

executado, para elencá-las como motivos ensejadores do direito de postular a substituição dos bens penhorados tanto pelo exequente quanto pelo executado.

Com efeito, conforme se percebe pelo disposto no inciso I, *v.g.*, conquanto a ordem legal constante dos incisos do art. 655 seja preferencial, conforme consta do seu caput, a não observância daquela ordem, aliada à discordância da outra parte, poderá gerar o direito da parte adversa de pleitear a substituição dos bens penhorados.

No caso do executado, entretanto, o direito à substituição por quaisquer dos motivos constantes dos incisos do art. 656 somente poderá ser exercido se for observado quanto ao bem substituto o disposto nos §§ 1º e 3º daquele artigo.

Poderá ainda o executado requerer que a penhora seja “substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)”.

O art. 657 elenca as providências que devem preceder a substituição, determinando a oitiva da parte contrária, no prazo de três dias, devendo, após a decisão de plano das questões suscitadas, ser formalizada a penhora substitutiva por termo nos autos, a ser lavrado pelo escrivão.

Subseção III **Da Penhora e do Depósito**

Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 6º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios

eletrônicos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - em mãos de depositário particular, os demais bens. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Com a expressa anuência do exequente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º As jóias, pedras e objetos preciosos deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, ao executado incumbe: (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se encontram; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - atribuir valor aos bens indicados à penhora. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 669. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Conforme já mencionado e se depreende da nova redação do art. 659, o devedor não tem mais o direito de nomear bens à penhora, devendo o oficial de

justiça, uma vez efetuada a citação e em não ocorrendo o pagamento nos 3 dias seguintes, promover desde logo a penhora de bens (CPC, art. 652, § 1º c/c 659, caput).

Vale lembrar ainda que a reforma ensejou ao exequente a possibilidade de promover a indisponibilidade de bens do executado, na forma do art. 615-A, bem como de indicar na petição inicial os bens a serem penhorados, sendo de todo recomendável que a indicação recaia sobre os mesmos bens que se pretenda indisponibilizar, a fim de evitar os inconvenientes antes mencionados.

A redação do § 1º do art. 659 foi alterada para excluir a alusão de que “Efetuar-se-á penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública; caso em que precederá requisição do juiz ao respectivo chefe”, que se encontrava caduca, pela assertiva de que “Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros.”

O § 4º teve sua redação corrigida apenas para fazer referência à *averbação* e não mais ao *registro* da penhora, como equivocadamente constava da redação anterior.

O § 6º, acrescido pela Lei nº 11.382/2006, na esteira da tendência à utilização dos meios eletrônicos como forma de agilizar a tramitação processual, trouxe importante novidade ao possibilitar que, “Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos.”

Sobre a penhora *on-line*, remete-se ao quanto foi dito quando da análise do art. 655-A.

Já no que respeita à implementação da rotina de *averbações* de penhoras de bens móveis ou imóveis via *on-line*, por força do disposto no § 6º do art. 659, só poderá ocorrer após a regulamentação pelos respectivos tribunais, na área de sua competência. Contudo, a positivação de tal possibilidade merece aplausos, restando torcer para que os tribunais façam a sua parte, regulamentando a matéria, com a brevidade que a sociedade espera. Essa forma de averbação terá especial eficácia em se tratando de veículos e bens imóveis.

Pela redação do art. 666, seus incisos e § 1º, verifica-se que ao contrário do que se dava antes da reforma implementada pela Lei nº 11.382/2006, o executado não ostenta mais a condição de depositário preferencial dos bens penhorados, ainda que na sistemática anterior o depósito em suas mãos fosse condicionado à concordância do exequente.

Com a nova redação do art. 666 e seu § 1º, somente não sendo o caso do depósito ser efetivado na forma do disposto nos incisos I (*no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito*), II (*em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos*) e III (*em mãos de depositário particular, os demais bens*), é que, com a expressa anuência do exequente ou nos casos de difícil remoção (CPC, art. 666, § 1º), os bens poderão ser depositados em poder do executado.

Trata-se de mais um alteração que seguramente trará efeitos positivos, pois o depósito dos bens penhorados em mãos do executado, especialmente em se tratando de bens móveis, deixava-o em uma situação bastante cômoda, pois podia continuar usufruindo a coisa até que finalmente ocorresse a alienação, muitas vezes provocando a desvalorização pelo simples uso normal, que sequer ensejava indenização.

Basta que se cite o exemplo da penhora incidente sobre veículos, em que o executado fosse nomeado depositário, para que se possa avaliar da importância da alteração.

Não sendo os bens penhorados depositados em mãos do executado, com a sua conseqüente remoção, privando-o do seu usufruto, seguramente terá maior interesse em regularizar sua situação de inadimplemento nos casos em que tenha condições de fazê-lo.

O § 3º do art. 666, inserido pela Lei nº 11.382/2006, veio positivar entendimento que já se encontrava sedimentado na jurisprudência (STF, Súmula 619), no sentido de que a prisão civil do depositário infiel pode ser decretada no próprio processo de execução, independentemente de ação de depósito.

O art. 668 teve sua redação alterada para limitar o pedido de substituição do bem penhorado pelo executado, que antes podia ser postulada a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, ao prazo de dez dias após ser intimado da penhora, “desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)”, incumbindo-lhe, ainda, “I - quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações; II - quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram; III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o

número de cabeças e o imóvel em que se encontram; IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e V - atribuir valor aos bens indicados à penhora.”

Desse modo, pretendendo o executado requerer a substituição do bem penhorado, deverá fazê-lo, nos dez dias que se seguirem à intimação da penhora, sob pena de não o fazendo, decair de tal direito.

Trata-se de mais uma importante alteração, que trará maior segurança para o exequente, que ficará menos exposto a chicanas processuais consubstanciadas em pedidos de substituição manifestamente incabíveis, que, podendo ser manifestados a qualquer tempo “... antes da arrematação ou adjudicação ...”, acabavam tumultuando o trâmite da execução, retardando a satisfação do crédito do exequente.

O art. 669, que determinava que uma vez feita a penhora fosse o devedor dela intimado para embargar a execução, no prazo de dez dias, foi expressamente revogado em razão da alteração implementada no Título III, do Livro II, do CPC, que trata dos embargos.

Subseção VI **Da Avaliação**

Art. 680. A avaliação será feita pelo oficial de justiça (art. 652), ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); caso sejam necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 681. O laudo da avaliação integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo conter: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 683. É admitida nova avaliação quando: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - qualquer das partes argüir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 668, parágrafo único, inciso V). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
Art. 684. Não se procederá à avaliação se:

I - o exequente aceitar a estimativa feita pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária:

Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

De acordo com a nova redação do art. 680, a avaliação será feita, em regra, pelo oficial de justiça, ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V). Para tanto, a Lei nº 11.382/2006 fez incluir o inciso V ao art. 143, o qual atribui ao oficial de justiça “... efetuar avaliações...”.

Somente quando forem necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.

Pela nova redação do art. 681, o laudo da avaliação (e não mais do avaliador) integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, sendo que, quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos.

Os artigos 683 e 684, que tratam, respectivamente, das hipóteses de reavaliação e de dispensa da avaliação, não trouxeram inovações que mereçam maiores comentários, a não ser a revogação do inciso III do art. 684, que dispensava a avaliação quando os bens fossem de pequeno valor, por ser manifestamente contraditório, na medida em que, para se saber se os bens eram de pequeno valor, necessário que se procedesse à sua avaliação.

No que respeita à avaliação, merecem destaque as conseqüências para o exequente ante sua atitude no momento em que é intimado para manifestar-se sobre o requerimento de substituição do bem penhorado feito pelo executado.

Se o exequente, aceitando o bem que foi oferecido em substituição, silenciar quanto ao valor a ele atribuído, terá aceito também a estimativa do valor, o que poderá trazer sérias conseqüências por ocasião da arrematação ou em caso de adjudicação, por ocasião da alienação forçada, cujo lance, em primeira praça ou leilão, não poderá ser inferior ao valor da avaliação, sendo relevante ainda o valor da avaliação quando da verificação de se tratar ou não de alienação por preço vil.

Subseção VI-A
Da Adjudicação
(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 685-B. A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. A carta de adjudicação conterá a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação

e a prova de quitação do imposto de transmissão. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

A Lei nº 11.382/2006 fez inserir no Capítulo IV, Seção I, do Livro II, do CPC, a Subseção VI-A, que trata “Da Adjudicação.”

Segundo se colhe dos artigos 685-A e 685-B, a adjudicação, que pode ser requerida pelo exequente imediatamente após a formalização da penhora e respectiva avaliação e intimações cabíveis, passou a ser o primeiro possível ato de expropriação de bens do executado, precedendo as fases de “Alienação por Iniciativa Particular” (CPC, art. 685-C) e “Alienação em Hasta Pública” (CPC, art. 686 e segs.).

De fato, invertendo a ordem vigente na sistemática anterior, a adjudicação de bens, que só podia ser requerida após a frustração das praças ou leilões, passou a ser o primeiro possível ato expropriatório dos bens penhorados, precedendo a qualquer outra modalidade de expropriação.

Em assim sendo, uma vez efetivada a penhora e promovidas as respectivas intimações, poderá o exequente, desde que não ofereça preço inferior ao da avaliação, requerer a adjudicação dos bens penhorados, evitando que a execução se prolongue com a adoção dos subseqüentes meios de expropriação, o que, seguramente trará maior efetividade ao processo executivo.

Tal direito, contudo, não é restrito ao exequente, podendo ser exercido, identicamente, pelo credor com garantia real; pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem; pelo cônjuge; e pelos descendentes ou ascendentes do executado.

Caso se trate de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando a preferência aos sócios. Do mesmo modo, não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos dez dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução, sob pena de nulidade.

Havendo mais de um interessado na adjudicação, proceder-se-á entre eles à licitação, consoante prescreve o § 3º do art. 685-A, sendo de todo aconselhável que o exequente, ao requerer a adjudicação manifeste-se, desde logo, sobre seu interesse em licitar no caso de haver mais de um interessado.

De acordo com o § 1º do art. 685-A, se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à dis-

posição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente.

Resolvidos os incidentes decorrentes do pedido de adjudicação ou de eventual licitação em havendo mais de um interessado na adjudicação e uma vez lavrado o respectivo auto de adjudicação, expedir-se-á a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel.

O ato do juiz que resolve o incidente de licitação, decorrente da multiplicidade de pretendentes à adjudicação, tem natureza de decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo na sua forma de instrumento.

Subseção VI-B **Da Alienação por Iniciativa Particular** **(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)**

Art. 685-C. Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Identicamente à Subseção VI-A, a Lei nº 11.382/2006 fez inserir no Capítulo IV, Seção I, do Livro II do CPC, a Subseção VI-B, que trata de uma nova modalidade de expropriação de bens, denominada “Da Alienação por Iniciativa Particular”.

De fato, o art. 685-C incluiu no processo de Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente uma nova modalidade de alienação dos bens penhorados, denominada “Alienação por Iniciativa Particular”. Esta fase situa-se entre as fases de Adjudicação (CPC, art. 685-A e 685-B) e Alienação em Hasta Pública (CPC, art. 686 e segs.), de modo que não preferindo o exequente ou não requerendo as pessoas indicadas nos §§ 2º e 4º do art. 685-A a adjudicação dos bens penhorados, poderá o exequente requerer que o juiz lhe autorize aliená-los, por sua própria iniciativa ou através de corretor.

A Alienação por Iniciativa Particular é o ato de expropriação em que o órgão judicial autoriza o exequente, por sua própria iniciativa ou através de corretor, a alienar coativamente os bens penhorados, mediante recebimento do respectivo preço.

Tal modalidade de expropriação somente pode se dar mediante requerimento do exequente e autorização do juiz da execução (CPC, art. 685-C), que fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.

Esta modalidade de alienação, conquanto tenha suas principais condições e formas de publicidade fixadas judicialmente, bem como seu preço mínimo limitado à avaliação judicial, em muito se assemelha a uma alienação particular, mormente havendo a intermediação de um corretor nomeado pelo juiz.

O executado deverá ser intimado do deferimento da alienação por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (CPC, art. 687, § 5º).

Assim como na adjudicação, em se tratando de alienação de quota social, cuja penhora tenha sido procedida por exequente alheio à sociedade, esta deverá ser intimada, assegurando-se o direito de preferência aos sócios. Do mesmo modo, não se efetuará a Alienação por Iniciativa Particular sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos dez dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução.

Como regra geral, poderão adquirir os bens alienados por iniciativa particular todos aqueles que estiverem na livre administração dos seus bens (CPC, art. 690-A), ou seja, os capazes, não falidos e não insolventes, à exceção daqueles que, mesmo capazes, se incluem em qualquer das hipóteses dos incisos do art. 690-A.

Conquanto não haja vedação expressa de que o próprio credor adquira o bem submetido a esta nova modalidade de alienação, à primeira vista nos parece estar impedido de fazê-lo, já que os artigos 685-A e 685-B reservam ao exequente o direito de Adjudicar os bens penhorados, em fase que precede a Alienação por Iniciativa Particular, aludindo o art. 685-C à circunstância de que “não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária”, donde se conclui estar ele impedido de adquirir por esta modalidade os bens penhorados, já que rege o processo de execução o princípio de que esta deve dar-se pelo modo menos gravoso para o executado, e a adjudicação, dispensando a publicidade e eventual comissão a ser paga ao corretor, é menos onerosa para o executado, razão pela qual, não tendo o exequente requerido a adjudicação do bem penhorado, entendendo que não poderá adquiri-lo por esta novel modalidade de expropriação.

O preço mínimo é o valor da avaliação (CPC, art. 685-C, § 1º), e, regra geral, deve ser pago em dinheiro, à vista, ou no prazo de quinze dias, mediante oferecimento de caução.

Entendo ser aplicável a esta modalidade de alienação o disposto no art. 690, §§ 1º e 2º, segundo os quais, “tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel”, caso em que, as propostas para aquisição em prestações, serão juntadas aos autos, indicando o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo.

O aperfeiçoamento dessa novel modalidade de expropriação se dá mediante termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente.

A carta de alienação do imóvel ou o mandado de entrega ao adquirente de bem móvel são expedidos para fins de instrumentalização da transferência de domínio, objetivando, no caso de bem imóvel, a transcrição no registro imobiliário (CPC, art. 703).

Através do § 3 do art. 685-C, o legislador atribuiu aos Tribunais a competência para expedir provimentos detalhando o procedimento da Alienação por Iniciativa Particular, inclusive acerca da utilização de meios eletrônicos, bem como sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por mais de cinco anos.

À vista de tal disposição, conquanto se deva aplicar supletivamente as regras atinentes à Alienação em Hasta Pública até a expedição do referido provimento, a partir da normatização pelos Tribunais as regras por estes estabelecidas é que deverão prevalecer.

Subseção VII
Da Alienação em Hasta Pública
(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterà: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Quando o valor dos bens penhorados não exceder 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo vigente na data da avaliação, será dispensada a publicação de editais; nesse caso, o preço da arrematação não será inferior ao da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º O executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 689-A. O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta mo-

dalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).
Art. 690. A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias, mediante caução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

II - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

III - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º As propostas para aquisição em prestações, que serão juntadas aos autos, indicarão o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes ao executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 690-A. É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens, com exceção: (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - dos tutores, curadores, testamenteiros, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - do juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. O exequente, se vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova

praça ou leilão à custa do exequente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 693. A arrematação constará de auto que será lavrado de imediato, nele mencionadas as condições pelas quais foi alienado o bem. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito: (Reenumerado com alteração do parágrafo único, pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - por vício de nulidade; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - quando realizada por preço vil (art. 692); (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - nos casos previstos neste Código (art. 698). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 695. Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 696. O fiador do arrematante, que pagar o valor do lance e a multa, poderá requerer que a arrematação lhe seja transferida.

Art. 697. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 699. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 700. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 703. A carta de arrematação conterá: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - a cópia do auto de arrematação; e (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - a prova de quitação do imposto de transmissão. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 704. Ressalvados os casos de alienação de bens imóveis e aqueles de atribuição de corretores da Bolsa de Valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 706. O leiloeiro público será indicado pelo exequente. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 707. Efetuado o leilão, lavrar-se-á o auto, que poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, expedindo-se, se necessário, ordem judicial de entrega ao arrematante. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A Lei 11.382/2006 corrigiu a impropriedade técnica que havia no nome da Subseção VII, da Seção I, do Capítulo IV, do Livro II, do CPC, passando a denominar de “Alienação em Hasta Pública” (gênero) a referida Subseção, que

antes era denominada “Arrematação”. Como espécies de Alienação em Hasta Pública elenca a referida Subseção a Praça, o Leilão e a novel modalidade de alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado, cuja regulamentação estará a cargo do CNJ e dos TJ’s.

Pela dicção do art. 686, percebe-se que a Alienação em Hasta Pública tem caráter supletivo em relação à Adjudicação e à Alienação por Iniciativa Particular, já que só terá lugar quando não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular dos bens penhorados.

Nos incisos I a VI daquele artigo são relacionados os requisitos que deverão constar do edital de Alienação em Hasta Pública, não tendo ocorrido grandes alterações a não ser no inciso I que corrigiu a deficiente alusão à “transcrição aquisitiva ou a inscrição” no registro imobiliário pela “remissão à matrícula e aos registros”. No inciso IV foi melhorada a redação anterior, clareando a distinção entre os requisitos que deverão constar do edital quando se tratar de praça (bem imóvel) ou de leilão (bem móvel).

No § 3º daquele artigo foi ampliada a dispensa da publicação de editais para o caso da avaliação dos bens penhorados não exceder a 60 salários mínimos, que antes não podia exceder a 20 salários mínimos.

A redação do § 2º, do art. 687 foi alterada para incluir a possibilidade de o juiz, atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, alterar frequência da publicidade, “inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação.”

Atualmente, o executado deverá ter ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (CPC, art. 687, § 5º).

Interessante novidade foi introduzida pelo art. 689-A e seu § único, consistente na substituição, a requerimento do exequente, do procedimento previsto nos arts. 686 a 689 do CPC (Alienação em hasta pública), por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado.

Esta nova modalidade de alienação visa dar maior agilidade e transparência à expropriação de bens penhorados, aproveitando as bem sucedidas experiências do pregão eletrônico e das páginas de vendas de bens móveis e imóveis existentes na *Internet*.

Contudo, a utilização da rede mundial de computadores para fins de alienação de bens penhorados, para ser implementada, carece de regulamentação pelo Conselho da Justiça Federal e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

Espera-se que o CNJ e os Tribunais de Justiça, nas suas respectivas esferas de competência, regulem essa novel modalidade de alienação com a brevidade que a sociedade anseia.

O art. 690, em sua nova redação, ampliou de três dias para quinze dias o prazo para o arrematante promover a integralização do pagamento, quando a arrematação se der à vista, mediante caução.

A regra geral continua a ser a de que a arrematação ocorra à vista, constituindo o prazo de quinze dias para a integralização do preço, desde que seja prestada caução, exceção.

De acordo com os §§ 1º e 2º daquele mesmo art. 690, “Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel”, caso em que, as propostas para aquisição em prestações, serão juntadas aos autos, indicando o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo.

Oferecidos os lances e apresentadas as propostas, “O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente” (art. 690, § 3º), sendo que no caso de se decidir pela arrematação a prazo, “... os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subseqüentes ao executado.”

Como regra geral, poderão arrematar os bens alienados em hasta pública todos aqueles que estiverem na livre administração dos seus bens (CPC, art. 690-A), ou seja, os capazes, não falidos e não insolventes, à exceção daqueles que, mesmo capazes, se incluam em qualquer das hipóteses dos incisos do art. 690-A.

Também o exequente poderá arrematar, consoante se vê do disposto no § único do art. 690-A, não estando, em tal circunstância, obrigado a exhibir o preço, a não ser que o valor dos bens exceda o seu crédito, caso em que deverá

depositar, dentro de três dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exequente.

Após a lavratura do auto de arrematação, que deverá se dar imediatamente após concluída a arrematação e o depósito do preço ou a prestação da garantia (art. 693, § único), a carta de arrematação ou a ordem de entrega serão expedidos para fins de instrumentalização da transferência de domínio, objetivando, no caso de bem imóvel, a transcrição no registro imobiliário (CPC, art. 703).

Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que sejam julgados procedentes os embargos do executado (art. 694), podendo, contudo, ser tornada sem efeito nas hipóteses elencadas nos incisos do § 1º do art. 694.

No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença.

Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido, o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos (art. 695).

Assim como na adjudicação e na alienação por iniciativa particular, em se tratando de alienação de quota social, procedida por exequente alheio à sociedade, esta deverá ser intimada, assegurando-se o direito de preferência aos sócios. Do mesmo modo, não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos dez dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução (art. 698).

Foram revogados ainda os artigos 697; 699 e 700 (que tratavam da hipoteca de vias férreas).

Os incisos I a III do art. 703 receberam nova redação, devendo doravante a carta de arrematação conter “I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; II - a cópia do auto de arrematação; e III - a prova de quitação do imposto de transmissão.”, sendo excluída a exigência relativa ao título, que constava do inciso IV.

Subseção II

Da Entrega do Dinheiro

Art. 713. Findo o debate, o juiz decidirá. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

O art. 713 recebeu nova redação para determinar que findo o debate, o juiz decida e não mais sentencie, como constava na sua redação anterior.

Logo, a decisão que resolve acerca da preferência tem natureza jurídica de decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo na modalidade de instrumento.

Os artigos 714 e 715 foram revogados, já que a adjudicação, na sua nova formatação, passou a ser tratada no Capítulo IV, Seção I, do Livro II, onde foi incluída a Subseção VI-A.

Subseção IV

Do Usufruto de Móvel ou Imóvel

(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 716. O juiz pode conceder ao exequente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 717. Decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 718. O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 720. Quando o usufruto recair sobre o quinhão do condômino na copropriedade, o administrador exercerá os direitos que cabiam ao executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 722. Ouvido o executado, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

II - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 1º Após a manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão; caso deferido o usufruto de imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Constarão da carta a identificação do imóvel e cópias do laudo e da decisão. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 724. O exequente usufrutuário poderá celebrar locação do móvel ou imóvel, ouvido o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
Parágrafo único. Havendo discordância, o juiz decidirá a melhor forma de exercício do usufruto. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 725. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 726. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 727. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 728. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 729. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Algumas alterações foram implementadas, ainda, na Subseção IV (Do Usufruto de Móvel ou Imóvel), as quais, por tratarem da mera operacionalização da expropriação consistente no usufruto de móvel ou imóvel, não se fará maiores comentários.

Foi revogado ainda o Título V, do Livro II do CPC, que tratava da remição de bens, passando o cônjuge, ascendente ou descendente, em situação de igualdade com o exequente, o credor com garantia real e os credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, a ter apenas o direito de adjudicar o bem, sendo que na eventualidade de haver mais de um interessado na adjudicação, será procedida à licitação entre eles (art. 685-A, §§ 2º e 3º).

Trata-se de importante alteração que deve reduzir sensivelmente as chicanas armadas para excluir da execução bens que tinham sido penhorados, mediante a utilização de ‘laranjas’ que, oferecendo lances mínimos, arrematavam tais bens, possibilitando a remição pelo cônjuge, ascendente ou descendente do executado por aqueles mesmos valores, possibilitando a permanência do bem na esfera patrimonial dos familiares do executado e frustrando a execução.

Título III
Dos Embargos do Devedor
Capítulo I
Das Disposições Gerais

Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, in fine) das peças processuais relevantes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 737. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

II - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

III - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

IV - (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 1º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando intempestivos; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - quando inepta a petição (art. 295); ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - quando manifestamente protelatórios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 3º (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 739-B. A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 740. Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Parágrafo único. No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A reforma implementada pela Lei nº 11.382/2006, trouxe profundas alterações na ação de embargos à execução, que constitui o meio de defesa por excelência, do executado.

O art. 736, *caput*, em sua nova redação, fulminou o pressuposto processual da chamada segurança do juízo na ação de embargos à execução. De fato, na sistemática anterior, o executado somente poderia lançar mão da ação de embargos à execução após garantir o juízo pela penhora, na execução por quantia certa ou pelo depósito, na execução para entrega de coisa. Doravante, o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. A segurança do juízo, contudo, continua sendo pressuposto para o caso de, excepcionalmente, ser atribuído efeito suspensivo aos embargos (CPC, art. 739-A, § 1º).

Doravante, o prazo para o oferecimento dos embargos à execução, que antes era de 10 dias contados da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; do termo de depósito; do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa; ou ainda do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer, passou a ser de 15 dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, já que, uma vez dispensado o requisito da segurança do juízo, não teria sentido que o executado somente pudesse se valer dos embargos após a juntada aos autos da prova da intimação da penhora, do termo de depósito, etc.

Ou seja, uma vez citado, o executado terá o prazo de 15 dias após a juntada aos autos do seu respectivo mandado de citação, para opor embargos à execução, instruindo a inicial com cópia de todos as peças relevantes ao seu julgamento. Tal prazo, consoante estabelece o § 1º do art. 738, conta-se isoladamente, para cada executado, começando a fluir a partir da juntada aos autos do seu respectivo mandado, independentemente de os demais permanecerem pendentes de cumprimento, excetuando-se apenas quando se tratarem de cônjuges, quando o prazo somente começa a fluir a partir da juntada do último de ambos os mandados devidamente cumpridos. Não se aplica aos embargos à execução, do mesmo modo, a regra do art. 191 do CPC (prazo em dobro

quando os executados possuírem advogados distintos), por disposição expressa do § 3º do art. 738 do CPC.

Outra inovação introduzida pelo § 2º do art. 738, diz respeito à contagem do prazo para a oposição de embargos à execução, no caso da execução se processar por carta precatória, situação em que, a citação do executado, tão logo efetivada, deverá ser imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos da execução, de tal comunicação.

Questão que pode gerar alguma indagação é a da necessidade ou não de que o executado seja intimado da juntada da comunicação a que alude o art. 738, § 2º. Penso que a intimação é desnecessária, já que, no processo de conhecimento, uma vez citado, o réu é quem deve diligenciar o momento da juntada do mandado ou da carta precatória aos autos, quando então começa a fluir o seu prazo para contestar, não vislumbrando nenhuma razão para que no processo de execução seja diferente. Resta saber qual vai ser o posicionamento da jurisprudência.

Antes da reforma, os embargos à execução eram autuados em apenso ao processo de execução. Com a nova dicção do art. 736 e a inserção do § único, àquele dispositivo legal, os embargos à execução passaram a ser distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes, o que deve amenizar os percalços ocasionados pela autuação em apenso, mormente levando-se em conta que os embargos, na nova sistemática, não suspendem o curso da execução (CPC, art. 739-A), e o apensamento, em tais circunstâncias, perturbaria o processamento simultâneo das duas ações. É de todo racional, portanto, que o legislador tenha optado pela autuação em apartado, para propiciar o curso normal de uma e de outra.

Uma questão que suscitava dúvidas e restou disciplinada pelo art. 736 é a instrução dos embargos, que na sistemática anterior, para alguns, era prescindível, já que a autuação se dava em apenso e todos os elementos probatórios se achavam autuados no processo de execução. A situação se complicava quando os embargos eram opostos sem instrução e eram julgados improcedentes, sendo desapensados e remetidos ao tribunal *ad quem* no caso de interposição de recurso de apelação, muitas vezes, carente de elementos probatórios ao julgamento do recurso, os quais ficavam no processo de execução, que era desapensado para propiciar o seu prosseguimento.

Com a inclusão do § único, ao art. 736, em especial pelo fato de os embargos, doravante serem autuados em apartado, devem ser instruídos com

cópias (art. 544, § 1º, *in fine*) das peças processuais relevantes, a fim de propiciar o seu julgamento, independentemente da consulta aos autos do processo de execução. Desse modo, cumpre ao embargante colacionar aos autos dos embargos cópias de todas as peças relevantes para o julgamento daquela ação, competindo ao embargado, da mesma forma instruir a impugnação com cópias das peças destinadas a fazer prova de suas alegações e que não tenham sido juntadas pelo embargante.

O art. 739 disciplina as situações em que os embargos à execução deverão ser rejeitados liminarmente, a saber: quando intempestivos, quando inepta a petição inicial (art. 295); ou quando manifestamente protelatórios.

A natureza peculiar da ação de embargos à execução explica a primeira e a terceira hipóteses de rejeição liminar; a disciplina genérica da petição inicial corrobora a segunda. O primeiro caso envolve a perda da faculdade de opor-se à execução, por força da preclusão. De fato, o prazo do art. 738 é preclusivo, eliminando, pelo seu decurso, a possibilidade do exercício da ação incidental a que se refere. O segundo concerne à inépcia da inicial que alcança, curialmente, a dos embargos à execução que ação é e cuja inicial está sujeita aos mesmos requisitos das demais ações, além dos que lhe são específicos. O terceiro caso envolve a utilização dos embargos à execução com fins meramente protelatórios, o que, com a dicção do art. 739-A *caput* (Os embargos do executado não terão efeito suspensivo) e seus §§, por si só, já deve restringir tais ocorrências, muito comuns na sistemática anterior, em que os embargos sempre suspendiam o curso da execução.

Com efeito, ao estabelecer o § 1º do art. 739-A que “O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes” e o seu § 2º que “A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram”, a possibilidade da utilização dos embargos com fins meramente protelatórios deve ser bastante restringida, já que o juiz poderá, a requerimento do exequente e a qualquer tempo, revogar a decisão que, excepcionalmente, atribuiu efeito suspensivo aos embargos, mesmo que a execução se encontre garantida pela penhora ou pelo depósito.

Demais disso, é bom lembrar que o § 6º, do art. 739-A, estabelece que “A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de pe-

nhora e de avaliação dos bens” e o § único do art. 740 preceitua que “No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução.”

A circunstância de o executado ter se valido da faculdade a que alude o art. 745-A e ter inadimplido com o pagamento de alguma parcela, fazendo incidir o § 2º daquele mesmo artigo, cuja parte final preceitua ser vedada a oposição de embargos, também é causa de extinção liminar de eventuais embargos que venham a ser opostos pelo executado.

Do mesmo modo o § 5º do art. 739-A, ao estabelecer que “Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento”, instituiu mais uma possibilidade de rejeição liminar dos embargos, a qual deve somar-se às hipóteses de que cuida o art. 739 e à de que cuida o art. 745-A, § 2º.

Contudo, cumpre observar que nesta última hipótese a rejeição liminar somente ocorrerá quando o excesso for o único fundamento dos embargos, já que, havendo mais de um fundamento, a subsistência de outro pode inviabilizar a rejeição liminar com base no § 5º do art. 739-A, caso em que os embargos não serão conhecidos por esse fundamento, restando, entretanto, ao juiz apreciar as demais questões deduzidas.

A sentença que rejeitar liminarmente os embargos, desafia o recurso de apelação do art. 513, com efeito meramente devolutivo, nos termos do disposto no art. 520, V.

O § 3º do art. 739-A apenas repetiu a regra que constava do § 2º do art. 739 na sua redação original, o mesmo ocorrendo com o § 4º do art. 739-A em relação ao § 3º do art. 739 na sua redação revogada.

A impugnação dos embargos tem caráter de contestação e deve ser oferecida no prazo de 15 dias após a intimação do exequente (CPC, art. 740). Contestados os embargos, os autos serão conclusos para que o juiz, versando os embargos matéria, apenas, de direito, ou sendo comprovados, documental-mente, os fatos constitutivos da pretensão neles deduzida, promova o julgamento antecipado da lide, no prazo de 10 dias, a contar da conclusão dos autos (CPC, art. 740, 1ª parte).

Não sendo o caso de julgamento antecipado da lide, o juiz designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, prolatando, em seguida, sentença, no prazo de 10 dias (CPC, art. 740, 2ª parte).

Capítulo III
Os Embargos à Execução
(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 744. (Revogado pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exeqüente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O exeqüente poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subsequêntes e o prosseguimento do processo,

com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Oferecidos embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o juiz deferirá de plano o requerimento, com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente (art. 694, § 1º, inciso IV). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Caso os embargos sejam declarados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

O Capítulo III, do Título III, do Livro II, do CPC, que era denominado “Dos Embargos do Devedor” passou a denominar-se “Os Embargos à Execução”, em consonância com entendimento há muito sedimentado na doutrina e na jurisprudência de que a legitimidade para opor “embargos do devedor” não se restringia somente ao devedor, mas também àqueles que ostentassem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo de execução.

Em se tratando de execução por quantia certa contra devedor solvente, fundada em título executivo extrajudicial, o art. 745 do CPC elenca o rol de matérias que poderão ser argüidas pelo embargante, quais sejam: nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; penhora incorreta ou avaliação errônea; excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); e ainda qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

De acordo com o disposto no art. 745-A, é facultado ao executado, no prazo para oposição de embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, requerer seja admitido a pagar o restante do débito em até 6 parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Trata-se de louvável iniciativa do legislador que visa propiciar aos executados de boa-fé o adimplemento parcelado do débito, em até 6 meses, com a incidência de correção monetária + juros de 1% ao mês, que representam taxa módica em relação às praticadas pelo mercado financeiro, constituindo-se em atrativo para o adimplemento voluntário, com reflexos diretos na economia processual, já que a opção pode ser feita logo após a citação e uma vez admitida, e realizados todos os pagamentos, a execução será extinta sem maiores delongas.

Entretanto, considerando-se que o § 2º do mesmo art. 745-A estabelece que o não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos, o executado que pretenda se valer dessa faculdade de adimplemento deverá refletir muito bem sobre as suas reais condições de solver o débito confessado, já que o inadimplemento de qualquer parcela ocasionará o vencimento antecipado das remanescentes e a imposição de multa de 10% sobre o saldo devedor, com a imediata retomada da execução. Além disso, estará o executado impedido de utilizar-se da ação de embargos à execução, que constitui o meio processual adequado à sua defesa.

Sem contar que na hipótese do executado ter requerido o parcelamento do restante do débito, e seu requerimento ser indeferido, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

Como o requerimento de parcelamento não suspende o prazo para a interposição de embargos e um dos seus requisitos é exatamente o reconhecimento do crédito do exeqüente, concluí-se que a utilização de tal faculdade será restrita aos casos em que o executado não pretenda embargar a execução, pois caso contrário seria temerário optar pelo parcelamento para somente após eventual decisão pelo indeferimento embargar, além do que, restaria um campo extremamente restrito de matérias que poderiam ser articuladas nos embargos, já que haveria o reconhecimento do débito.

Capítulo IV

Dos Embargos na Execução por Carta

(Renumerado do Capítulo V para o IV, pela Lei nº 11.382, de 2006)

Art. 747. Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é

do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens. (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)

O Capítulo V, do Título III, do Livro II, teve sua numeração alterada para IV, mantendo-se a redação de seu único artigo.

A competência para o julgamento dos embargos, quando a execução se processar por carta precatória, portanto, continua disciplinada pelo art. 747 do CPC, segundo o qual “Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.”

Ou seja, quando a execução se processar por carta precatória, os embargos podem ser ajuizados tanto no juízo deprecante como no juízo deprecado. Contudo, a competência do juízo deprecado restringe-se unicamente aos vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens. Versando os embargos sobre tema diverso daqueles, se ajuizados perante o juízo deprecado, os autos devem ser encaminhados ao juízo deprecante para o seu processamento e julgamento.

É oportuno lembrar, contudo, que na nova sistemática, o prazo para o ajuizamento dos embargos à execução começa a fluir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, sendo que na hipótese dos embargos se processarem por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para oposição de embargos a partir da junta da aos autos de tal comunicação.

CONCLUSÃO

Como dito inicialmente, não é pretensão do autor esgotar tão vasto e intrincado tema como o é o processo de execução de que cuida o Livro II do CPC, cujas alterações implementadas pela Lei nº 11.382/2006 seguramente levarão juristas de peso a sobre elas se debruçarem por um bom tempo, a fim de extraírem de suas entranhas o máximo da efetividade que possam emprestar ao processo de execução, sem, contudo, descurar das garantias constitucionais tão valiosas e cuja conquista demandou tão longa e penosa jornada trilhada na esteira da evolução social e da repulsa aos sistemas autoritários e injustos que tanto sofrimento causaram a incontáveis gerações.

Contudo, espera-se que este breve estudo, apesar de sua limitação, possa trazer se não luz, ao menos algum lampejo que possa de algum modo auxiliar na ingrata tarefa daqueles que labutam na seara do direito em seu dia-a-dia, de desvendar as facetas de uma reforma que veio como resposta a tão ingentes anseios de toda a sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA, Alvim. Manual de Direito Processual Civil. Ed. RT, 2001.
- ASSIS, Araken. Manual do processo de execução. São Paulo. ed. RT.
- _____. Comentários ao código de processo civil: do processo de execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- _____. Da execução de alimentos e prisão do devedor. Ed. Forense: Rio de Janeiro.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. V., 8ª ed., 1999.
- _____. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 21ª ed. 2001.
- _____. Temas de Direito Processual: Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Notas sobre o problema da efetividade do processo, *in* Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203 e ss; Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª ed., 1995.
- _____. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- _____. A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Execução civil. São Paulo: Malheiros Editores.

- _____. Instituições de Direito Processual Civil. vol. I, II, e III. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- _____. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., 2002.
- FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Editora Forense. 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 3º volume. São Paulo: Editora Saraiva.
- GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas Tendências do Direito Processual. São Paulo. 2ª edição. Editora Forense Universitária, 1990.
- _____. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro-São Paulo: E. forense Universitária, 2ª ed., 1998.
- _____. A Marcha do Processo. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Forense Universitária, 1ª ed., 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. São Paulo: Editora Saraiva. 1963.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 1966.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 2.3 e 4.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 3,12.
- _____. Comentários ao código de processo civil (de 1939). 2.ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1969. t. 9.
- _____. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro, 1974. t. 5.
- _____. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1976. v. 1.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- _____, Nelson e Rosa Maria Andrade Nery. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- _____. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PACHECO, José da Silva. Evolução do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis. Manual de direito processual civil. v.2. São Paulo: Saraiva.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual. v.3. São Paulo: Saraiva.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense. v. 1,2,3.
- _____. Lei de Execução Fiscal. São Paulo: Saraiva.
- _____. Processo de execução. Rio de Janeiro: Forense.
- TUCCI, Rogério Lauria. Curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva.
- ZAVASCKI, Teori. Comentários ao código de processo civil: do processo de execução. Volume 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.



Gráfica Barreto

Avenida Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE
Telefone: (81) 241.2866 - Fax: (81) 241.2609
E-Mail: graficabarreto@zaz.com.br

